



مجلة الحق

مجلة علمية محكمة
تصدر عن كلية القانون بجامعة بني وليد

مجلة الحق

Al-Haq Journal

A scientific journal published by
the Faculty of Law, Bani Waleed
University



العدد الحادي عشر

يونيو 2023

يونيو 2023

العدد الحادي عشر



Issue 11

June 2023

النوثق

الدار الوطننة للكتاب بنغازى 2014/236

المراسلات : مجلة الحق

كلية القانون بنى وبلد

البريد الإلكتروني alhaqinfo@bwu.edu.ly

العدد الحادى عشر يونيو 2023

1. أن يكون منضبطاً بالمنهجية العلمية الصحيحة.
2. أن يتسم بالجدية والتأصيل العلمي.
3. ألا يكون جزءاً 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. أن لا يزيد البحث عن 30 صفحة، مرفقاً بالسيرة الذاتية للباحث.
7. أن تكون الهوامش في كل صفحة بترقيم يخصّها.
8. أن يكون حجم الهوامش 14 والمتن 16، بخط Traditional Arabic، 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 تطلّب الأمر)).
11. أن تكون معلومات النشر في آخر البحث، مرتبة معجمياً على أسماء المؤلفين.
12. أن تكون الإحالة على المصادر في الهامش باسم المؤلف.
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 ملخصاً عن بحثه لا يتجاوز صفحة واحدة.
15. أن يعرض البحث بعد تقديمه للمجلة على برنامج الاقتباس Turnitin قبل إرساله للمقيمين .

مجلة علمية تصدر عن كلية القانون / جامعة بني وليد

هيئة التحرير المشكلة بقرار رئيس جامعة بني وليد رقم 111 لسنة 2023م.

رئيس التحرير

ت	الاسم	الدرجة العلمية	التخصص	الجهة التابع لها
01	أ. د. عبدالله المبارك الدعيكي	أستاذ	الشريعة والقانون	كلية القانون- جامعة بني وليد

أعضاء هيئة التحرير

ت	الاسم	الدرجة العلمية	التخصص	الجهة التابع لها
01	د. مفتاح اغنية محمد اغنية	أستاذ مشارك	قانون عام	كلية القانون- جامعة بني وليد
02	د. فتح الله محمد حسين	أستاذ مشارك	قانون دولي	كلية القانون- جامعة الزيتونة
03	د. محمود محمد اغنية	أستاذ مشارك	الشريعة والقانون	كلية القانون- جامعة بني وليد
04	د. مصباح عمر رمضان التائب	أستاذ مساعد	قانون عام	كلية القانون- جامعة بني وليد
05	د. مصطفى فرج ضو البرغوتي	أستاذ مساعد	قانون عام	كلية القانون- جامعة بني وليد
06	د. انتصار يوسف القذافي	أستاذ مساعد	قانون عام	كلية القانون- جامعة طرابلس
07	د. محمد صالح جمعة	أستاذ مساعد	قانون عام	كلية الحقوق - جامعة انجamina- تشاد
08	د. ريماء مصباح الفيتوري	أستاذ مساعد	قانون جنائي	كلية القانون- جامعة بني وليد
09	د. سالم بن راشد عمران العزيمي	أستاذ مشارك	الشريعة والقانون	الجامعة السعودية الالكترونية
10	د. حمزة بن فهم بن محمد الهميعي	أستاذ مساعد	دولي عام	كلية الحقوق- جامعة جدة
11	د. علاء نزار محمد العقاد	أستاذ مساعد	قانون عام	جامعة القدس- غزة
12	د. سمير سالم بن حديد	أستاذ مساعد	دولي عام	الجامعة السعودية الالكترونية
13	د. حكيم محمد عثمان	أستاذ مساعد	قانون جنائي	الأكاديمية الليبية

اللجنة الاستشارية

ت	الاسم	الدرجة العلمية	التخصص	الجهة التابع لها
01	أ.د. إبراهيم الطاهر أحمد الفرجاني	أستاذ	قانون عام	كلية القانون- جامعة صبراتة
02	أ.د. الهادي علي ازبيدة	أستاذ	شريعة اسلامية	كلية القانون- جامعة طرابلس
03	أ.د. خليفة صالح حواس	أستاذ	قانون عام	كلية القانون- جامعة سرت
04	أ.د. شريف يوسف خاطر	أستاذ	قانون عام	كلية الحقوق- جامعة المنصورة - مصر
05	أ.د. محمد عبدالله الفلاح	أستاذ	قانون عام	كلية القانون- جامعة بنغازي
06	أ.د. منصور الفيتوري حامد	أستاذ	قانون عام	كلية القانون- جامعة طرابلس
07	أ.د. مصطفى ناطق صالح الناصري	أستاذ	قانون خاص	كلية الحقوق- جامعة الموصل- العراق
08	أ.د. حسينة شرون عبدالحميد	أستاذ	قانون جنائي	كلية الحقوق- جامعة محمد خيضر- الجزائر
09	أ.د. سليمان ارحيم الكبيسي	أستاذ	قانون عام	كلية الشيخ نوح للشريعة والقانون- الاردن
10	أ.د. ياسر باسم ذنون	أستاذ	قانون خاص	كلية الحقوق- جامعة الموصل- العراق
11	أ.د. محمد محمود الشركسي	أستاذ	قانون عام	كلية القانون- جامعة بنغازي
12	أ.د. أشرف عمران محمد زايد	أستاذ	قانون جنائي	كلية القانون- جامعة الزيتونة
13	أ.د. عدنان عثمان كوشوم	أستاذ	الشريعة الاسلامية	كلية القانون- جامعة سليمان ديميريل تركيا
14	أ.د. وليد محمد الشناوي	أستاذ	قانون عام	كلية الحقوق- جامعة المنصورة - مصر
15	أ.د. الهادي علي أبو حمرة	أستاذ	قانون جنائي	كلية القانون- جامعة طرابلس
16	أ.د. ضومفتاح أبو غرارة	أستاذ	شريعة اسلامية	كلية القانون- جامعة طرابلس

البحوث المنشورة بالمجلة لا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة أو الجامعة

قائمة المحتويات

7	1	افتتاحية العدد
8	2	السفر وأثره في نظام الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة مع المذاهب الفقهية)
• د/ سالم بن راشد الغزوي		
31	3	جرائم التعدي على الدين " دراسة تحليلية نقدية مقارنة " مصري- فرنسي "
• د/ براء ياس عبد العزيز أبو عنزة		
66	4	شهادة المرأة في المعاملات المالية " دراسة فقهية مقارنة "
• أ. فرج مفتاح غيث خليفة		
71	5	التعويض العقابي ومدى ملاءمة العمل به في القانون الليبي
• د/ عبد السلام بلعيد خليفة		
109	6	أحكام تشغيل المعاقين في القانون الليبي ومدى مطابقتها للمعايير الدولية
• د/ مرجب رمضان النائب		
134	7	الاحتجاز البدني ضماناً للوفاء بديون الخدمات العلاجية
• أ/ رامي أبو بكر فرحات		

159	طبيعة دعوى الالغاء " دراسة مقارنة "	8
	• أ/ عبدالسلام محمد أبو الأجراس	
182	انقضاء الدعوى التأديبية	9
	• أ/ حمزة الزروق إحميل	
199	الاثبات في القانون الإداري	10
	• أ/ ندى عبدالرحمن أبو توتة	
230	الضمانات السابقة للتأديب	11
	• أ/ خالد محمد نص	

افتتاحية العدد

الحمد لله، والصلاة والسلام على أشرف خلق الله، محمد بن عبد الله ﷺ:
أما بعد: فإن من دواعي سرورنا أن نقدم العدد الحادي عشر من مجلة الحق التي تصدر عن كلية القانون بني وليد آمليين 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 المرآة التي تعكس الدور الحقيقي لجامعة بني وليد بشكل عام وكلية القانون بشكل خاص للنهوض برسالة المجلة على الوجه المنشود.

هيئة التحرير بالمجلة

السفر وأثره في نظام الأحوال الشخصية
(دراسة مقارنة مع المذاهب الفقهية)
د. سالم بن راشد العنيزي

محاضر بالجامعة السعودية الإلكترونية

الملخص

الأسرة هي اللبنة الأولى في المجتمع، وكلما كانت آمنة مستقرة كان المجتمع كذلك، ومن العوارض التي قد تؤثر في الحياة الزوجية عارض السفر، وقد تكلمت عنه بمقدمة في تعريفه وأحواله، ثم تكلمت عنه في خمسة مباحث هي: أثر سفر الولي على عقد النكاح، واشتراط الزوجة ألا يسافر بها، ثم أثر سفر الحاضن على الحضانة، وأثر السفر على القسم بين الزوجات، ثم ختمت المباحث بأثر السفر على النفقة، وفيه ثلاثة مطالب هي: أثر سفر الزوجة بدون زوجها على النفقة، وأثر امتناع الزوجة من السفر مع زوجها على النفقة، وأثر سفر الزوج على النفقة، ثم ختمت البحث بخاتمة وفيها ذكرت أهم نتائج البحث والتوصيات، والتي منها: الاهتمام بالموضوعات الفقهية الخاصة بالأحوال الشخصية وتأصيلها، ودراسة النوازل الفقهية في نظام القضاء السعودي الخاصة بنظام الأحوال الشخصية كأثر السجن وأثر العرف والمصلحة على نظام الأحوال الشخصية.

الكلمات المفتاحية: (الأحوال الشخصية، الأسرة، السفر، الحضانة، النفقة).

Abstract:

The family is considered as the first building block in society. Whenever it is safe and stable, this will positively and similarly affect society. One of the factors that probably affect marital life is travelling. In this paper, travelling has been addressed in the introduction, stating its definition and conditions. Moreover, five themes of the topic, travelling, have been tackled. They involve the effect of travel of the guardian on the marriage contract, the wife's condition that she will not be travelled with, the effect of the custodian's travel on custody, the effect of travel on the division among wives, and lastly the effect of travel on alimony. The latter theme includes three requirements. These encompass the effect of the wife's travel without her husband on the alimony, the effect of the wife's refusal to travel with her husband on the alimony, and the effect of the husband's travel on alimony. The research concluded with the most important results and

recommendations, namely the interest in the jurisprudential issues related to personal status and its rooting, and the study of jurisprudential controversial issues in the Saudi judicial system related to the personal status system, such as the effect of imprisonment, and the effect of custom and interest on the personal status system.

Keywords: Personal Status, Family, Travel, Custody, Alimony.

مُقَدِّمَةٌ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا مُحَمَّدٍ وعلى آله وصحبه أجمعين، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له أما بعد:

فإن الأسرة هي عماد المجتمع المسلم والركن الأساسي في بناء كل مجتمع أو أمة، ولقد اهتم الإسلام بالأسرة المسلمة وحرص على بنائها بناءً قوياً متماسكاً وجعل الاهتمام بها أمانة ومسؤولية القائم على الأسرة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (كلكم راع كلكم مسئول عن رعيته) فإذا صلحت الأسرة المسلمة صلح المجتمع الإسلامي كله وقام كل فرد من المجتمع بواجباته ومسئوليته الدينية والدنيوية بشكل صحيح، وكلما كانت الأسرة آمنة ومستقرة أثر ذلك على أفرادها فتنمو نفسياً وجسدياً، وكل ذلك يجعل من أفراد المجتمع الإسلامي أفراداً صالحين قادرين على خدمة دينهم ومجتمعهم، وعكس ذلك تماماً إذا كانت الأسرة في المجتمع المسلم مفككة وغير مترابطة نما أفرادها نمواً غير سليم مما ينتج عنه مشاكل كثيرة لأفرادها من ضمنها حصول جرائم متعددة ضد المجتمع من سرقة وغصب وغيرها من الجرائم.

فالأسرة هي الحاضنة الأولى والطبيعية لأفراد المجتمع المسلم فمعها يشعر المجتمع الإسلامي بالأمن والأمان والراحة ويؤدي دوره.

لذا وجود الطفل داخل أسرة مستقرة مكونة من أب وأم ذو أهمية كبيرة وبالغة في تكوين شخصيته وفعالته داخل المجتمع المسلم؛ لذا شرع الإسلام النكاح الذي أساسه قائم على الرحمة والمودة والطمأنينة، ومع ذلك فقد أباح الإسلام الطلاق على حدود ضيقة لما له من مشاكل وعواقب وخيمة على المجتمع المسلم وعلى الأولاد ولكنه يعتبر حلاً ناجعاً عند استحالة العشرة بين الزوجين، ومن العوارض التي تطفو على السطح عارض السفر عند الزوجين، سواءً في ما يتعلق ببعض الشروط أو النفقة أو الحضانة وغيرها.

لذا اتجهت لكتابة هذا البحث في هذا الموضوع لتسليط الضوء على جميع جوانبه، وأسأل الله التوفيق والسداد.

أهمية موضوع البحث:

مما لا شك فيه أن بحث أي موضوع يتعلق بالأسرة ونظامها هو بحث جدير بالاعتناء والاهتمام؛ لأن الأسرة هي اللبنة الأولى في بناء المجتمعات، ولذلك حتى في حال ضعف الأمة الإسلامية والعربية وأخذها للقوانين الغربية لم تفتح الباب لأخذ قوانينها المتعلقة بالأسرة، لما تمثله الأسرة عندهم من عناية واهتمام.

مشكلة البحث:

من المعروف أنه عند استقرار الأحوال لدى الناس فإن كثيراً من الأحكام والأمور تكون مستقرة بما في ذلك ما يتعلق بالحياة الزوجية التي تقوم على الاستقرار والطمأنينة، ولكن قد تطرأ أحوال معينة تكون على خلاف الأصل، وينبغي التعامل معها وفق ما يقتضيه نظام الأحوال الشخصية، ومن ذلك عارض السفر، فكان التساؤل: كيف تعامل معه المنظم السعودي عند إصداره لنظام الأحوال الشخصية؟ وهل ساوى بين حال الإقامة والسفر في ذلك أم لا؟

أسباب اختياره:

- 1- حادثة صدور نظام الأحوال الشخصية فهو صادر بالمرسوم الملكي رقم (م/73) وتاريخ 1443/8/6هـ.
- 2- الرغبة الشخصية في المساهمة البحثية بمثل هذا النوع من الأبحاث المتعلقة بالأحوال الشخصية في المملكة.
- 3- جهل كثير من الناس بأحكام السفر في الأحوال الشخصية وهل له أثر أم لا؟

الدراسات السابقة:

هناك العديد من البحوث التي تناولت أحكام السفر، لكنني لم أطلع على بحثٍ فيما يتعلق بنظام الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/73) وتاريخ 1443/8/6هـ. وقد يعزى هذا لحداثة النظام في التطبيق.

حدود البحث:

الحدود الموضوعية: ستكون الحدود الموضوعية هي نظام الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/73) وتاريخ 1443/8/6هـ.

الحدود الزمانية والمكانية: ستكون هذه الحدود هي المملكة العربية السعودية منذ صدور نظام الأحوال الشخصية بتاريخ 1443/8/6هـ.

منهجية البحث:

يقوم البحث على المنهج الوصفي التحليلي، من خلال تتبع وتحليل نصوص النظام فيما يتعلق بمفردات البحث.

خطة البحث:

يتكون البحث من تمهيد وستة مباحث، جاءت كالتالي:

تمهيد: تعريف السفر لغة واصطلاحاً وأقسامه، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: السفر لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: أقسام السفر.

المبحث الأول: أثر سفر الولي على عقد النكاح.

المبحث الثاني: اشتراط الزوجة ألا يسافر بها.

المبحث الثالث: أثر سفر الحاضن على الحضانة.

المبحث الرابع: أثر السفر على القسم بين الزوجات.

المبحث الخامس: أثر السفر على النفقة، وهذا المبحث به ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول: أثر سفر الزوجة بدون زوجها على النفقة.

المطلب الثاني: أثر امتناع الزوجة من السفر مع زوجها على النفقة.

المطلب الثالث: أثر سفر الزوج على النفقة.

الخاتمة وفيها أهم نتائج البحث والتوصيات

تمهيد: تعريف السفر لغة واصطلاحاً وأقسامه

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: السفر لغة واصطلاحاً

أولاً: السفر لغة: جاء في لسان العرب السفر: خلاف الحضر وهو مشتق من ذلك لما فيه من الذهاب والمجيء والسين والفاء والراء أصلٌ واحدٌ يدلُّ على الانكشاف والجلاء. من ذلك السَّفَر وهو قطع المسافة البعيدة. يقال ذلك إذا خرج للارتحال، سَمِّيَ بذلك؛ لأنَّ الناس ينكشفون عن أماكنهم. والجمع أسفار، ورجل مسافر وسَفَرٌ، وقوم سفر وأسفار وسَفَّار، وسافَرَ إلى بَلَدٍ كذا سِفَاراً ومُسافِراً¹.

والسَّفَر: الكتابة، والسَّفَرَة: الكتبة. والسَّفَرُ بالكسر: الكتاب، والجمع أسفائر قال الله تعالى: ﴿مُرْكَمَاتٍ الْحِمَارِ يَحْمِلُ أَسْفَارًا﴾²، وسمي السفر سفراً؛ لأنه يسفر عن وجوه المسافرين وأخلاقهم فيظهر ما كان خافياً؛ فتجد المرء تعرفه السنين الطوال ولم يُظهِر لك من حُلُقهِ إلا الحسن، وما أن تسافر معه بضعة أيام فتراه ليلاً ونهاراً وعند أكله وشربه ونومه ومعاملته إلا ويُظهِر لك أموراً قد لا تسرك معرفتها.

1 ابن الأثير، النهاية في غريب الأثر، المكتبة العلمية - بيروت، 1399هـ - 1979م (2/941).

2 ابن المهام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، فتح القدير، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط1، 1389هـ.

ثانياً: السفر في الاصطلاح: هو أن يخرج الإنسان من عمران بلده قاصداً قطع مسافة أو مدة معينة بسير معتدل.

وقيل: هو الخروج على قصد المسير إلى موضع بينه وبين ذلك الموضع مسيرة ثلاثة أيام فما فوقها سيراً بالإبل أو مشياً على الأقدام¹.

المطلب الثاني: أقسام السفر

ينقسم السفر إلى ثلاثة أقسام:

1. سفر الطاعة: وهو السفر الذي يتبغى به العبد وجه الله تعالى كالسفر للحج والعمرة

والجهاد الواجب والعلم الشرعي وصلته الأرحام لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم، " أن رجلاً زار أخاه في قرية أخرى، فأرصد الله له، على مدرجته، ملكاً فلما أتى عليه، قال: أين تريد؟ قال: أريد أخاً لي في هذه القرية، قال: هل لك عليه من نعمة تربها؟ قال: لا، غير أني أحببته في الله عز وجل، قال: فإني رسول الله إليك، بأن الله قد أحبك كما أحببته فيه "².

2. سفر مباح: كالخروج للتجارة وسفر النزهة والعلاج والصيد.

3. سفر معصية: وهو السفر لأجل ارتكاب المحرمات والفواحش كالخروج لقطع الطريق وإثارة الفتن.

المبحث الأول

أثر سفر الولي على عقد النكاح

تكلم الفقهاء عن عدم وجود الولي في مجلس العقد عند إجراء عقد النكاح، وتناولوا في ذلك سفره إذا كان مسافراً.

والولي في الاصطلاح مأخوذ من الولاية وهي تنفيذ القول على الغير شاء الغير أو أبي، وكل من ولي أمر أحد فهو وليه³.

وقد اختلف أهل العلم في مسألة اشتراط الولي في عقد النكاح على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى أن النكاح لا يصح إلا بولي ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا توكيل غير وليها في تزويجها فإن فعلت لم يصح النكاح⁴.

1 كشف الأسرار 367/4.

2 صحيح مسلم 4/ 1988 برقم 2567

3 ينظر: الجرجاني، علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات، تحقيق: إبراهيم الأبياري، ط 1، 1405 هـ، دار الكتاب العربي، بيروت، 329، الكنفوي، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكنفوي، الكلبيات، تحقيق: عدنان درويش، محمد المصري، 1998م، مؤسسة الرسالة، بيروت، 918.

4 ينظر: ابن نجيم الحنفي، زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، 3 / 117، المالكي، أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، تحقيق: يوسف محمد البقاعي، 1412 هـ، دار الفكر، بيروت، 49/2، الشافعي، أبو عبدالله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق: د. رفعت فوزي عبد المطلب، ط 1، 2001 م، دار الوفاء

القول الثاني: قال الحنفية لها أن تزوج نفسها وتوكل غيرها في نكاحها¹.

الأدلة:

واستدل الجمهور أصحاب القول الأول بعدة أدلة منها:

1- ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم: (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل فإن أصابها فلها مهرها بما أصابها وإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له)².

2- ما روي عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (لا نكاح إلا بولي)³.

وجه الدلالة من هذين الحديثين:

دلّ هذان الحديثان على أنه يشترط الولي في النكاح، ولو لم يكن شرطاً لكانت رغبة الرجل في زوجته ورغبتها فيه كافية.

واستدل أصحاب القول الثاني بالقياس على البيع فإنها تستقل به، وحمل الأحاديث الواردة في اشتراط الولي على الصغيرة وخصّ بهذا القياس عمومها- وهو عمل سائغ في الأصول وهو جواز تخصيص العموم بالقياس - لكنّ حديث معقل المذكور رفع هذا القياس⁴.

وقال ابن عابدين: "وأما حديث" أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل ". وحسنه الترمذي وحديث" لا نكاح إلا بولي " رواه أبو داود وغيره فمعارض بقوله صلى الله عليه وسلم (الأيم أحق بنفسها من وليها " رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطأ⁵.

للطباعة والنشر، مصر، 6 / 31، الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت، 2 / 35، ابن قدامة، المغني، 7 / 5، البيهقي، منصور بن يونس البيهقي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي، 1402 هـ، دار الفكر، بيروت، 5 / 48.

1 ينظر: الكاساني، أبو بكر علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، 1982م، دار الكتاب العربي، بيروت، 2 / 247.

2 أخرجه: الحاكم وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، أبو عبدالله محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطا، ط1، 1990م، دار الكتب العلمية، بيروت، 2 / 182، حديث رقم (2706)، ابن ماجه، أبو عبدالله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فواد عبدالباقي، دار الفكر، بيروت، 1 / 605، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم (1879)، أبو داود، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت، 2 / 229، باب في الولي، حديث رقم (2083)، الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار إحياء التراث العربي، 3 / 407، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث رقم (1102)، ابن حبان، أبو حاتم محمد بن حبان بن أحمد البستي، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط2، 1993م، مؤسسة الرسالة، بيروت، 9 / 384، حديث رقم (4074)، الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، تحقيق: عبدالله هاشم بماني المدني، 1966م، دار المعرفة، بيروت، 3 / 221، كتاب النكاح، حديث رقم (10)، البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، 1994م، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 7 / 105، حديث رقم (13376).

3 أخرجه أحمد، أبو عبدالله أحمد بن حنبل الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة، مصر، 4 / 394، حديث رقم (19536)، أبو داود، سنن أبي داود، 2 / 229، باب في الولي، الترمذي، سنن الترمذي، 3 / 407، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث رقم (1101)، الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، المعجم الأوسط، تحقيق: طارق بن عوض الله وعبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، 1415هـ، دار الحرمين، القاهرة، 5 / 363، حديث رقم (5565)، البيهقي، السنن الكبرى، 7 / 108، رقم (13393).

4 الحافظ في الفتح (9/187).

5 ابن عابدين حاشية ابن عابدين (3/55).

والأئمة من لا زوج لها بكرراً أو لا، فإنه ليس للمولي إلا مباشرة العقد إذا رضيت، وقد جعلها أحق منه به، ويترجح هذا بقوة السند والاتفاق على صحته بخلاف الحديثين الأولين فإنهما ضعيفان أو حسنان، أو يجمع بالتخصيص، أو بأن النفي للكمال أو بأن يراد بالمولي من يتوقف على إذنه- أي لا نكاح إلا بمن له ولاية- لينفى نكاح الكافر للمسلمة والمعتوه والعبد والأمة .."

قلت: وقد ذهب إلى هذا القول زفر، والشعبي، والزهري، ومحمد بن سيرين، وقتادة¹. وأرى أن القول الراجح والله أعلم هو قول جمهور الفقهاء لقوة أدلتهم، ومادام أن أمر التزويج مناط بالمولي، فإنه يثور تساؤل حول عقد النكاح في حال سفر المولي أو غيابه، فكيف يتم العقد؟ وقد فرّق أهل العلم بين حالتين هما:

الحالة الأولى: الغيبة القريبة:

فإذا غاب المولي غيبة قريبة وتقدم لموليته خاطب فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين: **القول الأول:** أنه ينتظر حتى يعود ولا تنتقل الولاية إلى غيره، وإنما يكتب إليه الحاكم ويطلب منه الحضور أو توكيل من ينوب عنه في هذا الأمر، وبه قال الحنفية والمالكية والأصح عند جمهور الشافعية والحنابلة².

قال الشيرازي: (أما فيما دون المرحلتين فلا يزوج إلا بإذن المولي الأقرب في الأصح لقصر المسافة فيراجع ليحضر أو يوكل كما لو كان مقيماً)³.

وحجة أصحاب هذا القول: أن المولي غائب غيبة قريبة فكان في حكم الحاضر والولاية حق ثابت له لا تسلب منه مع وجود أهليته إلا بإذنه بهذا الاعتبار⁴.

القول الثاني: ذهب الإمام الشافعي إلى أن الحاكم يزوجه بغير إذن المولي الغائب غيبة قريبة، قال (رحمه الله) : (ولا ولاية لأحد بنسب ولا ولاء ، وأولى منه حي ، غائبا كان أو حاضرا ، بعيد الغيبة منقطعها ... وقريبها مرجو الإياب غائبا ... ولا يزوجه إلا السلطان)⁵.

واستدل أصحاب هذا القول بالقياس على العضل، فالعاضل إذا امتنع عن تزويج موليته البالغة العاقلة بكفء زوجها السلطان بغير إذنه⁶، فكذلك الأمر هنا.

1 المصص احكام القران (١ / ٤٠١) .

2 ينظر: السبواسي، شرح فتح القدير، 3 / 288، المغربي، أبو عبدالله محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط 2، 1398 هـ، دار الفكر، بيروت، 3 / 432،

الخطيب الشربيني، معني الختاج، 3 / 157، المرداوي، الإنصاف، 8 / 76.

3 الشيرازي، المهذب، 2 / 37.

4 الماوردي، الحاوي الكبير، 9 / 111.

5 الشافعي، الأم، 6 / 38.

6 ينظر: النووي، روضة الطالبين 7 / 58.

ويجاء عنه بأن القياس على العضل قياس مع الفارق، لأن العاضل تعذر الإنكاح منه مع بقاء الولاية له فوجب انتقالها عنه دفعا للضرر عن المخطوبة ، أما الولي الغائب فلم يتعذر الإنكاح منه وإنما عطلت الغيبة ولايته على النكاح مؤقتاً ولم تنزلها، بدليل أنه لو زوجها في غيبته صح ولو وكل في تزويجها جاز، وإذا لم تنزل عنه الولاية في هذا الحال لم تنتقل إلى غيره فافتقراً¹.

والقول المختار: ما ذهب إليه الجمهور لقوة حججهم ورجحانها، والأمر في نظري واسع، فإنه إذا حُشي من ضرر المخطوبة بفوات الكفاءة لها، الراغب فيها، وتعذر الوصول إلى وليها في غيبته القريبة لفتنة أو خوف جاز للسلطان أن يزوج بغير إذنه²، وهذا ما أخذ به المنظم السعودي في المادة رقم (19) من نظام الأحوال الشخصية.

الحالة الثانية : الغيبة المنقطعة:

فإذا غاب الولي غيبة منقطعة فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال :

القول الأول : ينتظر الولي الأقرب حتى يرجع ولا يزوج الأبعد في غيابه ، وبه قال بعض الحنفية³.

القول الثاني : إذا غاب الولي الأقرب جاز لمن هو أبعد منه أن يزوج دون السلطان ، وبه قال الحنفية والحنابلة⁴.

القول الثالث : يزوج سلطان البلد أو نائبه ابنة الغائب دون غيره من الأولياء، وبه قال المالكية والشافعية⁵.

وقد استدلل الجميع بأدلة لا تخلو من ضعفٍ في الاستدلال إلا ما كان من أصحاب القول الثاني، فقد استدلوا بما جاء عن النبي (صلي الله عليه وسلم) أنه قال : (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل فإن أصابها فلها مهرها بما أصابها وإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له)⁶.

ووجه الدلالة من الحديث: أن من لا ولي لها في النكاح فالسلطان وليها، ومفهوم المخالفة يفيد أن من كان لها ولي فلا يجوز للسلطان أن يتولى تزويجها، وفي هذه المسألة الولي موجود وهو الولي الأبعد فلا تنتقل الولاية إلى السلطان⁷.

1 ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، 9 / 111 .

2 ينظر: الشيرازي، المهذب، 2 / 37 .

3 السيواسي، شرح فتح القدير، 3 / 288 .

4 ينظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 3 / 82، البهوتي، كشف القناع، 5 / 55 .

5 ينظر: الصاوي، أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، تحقيق: محمد عبدالسلام شاهين، ط1، 1995م، دار الكتب العلمية، بيروت، 2 / 234، الماوردي، الحاوي الكبير، 9 / 111

6 ابن ماجه في سننه 1/605 برقم 1879

7 ينظر: البهوتي، كشف القناع، 5 / 55 .

ويتضح قوة هذا الاستدلال وهو الراجح والله أعلم، فإذا غاب الولي الأقرب زوج الولي الأبعد دون السلطان.

وقد اهتم المنظم السعودي في نظام الأحوال الشخصية بكل تفاصيل الحالات التي من الممكن وقوعها، ففي المادة رقم (19) ذكر أنه إذا غاب الولي الأقرب أو تعذر تبليغه، وحضر الخاطب الكفاء، فإن هذه المادة تعطي القاضي أمر الفصل في قبول ولاية الأبعد حين غيبة الولي الأقرب؛ إذ إن القاعدة العامة تجعل القاضي صاحب الشأن في تحقيق مصالح الناس، وفي السعي لرفع الظلم عنهم¹. فالمنظم هنا لم يفرق بين غيبة قريبة أو متقطعة في ذلك، فجعل للقاضي سلطة تقديرية في ذلك.

المبحث الثاني: اشتراط الزوجة ألا يسافر بها

اختلفت الاجتهادات الفقهية بين المذاهب في ذلك، فيما يتعلق بمدى حرية المتعاقدين في اشتراط تلك الشروط الخاصة أو الشخصية.

فوقف الحنفية والشافعية وجمهور المالكية موقفَ التضييق؛ عملاً بقوله ﷺ: «مَا بَأَلَ أَنْاسٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلَيْسَ لَهُ، وَإِنْ شَرَطَ مِئَةَ مَرَّةٍ؛ شَرَطَ اللَّهُ أَحَقُّ وَأَوْثَقُ»².

أما الحنابلة ومعهم بعض فقهاء المذاهب الأخرى، فقد توسعوا أمام المتعاقدين، لاشتراط ما يشاؤون ضمن النظام العام للشريعة؛ عملاً بقوله ﷺ: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرَطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا»³.

وكل مذهب من المذاهب الفقهية يسير في المشارطات في عقود الزواج، وفق مبادئه العامة في الاشتراط في العقود، مع شيء من التفصيل.

وقد ازدادت في هذا العصر حاجة الناس إلى المشاركة في عقد الزواج؛ نتيجة لاتساع مجال الحرية الفردية، ورغبة كل إنسان في حماية نفسه ومصالحه، وتأمين حياته وفقاً لظروفه الخاصة، وكثيراً ما يقترن الزواج بعهود ووعود من الزوجين أو من يمثلهما، لولاها ما أقدم أحدهما على الزواج ثم قد لا يكون هناك توفية للعهد، أو لا تنجز الوعود، فينشأ الشقاق وتسوء العشرة، وقد كثرت الحوادث التي يسيء فيها أحد الزوجين في معاملته للآخر.

وقد جاءت الفقرة الأولى من المادة رقم (27) من نظام الأحوال الشخصية بمبدأ عام: هو أن الزوجان عند شروطهما، أي: ملزمان بالوفاء بها، إلا شرطاً حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا، كما لو اشترط أحدهما

1 ينظر: المغني، لابن قدامة (9 / 378).

(2) أخرجه البخاري (2155) ومسلم (1504).

(3) أخرجه الترمذي (1352)، أبو داود (3594) وابن ماجه (2353) وقال الترمذي والألباني: حسن صحيح.

على الآخر أن يقوم بارتكاب جريمة أو عمل محرم شرعاً، أو مخالف لمبدأ ديني، فهذا الشرط لغو وباطل ولا يبطل به العقد.

وبناءً على هذه الفقرة فالشروط التي لا تنافي أصل العقد، ولا مقتضاه ولا غايته ولا مقاصده، وليس فيها ما يُجمل حراماً أو يُجرم حلالاً يكون صحيحاً ويجب الوفاء به ولصاحبه حق الفسخ إذا أخل به المشروط عليه، وذلك مثل: أن يشترط الزوج على الزوجة أن تسافر معه إلى بلده، أو تشترط الزوجة على الزوج أن لا يخرجها من دارها، أو من بلدها، أو عدم إسكانها في محلة معينة، ونحو ذلك من الشروط التي فيها منفعة مقصودة لأحدهما ولا تنافي غاية الزواج ومقاصده.

وقطعاً للمنازعات أو الكذب في ادعاء شيء من هذه الشروط أو إثباتها، جاءت الفقرة الثانية من نفس المادة صريحة في أنه لا يعتد بأي شرط إلا إذا نص عليه كتابة في عقد الزواج، فلا عبرة إذاً لما يجري الحديث حوله أثناء الخطبة مما لم يرد عليه نص العقد، ولا لما يبذله أحد الزوجين للآخر من وعود بعد انبرام عقد الزواج، وإن كان الوفاء بالوعد أمرٌ تحض عليه الأخلاق الفاضلة، وتأمّر به الشريعة، ومن وعد الآخر بشيء فيجب عليه ديانة الوفاء به، لكن المنظم نصّ هنا على أمر الكتابة قطعاً للنزاع في ذلك.

وقد رُوعي في هذه المادة ما يقضي به التطور الاجتماعي والزمني، وتحقق به المصلحة، ضمن نطاق الشريعة الغراء التي أمرت بالوفاء بالعقود والعهود، وما ورد في السنة الصحيحة من أن أحق الشروط بالوفاء ما تعلق بالنكاح، وذلك فيما ورد في الصحيحين من قول النبي ﷺ: «أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُّوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ»¹.

وما ورد من قضاء عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) فيمن شرط لها زوجها دارها، بمنعه من إخراجها وفقاً لما شرطه على نفسه، قائلاً له عندما ناقشه ذلك الرجل: «إِنَّ مَقَاتِعَ الْحُقُوقِ عِنْدَ الشُّرُوطِ، وَلَكَ مَا شَرَطْتَ»⁽²⁾.

قال ابن القيم رحمه الله: «والذي يقتضيه مذهب أحمد وقواعده: أنه لا فرق بين اشتراطه واشتراطها به، بل إثبات الخيار لها إذا فات ما اشترطته أولى؛ لأنها لا تتمكن من المفارقة بالطلاق، فإذا جاز له الفسخ مع تمكنه من الفراق بغيره، فلأن يجوز لها الفسخ مع عدم تمكُّنها أولى»³، وقد اختار ذلك ابن تيمية وأخذه عن القاضي أبي يعلى وغيره⁴، وبه أخذ المنظم السعودي.

1 أخرجه البخاري (2721) ومسلم (1418).

2 أخرجه سعيد بن منصور في سننه (1 / 211 ح 662)، وعلقه البخاري بصيغة الجزم في باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح (2/970).

3 ينظر: زاد المعاد في هدي خير العباد (5 / 260).

4 ينظر: الاختيارات الفقهية لابن تيمية (ص 316).

وفيما يتعلق بأثر عدم الوفاء بمثل هذا الشرط جاءت المادة (28) فنصت على التسوية بين الزوج والزوجة في حق الفسخ عند فوات الصفة التي اشترطت بالعقد، أي صفة كانت، مثل: أن تكون الزوجة بكرًا أو الزوج موظفًا، أخذًا بما يقتضيه مذهب الحنابلة وقواعدهم¹.

ونصت المادة كذلك على سقوط حق الفسخ بإسقاط صاحبه أو رضاه بالمخالفة صراحة أو ضمناً. والعللة في ذلك: أن حق الفسخ إنما تم إثباته حفظاً لحقوق المتعاقد، وحمائية له من الإخلال بما تعاهد عليه، فإذا أسقطه أو رضي بالمخالفة فقد تنازل عن المطالبة به.

وذكرت المادة أنه إذا كان عدم الوفاء من الزوج فيكون الفسخ بلا عوض، وإذا كان من الزوجة فيكون بعوض لا يزيد على المهر، ويدل على ذلك قول النبي ﷺ: «أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُؤْفُوا بِهِ مَا اسْتَحَلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ»².

وقوله ﷺ: «المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ»³.

وقال عمر بن الخطاب: «لِلَّذِي قَضَى عَلَيْهِ بِلِزُومٍ مَا شَرَطْتَهُ عَلَيْهِ زَوْجَتَهُ فَقَالَ الرَّجُلُ: إِذْنٌ يَطْلُقُنَا؟! فَقَالَ عُمَرُ ﷺ: «إِنَّ مَقَاتِعَ الْحُقُوقِ عِنْدَ الشُّرُوطِ»⁴.

وقد ذكر العلامة ابن القيم رحمه الله أنه يجب الوفاء بهذه الشروط التي هي أحق أن يوفى بها، وهو مقتضى الشرع والعقد والقياس الصحيح؛ فإن المرأة لم ترض ببذل بُضعها للزوج إلا على هذا الشرط، ولو لم يجب الوفاء به لم يكن العقد عن تراض، وكان إلزامًا لها بما لم تلتزمه، وبما لم يُلزمها الله ورسوله به⁵.

وقال أيضاً كما تقدم: أن الذي يقتضيه مذهب أحمد وقواعده، أنه لا فرق بين اشتراطه واشتراطها به بل إثبات الخيار لها إذا فات ما اشترطته أولى، لأنها لا تتمكن من المفارقة بالطلاق، فإذا جاز له الفسخ مع تمكنه من الفراق بغيره، فلا أن يجوز لها الفسخ مع عدم تمكنها أولى، وقد اختار ذلك ابن تيمية⁶.

وقد قيدت هذه المادة أنه إذا كان عدم الوفاء من الزوجة فللزوجة طلب الفسخ وله أن يأخذ عوضاً عن ذلك بشرط أن لا يزيد العوض على المهر الذي دفعه الزوج لزوجته.

وسئل شيخ الإسلام ابن تيمية عن رجل تزوج بامرأة، وشرطت عليه أن لا يتزوج عليها، ولا ينقلها من منزلها، وأن تكون عند أمها، فدخل على ذلك، فهل يلزمه الوفاء، وإذا خالف هذه الشروط، فهل للزوجة الفسخ أم لا؟

1 ينظر: كشف القناع (11 / 365).

2 أخرجه البخاري 20/7 رقم 5151

3 أخرجه ابى داود في سننه 304/3 رقم 3594

4 أخرجه البخاري معلقاً بصيغة الجزم في صحيحه، كتاب النكاح باب الشروط في النكاح 1978/5، وقال الألباني صحيح، انظر: إرواء الغليل 303/6.

5 إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم (4 / 313).

6 ينظر: زاد المعاد في هدي خير العباد (5 / 260).

فأجاب: "نعم تصح هذه الشروط وما في معناها في مذهب الإمام أحمد، وغيره من الصحابة والتابعين كعمر بن الخطاب، وعمرو بن العاص، وشريح القاضي، والأوزاعي وإسحاق، ومذهب مالك إذا شرط لها إذا تزوج عليها أو تسرى أن يكون أمرها بيدها، أو رأيها، ونحو ذلك صح هذا الشرط أيضاً، وملكت المرأة الفرقة به، وهو في المعنى نحو مذهب أحمد، وذلك لما خرجاه في الصحيحين عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج"، وقال عمر بن الخطاب: "مقاطع الحقوق عند الشروط"، فجعل النبي ﷺ ما تستحل به الفروج من الشروط أحق بالوفاء من غيرها¹.

المبحث الثالث: أثر سفر الحاضن على الحضانة:

فَرَقَ المنظم في نظام الأحوال الشخصية بين حالتين هما:

الحالة الأولى: السفر بالمحضون بقصد الإقامة: وقد تطرق لها في المادة رقم (128) عندما تحدث عن مستقطات الحضانة، وذكر منها: إذا انتقل الحاضن إلى مكان بقصد الإقامة تفوت به مصلحة المحضون. وسواء أكان ذلك البلد داخل الدولة أم خارجها؛ إذ إن الحضانة يجب ألا تتعارض مع مصلحة المحضون، ولم يفرق المنظم بين أن يكون الحاضن الأب أم الأم.

وفي الفقه الإسلامي نجد أن جمهور الفقهاء - المالكية²، والشافعية³، والحنابلة⁴ - يفرقون بين سفر الحاضن للنقلة والانتجاع والسكنى في مكان آخر، وبين السفر لحاجة كالتجارة والزيارة، فإن كان سفر الحاضن لحاجة كتجارة وزيارة: كالحج والنزهة مثلاً فلا تسقط حضانتته عن المحضون، لكن يبقى طوال مدة السفر مع المقيم منهما حتى يعود المسافر، وسواء أكان السفر طويلاً أم قصيراً⁵، وزاد الشافعية إن كان المقيم الأم وكان في مقامه معها مفسدة أو ضياع مصلحة، كعدم تعليم الصبي القرآن، أو حرفة حيث لا يقوم مقام الأب غيره في ذلك، فالمتجه كما قال الزركشي تمكين الأب من السفر به، لا سيما إن اختاره الولد.

أما إذا كان سفر الحاضن للنقلة والانتجاع سقطت حضانة الأم، وتنتقل لمن هو أولى بالحضانة بعدها بشروط ذكرها.

ويرى الحنفية: أن الأم لا يمكنها الانتقال بالمحضون إلى بلد بعيد بحيث لا يستطيع الأب أن يراه بأن يذهب ويعود إلى ذلك البلد في يوم واحد، إلا إذا كان انتقالها إلى البلد الذي تزوجت فيه؛ لأن ذلك يعني التزام الزوج بالمقام فيه عرفاً وشرعاً.

1 مجموع الفتاوى 164/32.

2 مالك: المدونة، 259/2، ابن عبد البر: الكافي، ص 397، الدسوقي: حاشية الدسوقي 2/ 532-531، الدردير: الشرح الصغير، ج 2 ص 762.

3 البقوي: التهذيب، 400/6، النووي: روضة الطالبين، 9/ 106، الشربيني، معني المحتاج، 3/ 459-458، الملى، تحاية المحتاج، 7/ 234.

4 ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 8/ 242، ابن مفلح، المبدع، 7/ 187-176، البهوتي، كشف القناع، 5/ 500، ابن يوسف: غاية المنتهي: 3/ 250.

5 الدسوقي 2/ 531-532، ومعني المحتاج 3/ 458-459 وكشاف القناع 5/ 500، ابن قدامة، المغني 8/ 242، الإنصاف 9/ 427.

أما إذا كان الانتقال إلى بلد قريب بحيث يتمكن والده من رؤيته في نفس النهار والعودة فهنا لا تمنع من الانتقال؛ لأنه لا يلحق بالوالد ضرر.

كما يرى الحنفية أنه ليس للأب أخذ الصغير ممن له الحضانة من النساء والانتقال به من بلد أمه بلا رضاها ما بقيت حضانتها قائمة، ولا يسقط حقها في الحضانة بانتقاله، وسواء أكان المكان الذي ينتقل إليه قريباً أم بعيداً¹.

الحالة الثانية: السفر بالمحزون خارج المملكة: وسواء أكان السفر للإقامة أم لا؟ وقد فرقت المادة (129) بين أن يكون الحاضن أحد الأبوين أم غيرهما، فنصت على التالي:

1- إذا كان الحاضن أحد الوالدين، فلا يجوز له السفر بالمحزون إلى خارج المملكة مدة تزيد على (تسعين) يوماً في السنة إلا بموافقة إما من الوالد الآخر، وإما من الولي على النفس في حال وفاة الوالد.

ونجد المنظم هنا لم يفرق بين الأب أو الأم في ذلك، بل جعلهما على حدٍ سواء.

2- إذا كان الحاضن من غير الوالدين، فلا يجوز له السفر بالمحزون إلى خارج المملكة مدة تزيد على (ثلاثين) يوماً في السنة إلا بموافقة، تكون إما من الوالدين أو أحدهما في حال وفاة الآخر، وإما من الولي على النفس في حال وفاتها.

المبحث الرابع: أثر السفر على القسم بين الزوجات

أمر الله بإقامة العدل وحث عليه بقوله: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ)².

ومن أنواع العدل وصوره العدل بين الزوجات سواءً في السفر أو غيره: فإذا أراد الزوج أن يسافر ولديه أكثر من زوجة، هل يلزمه أن يعدل بين زوجاته ويسوي بينهما فيأخذ كل مرة واحدة أو لا يلزمه التسوية وعليه أن يقرع بينهما، وهل يختلف باختلاف نوع السفر؟

ولابد من تبين أن محل التساؤل وبجته هو في حالة كون الزوجات في منزلة واحدة لا اختلاف بينهما، ولهذا أشار بعض أهل العلم بقوله: (ينبغي أن يختلف ذلك باختلاف أحوال النساء، وتختص القرعة بما إذا اتفقت أحوالهن، لئلا يخص واحدة فيكون ترجيحاً بلا مرجح)³.

ولذا فإنه إذا استطاع الرجل أن يسافر بزوجاته كل مرة واحدة، ولنفس الجهة، والمدة نفسها، فهو الأولى، تحقيقاً للعدل والمساواة بينهما.

1 البدائع 4/4، ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 3/ 570.

2 سورة النحل الآية رقم (90).

3 ذكره ابن حجر في فتح الباري: 311/9.

وقد وقع الخلاف في كيفية الاختيار إذا اتفقت أحوالهن، وأراد السفر بواحدة منهن أو بعضهن على عدة أقوال أشهرها:

القول الأول: الإقراع بينهن: وهو قول عند المالكية¹، ومذهب الشافعية²، والحنابلة³.

قال في المغني: (وهذا قول أكثر أهل العلم)⁴. وأقوى أدلتهم ما جاء عن عائشة رضي الله عنها (أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد سفراً، أقرع بين نساءه، وأيتهن خرج سهمها خرج بها)⁵.

ففي هذا الحديث دلالة على اختصاص القرعة بحالة السفر، حتى تعين القرعة مَنْ يسافر بها⁶، ولأن المسافرة ببعضهن من غير قرعة تفضيلاً لها، وميلاً إليها، وهو خلاف العدل الذي أمر به الله⁷.

القول الثاني: الاختيار بينهن: فيختار مَنْ شاء منهن فيسافر بها بلا قرعة.

وهو مذهب الحنفية وذكروا استحباب القرعة بينهن⁸، وهو مذهب المالكية أيضاً بشرط ألا يكون خروجه بإحداهن على وجه الميل ولا الضرر⁹.

وعلموا ذلك بالمصلحة التي قد تكون في إقامة إحداهن إما لتقل جسمها، أو مرضها، أو لكثرة عائلتها، فالمرأة إذا كانت ذات ولد وذات شرف وهي صاحبة ماله ومديرة ضيعته، فإن خرج بها لأنه أصابها سهم القرعة ضاع ذلك من ماله وولده ودخل عليه ضرر، فهو يثق فيها في الحضر، والقرار في المنزل لحفظ الأمتعة، وقد تكون من نساءه ليس لها ذلك القدر، وإنما يسافر بها لخفة مؤنتها ولقلة منفعتها فيما يخلفها له من ضيعته، فله ذلك إذا كان بلا ضرر ولا ميل، وتعين من يخاف صحبتها في السفر للسفر بخروج قرعتها إلزام للضرر الشديد. وهو مندفع بالنافي للحرج¹⁰.

والذي يترجح - والله أعلم - هو القول الأول القائل بأنه يلزم الزوج إذا أراد السفر بإحدى نساءه واتفقت أحوالهن أن يقرع بينهن، وذلك لفعله صلى الله عليه وسلم بين نساءه، وحتى لا يقع الميل منه، ولأنهن متساويات في الحق ولا يمكن الجمع بينهن فوجب المصير إلى القرعة، والقرعة من المسالك الشرعية التي يُصار إليها في حال الاشتراك في الحقوق مع المساواة.

1 ينظر الكافي: 563/2، حاشية الدسوقي: 343/2، بلغة السالك: 142/3.

2 ينظر: الأم: 193/5، روضة الطالبين: 671/5، مغني المحتاج: 258/3، الحاروي: 572/9، حاشية قليوبي وعميرة: 304/3، بجزيري على الخطيب: 399/3.

3 ينظر: المغني: 252/10، المحرر: 42/2، الإنصاف: 368/8، المبدع: 255/6، شرح الزركشي: 346/5، كشاف القناع: 199/5، شرح منتهى الإرادات: 321/5، الفروع: 332/5، حاشية الروح المربع على الزاد: 448/6.

4 المغني: 252/10.

5 مسند أحمد 353/41 برقم 24859.

6 ينظر: فتح الباري: 221/9، زاد المعاد: 138/5، نيل الأوطار: 219/6.

7 ينظر: المغني: 253/10، شرح الزركشي: 346/5.

8 ينظر: بدائع الصنائع: 33/2، المبسوط: 219/2، شرح فتح القدير: 435/3، تبيين الحقائق: 180/2، البحر الرائق: 236/3، الفتاوى الهندية: 374/1.

9 ينظر: المدونة: 198/2، الكافي: 563/2، حاشية الدسوقي: 343/2، شرح الحرشي: 7/4، المعونة: 549/2، بلغة السالك: 143-142/3.

10 ينظر: شرح فتح القدير: 436/3، حاشية رد المختار: 206/3، تبيين الحقائق: 180/2، المدونة: 198/2، شرح الحرشي: 7/4.

وهو ما أفنت به اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بقولها: أما السفر فعلى الزوج أن يقرع بين نسائه، فمن خرجت لها القرعة سافر بها، كما كان النبي ﷺ يفعل، ولا يقضي المبيت الذي حصل في أثناء السفر للباقيات، وإنما يقسم بينهما في وقت حضوره، والسفر للحج أو العمرة كغيره من بقية الأسفار، لا بد فيه من القرعة¹.

وهو قول الشيخ عبد العزيز بن باز - رحمه الله - لما ورد له السؤال الآتي: هل يشترط للعدل بين الزوجتين أن يعدل بينهما في السفر أيضاً؟

يجب أن يعدل بينهما في السفر بالتراضي أو القرعة، وكان النبي ﷺ إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه، وسافر بمن حصلت لها القرعة. والواجب التأمي به في ذلك عليه الصلاة والسلام؛ لقول الله عز وجل: (لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ)؛² لأن في سفره بإحدى زوجتيه أو زوجته بدون تراض ولا قرعة، ظلماً للمتروكة أو المتروكات، والله سبحانه قد حرم الظلم على عباده وأمر بالعدل³.

وقد يتساءل سائل عن ثمره خلاف أهل العلم في ذلك، والجواب عنه أن يقال: أن من قال بوجوب القرعة بين نسائه قال:

- إذا سافر بإحدى زوجاته بقرعة، لا يحتسب عليها ولا لهن من مغيبها معه في السفر منفردة ولا يقضي، لأنه لم يتعد.

- وإن خرج بها بغير قرعة احتسب عليه مدة سفره، وقضى للبواقي بعد سفره، ليتحقق العدل، ولأنه خص بعضهن بمدة على وجه تلحقه التهمة فيه، فلزمه القضاء، كما لو كان حاضراً.

- من قال بعدم وجوب القرعة قال: لا يحتسب عليه مدة سفره ولا يلزمه القضاء بعد رجوعه، ولو سافر بها بدون قرعة، وذلك؛ لأن التسوية في وقت استحقاق القسم عليه، وفي حالة السفر ليس بمستحق فلا تجب التسوية، ولا تكون المدة محسوبة من نوبتها.

والمنظم السعودي إنما تطرق لهذه المسألة عند حديثه عن العدل كما في المادة (42) بقوله: (وعلى الزوج النفقة بالمعروف، والعدل بين الزوجات في القسم والنفقة الواجبة)، ولم ينص على شيء من الثمرة أو غيرها، وهذا مما يتناوله الفقهاء وشرح الأنظمة عند حديثهم، وجزء كبير من ذلك عائد إلى ديانة الزوج وهي مما لا تذكره الأنظمة والقوانين والله أعلم.

1 فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء: 200/19 - 201 فتوى: (17774).

2 سورة الأحزاب (21).

3 مجموع فتاوى ومقالات متنوعة: 238/1.

المبحث الخامس: أثر السفر على النفقة

وهذا المبحث به ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول: أثر سفر الزوجة بدون زوجها على النفقة¹

اتفق الفقهاء²: على أنه إذا سافرت الزوجة مع غير زوجها لحج أو غيره قبل الدخول، فلا نفقة لها، لفوات الاحتباس في بيت الزوج. وكذا إن سافرت وحدها بدون محرم بعد الدخول، لا نفقة لها، لفوات الاحتباس بسبب من جهتها، ولعصيانها بهذا السفر بدون محرم.

أما إن سافرت مع محرم لأداء فريضة الحج، فلا يسقط حقها في النفقة ولو بغير إذنه عند المالكية والحنابلة وأبي يوسف؛ لأنه سفر لأداء فريضة دينية، فيكون فوات الاحتباس بمسوغ شرعي، لكن النفقة الواجبة عند أبي يوسف والحنابلة هي نفقة الإقامة لا السفر، وعند المالكية: يجب لها الأقل من نفقتي الإقامة والسفر.

وتسقط نفقتها ولو بإذن الزوج عند جمهور الحنفية، والشافعية في الأظهر، لمخالفتها الواجب عليها وانتفاء التمكين، وفوات الاحتباس من جهتها، سواء سافرت لحج الفريضة أم لعمل آخر، كطلب العلم أم لحاجتها.

وإن سافرت لحج النفل سقطت نفقتها عند الحنفية والشافعية والحنابلة، وقال المالكية: إن سافرت بإذن الزوج، فلا يسقط حقها في النفقة؛ لأنها لا تعد ناشزة، وإن سافرت بدون إذنه، سقط حقها في النفقة؛ لأنها تعد ناشزة.

المطلب الثاني: أثر امتناع الزوجة من السفر مع زوجها على النفقة:

ذكر الحنفية³: أن للزوج السفر بزوجه إلى بلد آخر لغرض صحيح، كالتوظيف في بلد غير بلده أو استثمار ماله، إذا أوفأها مهرها كله معجلاً ومؤجلاً، وكان مأموناً عليها، ولم يقصد الإضرار بها، فإن امتنعت من السفر معه حينئذ، سقط حقها في النفقة واعتبرت ناشزة. فإن لم يؤديها مهرها، أو لم يكن مأموناً عليها أو قصد إضرارها، فلها الحق في الامتناع من السفر معه، ولا تعد ناشزة، لقوله تعالى: (ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن)⁴، وقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار».

وقال المالكية⁵: للزوج الانتقال بزوجه إذا أوفأها عاجل مهرها، وإن لم يكن دخل بها بالشروط التالية:

1. أن يكون الزوج مأموناً.

1 الفقه الإسلامي وأدلته للزحلي (10/7382)

2 الدر المختار: 2/892، مغني المحتاج: 3/437 - 3/439، كشف القناع: 5/550، الشرح الكبير مع الدسوقي: 2/517.

3 الدر المختار: 2/495.

4 سورة الطلاق الآية رقم (6/65).

5 الشرح الصغير وحاشية الصاوي: 2/761 وما بعدها.

2. وأن يكون الطريق إلى البلد مأموناً.

3. وأن يكون البلد قريباً بحيث لا ينقطع خبر أهلها عنها ولا خبرها عن أهلها.

وقد أشار نظام الأحوال الشخصية في مادته رقم (55) للمسألتين الأخيرتين بذكره لمسقطات النفقة وذكر أنه يسقط حق الزوجة في النفقة:

- إذا منعت نفسها من الزوج.
- أو امتنعت عن الانتقال إلى بيت الزوجية.
- أو المبيت فيه.
- أو السفر مع الزوج من دون عذر مشروع».

المطلب الثالث: أثر سفر الزوج على النفقة

وإذا غاب الزوج عن زوجته لم تسقط عنه النفقة.

فعن ابن عمر أنّ عمر بن الخطاب -رضي الله عنهما-: "كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن ينفقوا أو يُطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى". قال ابن المنذر: ثبت ذلك عن عمر¹.

قال الشوكاني رحمه الله "أقول: قد أمر الله -سبحانه- بإحسان عشرة - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - زوجات فقال: {وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ}²، ونهى عن إمساكن ضارراً فقال: {وَلَا تَمْسُكُوهُنَّ ضَرَارًا}³، وأمر بالإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان فقال: {فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ}⁴، ونهى عن مضارتهن فقال: {وَلَا تُضَارُوهُنَّ}⁵. فالغائب إن حصل مع زوجته التضرر بغيبته جاز لها أن ترفع أمرها إلى حكام الشريعة، وعليهم أن يخلصوها من هذا الضرر البالغ. هذا على تقدير أن الغائب ترك لها ما يقوم بنفقتها، وأنها لم تتضرر من هذه الحثية، بل من حيثية كونها لا مزوجة ولا أئمة. أمّا إذا كانت متضررة بعدم وجود ما تستنفقه مما تركه الغائب؛ فالفسخ بذلك على انفراده جائز ولو كان حاضراً؛ فضلاً عن أن يكون غائباً، وهذه الآيات التي ذكرناها وغيرها تدل على ذلك.

فإن قلت: هل تعتبر مدة مقدرة في غيبة الغائب؟

قلت: لا؛ بل مجرد حصول التضرر من المرأة مُسَوِّغٌ للفسخ بعد الإعذار إلى الزوج؛ إن كان في محلّ معروف، لا إذا كان لا يعرف مستقره، فإنه يجوز للحاكم أن يفسخ النكاح بمجرد حصول التضرر من

1 أخرجه الشافعي، وعنه البيهقي، وصححه شيخنا -رحمه الله- في "الإرواء" (2159).

2 سورة النساء الآية رقم (19).

3 سورة البقرة الآية رقم (231).

4 سورة البقرة الآية رقم (229).

5 سورة الطلاق الآية رقم (6).

المرأة، ولكن إذا كان قد ترك الغائب ما يقوم بما تحتاج إليه، ولم يكن التضطرر منها إلا الأمر غير النفقة ونحوها؛ فينبغي توقيفها مدة، يخبر من له عدالة من النساء؛ بأن المرأة تتضرر بالزيادة على تلك المدة. وأما إذا لم يترك لها ما تحتاج إليه؛ فالمسارعة إلى تخليصها، وفك أسرها ودفع الضرر عنها واجب. ثم إذا تزوجت بآخر؛ فقد صارت زوجته، وإن عاد الأول فلا يعود نكاحه؛ بل قد بطل بالفسخ¹.

وقد جاء مفهوم ذلك في نظام الأحوال الشخصية كما في المادة (51) ونصها: (مع مراعاة أحكام المادة (الثالثة والأربعين) من هذا النظام: تجب النفقة للزوجة على زوجها بموجب عقد الزواج الصحيح إذا مكنته من نفسها حقيقة أو حكماً).

فسبب وجوب إنفاق الزوج على زوجته هو عقد الزواج الصحيح الذي جعلها في عصمته وأعطاه القوامة عليها، كما أن الحفاظ على كرامتها يقتضي أن تكون نفقتها في ماله حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين، أو كانت في بيت أهلها ولم يطلبها هو إلى بيته وامتنعت بغير حق؛ فإن استعدادها للمطالبة يعد هو التسليم الحكمي المذكور في هذه المادة، وهو قول جمهور الفقهاء².

وكل هذا مع مراعاة ما جاء في المادة الثالثة والأربعون، والمقصود به هو الفقرة الأولى منها والله أعلم والتي جاء فيها: (للزوجة الامتناع عن الدخول والانتقال إلى بيت الزوجية حتى تقبض مهرها الحال وبهيئ الزوج لها المسكن المناسب، ولها الحق في النفقة خلال هذه المدة).

وسفر الزوج هو إسقاط لحقه باختياره ولذا فسقوط حقه باختياره لا يعني سقوط حق الزوجة في النفقة والله أعلم.

الخاتمة والتوصيات

وأهم نتائج هذا البحث هي:

- 1- أن السفر هو أن يخرج الإنسان من عمران بلده قاصداً قطع مسافة أو مدة معينة بسير معتدل.
- 2- ينقسم السفر إلى ثلاثة أقسام: سفر طاعة، وسفر مباح، وسفر معصية.
- 3- سفر الحاضن بالمحزون إذا كان لحاجة التجارة أو زيارة كتجارة وحج وزهمة مثلاً؛ فلا تسقط حضانته عن المحزون، لكن يبقى طوال مدة السفر مع المقيم منهما حتى يعود المسافر، وسواء أكان السفر طويلاً أم قصيراً.
- 4- إذا أراد الزوج السفر بإحدى زوجاته أقرع بينهم على الرجوع من الأقوال.

1 السيل الجزائر" (2/ 256):

2 ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (4/ 188)، الحاوي الكبير (11/ 438) كشف القناع (13/ 135).

- 5- إذا حُشي من ضرر المخطوبة بفوات الكفء لها، الراغب فيها، وتعذر الوصول إلى وليها في غيبته القريبة لفتنة أو خوف جازر للسلطان أن يزوجهما بغير إذنه.
- 6- أن الشروط التي لا تنافي أصل العقد، ولا مقتضاه ولا غايته ولا مقاصده، وليس فيها ما يُجَل حراماً أو يُجرم حلالاً تكون صحيحة ويجب الوفاء بها ولصاحبه حق الفسخ إذا أخل بها المشروط عليه.
- 7- غياب الزوج عن زوجته لا يسقط عنه النفقة، وغياها عنه بغير إذنه يسقط نفقتها.

التوصيات :

- 1- الاهتمام بالموضوعات الفقهية الخاصة بالأحوال الشخصية وتأصيلها تأصيلاً فقهياً شرعياً صحيحاً.
- 2- دراسة النوازل الفقهية في نظام القضاء السعودي الخاصة بنظام الأحوال الشخصية كأثر السجن وأثر العرف والمصلحة على نظام الأحوال الشخصية.



فهرس المراجع والمصادر

- 1- ابن الأثير، النهاية في غريب الأثر، المكتبة العلمية - بيروت، 1399هـ - 1979م.
- 8- ابن القيم : زاد المعاد في هدي خير العباد - الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت - الطبعة: السابعة والعشرون ، ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م.
- 9- ابن القيم ، إعلام الموقعين عن رب العالمين - تحقيق: مُحمَّد عبد السلام إبراهيم - الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- 2- ابن الهمام، كمال الدين مُحمَّد بن عبد الواحد السيواسي ، فتح القدير ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، ط 1، 1389هـ.
- 10- ابن باز؛ مجموع فتاوى ومقالات متنوعة - جمع وإشراف: د. مُحمَّد بن سعد الشويعر - الناشر: رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية.
- 11- ابن تيمية: مجموع الفتاوى - جمع وترتيب: عبد الرحمن بن مُحمَّد بن قاسم رحمه الله وساعده: ابنه مُحمَّد وفقه الله - الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف - المدينة المنورة - السعودية - عام النشر: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

- 12- ابن تيمية، الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية - جمع وإعداد: سامي بن محمد بن جاد الله - راجعه: سليمان بن عبد الله العمير - جديع بن محمد الجديع - الناشر: دار عطاءات العلم (الرياض) - الطبعة: الثالثة، ١٤٤٠ هـ - ٢٠١٩ م
- 13- ابن حبان، أبو حاتم محمد بن حبان بن أحمد البستي، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط 2، 1993م، مؤسسة الرسالة.
- 14- ابن عبد البر: الكافي، المحقق: محمد أحمد ولد مادريك الموريتاني ط: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية الطبعة: الثانية، 1400هـ/1980م.
- 15- ابن قدامة، المعني، لابن قدامة، مكتبة القاهرة، بدون رقم طبعة، طبعة سنة 1388 هـ - 1968 م
- 16- ابن قدامة؛ الشرح الكبير على متن المقنع - طبعة: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت - عام النشر: ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣.
- 17- ابن ماجه، أبو عبدالله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، 1 / 605
- 18- ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع لابن مفلح، ط دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، 1418 هـ - 1997 م.
- 3- ابن نجيم الحنفي، زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت.
- 19- ابن يوسف: غاية المنتهى في جمع الإقناع والمنتهى لمرعي بن يوسف الكرمي الحنبلي (ت ١٠٣٣ هـ) - تحقيق: ياسر إبراهيم المزروعى، رائد يوسف الرومي - الناشر: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع والدعاية والإعلان، الكويت الطبعة: الأولى، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م.
- 4- أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، تحقيق: يوسف محمد البقاعي، 1412 هـ، دار الفكر، بيروت.
- 20- أبو داود، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت، 2 / 229.
- 21- أبو داود، سنن أبي داود، 2 / 229.
- 22- أبو عبدالله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق: د. رفعت فوزي عبد المطلب، ط 1، 2001 م، دار الوفاء للطباعة والنشر.
- 23- احمد، أبو عبدالله أحمد بن حنبل الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة، مصر.

- 24- البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي للبغوي الشافعي المحقق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1418 هـ - 1997 م .
- 25- البهوتي، منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي ، 1402 هـ، دار الفكر ، بيروت .
- 26- البيهقي ، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، السنن الكبرى ، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا ، 1994 م ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة .
- 27- الترمذي ، أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي ، سنن الترمذي ، تحقيق: أحمد محمد شاكر ، دار إحياء التراث العربي .
- 5- الجرجاني، علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات ، تحقيق: إبراهيم الأبياري ، ط 1 ، 1405 هـ ، دار الكتاب العربي ، بيروت .
- 28- الحاكم أبو عبدالله محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري المستدرک علی الصحیحین، تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطا ، ط 1 ، 1990 م ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- 29- الخرشبي؛ شرح الخرشبي على مختصر خليل - طبعة : المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر الطبعة: الثانية، 1317 هـ - وصورتها: دار الفكر للطباعة - بيروت .
- 30- الدارقطني ، أبو الحسن علي بن عمر الدارقطني ، سنن الدارقطني ، تحقيق: عبدالله هاشم يماني المدني ، 1966 م، دار المعرفة ، بيروت .
- 31- الدردير: الشرح الصغير للدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ط: دار المعارف الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- 32- الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن عرفة الدسوقي ط دار الفكر بدون طبعة وبدون تاريخ
- 33- الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي الناشر: دار الفكر، بيروت الطبعة: ط أخيرة - 1404 هـ/1984 م
- 34- الزيلعي؛ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة - الطبعة: الأولى، 1314 هـ.
- 35- الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للخطيب الشربيني الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1415 هـ - 1994 م.
- 36- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر .

- 37- الصاوي ، أحمد الصاوي ، بلغة السالك لأقرب المسالك ، تحقيق: محمد عبدالسلام شاهين ، ط 1 ، 1995م ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- 38- الطبراني ، أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني ، المعجم الأوسط ، تحقيق: طارق بن عوض الله وعبد المحسن بن إبراهيم الحسيني ، 1415هـ ، دار الحرمين .
- 39- الكاساني، أبو بكر علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط2، 1982 م ، دار الكتاب العربي ، بيروت .
- 6- الكفوي، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي ، الكليات ، تحقيق: عدنان درويش ، محمد المصري ، 1998م، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 918 .
- 40- اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء؛ فتاوى اللجنة الدائمة - جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش - الناشر: رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء - الإدارة العامة للطبع - الرياض.
- 41- مالك: المدونة الكبرى للإمام مالك ط: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1415هـ - 1994م
- 42- الماوردي ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني - المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود - الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان - الطبعة: الأولى، 1419 هـ - 1999م.
- 43- النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين تحقيق: زهير الشاويش ط: المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان الطبعة: الثالثة، 1412هـ / 1991م.
- 44- النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي تحقيق: زهير الشاويش ط: المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان الطبعة: الثالثة، 1412هـ / 1991م.

جرائم التعدي على الدين

"دراسة تحليلية نقدية مقارنة"

"مصري- فرنسي"

د. براء ياسر عبدالعزيز أبو عنزة

محامي لدى نقابة المحامين بدولة فلسطين

الملخص

إن جرائم التعدي على الدين تعدُّ اعتداءً على قدسية الاعتقاد الديني والإساءة للدين، ومهاجمة العقيدة بالباطل، ولا يختلف الأمر إذا قام بالفعل من ينتمون للطائفة الدينية ذاتها، أو من لا يعتنقونها، ويعتدُّ ضرباً من ضروب الازدراء والتحقير للأديان السماوية مهاجمة السنة والإساءة للصحابة وإصاق الاتهامات الجزافية للصحابة.

حيث إن القانون يعرف جريمة التعدي على الدين بأنها احتقار الدين أو أحد رموزه أو مبادئه الثابتة أو نقده أو السخرية منه، لأن مثل هذه السلوكيات تثير الفتن ومن هنا فإن الهجوم بأي شكل على كل ما يتعلق بالدين بعد ازدراء ولا يسمح به والقانون يعاقب عليه؛ ولذلك فالتعدي على الدين: يعني العمل على تحقير المعتقدات والرموز الدينية الخاصة بما يقلل احترامها بالمجتمع.

في حين أنَّ السلم المجتمعي هو الركيزة الأساس في استقرار الدولة، والمعكر الأول لصفو هذا السلم هو انتقاد أديان الآخرين والمعتقد الديني لهم، وهو ما يجب أن يقابل بكل حزم وشدة في الدول التي تسعى إلى الاستقرار والسلم بين مواطنيها.

كلمات مفتاحية: التدين - الحريات - العقيدة - التعدي - السخرية - الهوى، القدر، الدم

The offenses of assaulting and insulting religion, or the offenses of assaulting, converting, or embracing the Companions are considered.

Since the law defines the crime of infringing on religion, law, religion, its principles, principles, principles, principles, principles or preservatives, because such behaviors provoke sedition and hence, in any form, this law is read. and religious symbols.

While the desire for society is the main pillar of stability and peace, peace, peace, peace, and the first belief of the purity of this peace and religious belief, which must be met with firmness and

intensity in countries that seek stability and peace among the Qur'an.

Keywords: *religiosity – freedoms – creed – transgression – sarcasm – passion, slander, slander*

مُتَكَلِّمًا

إن جرائم التعدي على الدين تعدُّ اعتداءً على قدسية الاعتقاد الديني والإساءة للدين، ومهاجمة العقيدة بالباطل، ولا يختلف الأمر إذا قام بالفعل من ينتمون للطائفة الدينية ذاتها، أو من لا يعتنقونها، ويعتدُّ ضربًا من ضروب الازدراء والتحقير للأديان السماوية مهاجمة السنة والإساءة للصحابة وإلصاق الاتهامات الجذافية للصحابة.

حيث إن القانون يعرف جريمة التعدي على الدين بأنها احتقار الدين أو أحد رموزه أو مبادئه الثابتة أو نقده أو السخرية منه، لأن مثل هذه السلوكيات تثير الفتن ومن هنا فإن الهجوم بأي شكل على كل ما يتعلق بالدين بعد ازدراء ولا يسمح به والقانون يعاقب عليه؛ ولذلك فالتعدي على الدين: يعني العمل على تحقير المعتقدات والرموز الدينية الخاصة بما يقلل احترامها بالمجتمع.

في حين أنَّ السلم المجتمعي هو الركيزة الأساس في استقرار الدولة، والمعكر الأول لصفو هذا السلم هو انتقاد أديان الآخرين والمعتقد الديني لهم، وهو ما يجب أن يقابل بكل حزم وشدة في الدول التي تسعى إلى الاستقرار والسلم بين مواطنيها.

أهمية البحث:

1- حرية الاعتقاد هي أولى الحريات لأنها تحدد جميع الحريات، وتزداد أهمية حرية الاعتقاد في الأوقات التي تحاول فيها الأنظمة السياسية أو جماعات الضغط والمصالح وإجبار الأفراد على إعتناق دين معين أو مذهب معين أو اتباع أساليب عصرية تقارب في التأثير أساليب التفتيش في الضمائر التي كانت متبعة في العصور الوسطى.

2- يعدُّ حق الإنسان في حرية العقيدة والعبادة من الحقوق الهامة التي لا يستطيع الإنسان الحياة بدونها، فلكل إنسان الحق في اعتناق دين معين أو الاعتقاد في صحة مذهب معين، واتباع تعاليمه دون تدخل من أي سلطة أو شخص للحد من حريته في هذا الاعتقاد أو تلك العقيدة، بل من حق الإنسان أيضًا أن يمارس تلك الحقوق في صور عبادات أو شعائر أو طقوس معينة.

3- ازدراء الأديان من أخطر الجرائم التي تمارسها وسائل الإعلام وهذا ما رأيناه في الأونة الأخيرة حيث يمثل هذا التعدي في ظل التشريع الجنائي الإسلامي تعدياً على حرمة الدين، والذي يعد أول الضروريات الخمس التي أوجب الشارع حمايتها.

4- موضوع حرية العقيدة يتجاوز نطاقه فقهاء القانون ليصبح موضوعاً سياسياً يهم الجماهير العادية، لأنه يؤثر في نفوسهم وفي حياتهم اليومية تأثيراً مباشراً، ولكن قد يؤدي الحديث في هذا الموضوع من أواخر العواقب إذا تجاوز نطاق الحديث المباح، والثابت أن حرية الإنسان في العقيدة هي أعز ما يملك وقوام حياته ووجوده وكلما كانت هذه الحرية مكفولة لها ضمانات وجودها كلما ازدهر المجتمع وتقدم في مدارج الرقي.

إشكالية البحث:

تتمحور إشكالية البحث وذلك ضمن الإشكاليات الرئيسية التالية:

1- أبرز الواقع الحالي في المجتمع وجود العديد من الإشكاليات بسبب حرية العقيدة وممارسة الشعائر الدينية، ومدى توافرها أو تعارضها مع الواقع الحالي في المجتمع، فقد أظهرت الأحداث الراهنة الحاجة إلى دراسة حرية العقيدة وممارسة الشعائر الدينية دراسة موضوعية لا تعرف الهوى، ولا التمييز بين فئة وأخرى والحرص على إقرار مبدأ المساواة بين الناس، ودون إهدار حقوق الآخرين بسبب اختلاف عقيدتهم، وتلك الدراسة تؤمن عن حق، بضرورة حماية ربوع المجتمع والحفاظ على كيانه.

2- غياب التحديد القانوني الدقيق لبعض الجرائم المتعلقة بالأديان، وتداخلها مع بعض الظواهر الإجرامية المشاهدة.

3- وفي محاولة متواضعة منا لإقامة موازنة بين النصوص الدستورية والقانونية من جهة، وبين نصوص الاتفاقيات والمعاهدات الدولية من جهة أخرى، ورؤية الشريعة الإسلامية من جهة ثالثة، فقد قمنا بسرد حرية العقيدة وممارسة الشعائر الدينية من خلال تلك النصوص، ولا تعتبر النصوص التشريعية دستورية أم قانونية كافية وحدها في تقديم الحماية المنشودة لتلك الحرية، ومن ثم يلزم وجود قواعد واتفاقيات دولية بالإضافة إلى وجود ضمانات قضائية كافية تكفل الممارسة الحقيقية للدين، وتنظم ما تقره النصوص التشريعية والدولية والشريعة الإسلامية من حقوق الإنسان.

منهج البحث:

1- تعتمد الدراسة على المنهج التحليلي المقارن، الأمر الذي يتطلب الإستقراء العلمي للأحكام القانونية والفقهية المتعلقة بتجريم الإساءة للأديان ورموزها والكتب المقدسة وذلك للوصول إلى الحفاظ على أمن المجتمع وسلامته ولملاحقة أعداء السلام العالمي الذين يشيرون الفتنة الدينية بين شعوب العالم، ودراسة مقارنة في القانون الفرنسي لمعرفة وضع الأديان في تشريعهم.

2- بالإضافة إلى المنهج التأصيلي حيث يقوم الباحث بتأصيل موضوع البحث وفقاً للقواعد العامة، والتعرض للأصول التاريخية لحماية الأديان، وكذا المواضيع التي بها قصور تشريعي وتحتاج إلى تأصيل حتى يمكن وضع تشريع لمواجهة هذا القصور في بعض الأمور المتعلقة بحماية الأديان والتي لم تشملها التشريعات الموجودة.

وحرصت في هذا البحث على أن أنتهج سبيلاً منطقيًا يسير جنبًا إلى جنب مع تسلسل الفكرة حرصًا على بلوغ الغاية من الدراسة، مستعينًا بأفكار وفلسفة وسياسة القانون الجنائي، مع حسم العديد من المسائل الخلافية، والتعمق في دراسة الفقه والقضاء المقارن.

خطة البحث:

المبحث الأول: ماهية الأديان وحرية العقيدة.

المطلب الأول: المقصود بكلمة دين.

المطلب الثاني: الأديان محل الحماية القانونية.

المبحث الثاني: الجرائم المتعلقة بالأديان.

المطلب الأول: جرائم العدوان على حرمة الدين في القانون الوضعي.

المطلب الثاني: جرائم العدوان على حرمة الدين في التشريع الجنائي الإسلامي.

المبحث الأول: ماهية الأديان

يتناول هذا المبحث ماهية كلمة دين في المفهوم اللغوي والشرعي ولدى فقهاء القانون، ويتناول الأديان محل الحماية القانونية في القانون الوضعي، وماهية كلمة حرية العقيدة، وعلى ذلك يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين وذلك على نحو ما هو تال:

المطلب الأول: المقصود بكلمة دين لغة

المطلب الثاني: الأديان محل الحماية القانونية.

المطلب الأول

المقصود بكلمة دين

قد يكون السبب في عدم تحديد إذا كان الفعل مجرم أم لا هو اختلاف مفهوم الدين، لذا حاولنا هنا تحديد المقصود بالدين في اللغة والاصطلاح وعند فقهاء القانون وتحديد الآراء الأكثر ترجيحاً، وتحديد الأديان محل الحماية القانونية، وذلك ضمن الفروع الآتية:

الفرع الأول

التعريف اللغوي

بالرغم من أن العلماء يرون أن الدين مفهوم أو مصطلح معقد ومتعدد الأشكال، ومن ثم يصعب حصره في تعريف منطقي جامد أو ضيق، كما يصعب أن نستخلص معناه الدقيق في معاجم اللغة، لذا لا أميل إلى إغضاء الطرف عن جهود اللغويين في تعريف الدين⁽¹⁾، و لفظ الدين في اللغة العربية من أكبر الألفاظ ثراءً بالمعاني والمدلولات، ومعانيها الكثيرة جعلتها غير واضحة المعنى، أو محددة المدلول، فالبحث عن معنى هذا اللفظ، يرى لها مدلولات كثيرة، هذا بالإضافة إلى أن هذه المعاني على كثرتها لا تجمع بينهما جامعة، ولا تؤلف بينها وحدة، بل نجد بينها الكثير من المعاني المتناقضة.

ويقصد به أيضاً: الجزاء والحكم والسلطان والطاعة والانقياد والذل، ويُراد به أيضاً ما يبدان به الإنسان يُقال: دان بكذا أي اتخذ ديناً وتعبد به، فكلمة الدين اسم لجميع ما يتدين به الإنسان وجمعها أديان⁽²⁾، والدين بالمعنى الأخير (ما يتدين به الإنسان) هي محل الدراسة.

ونلاحظ أن كل معنى من هذه المعاني يعبر عن جانب من جوانب الدين، وهذه المعاني في مجموعها تصور الدين في كليته، فالدين شعور وإقرار بالقوة المطلقة القاهرة، وما ينبغي لها من عبودية وتسليم يتمثل في الطاعة والخضوع والعبادة، أو أن هذه المعاني اللغوية تشير إلى علاقة بين طرفين يعظم أحدهما الآخر ويخضع له، فإذا وصف بها الآخر، كانت إلزاماً وسيطرة، وحكماً وأمرًا، وإذا نظرنا إلى العلاقة بين

(1) د. محمد عبد الله الشرقاوي، بحوث في مقارنة الأديان، دار الفكر العربي، 2002، ص 9.

(2) المعجم الوجيز، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، 1998، باب دين.

الاثنين كانت هي الدستور المنظم لتلك العلاقة والمظهر لها⁽¹⁾، وقد حكم في النهاية أن مادة كلمة دين لغوياً تدور كلها على معنى لزوم الانقياد⁽²⁾.

الفرع الثاني

تعريف الدين عند فقهاء القانون

عرفه البعض⁽³⁾ بأنه: "نظام اجتماعي يقوم على وجود موجود أو أكثر أو قوي فوق الطبيعة، ويبين العلاقات بين بني الإنسان وتلك الموجودات، وتحت أي ثقافة معينة تتشكل هذه الفكرة لتصبح نمطاً أو أنماطاً اجتماعية أو تنظيمياً اجتماعياً، ومثل هذه الأنماط أو النظم تصبح معروفة باسم الدين".

وهذا التعريف يحدد جوهر الدين بعناصر ثلاثة أساسية: وجود معبود أو أكثر أو قوي فوق الطبيعة، ومذاهب وآراء تقوم على رسم العلاقات بين العالم المادي والعالم العلوي والواجبات والالتزامات المتبادلة بين كلا العالمين، ومجموعة من أنماط السلوك تهدف إلى جعل الأفراد يسيرون في انسجام مع قوي ما فوق الطبيعة، ويخضعون للثواب والعقاب على ما عملوا سواء في الدنيا أو في الآخرة.

وعرفه الأستاذ السنهوري بقوله⁽⁴⁾: "الدين وحي ينزل من عند الله تعالى على نبي من أنبيائه لإرشاد الناس في معاشهم ومعادهم، فيشمل واجب الإنسان نحو الله، وواجبه نحو نفسه، وواجبه نحو الناس وعرفه البعض⁽⁵⁾ بأنه: "مجموعة القواعد التي ينزلها الله - سبحانه وتعالى - على نبي من عنده ليلبغها الي الناس ويأمرهم باتباعها وإلا تعرضوا لغضب الله وعقابه".

المطلب الثاني

الأديان محل الحماية القانونية

الأديان محل الحماية القانونية هي الأديان السماوية فقط أي الرسالات المنزلة من عند الله عز وجل على رسله، ولعل أهم الديانات السماوية الإلهية على الإطلاق، الإسلام والمسيحية واليهودية حيث يقول الله عز وجل في محكم التنزيل: "اللَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْحَيُّ الْقَيُّومُ نَزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ وَأَنْزَلَ التَّوْرَةَ وَالْإِنْجِيلَ مِنْ قَبْلُ هُدًى لِلنَّاسِ وَأَنْزَلَ الْفُرْقَانَ إِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا بِآيَاتِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انتِقَامٍ"⁽⁶⁾.

(2) د. محمد عبد الله الشرفاوي، مرجع سابق، ص 10.

(3) د. محمود بن الشريف، الأديان في القرآن، بدون دار نشر، الطبعة الرابعة، 1980، ص 24.

(1) د. إبراهيم مذكور وآخرون، معجم العلوم الاجتماعية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1975، ص 270.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، أصول الفقه، 1936م، ص 65، مشار إليه في جريمة التعدي على حرمة الأديان وازدراؤها في التشريعات الجنائية الوضعية والتشريع الجنائي الإسلامي، عادل عبد العال خراشي، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، ص 10.

(3) د. محمد حسام لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الرابعة، 1999م، دار النهضة العربية، ص 169.

(1) سورة آل عمران، الآيات 1:4.

وهذه الأديان هي محل الحماية والصيانة وذلك استناداً إلى الأسباب الآتية:

1- استناداً للمادة الرابعة من القانون الأساسي الفلسطيني والمعدل لسنة 2003: " الإسلام هو الدين الرسمي في فلسطين ولسائر الديانات السماوية احترامها وقديسيته".

2- استناداً للمادة الثانية من دستور جمهورية مصر العربية 2014م المعدل: " الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع".

والجدير بالذكر أن ما تضمنه الدستور من النص على أن الإسلام دين الدولة لا يحمل تعارضاً مع ما تضمنه المادة 64 من دستور جمهورية مصر العربية 2014 المعدل، فالعديد من دساتير العالم تضمن النص على دين الدولة، من ذلك دستور دولة الإمارات العربية المتحدة الصادر سنة 1971م، والذي جاء فيه أن الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد، في حين أن البعض الآخر من الدول تضمنت دساتيرها على أن الدولة لا دين لها مثل نص المادة الثانية من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسي الصادر سنة 1958م والذي جاء فيه أن فرنسا جمهورية غير قابلة للانقسام وهي علمانية وديمقراطية واشتراكية، ولا شك أن النص على أن الإسلام هو دين الدولة إنما يتبلور مظهره في أمور عدة نذكر منها تعطيل وزارات ومصالح الدولة في المناسبات والأعياد الإسلامية.

وذهب البعض⁽¹⁾ إلى القول بأن الاعتراف في مصر بالأديان التوحيدية فقط: الإسلام والمسيحية واليهودية، فيه تدخل في حرية المعتقد والمساس بجانب من الحقوق العامة لبعض المواطنين لأسباب تتعلق بقناعتهم الدينية، وإن كنت أخالف هذا الرأي تمامًا لأن الدستور نص على أن الإسلام دين الدولة ومبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي على التشريع والإسلام نص على احترام الشرائع السماوية الأخرى "النصرانية واليهودية" عدا الديانات الوضعية لأن هذه الديانات تنطوي على الشرك بالله سبحانه وتعالى.

3- استناداً للمادة 18 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003: " حرية العقيدة والعبادة حرية العقيدة والعبادة وممارسة الشعائر الدينية مكفولة شريطة عدم الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة.

4 - استناداً للمادة 64 من الدستور المصري لعام 2014م والتي تنص على أن: " حرية الإعتقاد مصونة وتكفل الدولة حرية ممارسة الشعائر الدينية وإقامة دور العبادة للأديان السماوية، وذلك على النحو الذي ينظم القانون ".

(1) د. محمد عبد الحفيظ عبد الله عليوة، دور الدين في النظام الدستوري المصري في ضوء الاتجاهات العامة للأنظمة المعاصرة، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، ص 378.

5 - لقد أرسل الله رسله بالدين (عقيدة وشريعة وأخلاقاً) وعندما ينفلت الناس منه، وينصرفون عنه، وتضمحل صورته في نفوسهم وعقولهم وقلوبهم، كان يبعث الله لهم من يجدد لهم أمر الدين ويذكرهم بعقائده وأخلاقه، ويجدد لهم الشريعة بحسب أحوالهم وأوضاعهم، فالدين واحد في عقائده وأخلاقه متجدد في شرائعه إلى أن أرسل الله محمدًا ﷺ بالدين الكامل عقيدة وشريعة وأخلاقاً، وبما أن الله تعالى قد أكمل للناس الدين ببعثة محمد ﷺ، فهم لا يحتاجون إلى دين جديد أو رسل آخرين، أي أن الله تعالى قد ختم الرسالات بمحمد ﷺ، وأرسله للناس كافة (1)، قال تعالى (الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا) (2).

4 - اعتراف الإسلام بالأديان السابقة له ما يؤكد في القرآن الكريم في قوله تعالى: " شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ كَبُرَ عَلَى الْمُشْرِكِينَ مَا تَدْعُوهُمْ إِلَيْهِ اللَّهُ يَجْتَبِي إِلَيْهِ مَنْ يَشَاءُ وَيَهْدِي إِلَيْهِ مَنْ يُنِيبُ" (3).

ويتضح مما سبق: بأن الاعتداء على غير الأديان المعترف بها لا يعد من الجرح المتعلقة بالأديان، فالقانون لا يحمي إلا ما رخصت به الدولة وماعدا ذلك فلا شأن له به فلا تعترف له الدولة بأي قداسة، وكيف يعرف المتهم بأنه يتعدى على دين إذا كان هذا جديدًا لا يصبح وجوده معروفًا عند الناس؟ ومن ثم فاعتراف الدولة بالدين لطائفه معينة يشكل ركيزة أساسية لشمول تلك الديانة بالحماية الجنائية ومن ثم صلاحيتها لأن تكون محلاً للجريمة من الجرائم المتعلقة بالأديان، وهذا الاعتراف يترتب عليه السماح لأصحاب هذه الطوائف أو الديانات بأداء شعائرهم وطقوسهم والاعتراف برجال دينهم ورعايتهم وكذلك الاعتراف بكتبهم المقدسة (4).

فالأديان السماوية التي يعتنقها أكثر من ثلثي مواطني العالم ويزيد معتنقي الإسلام منهم على ربع سكان الكرة الأرضية حسب تقرير المنظمة العالمية، فإنها تؤدي بالتأكيد إلى ضرورة العمل على حماية هذه الأديان من كل تعدى أو سخرية أو استهزاء يمس من مكانتها ويصيب مشاعر معتنقيها وضمائرهم ويحرضهم على الحقد والكراهية.

(2) د. محمد عبد الله الشرفاوي، مرجع سابق، ص 22.

(2) سورة المائدة آية 3.

(3) سورة الشورى آية 11.

(1) د. عمار تركي الحسيني، مرجع سابق، ص 133.

أما في فرنسا:

نصت المادة الأولى من الدستور الفرنسي على أن فرنسا جمهورية علمانية، وبالتالي عُني الدستور الفرنسي باحترام جميع الأديان، حيث يقول آدم سميث⁽¹⁾ " من مصلحة المجتمع ككل ومصلحة الحكومة على وجه الخصوص على المدى الطويل السماح للناس باختيار دينهم بحرية لأن ذلك يساعد على منع الفتن الدينية وتقليل التعصب، سيكون الجميع مضطراً إلى تعديل تعاليمهم الصارمة والأكثر إثارة للجدل طالما أن هناك أديان وطوائف دينية مختلفة وذلك ليبدو أكثر جاذبية للمزيد من الناس وبالتالي كسب معتنقين جدد في وقت بسيط، والمنافسة الحرة بين الطوائف الدينية للمعتنقين هي التي تضمن الهدوء والاستقرار على المدى الطويل".

المبحث الثاني

الجرائم المتعلقة بالأديان

لا شك أن الجرائم المتعلقة بالأديان تعتبر خطيرة كونها تتعلق بحرية العقيدة عند الإنسان، والتي تمثل ركيزة أساسية في نطاق الحفاظ على الصفو والنسيج المجتمعي، وبناءً عليه سنتناول الجرائم المتعلقة بالأديان وذلك ضمن المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: الجرائم المتعلقة بالأديان في القانون الوضعي.

المطلب الثاني: جرائم العدوان على حرمة الدين في التشريع الجنائي الإسلامي.

المطلب الأول

الجرائم المتعلقة بالأديان في القانون الوضعي

نتناول في هذا المطلب الجرائم المتعلقة بالأديان في القانون في القانون الوضعي، وذلك ضمن الفروع التالية:

الفرع الأول: جرائم العدوان على حرمة الدين.

الفرع الثاني: جرائم السخرية بالدين.

(2)- Smith,Adam(1776),wealth of Nations,Penn state Electronic classics edition, republished 2005, P.643-649.

الفرع الأول

جرائم العدوان على حرمة الدين

أولاً: جريمة تعطيل إقامة الشعائر:

نصت المادة 1/160 من قانون العقوبات المصري على أن يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين " كل من شوش على إقامة شعائر ملة أو احتفال ديني خاص بها أو عطلها بالعنف أو التهديد ".

ولذا سأوضح في هذا المطلب صورة الركن المادي والركن المعنوي، ثم نتناول طبيعة الجريمة ثم نوضح العقوبة القانونية المقررة وذلك على النحو التالي:

1- الركن المادي:

وبالنظر إلى المشرع المصري قد حدد صورة الركن المادي لهذه الجريمة في صورتين:

الأولى: كل من شوش.....، والثانية: تعطيل إقامة الشعائر الدينية والإحتفالات.

وسأحدد معنى كل من تشويش وتعطيل، والفرق بين إقامة الشعائر والإحتفالات الدينية وذلك على النحو التالي:

أ- التشويش: في اللغة العربية مأخوذة من فعل شوش، وقد شوش عليه الأمر اختلط والتبس، وشوشه خلطه وأسأء ترتيبه (1).

ولم يضع المشرع المصري تعريفاً للتشويش، بل ترك الأمر لقاضي الموضوع، بل إن التشريعات الجنائية عموماً لم تُعرف التشوش، وحسناً فعل المشرع من إطلاق لفظ التشويش دونما تحديد، حيث تعد عملية حصر صور التشويش في نص قانوني أمر صعب، ففعل التشويش متغير مع التطور الذي يلحق بالبشرية في جميع مناحي الحياة، فمع التطور التكنولوجي والتقنية الحديثة ظهرت أجهزة إلكترونية كثيرة قد يؤدي استعمالها بمكان تقام فيه شعائر أو إحتفالات دينية إلى التشويش، فكان من الصعب رصد مثل ذلك.

فالتشويش: هو سلوك مادي ذو مضمون نفسي بإحداث ضجيج أو أصوات مرتفعة سواء بصورة منتظمة أو غير منتظمة سواء صادرة عن أشخاص أو تردد بواسطة أجهزة تسجيل أو مكبرات صوت تؤدي على زوال الهدوء المعهود الواجب توافره عند إقامة الشعائر الدينية وممارستها والإستمتاع بها حتى يتحقق صفاء النفس الخاشعة ويبدد تركيزها في العبادة، مثل إدارة الراديو بصوت مرتفع أو القيام بالطبل أو الزمر (2). فيمكن أن يحصل التشويش بالغناء أو الصراخ أو الضجيج كما يمكن حصوله بالعنف

(1) مختار الصحاح، المرجع السابق، ص198 باب الشين(شوش)، المعجم الوجيز، المرجع السابق، ص354 فعل شوشه.

(2) د. رمسيس بھنام، قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص636

والتهديد، ولكن الشرط الوحيد الذي يجب أن يستوفيه ذلك الفعل هو المساس بالكرامة الدينية للمتعبدين أثناء ممارستهم لشعائهم الدينية⁽¹⁾.

ويتصور صدور التشويش من فرد واحد أو بواسطة جماعة، فيمكن أن يصدر الضجيج عن شخص واحد بواسطة مكبر صوت أو عن طريق رفع صوته بألغاز ويمكن أن يكون عن طريق جمع من الأفراد يصدرون أصوات تؤدي إلى حدوث ضجيج، كما يتصور أن تكون الأصوات المرتفعة بواسطة الفم كالغناء ومن الممكن أن تكون بواسطة آلات كالآلات الموسيقية والدفوف⁽²⁾.

ومن ثم ننتهي إلى القول بأن التشويش سلوك مادي ذا مضمون نفسى هو طرق النفوس المتعبدة بأصوات أو ضجيج يعرقل انصرافها إلى العبادة⁽³⁾، فيشترط لإقامة الصلاة في الإسلام وصحتها أن يتحقق الخشوع مصداقاً لقول الله سبحانه وتعالى: "قد أفلح المؤمنون، الذين هم في صلاتهم خاشعون"⁽⁴⁾، حيث يكره في الشريعة الإسلامية كراهة رفع الصوت في المسجد بغير ذكر الله، فإن المساجد بنيت للعبادة فلا ينبغي أن يجعلها الناس مكاناً لأحاديثهم الدنيوية ولغطهم ونومهم، فيعد ارتفاع الأصوات في المساجد من أسباب البلاء وحلول النقمة، حتى أنه يُكره رفع الصوت فيه بذكر الله وتلاوة القرآن إذا كان يؤدي إلى التشويش على المصلين وطلاب العلم، بل إن بعض الفقهاء أفتى بحرمة رفع الصوت في المسجد مطلقاً لورود الأحاديث المحذرة من ذلك، فعن سعيد الخدري رضى الله عنه قال: اعتكف النبي ﷺ في المسجد ولما سمعهم يجهرون بالقراءة قال "ألا إن كلكم مناج ربه فلا يؤذون بعضكم بعضاً، ولا يرفع بعضكم على بعض في القراءة".

ولا يشترط في التشويش تعطيله إقامة الشعائر والاحتفالات الدينية، بل يكفي لاعتباره تعدياً مساسه بالكرامة الدينية للمتعبدين في أثناء إقامة شعائهم أو حفلاتهم الدينية⁽⁵⁾.

ولكنّ المشرع المصرى أراد أن يتفادى مثل هذا الخلاف وذلك بنصه على العقاب على كل من شوش أو عطل إقامة الشعائر الدينية أو الإحتفالات في المادة 1/160 فالمشرع المصري يعاقب على التشويش لذاته ولو لم يترتب عليه التعطيل، ولا يشترط المشرع المصري أن يقع التشويش في مكان معد لإقامة الشعائر الدينية كمسجد أو كنيسة بل يعاقب عليه ولو وقع في غير هذا المكان كالشوارع والميادين والطرق مما يمتد أثره إلى مكان العبادة.

ب- التعطيل:

(1) د. عمار تركي الحسيني، مرجع سابق، ص 95

(2) د. محمد السعيد عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 57

(3) د. رمسيس بھنام، بعض الجرائم المنصوص عليها في المدونة العقابية، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص 293

(4) سورة المؤمنون، آية 1، 2

(5) د. رياض شمس، مرجع سابق، ص 456.

في اللغة العربية بمعنى التفرغ⁽¹⁾، ويقال عطل الشريعة بمعنى أهملها ولم يعمل بها⁽²⁾، ويشترط استخدام العنف أو التهديد بدفع القائمين على أداء الشعائر الدينية إلى التوقف عن أداء شعائرهم خشية وقوع أذى يقع بهم مما يؤدي إلى توقف أداء ممارسة الشعائر الدينية لأصحاب تلك الديانات وهو ما نص عليه المشرع في المادة 1/160 بقوله ".....أو عطلها بالعنف أو التهديد".

أما الحالة الأولى: سلوك مادي بحت يأتي به شخص ليمنع أصحاب دين أو ملة من ممارسة شعائرهم وذلك باستخدام العنف أو التهديد، وهو ضغط موجه لإرادة شخص لتوجيهها إلى سلوك معين وهو عدم إقامة شعائر دين أو ملة⁽³⁾، ويمكن تصور ذلك باستخدام أشكالاً عديدة، فمن المتصور أن يكون التعطيل عن طريق قذف المصلين أو القائمين بالعبادة بالحجارة أو بالانهيال عليهم بالضرب بالعصي، ويتصور أن يكون بتوجيه ضغط المياه إليهم، أو بقطع التيار الكهربائي أثناء ممارسة الشعائر الدينية⁽⁴⁾.
في حين أن الحالة الثانية: التعطيل بالقول دون عنف أو تهديد فيسمى سلوك مادي ذو مضمون نفسي فهذا يشكل وسيلة ضغط على أصحاب الملة لعدم ممارسة شعائرهم، كالتهديد بإنذار المصلين بإطلاق النار عليهم إن لم يتفرقوا⁽⁵⁾.

2- الركن المعنوي (القصد الجنائي):

الركن المعنوي يعتبر الركن الثالث بعد الركن المادي وركن العلانية في الجرائم المتعلقة بالأديان، وبفقدان هذا الركن ينعدم وجود الجريمة أو تنعدم مسئولية الفاعل عن وقوعها انعداماً كلياً أو جزئياً، فالركن المعنوي هو الوجه الباطني النفسي لهذا السلوك والنص هو الذي يرسم هذا الوجه، وأياً كان هذا الوجه فإنه بصفة عامة لا يتعدى انتساب السلوك الإجرامي إلى نفسية صاحبه⁽⁶⁾.

تعتبر جريمة التعدي على شعائر أحد الأديان من الجرائم العمدية⁽⁷⁾ والتي يتطلب فيها المشرع قصداً جنائياً جنائياً عاماً بعنصره العلم والإرادة، ففي جريمة التعدي على شعائر أحد الأديان يجب أن تنصرف إرادة

(1)- مختار الصحاح، مرجع سابق، باب العين - عطل، ص 243.

(2)- المعجم الوجيز، مرجع سابق، فعل عطل، ص 424.

(3)- د. خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 152.

(4)- د. محمد السعيد عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 62.

(5)- د. رمسيس بھنام، قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع السابق، ص 636.

(6)- د. رمسيس بھنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 870، 871.

(1)- الجرائم العمدية: هي الجرائم التي يتطلب المشرع القصد الجنائي لتكوين ركنها المعنوي، أي يستلزم أن تتجه إرادة الجاني إلى إحداث النتيجة غير المشروعة، أما الجرائم غير العمدية هي الجرائم التي يستلزم فيها القانون أن تتجه إرادة الجاني إلى السلوك الإجرامي دون النتائج غير المشروعة التي وقعت، فإذا سكت الشارع عن بيان صورة الركن المعنوي في جريمة من الجرائم كان معنى ذلك أنه يتطلب القصد الجنائي فيها، أما إذا قدر الإكتفاء بالخطأ غير العمدى لزم أن يفصح عن ذلك، للمزيد انظر د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1988، ص 10، 11، 12، د. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، بدون دار نشر، 2007، ص 517.

الفاعل إلى أي مسلك من المسالك المشار إليها في المادة 1/160 وهما التشويش أو التعطيل، مع علمه بصفة المكان أي بكونه مباني معدة لإقامة شعائر دين أو رموزاً أو أشياء أخرى لها حرمة عند أبناء ملة أو فريق من الناس وعلمه بطبيعة الشعيرة المؤداة، كما يجب أن يكون الجاني قد أقدم على التشويش أو التعطيل بقصد ارتكاب الجريمة أي تتجه ارادته إلى ارتكاب الجريمة.

ولكن يمكن أن تكون الجريمة غير عمدية وذلك إذا قصد الجاني حدوث التشويش عن عمد وهو لا يعلم أن فعله من شأنه التشويش على إقامة الشعائر والاحتفالات، أما في حالة التعطيل بالعنف أو التهديد فلا يتصور أن تكون الجريمة غير عمدية، فالعنف والتهديد دائماً ما يكون عمدياً صادراً عن إرادة القائم به مع العلم بكل العناصر والظروف وإرادة للنتيجة المترتبة على ذلك⁽¹⁾.

وبالتالي إذا جاء جمهور من المحتفلين بزواج أحد الأشخاص وأحدثوا في مكان إبرام الزواج ضجيجاً بالطبول على مقربة من دار العبادة التي تقام فيها الشعائر الدينية دون علم منهم بوجود هذه الدار وبما فيها من شعائر فلا تتحقق الجريمة، أما إذا نبه على أولئك الأشخاص بالكف عن إحداث الضجيج لوجود دار قريبة للعبادة تجري به الشعائر واستمروا في الضجيج رغم هذا التنبيه توافرت الجريمة في حقهم⁽²⁾.

ولقاضي الموضوع استخلاص توافر العلم من ظروف الدعوى وملاستها على النحو الذي يراه مؤدياً إلى ذلك، مادام اتضح من حكمه توافر هذا القصد توافراً فعلياً، ويلتزم القاضي بتوضيح توافر العلم لدى المتهم في حيثيات الحكم، ويجب على القاضي أيضاً الرد على هذا الدفع في الدعوى في حيثيات الحكم بأسباب صحيحة متوافرة لدحضه داخل أوراق الدعوى⁽³⁾.

ثانياً: جريمة التعدي على أماكن إقامة الشعائر (جريمة الاعتداء على أماكن العبادة)

طبقاً للفقرة الثانية من المادة 160 يجب أن يكون التخريب والكسر والإتلاف والتدنيس ينصب على أماكن إقامة الشعائر الدينية أو الرموز الدينية أو أي شئ آخر له حرمة عند أبناء ملة أو فريق من الناس، ولذا يجب التفرقة بين أماكن إقامة الشعائر الدينية أو الرموز الدينية أو أي شئ آخر له حرمة عند أبناء ملة أو فريق من الناس.

التفرقة بين أماكن إقامة الشعائر الدينية والرموز الدينية والأشياء التي لها حرمة:

● **أماكن العبادة:** هي الأماكن التي يخصصها أصحاب طائفة أو ملة أو دين معين لأداء شعائر ذلك الدين فيها، ومن ثم فهي تتصف بالخصوصية حيث أنها تخص ديانة معينة، فتلك الأماكن قصر على أداء فرائض الدين وطقوسه وتعاليمه ومن ثم لا يجوز ولا يصح ممارسة أي أعمال

(2) - د. محمد السعيد عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 66، 67.

(3) - د. رمسيس بتمام، بعض الجرائم المنصوص عليها في المدونة العقابية، مرجع سابق، ص 294.

(4) - د. خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 127.

أخرى خلاف العبادة فيها، فتشمل المساجد والمعابد والكنائس والهياكل المخصصة بصفة منتظمة لإقامة شعائر الأديان لدى الملل المختلفة، كما تشمل المباني الدينية الأخرى المرخص أو المسموح بها من السلطة العامة⁽¹⁾.

● **الرموز:** هي كل علامة أو شئ أو ذا قيمة يمثل مجازاً فكرة أو رأي أو اعتقاد أو انتماء قومي أو ديني أو اجتماعي أو سياسي أو تجاري فهي عبارة عن علامات خيالية⁽²⁾.

ولكن يجب الاحتراس من التعالي في هذا الأمر وعلى ذلك لا يعد محل للحماية الجنائية ما جعل في المحلات المعدة للعبادة لمجرد الزينة كزجاج مزخرف أو تمثال أو صورة ليس لها قيمة إلا من الوجهة الفنية، أما إذا كان التمثال لتقديس يعظمه فريق من الناس أو كانت الصورة يحضر أمامها المتعبدون للصلاة فيجب أن تكون محل للحماية الجنائية⁽³⁾.

والرموز الدينية فقد تكون أشخاصاً أو أماكن مثل أضرحة بعض أولياء الله الصالحين وضريح الإمام الحسين بن علي رضي الله عنه، والصليب والهلال من رموز الدين، فالرموز تشمل كل ما كان منها موضوع احترام وتقديس عند أبناء ملة أو فريق من الناس كالصلبان أو الأواني المقدسة أو تمثال لتقديس⁽⁴⁾.

1- الركن المادي:

للركن المادي ثلاث صور:

أ- **التخريب:** هو سلوك مادي بحت يقصد به إلحاق ضرر مادي مباشر مدمر بمكان العبادة من شأنه أن يجعل الشئ غير صالح لإقامة الصلاة فيه، والتخريب يجعل الشئ غير صالح للإستخدام إلا بالتغيير أو التبديل، ويعني به الدمار مثل إزالة مكان الصلاة أو مقاعد المصلين أو المنافذ أو تحطيم الأبواب أو خلع النوافذ الخاصة بدور العبادة⁽⁵⁾.

ويقول الله تعالى " وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّن مَّنَعَ مَسَاجِدَ اللَّهِ أَنْ يُذَكَّرَ فِيهَا اسْمُهُ وَسَعَىٰ فِي خَرَابِهَا أُولَٰئِكَ مَا كَانَ لَهُمْ أَنْ يَدْخُلُوهَا إِلَّا خَائِفِينَ لَهُمْ فِي الدُّنْيَا خِزْيٌ لَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ " ⁽⁶⁾.

(1) - د. محمد السعيد عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 69

(2) - أ. أحمد أمين بك، القسم الخاص لقانون العقوبات، بدون دار نشر، 1949، ص 118

(3) - Garcon, op cit, article 362 p 9

(1) - د. محمد السعيد عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 70

(2) - د. رمسيس بهنام، قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 636

(3) - سورة البقرة، الآية 114

ب- الكسر: وهو تحطيم مادي يمكن إصلاحه، فلا يصل إلى عملية التحطيم، ويأتي على الزجاج والأخشاب، ويمكن أداء الصلاة في حالة التكسير بعد إجراء بعض الإصلاحات، أما التخريب فيجعل المكان غير صالح للاستعمال إلا بعد إجراء إصلاحات شاملة⁽¹⁾.

ج- الإتلاف: تدمير وتكسير جزء يقل جسامته عن التخريب وأعلى جسامته من الكسر، حيث يترتب عليه ضرر بالمكان، ويجعل من محل العبادة غير صالح للاستعمال سواء بصفة كلية أو جزئية يجعله أقل كفاءة في الاستعمال الطبيعي له⁽²⁾، مثل تشويه حوائط الدار بما عليها من صور زيتية أو نقوش⁽³⁾.

ج- التدنيس: هو زوال الطهارة والنظافة وحلول الأوساخ والقاذورات مكانها، ويتصور ذلك بوضع القاذورات والدماء وغيرها على محل العبادة سواء كان على سجاد الصلاة أو في محراب للعبادة، بما يؤدي إلى انبعاث الروائح الكريهة وتعريض المكان لعدم الصلاحية للاستخدام إلا بعد تطهيره وإزالة الملوثات من المكان وجعله صالح للاستخدام⁽⁴⁾، والتدنيس قد يكون عملاً معنوياً وذلك بإتيان أفعال خادشة بطبيعتها لعداسة المكان كالزنا في مثل تلك الأماكن.

وقد اعتبرت المحاكم المصرية من قبيل التدنيس قيام أحد الشيعة بالصلاة داخل أحد المساجد " بأن قام بالصلاة على المسبحة والتكبير على صدره " وفي 24 غبريل 2012 أصدرت محكمة كفر الزيات الجزئية بحبسه ثلاث سنوات مع الشغل وكفالة مائة جنيه وإحالة الدعوى المدنية إلى المحكمة المختصة، وفي 26 يوليو 2012 قضت محكمة مستأنف كفر الزيات ببطالان الحكم المستأنف والقضاء بحبس المتهم سنة مع الشغل والمصاريف⁽⁵⁾.

وأيضاً اعتبرت محكمة الطفل بنى سويف من قبيل التدنيس قيام طفلين بتمزيق المصحف، وحكمت المحكمة عليهم في 4 فبراير 2013 بتسليم الطفلين إلى والديهما، وهو ما يعنى اقتناع المحكمة بارتكاب الطفلين الواقعة لكنها أخذت بأقل العقوبات " تديير ".

ويرى البعض أن تحقق الإتلاف والتدنيس مسألة نسبية تختلف باختلاف الظروف والأعراف الموجودة في البيئة الإجتماعية التي تحصل فيها مثل تلك الأفعال وبالتالي فإن تقديرها مسألة موضوعية يقدرها القاضى على هدى المعايير الاجتماعية السائدة⁽⁶⁾.

(4) - د. خالد مصطفى فهمى، مرجع سابق، ص 131

(5) - د. رمسيس بتمام، قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص 636

(6) - د. رمسيس بتمام، الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية، مرجع سابق، ص 408

(1) - د. خالد مصطفى فهمى، مرجع سابق، ص 131

(2) - الدعوى رقم 13044 لسنة 2011، والمقيدة برقم 1095 لسنة 2012 جنح مستأنف كفر الزيات.

(3) - د. عمار تركى الحسينى، مرجع سابق، ص 98.

ولقد عبّر المشرع المصري عن جريمة الإعتداء على أماكن العبادة بقوله كل من خرب أو كسر أو أتلف، ولعل المشرع قد أراد بذلك أن يؤكد على أن العقاب يتناول جميع صور الإلتلاف، وقد أراد المشرع أن ينال العقاب على كل أفعال الإلتلاف الجسيم منها وغير الجسيم، فليس من اللازم أن يكون البناء أو الشيء الديني قد خرب بأكمله أو أصابه ضرر مباشر بل يكفي أن يكون قد لحقه عيب أو عطب، ولم يعين القانون الوسيلة التي يحصل بها التخريب فكل الوسائل في نظره سواء⁽¹⁾.

ثانياً: الركن المعنوي:

القصد الجنائي المطلوب هو القصد الجنائي العام المبني عن علم وإرادة كاملين، فجريمة إلتلاف المباني المعدة لإقامة الشعائر الدينية أو رموز أو أشياء أخرى هي جريمة عمدية تتطلب العلم والإرادة، فيجب أن يعلم الجاني بأن فعله ينطوي على تخريب أو إلتلاف أو كسر أو تدنيس ومن شأنها إلتلاف وتخفيف تلك المباني، ويجب أن يعلم أن تلك الأماكن لإقامة الشعائر الدينية أو رموز دينية أو أشياء أخرى لها حرمة دينية، فيجب أن تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب إحدى الصور السابقة وإلى النتيجة الإجرامية. ويعتبر القصد الجنائي متوافراً إذا أساء المتهم إلى شيء من الأشياء المقدسة ليحمل الناس على الاعتقاد بمعجزة يزعمها⁽²⁾.

ولقد استقرت أحكام محكمة النقض - منذ زمن - على أن القصد الجنائي في عموم جرائم التخريب والإلتلاف عمدية يتحقق بمجرد تعمد الإلتلاف، فليس لجريمة الإلتلاف قصد جنائي خاص بل هي تتحقق بمجرد تعمد الإلتلاف⁽³⁾.

ثالثاً: جريمة انتهاك حرمة القبور:

1- الركن المادي:

يتمثل الركن المادي لهذه الجريمة من انتهاك حرمة المقابر أو تدنيسها، وهو فعل مادي من شأنه الإخلال بواجب الإحترام نحو الموتى وهذا الفعل يجب أن يكون عملاً مادياً فلا يدخل السب والقذف في حكم المادة 3/160 إلا بالكتابة أو لصق الكتابة على القبر⁽⁴⁾، فانتهاك حرمة القبور وتدنيسها سلوك مادي بحت موجه لأمر مادية، وإن كانت لها دلالة معنوية حيث يأتي الفاعل بالأفعال المكروهة مثل إلقاء القاذورات داخل المقابر أو القيام بالأفعال الفاضحة داخل الجبانات أو الإساءة للموتى⁽⁵⁾.

(4) - اللواء/ سامي على جمال الدين سعد، مرجع سابق، ص 337

(1) - GARCON, op cit, article 262, p 14

(2) - نقض 1933/2/27 سنة 3 طعن رقم 1110 الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية، حسن الفكهاني، الجزء الأول، ص 26.

(1) - المستشار. جندى عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 79

(2) - د. خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 137

أما بالنسبة إلى انتهاك وتدنيس الجثة فيشمل كل فعل من شأنه المساس بها قبل الدفن أو بعده على أن يكون ذلك المساس غير مشروع⁽¹⁾ ولا ينطبق عليها حكم هذه الفقرة، فسرقه الجثة مثلاً يعد انتهاكاً لحرمتها ولا يمكن اعتبارها جريمة سرقة لأن جثة الإنسان ليست مملوكة لأحد وإنما يشكل الفعل جريمة انتهاك حرمة القبور أو جريمة إخفاء جثة قتيل (م 239 عقوبات) على حسب الأحوال.

فمن يقوم بفتح إحدى الجبانات والنش فيها والاستيلاء على أكفان الموتى وما قد يُوضع عليهم أو معهم من أشياء يعد سرقة لأنها لا تعد مالاً متروكاً لأنها موضوعه لغرض خاص ولم يكن في نية واضعها التخلي عنها لمن يريدها لنفسه⁽²⁾ أو الاستيلاء على الأعضاء البشرية فهو يُسأل جنائياً عن جريمة سرقة أعضاء بشرية وكذا انتهاك حرمة القبور.

إستخراج الجثة قد يكون في أحوال كثيرة لازماً أو مشروعاً، وقد أجاز الشارع هذا الإستخراج وعنى بتنظيمه وتقرير الإجراءات الواجب اتباعها، فلا جريمة في هذه الحالة لأن الفعل مباح بمقتضى أمر القانون، فاستخراج الجثة لا يباح إلا بشرطين⁽³⁾:

أ-: ان تكون الإجراءات الشكلية قد روعيت، ولذا حكم في فرنسا بعقاب أهل المتوفي الذين يعمدون إلى إخراج جثة بدون تصريح وبعقاب العمدة الذي يأمر بهدم مقبرة بدون قرار وزاري.

ب-: أن يكون استخراج الجثة قد تم بصفة غير مزرية بالكرامة أو خادشة لمشاعر الأحياء من أقرباء أو أصدقاء الميت لأن القانون إذا كان قد سمح بإخراج الجثة، فإنه افترض بالمقابل أن يتم الإخراج بكل ما يجب من الإحترام نحو الموتى.

تعاقب المادة 360 ع ف على انتهاك حرمة القبور واللحود، وذهب بعض الشراح الفرنسيين⁽⁴⁾ إلى أن هذه المادة لا تقتصر فقط على الأفعال المادية التي تقع على القبر أو اللحد ولكنها تتناول أيضاً ما يقع على النعش وفرش الموت والجثة نفسها، ويدللون على صحة رأيهم بأنه يستفاد من السوابق التاريخية والبيانات الإيضاحية لقانون العقوبات أن الشارع أراد المعاقبة على امتهان الجثة نفسها وأنه لا يمكن أن يكون القانون الذي يحمي الإنسان في حياته ويحمي رفاته بعد دفنها في القبر يتخلى عن حماية جثته في الفترة بين الوفاة والدفن⁽⁵⁾.

ولكن المحاكم الفرنسية لا تذهب في تفسير النص إلى هذا المدى فهي وإن كانت لا تقصر الحماية على ذات القبر إلا أنها تعتبر انتهاك القبور واللحود جريمتين مختلفتين وتفسر كلمة لحد بمعنى ممكن وتقضى بأن

(3)- د. عمار تركي الحسيني، مرجع سابق، ص 100

(4)- أحمد البسيوني أبو الروس، جرائم السرقات، دار المطبوعات الجامعية، 1987، ص 27 .

(5)- المستشار. جندى عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 75

(1)- Dugit, truite, de roit, constitution el 1923

(2)- Garraud: op cit, No 5, p 2291.

امتهان الميت يعاقب عليه من وقت أن يكفن ويهياً للدفن، وبناءً على ذلك قضت بالعقوبة لامتهان نعش ولو قبل إجراء الدفن إذ النعش هو القبر الأول وهو ليس بأقل اعتبار من القبر المحفور في الأرض، ولا امتهان جثة موضوعة على سرير بعد أن كفنت وهيئت للدفن⁽¹⁾.

وقد أخذت محكمة بنى سويف الجزئية بهذا الرأي في حكم قضت فيه بأنه يدخل في مدلول الفقرة الثالثة من المادة 138 المعدلة بالمادة 3/160 انتهاك حرمة الموتى في الفترة بين الوفاة والدفن، فإذا تنازع المتهم وآخر على دفن جثة وحصل هذا الأخير على تصريح بالدفن فنقل الجثة إلى المقبرة وحين وصولها أمام المقبرة تعرض المتهم لمن كان يحملون النعش وصار يتجاذبه معهم وتمكن أخيراً من نقل الجثة إلى مقبرته، يعد ذلك انتهاكاً لحرمة الموتى⁽²⁾.

وفيما يتعلق بالزنا واللواط بالميت فهما لا يندرجا ضمن جرائم الزنا حيث إنها تفترض حياة المحنني عليه، وأرى أنها تدخل ضمن جريمة انتهاك حرمة القبور وبالتالي تدخل في المادة 3/160، ولكن يجب ضرورة تدخل المشرع واعتبار هذه الحالة ظرف مشدد لجريمة انتهاك حرمة القبور.

ثانياً: الركن المعنوي:

يكفي لتحقيق القصد الجنائي في جريمة انتهاك القبور بأن يعلم الجاني وتتجه إرادته إلى أي عمل من شأنه يشكل انتهاكاً لحرمة المقابر أو الجبانات وتدنيساً له، فقد حكم بأن القصد الجنائي ليس ضرورياً في جريمة انتهاك حرمة القبور أو تدنيسها ويكفي أن الفعل المادي المسبب للانتهاك يكون حصل بإرادة الفاعل ورغبته⁽³⁾، كما أن القصد الجنائي لا يتوافر والجريمة لا تتكون إذا كان الجاني لم يرتكب الفعل المادي بإرادته كما إذا حصل شخص على تصريح اخراج جثة فأخطأ وفتح مقبرة غير التي بها تلك الجثة⁽⁴⁾.

لا يشترط البحث عن البواعث التي دفعت الجاني إلى ارتكاب الجريمة أو الغرض الذي يرمي من ورائه، فيكفي مجرد إتيان فعل التدنيس عن إرادة واعية، فالشخص الذي يمارس عملية جنسية داخل مقبرة يعتبر فعله تدنيساً لحرمة تلك المقبرة.

(3) - المستشار. جندى عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 76

(4) - محكمة بنى سويف الجزئية، 25 فبراير 1925، مجلة المحاماة، العدد 38، ص 6

(5) - نقض 30 سبتمبر 1905، مجموعة القواعد القانونية 7، عدد 15، نقلاً عن جندى عبد الملك، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 77

(1) - د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 28

الفرع الثاني

جرائم السخرية بالدين

أولاً: جريمة التعدي العلني على الدين:

تنص المادة 161 ع في فقرتها الأولى على أنه " يعاقب بتلك العقوبات على كل تعد يقع بإحدى الطرق المبينة بالمادة 171 على أحد الأديان التي تؤدي شعائرها علناً".

1- : الركن المادي:

عبر المشرع عن الفعل الإجرامى المكون لهذه الجريمة بلفظ "تعد" ويقصد بالتعدى على الدين اهانتته وتحقيره أو الحط من قدره, ويتحقق هذا التعدى سواء بالإساءة إلى الدين ذاته مثل تحريف كتاب مقدس في نظر أهل هذا الدين أو إنكاره أو إسناد أمور إليه من شأنها التقليل من هيئته والسخرية من شعائره, أو الإساءة إلى هذا الدين كإنكار نبوته أو نسبه أو إسناد أمور إليه من شأنها المساس بشرفه أو منزلته في نظر أهل دينه⁽¹⁾, ومن قبيل التعدى على الدين الإسلامى نشر صور كاريكاتورية مجسمة تسمى إلى الرسول الكريم على موقعه الخاص على شبكة التواصل الإجتماعى الفيس بوك وكذلك تداول مطبوعات برسوم كاريكاتورية تسمى إلى الرسول الكريم وإلى الدين الإسلامى⁽²⁾.

والجدير بالذكر أن المشرع المصرى استخدم لفظ "تعد" مقابل للكلمة *outrage* فى النص الفرنسى وترجمتها الإهانة أو الامتهان ويدخل فى باب الإهانة القدح والشتم والسخرية والتحقير والإزدراء, وإن كان يرى البعض⁽³⁾ أن كلمة "تعد" تحمل فى طياتها الجفاء والغلظة ولا تتناسب مع حرمة وكرامة الأديان السماوية, فى حين استعمل المشرع ألفاظ وعبارات رقيقة ذات حس عال حينما أراد أن يحمى بعض الأفراد والهيئات مثل ما نص عليه المشرع فى المادتين 186, 201 ع, حيث نص فى الأولى على " يعاقب بالحبس كل من أخل بمقام قاض أو هيئته أو سلطته فى صدد دعوى", ونص فى الثانية على " كل شخص ولو كان من رجال الدين أثناء تأدية وظيفته ألقى فى أحد أماكن العبادة أو فى محفل دينى مقالة تضمنت قدحاً أو ذماً فى الحكومة أو فى مرسوم أو قرار جمهورى أو فى عمل من أعمال جهات الإدارة العمومية..... يعاقب بالحبس". وإن كان لفظ التعدي هنا مجازاً، وذلك لأن الدين ذات معنى من المعانى لا يتصور أن ينجرح أو يُهان وإنما الذي يُهان هو الشعور الدينى لدى معتنقيه وأن الشخص لا يستحق العقاب باعتباره قد جرح الشعور الدينى لغيره إلا إذا تعدد إهانة أو المساس بالشعور الدينى، ويجب أن يكون التعدى ظاهراً يصدم العين ويسترعى الانتباه فإذا كان معناه

(1) - د. شريف سيد كامل, جرائم الصحافة فى القانون المصرى, دار النهضة العربية, الطبعة الأولى, 1994, ص 146.

(2) - القضية رقم 1763 لسنة 202 جنح مستأنف طما والمقيدة برقم 10814 لسنة 2012 جنح طما.

(3) - د. عادل عبد العال خراشى, مرجع سابق, ص 57.

لا يصل للذهن إلا بعد إعمال الفكر فإنه لا يكون تعدياً ويكون التعدي عندئذ هو من يعتصر الألفاظ ويتعنت في تأويلها ليخرج منها تعدياً بالنسبة للمتهم⁽¹⁾.

وحسناً ما فعله كل من المقنن الجنائي الأردني واللبناني والسوري حينما تناولوا بالتجريم الأفعال التي تمس الدين حيث عبر عن هذه الأفعال بلفظ المساس. ويستوي أن يكون الجاني من أتباع الدين المعتدى عليه أو ليس كذلك، كما يستوي أن يكون التعدي قد وقع على أحد الأديان أو كلها، كأن ينشر أحد الملحدين عبارات تحمل معنى السخرية وإنكار الأفكار الدينية بوجه عام⁽²⁾.

ويشترط القانون أن يقع التعدي على أحد الأديان التي تؤدي شعائرها علناً، أي يكون التعدي على دين من الأديان التي تعترف بها الدولة وهي الأديان السماوية فقط، فإذا كان الدين غير مسموح به صراحةً أو ضمناً، فإن التعدي عليه لا يشكل جريمة، وإن كان يرى البعض أن قوانين لا تعترف بدين دون دين، إذ أعلن الدستور بأن حرية الاعتقاد مطلقة، وبالتالي لا محل للفرقة بين ما تؤدي شعائرها علناً وما تؤدي شعائرها في غير علانية، فضلاً عن أننا لا نعرف في مصر ديناً تؤدي شعائرها سرّاً، ولو افترضنا أن بعض الأديان لا تؤدي شعائرها علناً، فإنه في وسع معتقبيها أن يؤدي شعائرها سرّاً، لأن حرية الإعتقاد مطلقة ولكل إنسان الإعراب عن فكره علناً في حدود القانون أي مع عدم الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة⁽³⁾.

وكلمة "أديان" التي ذكرتها المادة 161 تشمل الملل أو المذاهب التي تفرق إليها أهل دين واحد إذا كان بعضها يعتبر في نظر البعض الآخر انشقاقاً أو انفصلاً عن ذلك الأصل الواحد. كالكاثوليكية والأرثوذكسية والبروتستانتية والمذاهب المختلفة التي انقسم إليه كل منها⁽⁴⁾.

قضت محكمة جنح مدينة نصر بمعاينة أبو إسلام إثر إدانته بالتعدي بالقول على أحد الأديان السماوية التي تؤدي شعائرها علناً وذلك عقب تمزيق نسخة من الإنجيل.

لا يدخل في مفهوم التعدي مناقشة المسائل الدينية، فلا يعتبر مجرد إظهار رأي مخالف لدين معين تعدياً على هذا الدين، اللهم إلا إذا تعدت هذه المناقشة الأمر العادي إلى سب نبي من الأنبياء أو ازدرائه أو وصفه بما ليس فيه أو تناول التعاليم الدينية بالنقد غير المباح، فقد حكم بأن كل تعد على دين أو ملة بما من شأنه إيلاء عواطف معتنقي ذلك الدين أو تلك الملة، يقع حتماً تحت طائلة المادة 139 (المقابلة للمادة 161 ع) متى توافر لدى المعتدى ركن سوء النية والعلانية، فإذا تعدد المتهم الطعن على الشريعة

(1) - أ. مُجَدَّ عبد الله مُجَدَّ، جرائم النشر، مرجع سابق، ص 528 وما بعدها.

(2) - د. عادل عبد العال خراشي، مرجع سابق، ص 54.

(3) - د. رياض شمس، حرية الرأي وجرائم الصحافة والنشر، الجزء الأول، مرجع سابق، 1947، ص 457.

(4) - د. عبد الحميد الشواربي، جرائم الصحافة والنشر في ضوء القضاء والفقهاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص 59.

الإسلامية وصاحبها تحت ستار الجدل الديني بأن ذكر في خطاب ألقاه علناً بشأن النبي عبارات جارحة وحرف الأحاديث والآيات وإخراجها عن معانيها وكان سعى النية في ذلك وجب عقابه بمقتضى المادة المذكورة⁽¹⁾.

وقد حُكم بأن ما نشرته جريدة لوكور بيه الفرنسية من أن الرسوم الرائعة للعشاء السري ولتجلى الرب ستبقى باعتبارها مثلاً عالياً للفن أبد الدهر حتى بعد أن تفنى العقيدة المسيحية وتزول من الوجود، وحُكم بأن ما وقع من كاتب هذا المقال لا يعدو إنكاراً لإحدى العقائد فحسب دون أن يرقى ذلك إلى مرتبة التعدي عليها أو الإهانة لها⁽²⁾.

وقد حُكم بأنه إذا ثبت أن شخصاً باع وعرض للبيع كتاباً مشتملاً على أمور مهينة لأداب المذهب الكاثوليكي ومخالفة للأداب المتبعة عند جميع المذاهب والأديان ومناقضة لتعليمات المذهب المعتدى عليه وأن المتهم فعل ما فعله وهو عالم به وبسوء نية، فإن ما وقع من المتهم لا شك أنه يعتبر تعدياً على المذهب الكاثوليكي وعقابه ينطبق على المادة 139 ع (م 161 عقوبات)⁽³⁾.

وبعد جلسة استغرقت أربع ساعات حكمت المحكمة برفض الدعوى، وقالت المحكمة في حيثيات الحكم أن كلمات الأغنية لا تعنى سخرية الإنسان من سر وجوده في الحياة أو اعتراضه بل إنها تعنى سخرية الإنسان من نفسه وضعفه وقلة حيلته فهو حقاً لا يعرف سر وجوده ولا إلى أين المصير، كما لا ترى المحكمة تعارضاً بين كلمات الأغنية وبين قوله تعالى " وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون " ، وأن معنى الأغنية بعيداً عن المساس بالناحية الدينية وإنما هى أغنية عاطفية.

وأثم الكاتب كرم صابر بأنه يدعو إلى الإلحاد والكفر واستخدام السب إلى الذات الإلهية وذلك استناداً للمادة 161 وحُكم عليه بالسجن خمس سنوات.

ويقدر قاضي الموضوع أفعال التعدي المقامة عليها الدعوى ومن حقه أن يلجأ إلى انتداب الخبراء أو إحالة أوراق الدعوى إلى خبير ليوضح ما إذا كانت تلك الأفعال أو الأقوال تعدى من عدمه، ففي مجال الشريعة الإسلامية قد يلجأ القاضي قبل الفصل في الدعوى إلى إحالة الأوراق إلى قسم الفتوى بالأزهر الشريف لبيان ما إذا كان الفعل الذي أثار المتهم يعد تعدياً على الدين الإسلامي الحنيف من عدمه، وكذلك في مجال الدين المسيحي وعقائده تُحال الأوراق إلى الكنيسة أو الجهة المسؤولة عن الفتوى⁽⁴⁾.

(2) - محكمة مصر الابتدائية، 21 فبراير 1924، قضية ملطى سرجيوس رقم 8401 سنة 1923.

(3) - Dalloz, op cit, p.91.

(4) - نقض 28 ديسمبر 1907، مجموعة القواعد القانونية، عدد 40.

(1) - د. محمد السعيد عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 94.

وَحُكْم استناداً إلى المادة 1/161 على المتهمين في القضية المعرفة بقضية الفيلم المسىء على أساس أنهم تعدوا بطريق العلانية على أحد الأديان التي تؤدى شعائرها علناً، بأن قاموا بإنتاج وبث مادة فيلمية عبر الإنترنت، تنال من الدين الإسلامى وتطعن في نبوة الرسول وصحيح التنزيل⁽¹⁾.

وَحُكْم في القضية رقم 1763 لسنة 202 جرح مستأنف طما والمقيدة برقم 10814 لسنة 2012 جرح طما، اتهمت النيابة العامة بيشوى كميل كامل أنه في يوم سابق على تاريخ 27 يوليو 2012 بدائرة مركز طما محافظة سوهاج:

1- تعدى على الدين الإسلامى والذي تقام شعائره علناً بأن قام عمداً، بنشر صور كاريكاتورية مجسمة تسمى إلى الرسول الكريم على موقعه الخاص على شبكة التواصل الإجتماعى الفيس بوك.

2- حرض عمداً على التمييز بين طائفتين من طوائف الناس " المسلمين والمسيحيين " وكان ذلك بسبب الدين، بأن قام عمداً بنشر صور كاريكاتورية مجسمة تسمى إلى الرسول الكريم على موقع الفيس بوك.

3- تداول مطبوعات برسوم كاريكاتورية تسمى إلى الرسول الكريم وإلى الدين الإسلامى وكان من شأن ذلك تكدير السلم العام.

4- أهان رئيس الجمهورية بان قام بنشر صورة له حملت تعليقا مسيئا إلى شخص سيادته على موقعه الخاص بشبكة التواصل الإجتماعى لكونه رمزاً عاماً لجمهورية مصر العربية.

5- نشر رسوماً على موقعه الخاص من شأنها خلدش الحياء العام.

6- سب المجني عليه ومن يدين بالديانة الإسلامية بإساءة إستخدامه لإجهزة الإتصالات.

7- تعمد مضايقة المجني عليه سالف الذكر وكافة من يدين بالديانة الإسلامية بإساءة استخدامه لأجهزة الاتصالات.

وطالبت النيابة العامة عقابه طبقاً للمواد 178, 176, 171, 161/ثانياً، 179 من قانون العقوبات، وقررت محكمة جرح طما حبس المتهم بيشوى كميل كامل ثلاث سنوات مع الشغل والنفاد عن التهم الثلاث الأولى والخامسة وحبسه سنتين مع الشغل والنفاد عن الرابعة والحبس سنة مع الشغل والنفاد عن التهمتين السادسة والأخيرة وإلزام المتهم بأن يؤدى للمدعى بالحق المدنى مبلغ خمسمائة جنيه على سبيل التعويض المدنى.

وقررت محكمة جرح مستأنف طما بتأييد الحكم الصادر من جرح طما والقاضى بالسجن 6 سنوات مع الشغل ضد بيشوى كميل كامل وإلزامه بأن يؤدى للمدعى مبلغ خمسمائة جنيه على سبيل التعويض المدنى.

(2) - القضية رقم 6542 لسنة 2012 جنايات عابدين والمقيدة برقم 636 لسنة 2012 كلى جنوب القاهرة.

وفي القضية 408 لسنة 201 إدارى الزيتون, عُرض ألبير صابر على نيابة حوادث شرق القاهرة في 14 سبتمبر 2012, التي وُجّهت إليه اتهاماً بازدراء الأديان وسب الرسول, وفي 24 سبتمبر 2012 قيدت الأوراق جنحة بالمواد 98و, 1/160, 1/161, 3/171 من قانون العقوبات لأنه في غضون عام 2012 استغل الدين الإسلامى والمسيحى في الترويج بالقول والكتابة لأفكاره المتطرفة, وذلك بان قام بنشر صفحات إلكترونية من بينها صفحات " ناكح الآلهة ", " الديكتاتور المجنون ", " الملحدون المصرين " ووضع عليها كتابات وصور ومقاطع صوتية ومرئية, تدعو إلى الإلحاد وتتضمن سب الذات الإلهية, وتشكيكاً في الكتب السماوية وتهكماً على الأنبياء والشعائر الدينية الإسلامية والمسيحية بأن وصف المولى عزوجل بالضعيف الذى لا يستطيع حماية مقدساته, وقام بالترويج لتلك الأفكار والجهر بها في المحافل العامة عبر مواقع صفحات النت, وكان ذلك بقصد إثارة الفتنة بين المسلمين والمسيحيين وتحقير وازدراء الأديان السماوية والإضرار بالوحدة الوطنية, وقضت محكمة جناح المرج في 12 ديسمبر بالسجن لألبير صابر ثلاث سنوات مع الشغل وكفالة ألف جنيه لإيقاف التنفيذ مع رفض الإدعاء المدنى.

2-:- الركن المعنوي:

جريمة التعدى على الدين جريمة عمدية، لذا يستلزم لقيام الجريمة توافر القصد الجنائى العام لدى المتهم (1):

أ- العلم: يجب أن يعلم الجاني إلى أن ما يقوم به هو إسناد أمور إلى دين من شأنه التقليل من هيئته أو الإساءة إلى نبي هذا الدين كإنكار نبوته أو سبه, ويجب أن يعلم أن الدين المطعون فيه هو أحد الأديان التي تؤدي شعائرها علناً في مصر.

ب- الإرادة: يجب أن تتجه إرادة الجاني في جريمة التعدي إلى الطعن على أحد الأديان، فإذا اتجهت ارادته إلى استخدام العبارات لغرض آخر كمثلاً بغرض البحث العلمى فلا يتوافر القصد الجنائى.

ثانياً: جريمة تحريف كتاب مقدس

تنص المادة 161 عقوبات على أنه " يعاقب بتلك العقوبات على كل تعد يقع بإحدى الطرق المبينة بالمادة 171 على أحد الأديان التي تؤدي شعائرها علناً ويقع تحت أحكام هذه المادة: أولاً: طبع أو نشر كتاب مقدس في نظر أهل دين من الأديان التي تؤدي شعائرها علناً إذا حرف عمداً نص هذا الكتاب تحريفاً يغير من معناه.

أولاً: الركن المادى:

(1) - للمزيد انظر, د. عادل عبد العال خراشى, مرجع سابق, ص 106:108.

يتمثل الركن المادى في هذه الجريمة في تحريف كتاب مقدس في نظر أهل دين من الأديان التي تؤدى شعائرها علناً وطبع هذا الكتاب أو نشره، ويشترط أن يكون التحريف لنص الكتاب على نحو يغير من معناه وبالتالي فإن حصول الطبع والنشر بدون تحريف لا يُشكل جريمة⁽¹⁾.

ويستوي كما هو واضح من نص المادة مجرد طبع أو نشر المطبوع ولكن إذا كان النشر يتضمن تحقق العلانية فإنه لا يلزم في الطبع أن يكون علنياً، فكل من الطبع والنشر سلوك مادى ذو مضمون نفسى⁽²⁾. وذلك لأن الطباعة للكتابة المحرفة عمداً لأحد الكتب المقدسة تفيد معنى العلانية لأن هذه الوسيلة تدل بداتها على رغبة المتهم في النشر نظراً لضخامة الأعداد التي يتم نسخها في وقت وجيز وبسهولة تامة، وهو ما يدل على اتجاه إرادته نحو توزيعها على كثير من الغير وأنه لو أراد أن يبقى الأمر سراً لا احتفظ به في محيطه الشخصى ولما أقدم على طباعته⁽³⁾.

والتحريف قد يكون مادى ويعنى عدم إلتزام نص الكتاب الحرفى، فإذا كان أسلوب طبع الكتاب يشعر القارئ بأنه صورة طبق الأصل المنقول عنه، وإذا كان الطبع تلخيصاً للكتاب أو تبسيطاً له أو نقلاً إلى اللغة العامية أو صياغة عربية لمعاني القرآن أو ترجمة أحد هذه الكتب إلى لغة غير التي أنزل بها أو ترجم إليها ترجمة رسمية معتمدة من الرياسة الدينية، فلا يجوز اعتبار أن هناك تحريفاً بالمعنى الذي يقصده القانون⁽⁴⁾.

والتحريف قد يكون معنوياً بمعنى تحريف نص الكتاب تحريفاً يغير من معناه، بحيث قد يكون النص المحرف متوافقاً مع النص الأصلي بصورة معينة إلا أنه قد لا يودى إلى المعنى الحقيقي الموجود في ذلك النص الأصلي، كأن يكون النص المحرف ناقصاً من بعض العبارات والجمل التي من شأنها التأثير على المعنى لذلك الكتاب المقدس⁽⁵⁾.

وعلى ذلك لا يُسأل جنائياً من يستشهد ضمن مؤلف أو مطبوع أو فقرات أو فصول من كتاب مقدس يسوقها محرفة لنصرة رأيه أو لتأييد ما ينادى به من دعوى تبشيرية، مادام لا يعد فعله امتهان أو إزدراء من أحد الأديان أو النيل من قدرها، ذلك أن العقاب في هذه الجريمة قاصر على طبع أو نشر كتاب مقدس، ولا يمكن أن يوصف كتاب أو مؤلف بأنه مقدس، فلا تنطبق هذه الجريمة على طبع آية أو بضع آيات من القرآن، أو فصل من التوراة أو الإنجيل، لأن المادة صريحة في أن يكون المطبوع كتاباً⁽⁶⁾.

(1) - د. رمزي رياض عوض، القيود الواردة على حرية التعبير في قانون العقوبات والقوانين المكملة له، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 123.

(2) - د. رمسيس بھنام، الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية، مرجع سابق، ص 412.

(3) - د. رمزي رياض عوض، المرجع السابق، ص 124.

(4) - د. رياض شمس، مرجع سابق، ص 459.

(5) - د. عمار تركى الحسينى، مرجع سابق، ص 88.

(6) - للمزيد انظر اللواء/ سامى على جمال الدين سعد، مرجع سابق، ص 355، د. رياض شمس، مرجع سابق، ص 459.

ولكن ذهب البعض⁽¹⁾ إلى أن هذا الرأي يؤدي إلى تعطيل النص لأنه في الغالب ألا يقع التحريف إلا على مجمل الكتاب أو جزء مستقل منه، ولكن يرى صاحب هذا الرأي أن الكتاب يكتسب قدسية باعتبار ما دُونَ فيه، فالتحريف الواقع على آية قرآنية أو فقرة أو فصل من التوراة أو الإنجيل يعد تحريفاً للكتاب لأنه ينال من قدسيته.

ثانياً: الركن المعنوي:

1- العلم: يتحقق العلم بإحاطة المتهم بأن ما يقوم به هو تحريف لكتاب مقدس، وأن يعلن أن هذا الكتاب خاص بأحد الأديان التي تؤدي شعائرها علناً، وعلمه بالقانون بمعنى معرفته أن السلوك مجرم قانوناً. وعلى ذلك فعامل الطباعة الذي يتولى طبع كتاب مقدس لا يتوافر عنده القصد الجنائي حين يتخلف لديه العلم بأن نص هذا الكتاب محرف⁽²⁾.

2- الإرادة: يجب أن تنجح إرادته إلى تحريف الكتاب المقدس عن وعى وإدراك كاملين، والتحريف العمدي للكتب المقدسة يجب أن يكون ذلك من خلال إرادة واعية ومدركة لحقيقة كل فعل يرتكبه، فقد ينجم التحريف عن خطأ أو سهو.

3- تحقق إرادة العلانية: فالطباعة للكتابة المحرفة عمداً لأحد الكتب المقدسة تفيد معنى العلانية، لأن هذه الوسيلة تدل بذاتها على رغبة المتهم في النشر، نظراً لضخامة الأعداد التي يتم نسخها في وقت وجيز وبسهولة تامة، وهو ما يدل على إتجاه إرادته نحو توزيعها على كثير من الغير، ولأنه لو أراد أن يُبقى الأمر سراً لاحتفظ به في محيطه الشخصي ولما أقدم على طباعته⁽³⁾.

ويعد توافر القصد الجنائي من الأمور التي تستخلصها محكمة الموضوع من الوقائع والظروف المطروحة أمامها، ولا يُشترط في الحكم بالعقوبة أن يذكر فيه صراحة سوء نية المتهم بل يكفي أن يكون في مجموع عباراته ما يفيد ذلك، والقصد الجنائي واقعة قانونية من الوقائع التي تتكون منها الجريمة ويجب على سلطة الاتهام إثباتها⁽⁴⁾، وإذا تخلف القصد الجنائي لدى المتهم بأن نص الكتاب محرف، تسقط العقوبة وإن كان يعاقب على جرائم أخرى.

(2)- د. محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 129.

(3)- د. رمسيس بهنام، الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية، مرجع سابق، ص 412.

(1)- د. أحمد السيد على عفيفي، الأحكام العامة للعلانية في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 124.

(2)- نقض 1941/1/27، الطعن رقم 653 سنة 11 ق، مجموعة القواعد القانونية، ج 5، ص 376.

المطلب الثاني

جرائم العدوان على حرمة الدين في التشريع الجنائي الإسلامي

إن جرائم العدوان على حرمة الدين من القضايا التي ركز عليها التشريع الجنائي الإسلامي، والتي تعتبر ركيزة أساسية في نسيج وكيان المجتمع، وبناءً عليه سنتناول في هذا المطلب جرائم العدوان على حرمة الدين في التشريع الجنائي الإسلامي وذلك ضمن الفروع الآتية:

الفرع الأول: ما ورد في تجريم التعدي على حرمة الله عزوجل.

الفرع الثاني: ما ورد في تجريم التعدي على حرمة الرسل والأنبياء عليهم السلام

الفرع الثالث: ما ورد في تجريم التعدي على حرمة الكتب السماوية (الطعن على كتاب الله).

الفرع الأول

ما ورد في تجريم التعدي على حرمة الله عزوجل

فقد نهي القرآن الكريم عن سب الله تعالى في نصوص عديدة، فقال تعالى " **وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ كَذَلِكَ زَيْنًا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلُهُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ مَرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ** " (1)، فقد ورد في تفسير هذه الآية بأن المسلمون كانوا يسبون أوثان الكفار فيردون ذلك عليهم فنهاهم الله تعالى عن ذلك، والمراد بالسب المنهي عنه في الآية ليس إثبات نقائص آلهتهم مما يدل على انتفاء إلهيتها فليس ذلك من السب لأن ذلك من طريق الاحتجاج، فالمراد بالسب في الآية ما يصدر من بعض المسلمين من كلمات الذم والتعبير لأهله المشركين، ووجه النهي عن سب أصنام المشركين أن السب لا يترتب عليه مصلحة دينية لأن المقصود من الدعوة هو الاستدلال على إبطال الشرك وإظهار استحالة أن تكون الأصنام شركاء لله تعالى (2).

وأيضاً دل القرآن الكريم على أن الإستهزاء بالله كفر في مواضع كثيرة منها " **وَلَكِنْ سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ * لَا تَعْتَدُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ إِنْ نَعْفُ عَنْ طَائِفَةٍ مِنْكُمْ نُعَذِّبْ طَائِفَةٌ بِأَنَّهُمْ كَانُوا مُجْرِمِينَ** " (3).

وورد النهي عن سب الله تعالى في التوراة " لا تسب الله ولا تلعن رئيساً في شعبك "، وقيل إن المقصود بالله هو الله تعالى نفسه (4).

الفرع الثاني

(1) - سورة الأنعام، الآية 108.

(2) - للمزيد حول سبب نزول هذه الآية انظر، تفسير التحرير والتنوير، للعلامة الإمام الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور، الدار التونسية للنشر، ج 6، ص 427 وما بعدها.

(3) - سورة التوبة، الآيات 65، 66.

(4) - د. نادى فرج العطار، شرح الأحكام الشرعية في التوراة، الطبعة الأولى، 2004، مركز ابن العطار للتراث، ص 71.

ما ورد في تجريم التعدي على حرمة الرسل والأنبياء عليهم السلام

1- " إِنَّ الَّذِينَ يَكْفُرُونَ بِاللَّهِ وَرُسُلِهِ وَيُرِيدُونَ أَنْ يُقَرِّقُوا بَيْنَ اللَّهِ وَرُسُلِهِ وَيَقُولُونَ نُؤْمِنُ بِبَعْضٍ وَنَكْفُرُ بِبَعْضٍ وَيُرِيدُونَ أَنْ يَتَّخِذُوا بَيْنَ ذَلِكَ سَبِيلًا أُولَٰئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ حَقًّا وَأَعْتَدْنَا لِلْكَافِرِينَ عَذَابًا مُّهِينًا" (1).

2- " إِنَّ الَّذِينَ يُؤْذُونَ اللَّهَ وَرُسُلَهُ لَعَنَهُمُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأَعَدَّ لَهُمْ عَذَابًا مُّهِينًا" (2).

3- " وَمَنْهُمْ الَّذِينَ يُؤْذُونَ النَّبِيَّ وَيَقُولُونَ هُوَ أُذُنٌ قُلْ أُذُنٌ خَيْرٌ لَّكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَيُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ وَرَحْمَةً لِلَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ رَسُولَ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ" (3).

4- " أَلَمْ يَعْلَمُوا أَنَّهُ مَنْ يُجَادِدِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَأَنَّ لَهُ نَارَ جَهَنَّمَ خَالِدًا فِيهَا ذَلِكَ الْخِزْيُ الْعَظِيمُ" (4).

4- " ولئن سألتهم ليقولن إنما كنا نخوض ونلعب قل أبالله وآياته ورسوله كنتم تستهزون" (5).

5- وذكر في تفسير هذه الآية أن رجلاً من المنافقين قال في غزوة تبوك ما رأيت مثل هؤلاء القوم أربع قلوباً ولا أكذب ألسناً ولا أجب عن اللقاء يعني رسول الله والمؤمنين، وذهب هذا الرجل إلى رسول الله ويقول إنما كنا نخوض ونلعب، فقال رسول الله - ﷺ - أبالله وآياته ورسوله كنتم تستهزون، فدللت الآية على أن الإستهزاء بالله كفر لأنه يدل على الاستخفاف (6).

فلا يجوز إبداء الرسول - ﷺ - وآله بحسب أو نسب، ناهيك بالأم والأب، وبأبي طالب دون أبي لهب بل لا ينبغي أن يُذكر أبو لهب بسوء موصوفاً بكونه عم الرسول ﷺ إلا في مقام التعليم والبيان (7).

الفرع الثالث

ما ورد في تجريم التعدي على حرمة الكتب السماوية (الطعن على كتاب الله)

من ينسب الخطأ والزيف إلى كلمات الله تعالى يعد مرتدًا، وذلك لأن من دخل الإسلام فقد أصبح إسلامه ثابتًا، فلا يخرج منه إلا بقول ثابت أو فعل ثابت قاطع بالكفر (8).

فقد ورد آيات كثيرة في القرآن الكريم تدل على وجوب تعظيمه، قال تعالى " لَا يَأْتِيهِ الْبَاطِلُ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ وَلَا مِنْ خَلْفِهِ تَنْزِيلٌ مِّنْ حَكِيمٍ حَمِيدٍ" (1). " إِنَّهُ لَقُرْآنٌ كَرِيمٌ فِي كِتَابٍ مَّكْنُونٍ لَا يَمَسُّهُ إِلَّا

(2)- النساء 151,150.

(3)- سورة الأحزاب، الآية 57.

(4)- سورة التوبة، الآية 61.

(5)- سورة التوبة، الآية 63.

(6)- سورة التوبة، آية 65.

(7)- التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب، للإمام فخر الدين الرازي، المجلد الثامن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 97,98.

(8)- تفسير القرآن الحكيم الشهير بتفسير المنار، تأليف محمد رشيد رضا، المجلد السابع، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ص

550.

(9)- المستشار/ حسن محمد الحفناوي، أحكام الإسلام، دار الشروق، بدون تاريخ نشر، ص 570.

الْمُطَهَّرُونَ تَنْزِيلٌ مِّن رَّبِّ الْعَالَمِينَ أَفَبِهَذَا الْحَدِيثِ أَنْتُمْ مُذْهِبُونَ وَتَجْعَلُونَ رِزْقَكُمْ أَنْكُمْ تُكَذِّبُونَ " (2).
 " وَإِذَا رَأَيْتَ الَّذِينَ يَخُوضُونَ فِي آيَاتِنَا فَأَعْرِضْ عَنْهُمْ حَتَّىٰ يَخُوضُوا فِي حَدِيثٍ غَيْرِهِ " وقد زوى عن سبب نزول هذه الآية بأنها نُزلت في المشركين المكذبين الذين كانوا يستهزئون بالقرآن والنبي، والخوض هنا الكفر بالآيات والاستهزاء بها، فهناك من يحرف آيات الله عن مواضعها بمواه ليضل بها مهتدياً كما يفعل البعض، فالقرآن الكريم هو أصل الدين وأساسه، فكل من يتعدى على كتاب الله فإنه يتعدى على الدين الإسلامي الذي ارتضاه الله للناس ليتعبدوا به وليكون لهم منهاجاً يحقق لهم السعادة في الدارين الأولى والآخرة⁽³⁾، كما ورد في السنة النهي عن المجادلة في القرآن، فعن أبي هريرة أن النبي - ﷺ - قال: المرء في القرآن كفر⁽⁴⁾.

الخاتمة

في ختام هذا البحث والذي يتعلق بقضية جوهرية هي أساس وعماد المجتمعات المعاصرة، نظرًا لما تثيره من إشكاليات متعلقة بجرية العقيدة وإلى غير ذلك مما تناولناه خلال ثنايا البحث، وفيما يلي نتناول النتائج والتوصيات في ختام هذا البحث:

أولاً: النتائج:

- 1- أن الاعتداء على غير الأديان المعترف بها لا يعد من الجح المتعلقة بالأديان، فالقانون لا يحمي إلا ما رخصت به الدولة وما عدا ذلك فلا شأن له به فلا تعترف له الدولة بأي قداسة، وكيف يعرف المتهم بأنه يتعدى على دين إذا كان هذا جديدًا لا يصبح وجوده معروفًا عند الناس.
- 2- لم يضع المشرع المصري تعريفًا للتشويش، بل ترك الأمر لقاضي الموضوع، بل إن التشريعات الجنائية عموماً لم تُعرف التشويش، وحسنًا فعل المشرع من إطلاق لفظ التشويش دونما تحديد، حيث تعد عملية حصر صور التشويش في نص قانوني أمر صعب، ففعل التشويش متغير مع التطور الذي يلحق بالبشرية في جميع مناحي الحياة، فمع التطور التكنولوجي والتقنية الحديثة ظهرت أجهزة إلكترونية كثيرة قد يؤدي استعمالها بمكان تقام فيه شعائر أو احتفالات دينية إلى التشويش، فكان من الصعب رصد مثل ذلك.
- 3- عبر المشرع المصري عن جريمة الاعتداء على أماكن العبادة بقوله كل من خرب أو كسر أو أتلف، ولعل المشرع قد أراد بذلك أن يؤكد على أن العقاب يتناول جميع صور الإتلاف، وقد أراد المشرع أن

(10) - سورة فصلت، الآيات 41، 42.

(1) - سورة الواقعة، الآيات 77: 82.

(2) - تفسير القرن الحكيم الشهير بتفسير المنار، المرجع السابق، ص 504 وما بعدها.

(3) - صحيح سنن أبي داود، تأليف ناصر الدين الألباني، ج3، كتاب السنة، باب النهي عن الجدل في القرآن، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1998م، حديث رقم 4603، ص 117.

ينال العقاب على كل أفعال الإتيلاف الجسيم منها وغير الجسيم، فليس من اللازم أن يكون البناء أو الشيء الديني قد خرب بأكمله أو أصابه ضرر مباشر بل يكفي أن يكون قد لحقه عيب أو عطب، ولم يعين القانون الوسيلة التي يحصل بها التخريب فكل الوسائل في نظره سواء.

4- المحاكم الفرنسية لا تذهب في تفسير النص إلى هذا المدى فهي وإن كانت لا تقصر الحماية على ذات القبر إلا أنها تعتبر انتهاك القبور واللحود جريمةين مختلفتين وتفسر كلمة لحد بمعنى ممكن وتقضى بأن امتهان الميت يعاقب عليه من وقت أن يكفن ويهياً للدفن، وبناءً على ذلك قضت بالعقوبة لامتهان نعش ولو قبل إجراء الدفن إذ النعش هو القبر الأول وهو ليس بأقل اعتبار من القبر المحفور في الأرض، ولا امتهان جثة موضوعة على سرير بعد أن كفنت وهيئت للدفن.

5- لا يشترط البحث عن البواعث التي دفعت الجاني إلى ارتكاب الجريمة أو الغرض الذي يرمي من ورائه، فيكفي مجرد إتيان فعل التدنيس عن إرادة واعية، فالشخص الذي يمارس عملية جنسية داخل مقبرة يعتبر فعله تدنيساً لحرمة تلك المقبرة.

ثانياً: التوصيات:

1- المشرع المصري في المادة 160 الفقرة الأولى نص على " كل من شوش على إقامة شعائر ملة أو احتفال ديني خاص بها أو عطلها بالعنف أو التهديد " والمشرع المصري تأثر في هذه الفقرة بالقانون الفرنسي وذلك بقوله كل من شوش على إقامة شعائر ملة، والدين الإسلامي لا يوجد به ملل وكذلك الدين المسيحي لذا أرى يجب تعديلها إلى إقامة شعائر دين أو احتفال ديني.

2- استخدام المشرع لفظ تعدد في المادة 161 عقوبات وكان الأفضل أن يستخدم لفظ المساس، وذلك لأن كلمة " تعدد " تحمل في طياتها الجفاء والغلظة ولا تناسب مع حرمة وكرامة الأديان، ونجد أن المشرع المصري قد استعمل ألفاظ ذات حس عال حينما أراد أن يحمي بعض الأفراد والهيئات مثل ما نص عليه المشرع في المادتين 186, 201 ع وذلك أسوة بالمقنن الجنائي الأردني واللبناني والسوري حينما تناول بالتجريم الأفعال التي تمس الدين حيث عبر عن هذه الأفعال بلفظ المساس.

3- بالنسبة للمادة 161 عقوبات أرى أنه يجب تعديل نص المادة ليكون العقاب على كل تعدد يقع على دين من الأديان التي تؤدي شعائرها علناً، وتشدد العقوبة إذا وقع التعدي بإحدى الطرق المبينة بالمادة 171 عقوبات، بمعنى أن تكون العلانية ظرف مشدد في الجريمة وليس ركن من أركانها.

4- أوصي المشرع المصري على أن يضمن المادة 161 الفقرة الأولى النص على تجريم السخرية والاستهزاء بالأحكام الشرعية التي تتضمنها الكتب المقدسة، وذلك مما نلاحظه في الفقرة

الأخيرة من كثرة الاستهزاء بالأحكام الشرعية وخاصة أحكام الحدود الواردة في القرآن الكريم.

5- أوصى المشرع المصري بحذف عبارة " تحريفاً يغير من معناه " في المادة 161 فقرة أولى وذلك لأن هناك بعض الكتب المقدسة نزلت بالمعنى، وهذه لا تفقد طبيعتها بتغير اللفظ دون التطرق إلى المعنى.

6- العقوبات المقررة على جريمة التعدي على إقامة الشعائر الدينية أو الاحتفالات غير رادعة، يجب رفعها ورفع قيمة الغرامة" قد أفلح المؤمنون الذين هم في صلاتهم خاشعون"" ذلك ومن يعظم شعائر الله فإنها من تقوى القلوب"

7- العقوبات المقررة في جريمة التعدي على أماكن العبادة غير رادعة، يجب رفعها أسوة في جريمة التخريب العمدي للممتلكات حيث يعاقب فيها المشرع المصري بالسجن المشدد، الأولى بالرعاية هي دور العبادة التي لها قدسية عند أصحاب الديانات وت فوق حرمة مساكنهم، كما أن الاعتداء على أماكن العبادة يؤدي إلى حدوث مشاحنات ومن ثم إحداث فتنة ومن ثم تعكير الأمن العام ويؤدي ذلك إلى زعزعة كيان المجتمع.

8- نجد أيضاً في العقوبة المقررة في جريمة التعدي العلني على حرمة الدين بالحبس من أربعة وعشرون ساعة حتى ثلاث سنوات وغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد عن خمسمائة جنيه، في حين نص في جريمة القذف العلني على الحبس مدة لا تجاوز سنة وغرامة لا تقل عن ألفين وخمسمائة جنيهاً ولا تزيد على سبعة آلاف وخمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع القانونية

المراجع العامة

- د. أحمد جاد منصور, حقوق الإنسان في ضوء المواثيق الدولية والإقليمية والتشريعات الداخلية, أكاديمية الشرطة, بدون سنة نشر.
 - د. أحمد رسلان, النظم السياسية والقانون الدستوري, القسم الأول, دار النهضة العربية, 1997.
 - د. أحمد البسيوني أبو الروس, جرائم السرقات, دار المطبوعات الجامعية, 1987.
 - أ. أحمد أمين بك, القسم الخاص لقانون العقوبات, بدون دار نشر, 1949.
 - د. أحمد السيد على عفيفي, الحكام العامة للعلانية في قانون العقوبات, دار النهضة العربية, القاهرة, 2002.
 - د. أحمد فتحى سرور, الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية, الجزء الأول, دار النهضة العربية, مصورة من طبعة 1985.
 - د. أنور أحمد رسلان, الحقوق والحريات العامة في عالم متغير, دار النهضة العربية, 1993.
 - د. الشافعى بشير, قانون حقوق الإنسان ومصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية, بدون دار نشر, الطبعة الرابعة, 2007.
 - د. إبراهيم حامد طنطاوى, المسؤولية الجنائية عن جنح السرقة المشددة, توزيع المكتبة القانونية, باب الخلق, الطبعة الأولى, 1996.
 - بهاء الدين إبراهيم, عصمت عدلى, طارق إبراهيم الدسوقي, دار الجامعة الجديدة, بدون سنة نشر.
 - د. ثروت بدوى, النظم السياسية, دار النهضة العربية, القاهرة, 1975.
 - د. ثروت عبد العال أحمد, الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق, دار النهضة العربية, 1998.
 - د. ثروت عبد الحميد, المدخل لدراسة العلوم القانونية, نظرية القانون, دار الفكر القانوني, 2010.
- المراجع المتخصصة:
- د. أحمد عبد الحميد الرفاعى, المسؤولية الجنائية الدولية للمساس بالمعتقدات والمقدسات الدينية, دار النهضة العربية, 2007.

- د. خالد مصطفى فهمي, الحماية القانونية للمعتقدات, دار الفكر الجامعي, 2012.
- د. رياض شمس, حرية الرأى وجرائم الصحافة والنشر, الجزء الأول, مطبعة دار الكتب المصرية, 1947.
- د. رمزي رياض عوض, القيود الواردة على حرية التعبير في قانون العقوبات والقوانين المكملة له, دار النهضة العربية, 2011.
- د. عادل عبد العال خراشى, جريمة التعدى على حرمة الأديان وازدراءها في التشريعات الجنائية الوضعية, المركز القومى للإصدارات القانونية, الطبعة الأولى, بدون سنة نشر.
- د. عمار تركى الحسينى, الجرائم الماسة بالشعور الدينى, دراسة مقارنة, منشورات الحلبي الحقوقية, الطبعة الأولى, 2013.

الرسائل العلمية والمقالات:

- د. أحمد رشاد طاحون, حرية العقيدة في الشريعة الإسلامية, رسالة دكتوراة, كلية الحقوق, جامعة القاهرة.
- د. اسماعيل عبد الرحيم عميش, حرية الرأى في القانون الوضعى في القانون الوضعى والفقہ الإسلامى, رسالة دكتوراة, كلية الحقوق, جامعة أسيوط.
- د. أيمن جرجس حبيب, الوضع القانونى للأقليات في ظل قواعد القانون الدولى العام وقواعد الشريعة الإسلامية, رسالة دكتوراة, كلية الحقوق, جامعة عين شمس, 2010.
- د. بكر القباني, الحقوق والحريات العامة في ظل حالة الطوارئ, مقال منشور بمجلة المحاماة, العددان التاسع والعاشر, السنة الرابعة والستون, نوفمبر وديسمبر 1984.
- د. حسن أحمد على, ضمانات الحريات العامة وتطورها في النظم السياسية المعاصرة, رسالة دكتوراة, جامعة القاهرة.

المعاجيم اللغوية والقواميس

- معجم مقاييس اللغة, لأبي الحسين احمد بن فارس بن زكريا, تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون, الجزء الثانى, الطبعة الثانية, شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر, 1970.
- المعجم الوجيز, الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية, طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم, 1998.
- حسين على حمد, قاموس المذاهب والأديان, دار الجيل, بيروت.
- إبراهيم مذكور وآخرون, معجم العلوم الإجتماعية, الهيئة المصرية العامة للكتاب, 1975.

● اطلس الأديان, تأليف وتصميم سامى بن عبد الله بن أحمد المغلوث, مكتبة العبيكان, الطبعة الأولى, 2007.

● معجم ألفاظ العقيدة, أبي عبد الله عامر عبد الله فالج, تقديم فضيلة الشيخ عبد الله بن عبد الرحمن بن جبرين, مكتبة العبيكان, الطبعة الثانية, 2002.

ثانيا : المراجع الشرعية

● محمد عبد الله الشرفاوى, بحوث في مقارنات الأديان, دار الفكر العربى, 2002.

● محمود بن الشريف, الأديان في القرآن, الطبعة الرابعة, بدون دار نشر, 1980.

● محمد عبد الله دراز,

● تيسير خميس العمر, حرية الاعتقاد في ظل الإسلام, دار الفكر المعاصر, الطبعة الرابعة, 1998.

● عبد الرازق السنهورى, أصول الفقه

● زياد بركات, الاتجاه نحو الإلتزام الدينى وعلاقته بالتكليف النفسى والاجتماعى لدى طلبة جامعة القدس المفتوحة, منظمة طولكرم التعليمية, 2006.

● محمد إبراهيم الفيومى, محاضرات في فهم الدين المقارن, بدون.

● عبد الحميد متولى, الشريعة الإسلامية كمصدر أساسى للدستور, تقديم الإمام الأكبر عبد الحلیم محمود, منشأة المعارف بالإسكندرية, الطبعة الثانية, بدون سنة نشر.

● يوسف القرضاوى, غير المسلمين في المجتمع الإسلامى, مكتبة وهبه, القاهرة, 1993.

● محمد أحمد خضر, محمد أعظم البشر, السيرة النبوية في ثوب جديد, بدون دار نشر, 2002.

● القطب محمد طلبة, الإسلام وحقوق الإنسان, دار الفكر العربى, الطبعة الثانية, 1980.

● ثروت حسن عبد الرحمن مهنا, نظرات تأملية في الملل والنحل والديانات الوضعية, بدون دار نشر, بدون سنة نشر.

● أصل المعاهدة, سيرة ابن هشام, الجزء الثانى, طبعة مصطفى البابى الحلبي, الطبعة الثانية, 1955.

● عبد الخالق النووى, جرائم القذف والسب وشرب الخمر بين الشريعة والقانون, مكتبة الأنجلو المصرية, 1989.

ثالثا: المراجع الأجنبية

- 1- Benoit-Rohmer. *Droit des minorités et minorités religieuses dans l'espace européen . Approches sociologiques et juridiques, sous la direction de Bastain et messner-paris-PUF, 2007.*
- 2- CF Robert, *libertés et droits fondamentaux, paris,Dalloz, 2005, 11ème edition.*
- 3- Smith, Adam (1776), *wealth of nations, pennstate electronic classics edition, published 2005.*
- 4- A. Esmein: *Elements de droit constitutionnel éd Revue par.H. Nézard, 1927.*
- 5- Horiou (H.), *Droit constitutionnel et les institutions politiques éd 1972.*
- 6-S.I Benn , R.S.Petres: *principle of political thought, unwin, first ed. New york, 1964.*
- 7- D.J manning: *liberalism,Durham, London, 1976.*

شهادة المرأة في المعاملات المالية

" دراسة فقهية مقارنة "

أ. فرج مفتاح غيث خليفة

محاضر مساعد بكلية التربية / جامعة بني وليد

الملخص

البحث عبارة عن دراسة جمعت المسائل التي تكلم الفقهاء فيها عن شهادة المرأة ، وذكرت مواضع الاتفاق والخلاف في قبول شهادة المرأة في أبواب المعاملات المالية .
فهذه الدراسة لم تتجه إلى إصدار حكم عام في قبول شهادة المرأة أو عدم قبولها بل استقرت كلام الفقهاء في المسائل التي ذُكرت فيها شهادة المرأة، وبينت الخلاف ، وأدلته مع ترجيح ما يراه الباحث .
الكلمات المفتاحية: شهادة المرأة – المعاملات المالية – شهادة المرأة منفردة – شهادتها مع الرجال .

Abstract:

The research is a study that collected the issues in which the jurists spoke about the woman's testimony and mentioned the points of agreement and disagreement regarding the acceptance of the woman's testimony in the chapters of financial transactions .

This study did not tend to issue a general ruling regarding the acceptance or non-acceptance of the woman's testimony but rather it extrapolated the words of the jurists in the issues in which the woman's testimony was mentioned, and showed the disagreement and its evidence with the weighting of what the researcher deems most likely.

Key words

The testimony of the woman-the financial transactions – the testimony of the woman alone – her testimony with the men .

مُكَلِّمَاتُ

الحمد لله الذي جعل الشهادة بينة وأمر بالإشهاد، والصلاة والسلام على عبده ورسوله مُحَمَّدٍ أَفْضَلِ الْعِبَادِ، وَعَلَى آلِهِ وَأَصْحَابِهِ، وَمَنْ تَبِعَهُمْ بِإِحْسَانٍ إِلَى يَوْمِ الْمَعَادِ، أَمَّا بَعْدُ :

فلا تخفى مكانة الشهادة في الشريعة الإسلامية ، فهي تأتي في المرتبة الثانية من مراتب الإثبات بعد الإقرار، وقد أمر الله بأداء الشهادة ، وحرم كتمانها؛ فقال سبحانه : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾¹ ، وقال تعالى : ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴾² ومن قضايا الشهادة الجديدة بالبحث والدراسة شهادة المرأة ، حيث إنَّ الحاجة داعية لمعرفة أحكام شهادة المرأة في أبواب الفقه المختلفة، والوقوف على ما تقبل فيه شهادة النساء منفردات، وما تقبل فيه شهادتهن مع الرجال، وما لا تقبل فيه شهادتهن مطلقاً؛ ولذا قمت بإعداد هذا البحث المتخصص وحرصت فيه على عمل دراسة فقهية مقارنة لهذا الموضوع؛ لإيضاح مسأله، وتجلية أحكامه .وهو موضوع ذو أهمية بالغة؛ نظراً لارتباطه بأبواب فقهية متعددة ومتنوعة، ولمسأله المباشر بحياة الناس اليوم؛ لكثرة حدوث الوقائع والقضايا التي يتعلق بها، وقد عنونت له ب : " شهادة المرأة في المعاملات المالية دراسة فقهية مقارنة " .-

أهمية الموضوع وأسباب اختياره

- 1- إنَّ الحاجة داعية لمعرفة أحكام شهادة المرأة في المعاملات المالية ، للوقوف على ما تُقبل فيه شهادة النساء منفردات، وما تقبل فيه شهادتهن مع الرجال ، وما لا تقبل فيه شهادتهن مطلقاً.
 - 2 - مساس الموضوع المباشر لحياة الناس اليوم لكثرة حدوث الوقائع ، والقضايا التي يتعلق بها ، مما يستدعي بيان مسائل هذا الموضوع ، وإيضاحها للناس، ليكونوا على علم بها.
 - 3-ارتباط الموضوع بأبواب فقهية متعددة ومتنوعة ، مما يجعل تناوله أكثر نفعاً للباحث والقارئ.
 - 4- الرغبة في تزويد المكتبة الإسلامية بمؤلف يجمع أحكام شهادة النساء في مسائل المعاملات المالية ؛ ليسهل الاطلاع عليها، والوقوف على ما ينشده القارئ منها.
 - 5- عدم وجود دراسة متخصصة- حسب علمي -تعالج الموضوع من جميع جوانبه، وتوضح مسأله.
- مشكلة البحث :

تكمن مشكلة البحث في تتبع مسائل شهادة النساء في مسائل فقه المعاملات المالية ، وبيان أحوالها ، ثم إيضاح آراء الفقهاء في تلك المسائل بأدلتهن ، ومحاوله الوقوف على القول الراجح ، وهذا النوع من

¹ - سورة الطلاق الآية : 2

² - سورة البقرة الآية : 283

الدراسة يحتاج لدقة في التصور، والاستنباط، ومهارة في المقارنة بين الأقوال للوصول لترجيح ما يعضده الدليل .

منهج البحث:

سلكت في بحثي لهذا الموضوع ما يأتي :

- استقراء المسائل الفقهية (موضوع الدراسة) وتحريها تحريرا دقيقا وبيان محل النزاع، وذكر الأقوال، واستعراض أدلتها، ومناقشة الأدلة، وبيان الراجح.
- توثيق أقوال الفقهاء في مختلف المذاهب الفقهية من الكتب الأصيلة المعتمدة في كل مذهب.
- عزو الآيات إلى مواضعها في المصحف، وذلك بذكر اسم السورة، ورقم الآية.
- تخريج الأحاديث الواردة في البحث؛ فإذا كان الحديث في الصحيحين أو في أحدهما اكتفيت بتخرجه منهما، وإن لم يكن في أحد الصحيحين فإني أخرجه بذكر من أخرجه من كتب الحديث الأخرى المشهورة، كمسند أحمد، والسنن، وصحيح ابن حبان، مع بيان الحكم عليه غالباً بالنقل عن أهل الاختصاص.
- توثيق المادة العلمية من مظانها.
- بيان معاني الألفاظ الغريبة، والتعريف ببعض الكلمات والمصطلحات التي تحتاج إلى إيضاح.
- وضعت في آخر البحث قائمة المصادر والمراجع.

خطة البحث:

تتكون خطة البحث من : مقدمة ، ومبحثان وثلاث مطالب لكل مبحث ، وخاتمة ، وتفصيلها كالاتي
المقدمة : وتتضمن الاستفتاح، وبيان أهمية الموضوع ، وأسباب اختياره، وبيان مشكلة البحث ، وبيان منهج البحث ، وخطة البحث .

المبحث الأول : شهادة المرأة منفردة وامرأتين مع رجل :

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : شهادة المرأة منفردة في الأموال.

المطلب الثاني : شهادة امرأتين مع رجل في الأموال.

المطلب الثالث : شهادة امرأتين مع يمين المدعي في الأموال.

المبحث الثاني : شهادة المرأة مع زوجها وذوي رحمها :

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : شهادة المرأة لزوجها في الأموال.

المطلب الثاني : شهادة المرأة لأصولها وفروعها.

المطلب الثالث : شهادة المرأة لذي رحمها .

المبحث الأول : شهادة المرأة منفردة وامرأتين مع رجل :

المطلب الأول : شهادة المرأة منفردة في الأموال

اتفق الفقهاء الأربعة على أنه لا تجوز شهادة المرأة منفردة في الأموال، ولكن يشترط أن تكونا امرأتين مع الرجل، وتكون شهادة المرأة على النصف من شهادة الرجل¹ وقد استدلووا على ذلك بما يأتي :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾² فقد دلت الآية على أنه لا تجوز شهادة المرأة منفردة فيما يطلع عليه الرجال كالمعاملات المالية، وإنما يشترط أن تكون مع الرجال، وتكون شهادة المرأة على النصف من شهادة الرجل³ .

الدليل الثاني : ما روى أبو سعيد الخدري أنه : قَالَ : ((حَرَجَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي أَضْحَى أَوْ فِطْرٍ إِلَى الْمُصَلَّى فَمَرَّ عَلَى النِّسَاءِ ، فَقَالَ : يَا مَعْشَرَ النِّسَاءِ ، تَصَدَّقْنَ فَإِنِّي أُرِيْتُكُمْ أَكْثَرَ أَهْلِ النَّارِ . فُئِلْنَ : وَيَمَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ ؟ قَالَ : تُكْثِرْنَ اللَّعْنَ ، وَتُكْفِرْنَ الْعَشِيرَ . مَا رَأَيْتُ مِنْ نَاقِصَاتِ عَقْلِ وَدِينٍ أَذْهَبَ لِدَبِّ الرَّجُلِ الْحَازِمِ مِنْ إِحْدَاكُنَّ . فُئِلْنَ : وَمَا تُفْصِلُنَّ دِينَنَا وَعَقْلَنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ ؟ قَالَ : أَلَيْسَ شَهَادَةُ الْمَرْأَةِ مِثْلَ نِصْفِ شَهَادَةِ الرَّجُلِ ؟ فُئِلْنَ : بَلَى . قَالَ : فَذَلِكَ مِنْ نُقْصَانِ عَقْلِهَا . أَلَيْسَ إِذَا حَاصَتْ لَمْ تُصَلِّ ، وَكَمْ تَصُومُ ؟ فُئِلْنَ : بَلَى . قَالَ : فَذَلِكَ مِنْ نُقْصَانِ دِينِهَا))⁴

فدل الحديث على أنه لا تجوز شهادة المرأة منفردة؛ حيث بين النبي ضعف شهادة المرأة، وأنها على النصف من شهادة الرجل⁵ .

الدليل الثالث : المعاملات المالية كثيرة، وقد يتعذر أحيانا شهادة رجلين فيها، فيقوم رجل وامرأتان بالشهادة؛ منعا للحرَج، وللحاجة إلى إثبات الحقوق، ولا تجوز شهادة المرأة منفردة⁶ .

المطلب الثاني : شهادة امرأتين مع رجل في الأموال

اتفق الفقهاء الأربعة على أنه تجوز شهادة المرأتين في الأموال، بشرط أن يكون معهما رجل واحد على الأقل⁷ ، وقد استدلووا على ذلك بما يأتي:

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾¹ . فالآية صريحة في جواز شهادة المرأتين مع الرجل في الأموال² .

¹ - ينظر: بدائع الصنائع : 277/6 ، والذخيرة للقرافي : 245/10 ، والأم للشافعي : 89/7 ، والمغني لابن قدامة : 128/10 .

² - سورة البقرة، الآية : 282 .

³ - ينظر: المحيط البرهاني : 75/8 ، وبداية المجتهد : 248/4 ، والمهذب : 452/3 ، والكافي للموفق : 282/4 .

⁴ - أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الحيض ، باب ترك الحائض الصوم ، حديث رقم : (304) ، 68/1 .

⁵ - ينظر : بدائع الصنائع : 277/6 ، والمعونة : 1546 ، ومختصر المزني : 411/8 ، والكافي : 282/4 .

⁶ - ينظر : المبسوط : 115/16 ، وبداية المجتهد : 248/4 ، ونهاية المحتاج : 311/8 .

⁷ - ينظر : بدائع الصنائع : 277/6 ، وشرح مختصر الطحاوي : 133/3 ، والذخيرة للقرافي : 254/10 ، والأم للشافعي : 89/7 ، والمغني لابن قدامة : 128/10 .

الدليل الثاني : إجماع الأمة من لدن عصر النبي إلى يومنا هذا على أنه تجوز شهادة المرأتين مع رجل في الأموال³ .

الدليل الثالث : دلالة العقل أيضاً على قيام شهادة امرأتين مقام شهادة الرجل في الأموال؛ حيث الحاجة داعية لذلك لإثبات الحقوق، وقد يتعذر الرجلان فيقوم الرجل والمرأتان بها⁴ .

المطلب الثالث : شهادة امرأتين مع يمين المدعي في الأموال

اتفق الفقهاء الأربعة على أنه تجوز شهادة المرأتين مع الرجل في الأموال⁵ ، ولكنهم اختلفوا في جواز شهادة امرأتين مع يمين المدعي على قولين :

القول الأول : لا يجوز شهادة امرأتين مع يمين المدعي .
وهذا قول الحنفية⁶ ، والشافعية⁷ ، وهو وجه عند الحنابلة⁸ .

القول الثاني : يجوز شهادة امرأتين مع يمين المدعي .
وهذا قول المالكية⁹ ، وهو وجه عند الحنابلة¹⁰ .

الأدلة :

أدلة القول الأول :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾¹¹

وجه الدلالة : إن الله تعالى نص في هذه الآية على جواز شهادة المرأتين مع الرجل في الأموال، ولم ينص على شهادة المرأتين مع اليمين، ولو كانت جائزة لنص عليها¹² .

¹ - سورة البقرة، الآية : 282 .

² - ينظر : بدائع الصنائع : 277/6 ، والمحيط البرهاني : 75/8 ، وبداية المجتهد : 248/4 ، والمعونة : ص : 1546 ، ومختصر المزني : 411/8 ، والمهذب : 452/3 ، والكاظمي في فقه الإمام أحمد : 282/4 .

³ - ينظر : بدائع الصنائع : 277/6 ، وشرح مختصر الطحاوي : 133/3 ، والذخيرة : 254/10 ، والأم للشافعي : 89/7 ، والإجماع لابن منذر : ص : 31 ، والمغني لابن قدامة : 128/10 .

⁴ - ينظر : المبسوط : 115/16 ، وبداية المجتهد : 248/4 ، ونهاية المحتاج : 311/8 .

⁵ - ينظر : بدائع الصنائع : 277/6 ، والذخيرة : 254/10 ، والأم للشافعي : 89/7 ، والمغني لابن قدامة : 128/10 .

⁶ - يرى الحنفية أنه لا يجوز أصلاً الإثبات بشاهد وعن، بل لا بد من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين . ينظر : رد المختار : 260/1 ، وشرح مختصر الطحاوي : 69/8 .

⁷ - ينظر : حاشية الجمل : 428/5 ، والحاوي : 59/6 ، والمجموع : 48/16 .

⁸ - ينظر : المغني لابن قدامة : 231/10 ، والمبدع : 355/8 .

⁹ - ينظر : منح الجليل : 452/8 ، والتلقين : 212/2 .

¹⁰ - ينظر : المبدع في شرح المقنع : 355/8 .

¹¹ - سورة البقرة ، الآية : 282 .

¹² - ينظر : بدائع الصنائع : 277/6 ، والمحيط البرهاني : 75/8 ، وبداية المجتهد : 248/4 ، والمعونة : ص : 1546 ، ومختصر المزني : 411/8 ، والمهذب : 452/3 ، والكاظمي في فقه الامام أحمد : 282/4 .

المناقشة : ليس في الآية دلالة على عدم قبول شهادة المرأتين مع اليمين، بل غاية ما فيها جواز شهادة المرأتين مع الرجل في الأموال¹.

الدليل الثاني : إنَّ شهادة النساء ناقصة ، وإنما انجبرت بانضمام الذكر إليهن، ومن ثم لا تجوز شهادة امرأتين مع يمين².

المناقشة : إنَّ المرأتين في المال تقومان مقام رجل، ولو كانت شهادة المرأة ضعيفة لما قُبِلَتْ أصلاً، والمرأة العدل كالرجل، إلاَّ أنَّه لما خيف عليها السهو والغفلة جعل الاثنتان كالرجل³.

أدلة القول الثاني :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾⁴

وجه الدلالة : أن الآية صرَّحت بجواز شهادة المرأتين مع رجل واحد في الأموال، فعلم منها أن شهادة المرأتين تقوم مقام شهادة الرجل، ومعلوم أن شهادة الرجل مع اليمين تجوز ، فكذلك شهادة المرأتين مع اليمين مثله⁵.

الدليل الثاني : حديث أبي سعيد الخدري المتقدم ، وفيه قول النبي - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - للنساء في تفسيره لنقصان عقل المرأة : " أَلَيْسَ شَهَادَةُ الْمَرْأَةِ مِثْلَ نِصْفِ شَهَادَةِ الرَّجُلِ؟ " الحديث⁶.

وجه الدلالة : إنَّ النبي - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - نصَّ على أنَّ شهادة المرأة على النصف من شهادة الرجل، ولذا تقوم شهادة المرأتين مقام شهادة الرجل في الأموال، وحيثُ فكما أنَّ شهادة الرجل تجوز مع اليمين، فكذا تجوز شهادة المرأتين مع اليمين⁷.

الدليل الثالث : أن المدَّعي يخلف مع نكول المدعى عليه ، فإن يخلف مع امرأتين من باب أولى؛ حيث أقام المرأتين مقام الرجل⁸.

الدليل الرابع : أنَّ شهادة المرأتين تقام مقام شهادة الرجل مع وجوده وعدمه، فدَلَّ على أنه يجوز شهادة المرأتين مع يمين المدَّعي، وليس هنا دليل يمنع ذلك⁹.

¹ - ينظر : الفروق 201/4 ، والطرق الحكمية : ص : 136 .

² - ينظر : المبدع : 355/8 .

³ - ينظر : منح الجليل : 452/8 ، والتلقين : 212/2 ، والمبدع : 355/8 ، والطرق الحكمية : ص : 136 .

⁴ - سورة البقرة الآية : 282 .

⁵ - ينظر : منح الجليل : 452/8 ، والتلقين : 212/2 ، والمبدع : 355/8 .

⁶ - سبق ترجمته : ص :

⁷ - ينظر : منح الجليل : 452/8 ، والفروق : 201/4 ، والمبدع : 355/8 ، والطرق الحكمية : ص : 136 .

⁸ - ينظر : الذخيرة : 55/11 .

⁹ - ينظر : الفروق : 201/4 ، والطرق الحكمية : ص : 136 .

الترجيح : بعد عرض الخلاف في المسألة بأدلته ومناقشة الأدلة يظهر - والله أعلم - أنّ الراجح فيها هو القول الثاني ، وهو جواز شهادة امرأتين مع يمين المدّعي ؛ لقوة أدلته ووجاهتها ، وسلامتها من المناقشة ، وورود المناقشة على أدلة القول الأول.

المبحث الثاني : شهادة المرأة مع زوجها وذوي رحمها :

المطلب الأول : شهادة المرأة لزوجها في الأموال

تحرير محل النزاع :

اتفق الفقهاء على قبول شهادة المرأة على زوجها¹ ، ولكنهم اختلفوا في قبول شهادتها له على قولين

قولين

القول الأول : لا تجوز شهادة المرأة لزوجها .

وهذا قول الحنفية² ، والمالكية³ ، وقول عند الشافعية⁴ ، ورواية عند الحنابلة⁵ .

القول الثاني : تجوز شهادة المرأة لزوجها .

وهذا قول عند الشافعية⁶ ، ورواية عند الحنابلة⁷ .

الأدلة :

أدلة القول الأول :

الدليل الأول : قول الله تعالى : ﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ ﴾⁸ ، وقوله سبحانه : ﴿ لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ النَّبِيِّ ﴾⁹ .

وجه الدلالة : أن الله تعالى أضاف البيوت إلى أمهات المؤمنين رضي الله عنهن تارة ، وإلى النبي

تارة ، فدل ذلك على تحقق التهمة بين الزوجين¹⁰ .

الدليل الثاني : ما ورد عن عائشة ، قالت : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : " لَا تَجُوزُ

شَهَادَةُ حَائِنٍ وَلَا حَائِنَةٍ ، وَلَا مَجْلُودٍ حَدًّا وَلَا مَجْلُودَةٍ ، وَلَا ذِي غِمْرٍ عَلَى أَخِيهِ ، وَلَا مُجَرَّبٍ شَهَادَةٍ ، وَلَا

القَانِعِ أَهْلَ الْبَيْتِ لَهُمْ ، وَلَا ظَنِينٍ فِي وَلَاءٍ وَلَا قَرَابَةٍ " ¹ .

¹ - ينظر : بدائع الصنائع : 272/6 ، والمحيط البرهاني : 319/8 ، والعناية شرح الهداية : 403/7 ، وشرح الخرشبي : 179/7 ، والشرح الكبير للدردير :

168/4 ، ونهاية المطلب : 15/19 ، والمعني لابن قدامة : 174/10 .

² - ينظر : بدائع الصنائع : 272/6 ، والمحيط البرهاني : 319/8 ، والعناية شرح الهداية : 403/7 .

³ - ينظر : ، شرح الخرشبي : 179/7 ، والشرح الكبير للدردير : 168/4 ، والتفريع : 237/2 .

⁴ - ينظر : نهاية المطلب : 15/19 ، وبحر المذهب : 289/14 .

⁵ - ينظر : المعني : 174/10 .

⁶ - ينظر : نهاية المطلب : 15/19 ، وبحر المذهب : 289/14 .

⁷ - ينظر : المعني : 174/10 .

⁸ - سورة الأحزاب الآية : 33 .

⁹ - سورة الأحزاب الآية : 53 .

¹⁰ - ينظر : المعني : 174/10 ، وشرح الزركشي : 350/7 .

وجه الدلالة : في الحديث دلالة على عدم قبول شهادة الزوجة لزوجها ؛ نظرا لوجود التهمة بينهما ، وذلك لتحقيق المنفعة لهما وعودها عليهما² .

الدليل الثالث : ما ورد عَنْ طَلْحَةَ ▪ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ : " لَا شَهَادَةَ لِحَصْمٍ وَلَا ظَنِينٍ . " وَقَالَ أَبُو دَاوُدَ : " الظَّنُّنُ : الْمُتَّهَمُ " ³ .

وجه الدلالة : دَلَّ الحديث على منع شهادة الزوجة لزوجها ؛ لتحقيق التهمة بينهما نظراً لتبادل المنافع⁴ .

الدليل الرابع : ما ورد عَنْ الْحَسَنِ ▪ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ : " لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الرَّجُلِ لِأَبْنِهِ ، وَلَا شَهَادَةُ الْإِبْنِ لِأَبِيهِ ، وَلَا شَهَادَةُ الزَّوْجِ لِزَوْجَتِهِ ، وَلَا شَهَادَةُ الزَّوْجَةِ لِزَوْجِهَا " ⁵ .

وجه الدلالة : في الأثر دلالة صريحة على عدم قبول شهادة الزوجة لزوجها؛ وذلك لوجود التهمة التي تمنع قبول الشهادة⁶ .

الدليل الخامس : أَنَّ الزوجين بينهما من الصلة والتعاطف والإرث ما يحقق وجود التهمة بينهما، فلا تقبل شهادة أحدهما للآخر⁷ .

الدليل السادس : أَنَّ يسار الزوج فيه زيادة حقها من النفقة ، ومن ثم تحصل بشهادتها له المال ، فتنحصر التهمة⁸ .

أدلة القول الثاني :

الدليل الأول : قول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَن تَعْدِلُوا وَإِن تَلَوُوا أَوْ تَعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴾ ⁹

وجه الدلالة : دلت الآية على قبول شهادة الزوجة لزوجها؛ حيث إِنَّ الآية عامة في تحري العدل في الشهادة ولو كانت على القريب¹⁰ .

¹ - أخرجه الترمذي ، كتاب : الشهادات ، باب : ما جاء فيمن لا تجوز شهادته ، حديث رقم : (2298) ، 120/4 ، والبيهقي في السنن الكبرى ، باب : من قال لا تقبل شهادته ، حديث رقم : (20570) ، 261/10 ، وقال الترمذي : « هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي ، ويضعف في الحديث ، ولا يعرف هذا الحديث من حديث الزهري إلا من حديثه . » وقال البيهقي : « فيه ابن زياد الشامي ، هذا ضعيف » .

² - ينظر : البناية : 141/9 .

³ - أخرجه أبو داود في المراسيل ، كتاب : الشهادات ، باب : ما جاء في الشهادات ، حديث رقم : (396) ، ص : 286 .

⁴ - ينظر : البحر الرائق : 78/7 ، والمحيط البرهاني : 319/8 ، والعناية شرح الهداية : 403/7 .

⁵ - أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، في شهادة الوالد لولده ، حديث رقم : (22862) ، 531/4 .

⁶ - ينظر : البناية : 141/9 .

⁷ - ينظر : المغني : 174/10 ، وشرح الزركشي : 350/7 .

⁸ - ينظر : العدة شرح العمدة : ص : 690 .

⁹ - سورة النساء الآية : 135 .

¹⁰ - ينظر : نهاية المطلب : 15/19 ، والمغني لابن قدامة : 174/10 ، وشرح الزركشي : 350/7 .

المناقشة : أنَّ الآية وإن كانت عامة إلا أنه تخرج منها شهادة الزوجة لزوجها؛ لتحقيق التهمة بينهما.

الدليل الثاني : قوله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾¹

وجه الدلالة : دلَّت الآية على قبول شهادة النساء في الأموال مطلقا ، وإطلاقها يشمل قبول شهادة المرأة لزوجها ، وإلا لاستثنت الآية ذلك² .

المناقشة : أنَّ التهمة متحققة بين الزوجين؛ نظرا لتبادل المنافع ، ومن ثم تخرج شهادة الزوجة لزوجها من هذا الإطلاق³ .

الدليل الثالث : قال الله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ﴾⁴

وجه الدلالة : أنَّ الله تعالى أمر باستشهاد ذوي العدل ؛ حيث إنَّ الأصل في الشهادة أن تكون قائمة على الصدق والعدل ، ولا مانع من قبول شهادة المرأة لزوجها مع وجود هذه الضوابط⁵ .

المناقشة : لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها؛ حيث توجد التهمة بينهما؛ لتحقيق المنفعة وعودها عليهما⁶ .

الدليل الرابع : الزوجان أجنيبان عن بعضهما، وعقد الزواج إنما هو عقد منفعة، فلم يمنع قبول الشهادة كعقد الإجارة⁷ .

الدليل الخامس : الأصل قبول شهادة الزوجين لبعضهما، وليس هناك دليل صحيح يمنع هذا الأصل⁸ .

المناقشة : الزوجان بينهما من الإرث والتبسط في المال ما يحقق وجود التهمة بينهما، فلا تقبل شهادة أحدهما للآخر⁹ .

¹ - سورة البقرة الآية : 282 .

² - ينظر : نهاية المطلب : 15/19 ، والمغني لابن قدامة : 174/10 ، و شرح الزركشي : 350/7 .

³ - ينظر : البحر الرائق : 7 / 78 .

⁴ - سورة الطلاق الآية : 2 .

⁵ - ينظر : نهاية المطلب : 15/19 ، والمغني لابن قدامة : 174/10 ، و شرح الزركشي : 350/7 .

⁶ - ينظر : البناء : 141/9 .

⁷ - ينظر : بحر المذهب : 289/14 ، والمغني لابن قدامة : 174/10 ، و شرح الزركشي : 350/7 .

⁸ - ينظر : نهاية المطلب : 15/19 ، والمغني لابن قدامة : 174/10 ، و شرح الزركشي : 350/7 .

⁹ - المغني لابن قدامة : 174/10 ، و شرح الزركشي : 350/7 ، والعدة شرح العمدة : ص : 690 .

الترجيح : بعد عرض الخلاف في المسألة يظهر - والله أعلم - أنَّ الراجح هو القول الأول ، وهو عدم جواز شهادة المرأة لزوجها؛ لوجاهة أدلته، وسلامتها من المناقشة، وورود المناقشة على أدلة القول الثاني .

المطلب الثاني : شهادة المرأة لأصولها وفروعها :

اتفق الفقهاء على قبول شهادة المرأة على أصولها وفروعها¹ ، ولكنهم اختلفوا في قبول شهادتها لهم لهم على قولين :

القول الأول : لا تجوز شهادة المرأة لأصولها وفروعها .

وهذا قول الحنفية² ، والمالكية³ ، وقول عند الشافعية⁴ ، وهو قول الحنابلة⁵ .

القول الثاني : تجوز شهادة المرأة لأصولها وفروعها . وهذا قول بعض الشافعية⁶ ، ورواية عند الحنابلة

الحنابلة في شهادة الابن لأبيه لا العكس⁷ .

الأدلة :

أدلة القول الأول :

الدليل الأول : قول الله تعالى : ﴿ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا ﴾⁸

وجه الدلالة : أنَّ التهمة متحققة في شهادة المرأة لأصولها وفروعها، فتمنع للريبة في ذلك⁹ .

الدليل الثاني : قول الله تعالى : ﴿ وَجَعَلُوا لَهُ مِنْ عِبَادِهِ جُزْءًا ﴾¹⁰ .

وجه الدلالة : أنَّ المراد ب(جزء) أي ولدًا، فصارت الشهادة له كالشهادة لنفسه¹¹ .

الدليل الثالث : ما ورد عن المسور بن مخرمة - رضي الله عنه - أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - قَالَ :

"فَاطِمَةُ بَضْعَةٌ مِنِّي، فَمَنْ أَغْضَبَهَا أَغْضَبَنِي"¹² .

¹ - ينظر : الهداية : 122/3 ، والتفريع : 237/2 ، والحاوي : 404/11 ، والمغني لابن قدامة : 172/10 .

² - ينظر : الهداية : 122/3 ، والاختيار : 147/2 ، والعناية : 406/7 .

³ - ينظر : التفريع : 237/2 ، والذب عن مذهب الإمام مالك : 403/1 .

⁴ - ينظر : التنبيه : ص : 269 ، ووحاشي الشرواني والعبادي : 230/10 ، العزيز شرح الوجيز : 507/12 .

⁵ - ينظر : المغني لابن قدامة : 172/10 ، الإنصاف : 413 /29 .

⁶ - ينظر : الحاوي : 404/11 ، وبحر المذهب : 286/14 .

⁷ - ينظر : المغني لابن قدامة : 172/10 ، والإنصاف : 413 /29 .

⁸ - سورة البقرة الآية : 282 .

⁹ - ينظر : الحاوي : 164/17 .

¹⁰ - سورة الزحرف الآية : 15 .

¹¹ - ينظر : الحاوي : 164/17 .

¹² - أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب : المناقب - باب : مناقب قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنقبه فاطمة عليها السلام بنت النبي ، حديث رقم : (3714) ،

21/5 ، ومسلم في صحيحه : كتاب : فضائل الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، باب : فضائل فاطمة بنت النبي عليه الصلاة والسلام ، 1903/4 ، حديث رقم : (2449) .

وجه الدلالة : في الحديث دلالة على عدم قبول شهادة المرأة لأصولها وفروعها؛ حيث دل الحديث على أن الولد بعض أبيه، ومن ثم تكون الشهادة للنفس¹.

الدليل الرابع : ما ورد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : " أَنَّ رَجُلًا أَتَى النَّبِيَّ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّ لِي مَالًا وَوَلَدًا ، وَإِنَّ وَالِدِي يَحْتَاجُ مَالِي؟ قَالَ : أَنْتَ وَمَالُكَ لِوَالِدِكَ ، إِنَّ أَوْلَادَكُمْ مِنْ أَطْيَبِ كَسْبِكُمْ ، فَكُلُوا مِنْ كَسْبِ أَوْلَادِكُمْ " ².

وجه الدلالة : في الحديث دلالة على أن مال الابن في حكم مال الأب، له أن يملكه إذا شاء، فشهادته له شهادة لنفسه، ومن ثم فلا تقبل شهادة المرأة لأصولها وفروعها³.

الدليل الخامس : عن طلحة بن عبيد الله عن النبي -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- قَالَ : " لَا شَهَادَةَ لِحِصْمٍ وَلَا ظَنِّينٍ " ، قَالَ أَبُو دَاوُدَ : " الظَّنِّينُ : الْمُتَّهَمُ " ⁴.

وجه الدلالة : دل الحديث على عدم قبول شهادة المرأة لأصولها وفروعها لتحقق التهمة⁵.

الدليل السادس : أن ابن الولد ووالده ، والعكس صلة وتعاطفاً وقرابةً مما يحقق وجود التهمة بينهما ، فلا تقبل شهادة أحدهما للآخر⁶.

الدليل السابع : أن يسار الولد يعود على الوالد والعكس ، ومن ثم تتحقق التهمة بينهما فترد الشهادة⁷.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول : قول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا ﴾ ⁸

وجه الدلالة : دلت الآية على قبول شهادة المرأة لأصولها وفروعها ؛ حيث إن الآية عامة في تحري العدل في الشهادة ولو كانت على القريب⁹.

المناقشة : وذلك من وجهين¹ :

¹ - ينظر : الحاوي : 164/17 .

² - أخرجه أبو داود فب سننه ، كتاب : البيوع ، - باب : في الرجل يأكل من مال ولده ، رقم : (3530) ، 289/3 ، وابن ماجه في سننه ، كتاب : البيوع ، البيوع ، باب : ما للرجل من مال ولده ، رقم : (2292) ، 769/2 ، قال الزبيلي في نصب الراية قال البزار : لا نعلمه يروى عن عمر إلا من هذا الوجه ، 338/3 ، وقال الألباني في مشكاة المصابيح حديث صحيح . 1002/2 .

³ - ينظر : الحاوي : 164/17 ، والمغني لابن قدامة : 172/10 .

⁴ - سبق ترجمته ، ص :

⁵ - ينظر : الحاوي : 164/17 .

⁶ - ينظر : المغني لابن قدامة : 174/10 ، وشرح الزركشي : 350/7 .

⁷ - ينظر : العدة شرح العمدة : ص : 690 .

⁸ - سورة النساء الآية : 135 .

⁹ - ينظر : الحاوي : 404/11 ، وبحر المذهب : 286/14 ، والمغني لابن قدامة : 172/10 ، والإنصاف : 413 /29 .

الوجه الأول : إِنَّ الآية دالة على الشهادة على ذوي القربى لا لهم .

الوجه الثاني : أُنَّما خرجت مخرج الزجر للمؤمن عن أن يخبر على نفسه ، أو ولده بغير الحق .

الدليل الثاني : قول الله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعِظُ

بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ۗ²

وجه الدلالة : أَنَّ الله تعالى أمر بإشهاد ذوي العدل ؛ حيث إنَّ الأصل في الشهادة أن تكون قائمة

على الصدق والعدل ، فإذا وجدت هذه الضوابط فلا مانع من قبول شهادة المرأة لأصولها وفروعها³ .

المناقشة : لا تُقبل شهادة المرأة لأصولها وفروعها ؛ حيث إنَّ التهمة بينها وبينهم متوافرة لثبوت أنَّ

الولد من كسب أبيه⁴ .

الدليل الثالث : الأصل في الشهادة أن تكون قائمة على الصدق والعدل ، وما دامت كذلك فلا

مانع من قبول شهادة المرأة لأصولها وفروعها إذا توافر فيها ذلك⁵ .

المناقشة : التهمة موجودة هنا لوجود القرابة التي هي مظنة التهمة ، ومن ثم فلا تقبل الشهادة⁶ .

الترجيح : بعد عرض خلاف الفقهاء في المسألة ، وبيان الأدلة ، ومناقشة ما أمكن مناقشته منها

فإني أرى- والله أعلم- أنَّ الراجح هو القول الأول (وهو عدم جواز شهادة المرأة لأصولها وفروعها)؛

لقوة أدلته ، ووجهاتها ، وسلامتها من المناقشة ، وورود المناقشة على أدلة القول الثاني ، ولقوة التهمة

بين المرأة وأصولها وفروعها التي هي المعنى الذي لأجله منع الشرع شهادة القريب لقريبه

المطلب الثالث : شهادة المرأة لذي رحمها⁷

اتفق الفقهاء على جواز شهادة المرأة لذي رحمها؛ حيث إن التهمة المؤثرة غير متوافرة بينهما⁸ .

واستدل الفقهاء على ذلك بعموم النصوص من القرآن، والسنة، وبدلالة العقل أيضاً:

الدليل الأول :قوله تعالى : ﴿ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ

وَأَمْرَاتَانِ ۗ⁹

¹ - ينظر : الحاوي : 164/17 ، والمغني لابن قدامة : 172/10 .

² - سورة الطلاق الآية : 2 .

³ - ينظر : الحاوي : 163/17 ، وبحر المذهب : 286/14 ، والمغني لابن قدامة : 172/10 ، والإنصاف : 29 / 413 .

⁴ - ينظر : الحاوي : 164/17 ، والمغني لابن قدامة : 172/10 .

⁵ - ينظر : الحاوي : 163/17 ، وبحر المذهب : 286/14 ، والمغني لابن قدامة : 172/10 ، والإنصاف : 29 / 413 .

⁶ - ينظر : الحاوي : 164/17 ، والمغني لابن قدامة : 172/10 .

⁷ - يقصد بنوي الأرحام هنا الأقارب غير الأصول والفروع كالأخ، والأخت، والعم،

والخال، والخال ونحوهم . ينظر : مجمع الأنهر : 765/2 ، المغني لابن قدامة : 175/10 .

⁸ - ينظر : التنف في الفتاوى : 800/2 ، والتهديب في اختصار المدونة : 583/3 ، والمهذب : 437/3 ، والبيان : 274/13 ، والمغني لابن قدامة :

175/10 .

⁹ - سورة البقرة الآية : 282 .

وجه الدلالة : في الآية دلالة عامة على أنه تجوز شهادة النساء مطلقاً في المعاملات المالية، ويدخل في هذا العموم شهادة المرأة لذي رحمها¹.

الدليل الثاني : حديث أبي سعيد الخدري، المتقدم وفيه قول النبي -صلى الله عليه وسلم- للنساء في تفسيره لنقصان عقل المرأة: "ألَيْسَ شَهَادَةُ الْمَرْأَةِ مِثْلَ نِصْفِ شَهَادَةِ الرَّجُلِ؟"²

وجه الدلالة : في الحديث دلالة عامة على جواز شهادة المرأة، وأنها على النصف من شهادة الرجل، والشهادة لذي الرحم داخلة في عموم ذلك³.

الدليل الثالث : أن الحاجة داعية إلى قبول شهادة المرأة لذي رحمها؛ حيث إن المعاملات المالية كثيرة، وقد يتعذر شهادة رجلن فيها⁴

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، وبعد؛ فقد انتهيت بفضل الله وعونه من دراسة موضوع (شهادة المرأة في المعاملات المالية "دراسة فقهية مقارنة") وقد خلصت في نهاية البحث إلى ما يأتي

أولاً: النتائج:

- 1- الشهادة تأتي في المرتبة الثانية بين وسائل الإثبات الشرعية بعد الإقرار فهي حجة شرعية يجب العمل بها متى توافرت ضوابطها الشرعية والشروط المنصوص عليها.
- 2- اتفق الفقهاء الأربعة على أنه لا تجوز شهادة المرأة منفردة في الأموال ، وانفقوا على جواز شهادة المرأتين في الأموال ، لكن يشترط أن تكون المرأتان مع رجل .
- 3- يجوز شهادة امرأتين مع يمين المدعي في الأموال.

ثانياً: التوصيات:

- 1- ينبغي على العلماء وطلاب العلم والباحثين إعداد المزيد من الدراسات والبحوث حول هذا الموضوع من جميع جوانبه ، وبيان جميع الأحكام المتعلقة به.
- 2- ينبغي على العلماء وطلاب العلم والدعاة العناية بالمسائل المستجدة في هذا الموضوع والاهتمام بالنوازل المتعلقة به، وبيان أحكامها .
- 3- ينبغي على المجامع الفقهية القيام بالبحث والتنقيب وعمل الدراسات الوافية حول هذا الموضوع ومسائله لبيان ما يحتاجه المسلم للوقوف على أحكام دينه في ذلك .

¹ - ينظر : بدائع الصنائع : 277/6 ، والمحيط البرهاني : 75/8 ، وبداية المجتهد : 248/4 ، والمعونة : ص : 1546 ، ومختصر المزني : 411/8 ، والمهذب : 452/3 ، والكافي في فقه الإمام أحمد : 282/4 ، والمغني : 175/10 .

² - سبق تحريجه : ص :

³ - ينظر : بدائع الصنائع : 277/6 ، والمحيط البرهاني : 75/8 ، وبداية المجتهد : 248/4 ، والمعونة : ص : 1546 ، ومختصر المزني : 411/8 ، المهذب : 452/3 ، الكافي في فقه الإمام أحمد : 282/4

⁴ - ينظر : المبسوط : 115/16 ، وبداية المجتهد : 248/4 ، ونهاية المحتاج : 311/8 .

وختاماً أسأل الله تعالى أن يوفقنا للعلم النافع والعمل الصالح ، ويهدينا صراطه المستقيم .وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم—.

قائمة المراجع والمصادر

- 1- الإجماع .لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، المتوفى :سنة 319 هـ .(تحقيق :فؤاد عبد المنعم أحمد. الطبعة الأولى، دار المسلم للنشر والتوزيع، 1425 هـ.
- 2- الاختيار لتعليل المختار .لعبدالله بن محمود الموصلبي الحنفي .عليها تعليقات الشيخ محمود أبو دقيقة .مطبعة الحلبي، القاهرة، 1356 هـ.
- 3- أسنى المطالب في شرح روض الطالب .لزكريا بن محمد ابن زكريا الأنصاري زين الدين أبي يحيى السنيكي،(المتوفى سنة 926 هـ .)دار الكتاب الإسلامي.
- 4- أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك .لأبي بكر بن حسن بن عبدالله الكشناوي،(المتوفى سنة 1397 هـ)، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- 5- الأصيل .لأبي عبدالله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني المتوفى سنة 189 هـ(تحقيق :د .محمد بونوكال .الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1433 هـ.
- 6- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل .لموسى بن أحمد الحجواوي المقدسي شرف الدين أبي النجا . تحقيق : عبد اللطيف محمد موسى السبكي .دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- 7- الأم .للشافعي أبي عبدالله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبدالمطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي،(المتوفى سنة 204 هـ .)دار المعرفة، بيروت، 1410 هـ.
- 8- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف .لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المزدراوي،(المتوفى سنة 885 هـ .)تحقيق :د .عبدالله التركي، وعبد الفتاح الحلو .ط/1، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، مصر، 1415 هـ.
- 9- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين بن إبراهيم ابن محمد المعروف بابن نجيم المصري وفي آخره :تكملة البحر الرائق .لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري .وبالحاشية :منحة الخالق .لابن عابدين .دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.
- 10- بحر المذهب .للروباني أبي المحاسن عبدالواحد بن إسماعيل،(المتوفى سنة 502 هـ .)تحقيق :طارق فتحى السيد .دار الكتب العلمية، ط/1، 2009 م.
- 11- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع .لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي،(المتوفى سنة 587 هـ .) دار الكتب العلمية، ط/2، 1406 هـ.
- 12- بداية المتدي، مطبوعة مع شرحها الهداية .للشيخ برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني،(المتوفى سنة 593 هـ .) تحقيق :طال يوسف .دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

- 13- بداية المجتهد ونهاية المقتصد. لأبي الوليد مُجَدِّد بن أحمد ابن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد دار الحديث، القاهرة، 1425 هـ.
- 14- البناية شرح الهداية. لأبي مُجَدِّد محمود بن أحمد الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، (المتوفى سنة 855 هـ). ط/1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420 هـ.
- 15- البيان في مذهب الإمام الشافعي. لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، (المتوفى سنة 558 هـ). تحقيق: قاسم مُجَدِّد النوري، ط/1، دار المنهاج، جدة، 1421 هـ.
- 16- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة. لأبي الوليد مُجَدِّد بن أحمد بن رشد القرطبي، (المتوفى سنة 520 هـ). تحقيق: د. مُجَدِّد حجي، وآخرين. ط/2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1408 هـ.
- 17- التاج والإكليل لمختصر خليل. لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي أبي عبد الله المواق المالكي. دار الكتب العلمية، ط/1، 1416 هـ.
- 18- التبصرة. لعلي بن مُجَدِّد الربيعي أبي الحسن المعروف باللخمي، (المتوفى سنة 478 هـ). تحقيق: د. أحمد عبدالكريم نجيب، ط/1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1432 هـ.
- 19- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي. لعثمان ابن علي بن محجن البارعي فخر الدين الزيلعي الحنفي. الحاشية، لشهاب الدين أحمد بن مُجَدِّد الشلبي. المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ط/1، 1313 هـ.
- 20- تحفة الفقهاء. لمحمد بن أحمد بن أبي أحمد أبي بكر علاء الدين السمرقندي، (المتوفى سنة 540 هـ). ط/2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1414 هـ.
- 21- تحفة المحتاج في شرح المنهاج. لأحمد بن مُجَدِّد بن حجر الهيتمي. روجعت وصححت على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، ط/1، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى مُجَدِّد، 1357 هـ.
- 22- التحقيق. لابن الجوزي. دار الأرقم، بيروت، لبنان.
- 23- التفرع في فقه الإمام مالك بن أنس. لعبيد الله بن الحسين بن الجلاب المالكي، (المتوفى سنة 378 هـ). تحقيق: سيد كسروي حسن، ط/1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1428 هـ.
- 24- التلقين في الفقه المالكي لأبي مُجَدِّد عبد الوهاب بن علي البغدادي المالكي، (المتوفى سنة 422 هـ) تحقيق: أبي أويس مُجَدِّد بو خبزة الحسني التطواني، ط/1، دار الكتب العلمية، 1425 هـ.
- 25- التنبيه في الفقه الشافعي. لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، (المتوفى سنة 269 هـ). عالم الكتب.
- 26- التنبيه على مشكلات الهداية صدر الدين علي بن علي بن أبي العز الحنفي، (المتوفى سنة 792 هـ). تحقيق: عبد الحكيم ابن مُجَدِّد شاكر، وأنور صالح أبو زيد. أصل الكتاب رسالة

- ماجستير في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ، ط/1 ، مكتبة الرشد، الرياض، 1424 هـ.
- 27-تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق .للحافظ أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عبد الهادي .تحقيق : سامي جاد الله، وعبد العزيز الخباني .دار أضواء السلف، الرياض، ط/1، 1428 هـ.
- 28-التهذيب في فقه الشافعية .للبعوي .دار التراث العربي، بيروت، لبنان.
- 29-التهذيب في اختصار المدونة .لخلف بن أبي القاسم محمد الأزدي القيرواني أبي سعيد ابن البراذعي المالكي،(المتوفى سنة 372 هـ .)تحقيق: د. محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ .ط/1 ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، 1423
- 30-الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير .لأبي عبد الله محمد ابن الحسن الشيباني،(المتوفى سنة 189 هـ .)ومحمد عبدالحمي بن محمد عبدالحليم الأنصاري اللكنوي الهندي
- أبي الحسنات،(المتوفى سنة 1304 هـ .)الطبعة الأولى، عالم الكتب، بيروت، 1406
- 31-الجامع لمسائل المدونة .دار الفكر، بيروت، لبنان.
- 32-جواهر العقود .دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان. العدد (113) محرم، صفر، ربيع الأول، ربيع الآخر 1439 هـ
- 33-الجوهرة النيرة لأبي بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي،(المتوفى سنة 800هـ.) ، ط/1 ، المطبعة الخيرية، 1322 هـ.
- 34-حاشية البجيرمي على الخطيب .لسليمان بن محمد بن عمر البجيري المصري الشافعي .دار الفكر، 1415 هـ.
- 35-حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب .لسليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى المعروف بالجمل،(المتوفى سنة 1204 هـ .)دار الفكر.
- 36-حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني .لأبي الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعدي العدوي .تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي دار الفكر، بيروت.
- 37-حاشيتا قليوبي وعميرة .لأحمد سامة القليوبي، وأحمد البرلسي عميرة .دار الفكر، بيروت 1415 هـ.
- 38-الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي(المتوفى 450 هـ :)تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبدالموجود، ط/1 دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان 1419 هـ 1999 م.
- 39-حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج عبدالمجيد الشرواني، وأحمد ابن قاسم العبادي .طبعة دار صادر.

- 40- الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، محمد بن علي بن محمد الحِصْنِي المعروف بعاء الدين الحِصْنِي الحنفي (المتوفى 1088 هـ) تحقيق: عبدالمعتم خليل إبراهيم، ط/ 1 دار الكتب العلمية، 1423 هـ 2002 م.
- 41- درر الحكام شرح غرر الأحكام، محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو، الناشر: دار إحياء الكتب العربية.
- 42- الذب عن مذهب الإمام مالك، لأبي محمد عبدالله بن (أبي زيد) عبدالرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (المتوفى: 386 هـ تحقيق: د. محمد العلمي، مراجعة: د. عبداللطيف الجيلاني، د. مصطفى عكلي، ط 1 المملكة المغربية - الرابطة المحمدية للعلماء - مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث - سلسلة نوادر التراث) 13 (، 1432 هـ 2011 م.
- 43- الذخيرة، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن المالكي الشهير بالقراي، تحقيق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة، الناشر: دار الغرب الإسلامي بيروت، 1/، 1994 م.
- 44- رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز عابدين الدمشقي الحنفي، الناشر: دار الفكر - بيروت، ط/2، 1412 هـ 1992 م.
- 45- روضة الطالبين وعمدة المفتين، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى 676 هـ) تحقيق: زهير الشاويش، ط/ 2 المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، 1412 هـ 1991 م.
- 46- زاد المستقنع في اختصار المقنع، لموسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجواوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجاة (المتوفى 968 هـ) تحقيق: عبدالرحمن ابن علي بن محمد العسكري، دار الوطن للنشر - الرياض.
- 47- سنن أبي داود، للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، (المتوفى سنة 275 هـ)، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، 1408 هـ.
- 48- سنن الترمذي، المؤلف: محمد بن عيسى الضحاك، الترمذي، أبو عيسى، المحقق: بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، سنة النشر 1998 م.
- 49- سنن الدارقطني لعلي بن عمر الدارقطني. مطبعة فالكن، لاهور.
- 50- سنن سعيد بن منصور، لأبي عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني (المتوفى 22 هـ 7) تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، ط/ 1 الدار السلفية - الهند، 1403 هـ 1982 م..
- 51- السنن الكبرى، للإمام أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، المتوفى سنة 458 هـ. تحقيق: محمد عبد القادر عطا. الطبعة الأولى، سنة 1414 هـ. طبعة/ دار الكتب العلمية، بيروت.
- 52- سنن ابن ماجه. للحافظ أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني. تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي دار إحياء الكتب العربية.

- 53- صحيح البخاري للإمام مُجَد بن إسماعيل البخاري، المتوفى سنة 256 هـ .تحقيق: مُجَد علي القطب .طبعة المكتبة العصرية، بيروت، سنة 1411 هـ .
- 54- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان .تأليف الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، (المتوفى سنة 739 هـ .)حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه :شعيب الأرنؤوط ، ط/2 ، سنة 1414هـ، طبعة مؤسسة الرسالة، بيروت .
- 55- صحيح مسلم للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، (المتوفى سنة 361 هـ)، تحقيق: مُجَد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية .
- 56- شرح الزركشي، لشمس الدين مُجَد بن عبدالله الزركشي المصري الحنبلي (المتوفى 772 هـ)، ط / 1 دار العبيكان، 1413 هـ 1993 م .
- 57-الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي، مُجَد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، الناشر : دار الفكر .
- 58-الشرح الممتع على زاد المستقنع، لمحمد بن صالح بن مُجَد العثيمين (المتوفى 1421 هـ)، ط / 1 دار ابن الجوزي، 1428 / 1422 هـ .
- 59- شرح مختصر الطحاوي، لأحمد بن علي، أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، المحقق :د.عصمت الله عنايت الله مُجَد - أ .د .سائد بكداش - د .مُجَد عبيد الله خان - د .زينب مُجَد حسن فلانة، ط / 1 دار البشائر الإسامية - ودار السراج، 1431 هـ 2010 م .
- 60- شرح مختصر خليل للخرشي، لمحمد بن عبدالله الخرخشي المالكي أبو عبدالله (المتوفى 1101 هـ) ط دار الفكر للطباعة - بيروت .
- 61-الطرق الحكمية، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، ط/ مكتبة دار البيان .
- 62-العدة شرح العمدة، لعبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو مُجَد بهاء الدين المقدسي، الناشر :دار الحديث، القاهرة الطبعة :بدون طبعة، تاريخ النشر 1424 هـ :2003 م .
- 63-العزير شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير لعبدالكريم ابن مُجَد بن عبد الكريم، أبي القاسم الرافعي القزويني المتوفى 623 هـ)، تحقيق :علي مُجَد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، ط / 1 دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1417 هـ 1997 م .
- 64-العمدة في فقه إمام أهل السنة أحمد بن حنبل الشيباني. لأبي مُجَد موفق الدين عبدالله ابن أحمد بن مُجَد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهرير بابن قدامة المقدسي (المتوفى سنة 620 هـ)، مطبوع مع شرحه العدة، دار الحديث، القاهرة، 1424 هـ .

- 65- العناية شرح الهداية، لمحمد بن مُحمَّد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابري، ط/ دار الفكر.
- 66- الغرر البهية في شرح البهجة الوردية لذكريا بن مُحمَّد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبي يحيى السنيكي المتوفى 926 هـ)، ط المطبعة الميمنية.
- 67- الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي، لمحمد بن مفلح بن مُحمَّد بن مفرج، أبو عبدالله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالح الحنبلي المتوفى 763 هـ، تحقيق: د. عبدالله بن عبدالمحسن التركي، ط/ 1 مؤسسة الرسالة، 1424 هـ 2003 م.
- 68- الفروق، أنوار البروق في أنواع الفروق، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن المالكي الشهير بالقراقي (المتوفى 684 هـ)، ط عالم الكتب.
- 69- قرة عين الأختيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار) « مطبوع بأخر رد المختار)، لعلاء الدين مُحمَّد بن مُحمَّد أمين بن عمر بن عبدالعزيز المعروف بابن عابدين الحسيني الدمشقي المتوفى 1306 هـ)، ط دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان.
- 70- القوانين الفقهية، لأبي القاسم، مُحمَّد بن أحمد بن مُحمَّد ابن عبدالله بن جزي الكلبي الغرناطي (المتوفى: 741 هـ).
- 71- الكافي في فقه الإمام أحمد، لأبي مُحمَّد موفق الدين عبدالله ابن أحمد بن مُحمَّد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620 هـ)، ط/ 1 دار الكتب العلمية، 1414 هـ 1994 م.
- 72- الكافي في فقه أهل المدينة، لأبي عمر يوسف بن عبدالله ابن مُحمَّد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، المحقق: مُحمَّد مُحمَّد أحمد ولد مادريك الموريتاني، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثانية، 1400 هـ 1980 م/.
- 73- كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: 1051 هـ ، دار الكتب العلمية.
- 74- كفاية النبيه في شرح التنبيه لأحمد بن مُحمَّد بن علي الأنصاري، أبي العباس، نجم الدين، المعروف بابن الرفعة المتوفى 710 هـ) تحقيق: مجدي مُحمَّد سرور باسلوم ، ط/ 1 دار الكتب العلمية 2009 م.
- 75- المبدع في شرح المقنع، لإبراهيم بن مُحمَّد بن عبدالله بن مُحمَّد بن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، ط/ 1 دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 418 هـ 1997 م.
- 76- المبسوط لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى 483 هـ)، ط دار المعرفة - بيروت ، 1414 هـ 1993 م. .

- 77- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الرحمن بن مُحمَّد بن سليمان الكلبيولي المدعو بشيخي زاده، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1419 هـ 1998 م.
- 78- المجموع شرح المذهب» مع تكملة السبكي والمطيعي « لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى 676 هـ)، ط دار الفكر.
- 79- المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل. للإمام مجد الدين أبي البركات عبد السام بن عبد الله بن تيمية الحراني، (المتوفى سنة 652 هـ .) ط/2، سنة 1404 هـ، طبعة مكتبة المعارف، الرياض
- 80- المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة لأبي المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبدالعزيز ابن عمر بن مازة البخاري الحنفي (المتوفى 616 هـ) تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي ، ط/1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان 1424 هـ 2004 م.
- 81- مختار الصحاح لزين الدين أبي عبد الله مُحمَّد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى : 666 هـ) تحقيق: يوسف الشيخ مُحمَّد، ط 5 المكتبة العصرية- الدار النموذجية، بيروت - صيدا 1420 هـ 1999 م.
- 82- مختصر المنزني (مطبوع ملحقاً بالأُم للشافعي)، لإسماعيل ابن يحيى بن إسماعيل، أبو إبراهيم المنزني (المتوفى 264 هـ) ط دار المعرفة - بيروت، 1410 هـ 1990 م .
- 83- المدونة لمالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني المتوفى 179 هـ)، ط/1 دار الكتب العلمية، 1415 هـ 1994 م.
- 84- مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، لإسحاق ابن منصور بن بجرام، أبو يعقوب المرزوي، المعروف بالكوسج المتوفى 251 هـ) ط/1 عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، 1425 هـ 2002 م.
- 85- مشكاة المصابيح. مطبوع مع شرحه مرقاة المفاتيح. تحقيق: صدقي مُحمَّد جميل العطار. المكتبة التجارية، مكة.
- 86- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير لأحمد بن مُحمَّد ابن علي الفيومي ثم الحموي، أبي العباس (المتوفى: نحو 770 هـ) ط المكتبة العلمية - بيروت.
- 87- المصنف في الأحاديث والآثار، لأبي بكر عبد الله بن مُحمَّد ابن أبي شيبه العبسي (المتوفى سنة 235 هـ) تحقيق: سعيد اللحام، ط/1، 1409 هـ، دار الفكر، بيروت
- 88- المعجم الوسيط. مجمع اللغة العربية. إبراهيم مصطفى، وأحمد الزيات، وحامد عبد القادر، ومُحمَّد النجار. دار الدعوة.

- 89- المعونة على مذهب عالم المدينة» الإمام مالك بن أنس» لأبي مُجَدَّ عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى 422 هـ) تحقيق: حميش عبدالحق، ط/ المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة أصل الكتاب: رسالة دكتوراه بجامعة أم القرى بمكة المكرمة.
- 90- المغني لابن قدامة، لأبي مُجَدَّ موفق الدين عبد الله ابن أحمد بن مُجَدَّ بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، الناشر: مكتبة القاهرة،.
- 91- ملتقى الأبحر. مطبوع مع شرحه مجمع الأنهر دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1419 هـ 1998م.
- 92- منار السبيل في شرح الدليل، لابن ضويان، إبراهيم بنم حمد بن سالم (المتوفى 1353 هـ) تحقيق: زهير الشاويش، ط/ 7، المكتب الإسلامي 1409 هـ 1989 م.
- 93- منح الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد بن أحمد بن مُجَدَّ عليش، أبو عبد الله المالكي، الناشر: دار الفكر - بيروت، تاريخ النشر 1409 هـ 1989 م.
- 94- المهذب في فقه الإمام الشافعي لأبي إسحاق إبراهيم بن علي ابن يوسف الشيرازي (المتوفى 476 هـ)، ط دار الكتب العلمية.
- 95- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل لشمس الدين أبي عبد الله مُجَدَّ بن مُجَدَّ بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرعيبي المالكي (المتوفى: 954 هـ) ط/ 3، دار الفكر 1412 هـ 1992م
- 96- النتف في الفتاوى، لأبي الحسن علي بن الحسين بن مُجَدَّ السُّغُدي، حنفي (المتوفى 461 هـ) تحقيق: المحامي الدكتور صاح الدين الناهي، ط/ 2 دار الفرقان / مؤسسة الرسالة- عمان الأردن / بيروت لبنان، 1404 هـ 1984 م.
- 97- النجم الوهاج في شرح المنهاج لكمال الدين، مُجَدَّ بن موسى بن عيسى بن علي الدميري أبي البقاء الشافعي، المتوفى 808 هـ) تحقيق: لجنة علمية ط/ 1، دار المنهاج (جدة 1425 هـ) 2004 م.
- 98- نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية. للحافظ جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي، (المتوفى سنة 762 هـ). طبعة دار الحديث، القاهرة.
- 99- النكت والفوائد السننية على مشكل المحرر، لإبراهيم بن مُجَدَّ بن عبد الله بن مُجَدَّ بن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، ط/ 2 مكتبة المعارف - الرياض، 1404 هـ.
- 100- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين مُجَدَّ بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى 1004 هـ، ط/ 1، دار الفكر، بيروت 1404 هـ 1984 م/ -

- 101- نهاية المطب في دراية المذهب لعبد الملك بن عبدالله ابن يوسف بن محمد الجويني، أبي المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى 478 هـ) تحقيق وصنع فهارسه: أ. د. عبدالعظيم محمود الديب / ط 1 ، دار المنهاج 1428 هـ 2007 م.
- 102- الهداية . لمحفوظ بن أحمد بن الحسن أبي الخطاب الكلوزاني . تحقيق :عبداللطيف هميم، وماهر ياسين الفحل . نشر :مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، ط/1 ، سنة 1425 هـ 2004 م.
- 103- الهداية في شرح بداية المبتدي .للشيخ برهان الدين علي ابن أبي بكر المرغيناني، المتوفى سنة 593 هـ ، تحقيق: طال يوسف . دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان .

التعويض العقابي ومدى ملاءمة العمل به في القانون الليبي
د. عبدالسلام بلعيد خليفة
محاضر بكلية القانون/جامعة بني وليد

الملخص:

فكرة البحث تتكلم عن المسؤولية بوجه عام، ويراعي فيه الجذور التاريخية في اختلاط العقوبة بالتعويض ومن ثم انشطار المسؤولية... والان العودة لفكرة التعويض العقابي والموجود اثرها في الحضارات القديمة.. وتجذر الخلاف حولها في الفقه اللاتيني على خلاف القانون الاجليزي الذي يأخذ بها ويطبقها.. والجدل القائم حول وجودها او عدم وجودها كفكرة في القانون الفرنسي، يمتد اثره ليطل القوانين التي تاهت بالفقه اللاتيني ومنها القانون الليبي... ومن هنا جاءت هذه الدراسة لتحديد مفهوم التعويض العقابي والجذور التاريخية للفكرة، ومدى ملائمة الاخذ بها في القانون الليبي، او البحث في ثناياه عن تطبيقات لهذه الفكرة .

الكلمات المفتاحية: التعويض - العقاب - المسؤولية المدنية - القانون المدني - الضرر

Abstract:

The idea of the research talks about responsibility in general, and takes into account the historical roots in the mixing of punishment with compensation and then the division of responsibility... Now back to the idea of punitive compensation, which has its effect on ancient civilizations. The controversy surrounding its existence or non-existence as an idea in French law extends its impact to the laws affected by Latin jurisprudence, including Libyan law... Hence this study came to define the concept of punitive compensation and the historical roots of the idea, and the appropriateness of its adoption in Libyan law, or research It contains applications for this idea.

Keywords: compensation - punishment - civil liability - civil law - damage

مُتَكَلِّمًا

تعتبر المسؤولية المدنية من أهم الأنظمة القانونية في القانون المدني لأنها ترتبط بغالبية الحقوق التي يتمتع بها، وتكمن أهمية المسؤولية المدنية في الأثر المترتب عليها ، ألا وهو التعويض عن الأضرار، وهذا الأثر هو محور كل تطور طرأ على نظام المسؤولية المدنية منذ ظهور التشريعات القديمة وحتى يومنا هذا فظهرت أخيراً أفكار تدعو إلى انصاف المضرور بضرورة حصوله على التعويض العادل بأيسر السبل القانونية ، فنادت هذه الأفكار بالتخلص من قيام المسؤولية المدنية على أساس الخطأ وقيامها على أسس أخرى ، كنظرية تحمل التبعة والضمان والتضامن الاجتماعي، فشكلت هذه الأفكار الداعية إلى المسؤولية الموضوعية نقطة تحول في فقه المسؤولية المدنية ، وذلك في الأنظمة القانونية التي تتبع فكر مدرسة التشريعات اللاتينية ، فبعد أن استقر في الفقه القانوني أن أساس المسؤولية المدنية قيامها على أساس الخطأ لعصور طويلة حتى كاد أن يكون ذلك من المسلمات القانونية ، فأصبح ذلك غير كافٍ كأساس وحيد للمسؤولية في الفقه الحديث.⁽¹⁾

والقانون المدني الليبي والذي سار على نهج القانون المدني المصري والذي يعتبر النسخة الفرنسية للقانون المدني ويرجع ذلك للفترة الزمنية التي تواجدها فيها الحملة الفرنسية بمصر ، وتعتبر فرنسا هي رائدة الدول التي تزعمت فكر مدرسة التشريعات اللاتينية وبالتالي يكون دور المسؤولية المدنية في القانون المدني الليبي هو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث الضرر، فالتعويض كأثر مترتب على المسؤولية المدنية يقتصر على ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، أما عقاب مرتكب الفعل الضار يكون داخل نطاق المسؤولية الجنائية لا المدنية .

أما الدول التي تتبع النظام الانجلوسكوني وهي بريطانيا والولايات المتحدة وكندا وأستراليا ومن سار على نهجهم، فدور المسؤولية المدنية في قوانين هذه الدول ليس فقط إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث الفعل الضار بل تهدف أيضا إلى منع ارتكاب العمل غير المشروع، لذلك نجد أن للتعويض في هذه الأنظمة بجانب وظيفة الاصلاح وجبر الضرر هناك وظيفة عقابية وتحذيرية لمرتكب الفعل الضار وهذا ما يعرف بمصطلح التعويض العقابي موضوع بحثنا.

والسبب في اختيار الموضوع:

و ذلك لأهميته والتي تتمثل في المقام الأول في عقاب وردع مرتكب الفعل الضار مما يجعله لا يفكر في تكرار هذا الفعل السيء في المستقبل وكذلك ردع الغير عن محاولة ارتكاب مثل هذا السلوك.

(1)د. عبدالرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ج1 منشورات الحلبي الحقوقية اصدار 2002 ص 196.

ودراسة هذا الموضوع يبين لنا مدى قصور المسؤولية في القانون المدني الليبي للتصدي لكثير من الأفعال الضارة والتي ظهرت حديثا نتيجة للتقدم الاقتصادي والتي لها تأثير ضار بالمجتمع كالأضرار الناشئة عن التلوث البيئي ، وحماية المستهلك من غش المنتج وكذلك في حالة جني مرتكب الفعل الضار من أرباح بسبب سلوكه الغير مشروع.

المنهج المتبع في البحث:

اتبعت أولا المنهج التاريخي وذلك لبيان هل الشرائع البدائية والقديمة كانت تعرف التعويض العقابي ومنها امتد الى القانون الانجليزي والدول التي سارت على نهجه، أم أن هذه الفكرة وليدة ابتكار فكر المدرسة الأنجلوسكونية.

ثانيا : اتبعت المنهج التحليلي بغرض تحليل آراء الفقه وأحكام القضاء بالرجوع لمراجع فقهاء المدرسة الانجلوسكونية بغرض بيان أهم الأحكام القانونية المنظمة لموضوع التعويض العقابي .

اشكالية البحث:

يشير موضوع البحث العديد من التساؤلات :

أولا: بيان ماهية التعويض العقابي وابرار مدى فاعليته عن التعويض الاصلاحى؟

ثانيا: ماهي خصائص وشروط الحكم بالتعويض العقابي؟

ثالثا: هل هناك قصور في المسؤولية المدنية في القانون المدني الليبي يمكن معالجتها بفكرة التعويض العقابي؟

رابعا: ما مدى ملائمة فكرة التعويض العقابي للتشريع الليبي؟

خامسا: هل يوجد بالقانون المدني الليبي تطبيقات للتعويض العقابي؟

خطة البحث:

سوف يتم - ان شاء الله- تقسيم البحث إلى :

المبحث الأول: ماهية التعويض العقابي ونشأته وتطوره.

المطلب الأول: تعريف التعويض العقابي لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: نشأة التعويض العقابي وتطوره.

المبحث الثاني : الأحكام القانونية للتعويض العقابي.

المطلب الأول : الخصائص المميزة للتعويض العقابي ووظائفه .

المطلب الثاني : شروط الحكم بالتعويض العقابي ومعايير تقديره.

المبحث الثالث: مدى ادخال فكرة التعويض العقابي في التشريع الليبي .

المطلب الأول: الأسباب المؤيدة والرافضة لإدخال الفكرة .

المطلب الثاني: تطبيقات التعويض العقابي في القانون المدني الليبي.

المبحث الأول

المقصود بالتعويض العقابي ونشأته وتطوره

وسيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول : المقصود بالتعويض العقابي

المطلب الثاني : نشأة التعويض العقابي وتطوره.

المطلب الأول

المقصود بالتعويض العقابي

أولاً: التعويض في اللغة:

1- التعويض والعوض مفرد الأعواض ويقال (عاض) و(أعاض) أي عوضه تعويضاً، و(عاض) أي أعطاه العوض و (اعتاض وتعوض) أي أخذ العوض و (استعاض) أي طلب العوض. (1)

والتعويض هو الخلف أو البديل فيقال أخذت الكتاب عوضاً عن مالي أي بدلا عنه ، واعتاض أي أخذ البديل، واعتاضني فلان إذا جاء طالبا العوض. (2)

2- وعقابي اسم مصدر عاقب ويقال عاقبه عقاباً شديداً أي ما يعاقب به المذنب ، فالعقاب جزاء فعل السوء ، فيقال استحق على فعله السيئ عقاباً، فالعقاب بكسر العين الجزاء الذي ينال الانسان على فعل الشر وعكسه الثواب. (3)

وعقاب اسم والجمع العواقب ومنها قوله تعالى ((ولا يخاف عقباها)) (4)

ثانياً: تعريف التعويض العقابي اصطلاحاً:

ورد في كتب الفقه تعريفات عديدة للتعويض العقابي ، أغلبها تؤكد بأنه التعويض الذي يتقرر كعقاب لمرتكب الفعل الضار لردعه وردع الآخرين عن اقراره مثل هذا السلوك الشائن في المستقبل، بالإضافة إلى التعويض الجابر للضرر، وذلك عندما يكون فعل المدعي عليه ناتجا عن اهمال شديد أو غش أو تهور. (5)

فهو عبارة عن مبلغ من المال يدفعه المدعي عليه في دعوى المسؤولية للمدعي يزيد عن مقدار الضرر الفعلي الواقع عليه.

(1) ابن منظور : لسان العرب مجلد 7 بيروت 1988 ص 192.

(2) محمد ابن ابي بكر الرازي : مختار الصحاح دار الرسالة الكويت 1983 ص 462.

(3) لسان العرب : المرجع السابق ص 316.

(4) سورة الشمس آية 15.

(5) د. احمد السيد الدقاق : التعويض العقابي القانوني الأمريكي ومدى ملائمة تطبيقه في النظام القانوني المصري : بحث نشر في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة الاسكندرية المجلد 4 العدد 2 لسنة 2017 ص 139.

وقد عرفه بعض الفقهاء بأنه " تعويض اضافي يمنحه القاضي المدني إلى المضرور يزيد في مقداره ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب في أحوال استثنائية نظراً لخطورة الخطأ الذي ارتكبه المدعي أو الظروف المحيطة باقتراه أو الشخص المدعي ذاته رغبة في عقاب من اقترفه وردعه وردع غيره. (1)

بينما عرفه آخرون بأنه " التعويض الذي لا يهدف إلى جبر الضرر بل إلى العقاب والردع. (2)

لذلك فهو " عقوبة ذات طبيعة خاصة يعبر عنها بأنه جزاء مدني يعاقب به شخص ينسب إليه ارتكاب خطأ أخلاقي لصالح المدعي حصرياً وهذا الأخير هو الذي يحق له فقط المطالبة بذلك إضافة إلى التعويض الجابر للضرر". (3)

وقد عرفه آخرون بأنه " التعويض الذي يمنح بصورة تتجاوز أو تزيد على الضرر الفعلي للمدعي وذلك عندما لا يكفي التعويض العادي لجبر الضرر أو ردع السلوك غير المشروع". (4)

والملاحظ أن هذه التعاريف ركزت إما على خصائص التعويض العقابي وإما على وظائفه وأهدافه.

لذلك وضع د. عيسى أنور صمور تعريفاً في رسالته يجمع فيه ما بين خصائص ووظائف وأهداف التعويض العقابي فهو يرى " أنه جزاء مدني مستقلاً عن أي وسيلة أخرى لإصلاح وجبر الضرر ومشدد بقدر جسامة الخطأ الذي ارتكبه المسؤول بهدف عقابه وردعه هو أو الغير ، وذلك لأجل منع ارتكاب هذا الخطأ مرة أخرى يفرض على مرتكب الخطأ للمضرور بجانب التعويض الجابر للضرر الذي له الحق في المطالبة به أو ورثته ولا يجوز المطالبة به في حالة وفاة المدعي عليه إلا إذا كان قد حقق من جراء خطئه ربحاً". (5)

المطلب الثاني

نشأة التعويض العقابي وتطوره

تمهيد :

من المسلم به أن المسؤولية المدنية قد مرت بمراحل عديدة نتيجة لتطور المجتمع وذلك بتغير الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية وقد كانت المسؤولية المدنية على مر العصور لها دور عقابي بجانب دورها الاصلاحى في جبر الضرر إلى أن تم الفصل ما بين المسؤولية المدنية والجنائية بوضع القانون المدني الفرنسي عام 1804، مما حدا بجانب كبير من الفقه إلى نبذ فكرة الخطأ واقامة المسؤولية على أساس

(1) د. عيسى أنور صمور عبدالله: التعويض المدني العقابي (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة 2021 ص 24.

(2) د. احمد السيد الدقاق : المرجع السابق ص 140.

(3) د. حسام الدين محمود: التعويض العقابي في القانون الأمريكي بحث في مجلة الحقوق والبحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة الاسكندرية العدد ح لسنة 2016 ص 680.

(4) د. عامر حبيب جفارة: فكرة التعويض العقابي ومواطن الأخذ بها في القانون المقارن . بحث نشر في مجلة كلية الحقوق جامعة النهدين . العراق المجلد 17 العدد 3 لسنة 2015 ص 7.

(5) د. عيسى أنور صمور عبدالله : الرسالة السابقة ص 30.

الضرر بغض النظر عن صدور خطأ من جانب المدعي عليه أو عدم صدوره خاصة في التشريعات التي تتبع فكر المدرسة اللاتينية.

أولاً: الطابع العقابي للتعويض في الشرائع البدائية:

كانت المجتمعات البدائية تعرف مبدأ الانتقام الفردي ، فمن أصابه ضرر اقتصر لنفسه أو اعتمد في ذلك على قبيلته، فكان للمضروب حق الانتقام ممن أضرب به ، والحصول على مقابل هذا الاعتداء الواقع عليه بالطريقة التي يراها ، ولكن بشرط عدم التجاوز في الانتقام إلا أن الانتقام الخاص لا يخلو من تجاوز في قدر الضرر لذلك ظهر نظام الدية الاختيارية وهي عبارة عن تعويض يدفعه الجاني ويرتضيه المجني عليه أو قبيلته مقابل التنازل عن القصاص.⁽¹⁾

ثانياً: التعويض العقابي في قانون حمورابي:

يعتبر قانون حمورابي في بابل آخر مراحل تطور النظم القانونية التي سادت بلاد ما بين النهرين بعد أن وحدها حمورابي ، وهذا القانون ظل مطبقاً ليس في بابل وحدها بل في بلاد ما بين النهرين في العهود التالية لحكم حمورابي لأكثر من ألف سنة سواء بعد احتلال الكاسيين والحثيين لبلاد ما بين النهرين أم في عهد الآشوريين والكلدانيين وفي عهد الفرس والرومان، ولهذا يعتبر قانون حمورابي دراسة لشريعة بلاد ما بين النهرين وما جاورها منذ بداية الف الثانية قبل الميلاد وحتى النصف الأخير من الألف السابقة على الميلاد.⁽²⁾

وقد عرف قانون حمورابي التعويض العقابي المتمثل في زيادة التعويض عن قدر الضرر فجاء في نص المادة الثامنة من قانون حمورابي " أنه إذا قام انسان بسرقة ثوراً أو شاة أو حماراً أو خنزيراً فإنه يدفع تعويضاً يعادل ثلاثين مثلاً لقيمة الشيء المسروق إذا كان يعود إلى الآله أو للقصر ، أو عشرة أمثال القيمة إذا كان يرجع لمسكين ، فإذا لم يكن لدى السارق ما يعرض به فإنه يعلم.⁽³⁾

ثالثاً: التعويض العقابي في القانون المصري الفرعوني:

العصر الفرعوني بدأ حوالي عام 3200 قبل الميلاد وانتهى بخضوع مصر لحكم الإغريق عام 332 قبل الميلاد ، إلا أن معلوماتنا عن القانون الفرعوني قليلة، وبالرغم من قلتها إلا أنها كافية لبيان المعالم الأساسية لهذا القانون. ففي القانون الفرعوني اقتصر حق المجني عليه على الشكوى ومنع من حق مباشرة الدعوى الجنائية. وكان التعويض عن عقوبة السرقة بدفع ، السارق ضعف قيمة ما سرق ، وكانت الغرامة والدية جزاءً للقتل الغير عمد. وبذلك عرف القانون المصري الفرعوني التعويض العقابي.⁽⁴⁾

(1) د. صوفي ابوطالب : مبادئ تاريخ القانون ج2 ط 1985 دار النهضة العربية ص 34

(2) د. فتحي المرصفاوي : تاريخ القانون المصري ط 1986 ص 208.

(3) د. محمود سلام تترالي : النظم الاجتماعية والقانونية ط 1989 ص 45.

(4) د. احمد ابراهيم حسن : تاريخ القانون المصري دار المطبوعات الجامعية 2015 ص 15.

رابعاً: التعويض العقابي في القانون الروماني :

يقصد بالقانون الروماني ذلك القانون الذي نشأ وطبق في المجتمع الروماني منذ نشأة مدينة روما في القرن السابع والثامن قبل الميلاد وحتى تقنينه في مجموعات حستينيان في القرن السادس الميلادي وهذه المجموعات هي نهاية المطاف في تطور القانون الروماني.⁽¹⁾

فلقد فرق القانون الروماني ما بين الأضرار الناشئة عن الجرائم العامة التي تمس أمن الدولة وبين الأضرار الناشئة عن جرائم خاصة ، و اعتبرها مصدرًا للمسئولية التقصيرية.

وبصدور قانون الألواح الاثني عشر تم الانتقال من نظام الدية الاختيارية إلى نظام الدية الاجبارية، فالدية في ظل هذا القانون أصبحت بمثابة تعويض وعقوبة ، وقد تم كذلك النص على بعض الجرائم المتعلقة بالرقيق والمماشية وحالات الاتلاف المادي وجعل عقوبة هذه الجرائم غرامة خاصة تدفع للمضرور عن طريق دعوى لها شروط خاصة .⁽²⁾

فالطابع الغالب في هذه القوانين هو الطابع الجزائي للمسئولية ، كذلك التعويض كان له صفة التعويض العقابي فقد وردت في هذه القوانين مضاعفة التعويضات ، حيث وجدت بعض العقوبات التي تلزم المعتدي بدفع تعويض يعادل ضعف أو أربعة أضعاف قيمة الضرر.⁽³⁾

خامساً: التعويض العقابي في القانون الفرنسي القديم:

كان السائد في ظل هذا القانون الحصول على الدية، وتوقيع العقوبات المحددة على الجاني كان هو الجزاء المترتب على الفعل الضار بالشخص سواءً في جسمه أو ماله.

والقانون الفرنسي في أول مراحل تطوره ، كان يأخذ بنظام الدية الاجبارية كتعويض عن الضرر حيث كانت المسئولية المدنية والجنائية شيئاً واحداً إلى أن تم الفصل بينهما في أواخر القرن الثامن عشر.⁽⁴⁾

بعد استعراضنا لهذه النبذة التاريخية تبين لنا بوضوح أن التعويض العقابي كان ضارياً بجذوره في التشريعات والقوانين القديمة، ومنها انتقلت فكرته إلى القانون الانجليزي ثم الأمريكي ثم لسائر البلدان التي تنتهج نهج المدرسة الانجلوكونونية كالقانون الكندي

(1) د. عباس العبودي : تاريخ القانون : دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن ص 213.

(2) د. عباس العبودي: المرجع السابق ص 125

(3) د. صوفي ابوطالب : المرجع السابق ص 63

(4) د. عبدالرزاق السنهوري : المرجع السابق ص 416

المبحث الثاني

الأحكام القانونية للتعويض العقابي

وسوف يقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : الخصائص المميزة للتعويض العقابي ووظائفه

المطلب الثاني : شروط الحكم بالتعويض العقابي ومعايير تقديره

المطلب الأول

الخصائص المميزة للتعويض العقابي ووظائفه

أولاً : خصائص التعويض العقابي :

الخاصية الأولى: تعويض استبدادي:

وذلك لأن للقاضي سلطة واسعة في تقديره ، ولا رقابة عليه من المحكمة العليا سوى التحقق من أن المسئول قد اقترف الخطأ الذي يستوجب فرض تعويض عقابي عليه.⁽¹⁾ وهذه الصفة تجعل التعويض العقابي قد يجاوز أحيانا أضعاف التعويض الحقيقي الذي يستحقه المضرور لجبر الضرر.

الخاصية الثانية: يحقق السلام الاجتماعي :

فالغرض من التعويض العقابي ليس فقط مصلحة المضرور ، وإنما من أجل حماية كل أفراد المجتمع ، وذلك لما يحققه التعويض العقابي من ردع مرتكب الفعل الضار من تكراره وكذلك ردع الغير ، كما أنه يساعد على تهدئة نفس المضرور من التفكير في الانتقام من مرتكب الفعل الضار خاصة إذا كان التعويض الجابر قليلاً .⁽²⁾

الخاصية الثالثة : ذو طبيعة استثنائية:

لأنه لا يمنح للمضرور إلا في الأحوال التي تستشعر فيها المحكمة عدم كفاية مقدار التعويض الكامل عن ردع مرتكب العمل الضار ، فيعتبر استثناءً على الأصل لأنه يعتمد على طبيعة السلوك لا على قدر الضرر.⁽³⁾

(1) د. اسامة أبو الحسن مجاهد : فكرة التعويض العقابي : دار النهضة العربية ط 2003 ص 32

(2) د. حسام الدين محمود : المرجع السابق ص 694.

(3) د. احمد السيد الدقاق : المرجع السابق ص 191.

الخاصية الرابعة : لا تشمل التغطية التأمينية :

إذا ما أمن المسئول مرتكب الفعل الضار ضد المسئولية ، فإن التأمين لا يغطي إلا التعويض الجابر فقط ، أما التعويض الاضافي المحكوم به للمضروب تتحمله ذمة المسئول لا شركة التأمين ، وذلك يتفق مع كونه عقابياً.⁽¹⁾

الخاصية الخامسة : سقوط الحق فيه بوفاة المدعي عليه:

فالحق بالمطالبة بالتعويض العقابي تنقضي بوفاة المدعي عليه إذا لم يتم المطالبة به ، إلا إذا كان الخطأ حقق أرباحاً للمدعي عليه وكانت هذه الأرباح الناتجة عن العمل غير المشروع موجودة بالتركة وقت وفاة المدعي عليه ، وهذا يتفق مع مبدأ شخصية العقوبة.⁽²⁾

ثانيا : وظائف التعويض العقابي :**الوظيفة الأولى : العقاب والردع:**

فالتعويض في المسئولية المدنية في فكر المدرسة الأنجلوسكونية ، لا يقتصر على جبر الضرر فقط، كما هو الحال في التشريعات اللاتينية – بل بالإضافة إلى التعويض الجابر للضرر يفرض مبلغ آخر مالي للمضروب كعقوبة لمرتكب السلوك السيئ نظراً لجسامة الفعل الواقع منه أو غشه وتهوره ، كما أن هذا التعويض بجانب كونه عقابياً يحقق هدفاً آخر وهو ردع مرتكب السلوك السيئ من تكراره وكذلك ردع الغير من القيام بمثل هذا السلوك.⁽³⁾

الوظيفة الثانية: ترضية المضروب:

قد لا يحقق التعويض الجابر للضرر إزالة السخط والغضب من نفس المضروب تجاه سلوك مرتكب الفعل الضار بما قد يدفعه للانتقام ، وهذا الشعور لا يزيله إلا تقرير تعويض اضافي له ترضية عما أصابه من جراء جسامة الخطأ أو غش ورعونته وتهور المدعي عليه.⁽⁴⁾

الوظيفة الثالثة : يساعد على حماية المستهلك:

قد يتعرض المستهلك للتدليس والخداع من قبل بعض التجار الساعين إلى تحقيق أرباح عالية بالإضرار بالمستهلك كعدم بيان التاجر للأضرار التي يمكن أن تصيب المستهلك من جراء استعمال المنتج، وفي الغالب الأعم لا يلجأ المستهلك للقضاء للمطالبة بالتعويض عن غش وخداع هؤلاء التجار نظراً لقلّة ما

(4) د. عيسى أنور صمور : المرجع السابق ص 213

(1) د. منصور عبدالرحمن: التعويض العقابي في القانون الأمريكي دراسة مقارنة في ضوء أحكام الفقه الاسلامي ، بحث نشر في مجلة الدراسات الشرعية والقانونية العدد 2 (2015) ص12.

(2) د. محمد عرفات الخطيب : جدلية التعويض العقابي في القانون المدني ، الاشكالية والامكانية : بحث نشر في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، العدد 2 ص189.

(3) د. ظافر حبيب جبارة : المرجع السابق ص 26.

سيحكم به من تعويض ، لكن مع احتمال فرض تعويض عقابي على التاجر فهذا كفيلاً بأن يدفع المستهلك للجوء للقضاء ، علاوة على ما يحققه هذا التعويض من ردع التاجر وغيره.⁽¹⁾

الوظيفة الرابعة : يحافظ على هيبة القضاء وعدم انتهاك قواعد القانون والأخلاق

تظهر هذه الوظيفة على وجه الخصوص في حالة فرض التعويض العقابي عند ارتكاب المسئول خطأ مكسباً وهو الخطأ الذي يسمح لفاعله بأن يحتفظ بجزء كبير من الربح على نحو غير مستحق على الرغم من الحكم عليه بالتعويض الجابر للضرر الأمر الذي يشجعه على ارتكاب ذات الخطأ مرة أخرى. فمثل هذا الخطأ يقوم على تفكير مسبق وتخطيط محكم من جانب مرتكبه ثم حساب وموازنة بين تكلفة الإجراءات القضائية والكسب الذي يتأتى له من انتهاك قواعد القانون والأخلاق. فالتعويض العقابي في حالة الخطأ المكسب يمنع الاستهانة بالإجراءات القضائية و عدم انتهاك قواعد القانون والأخلاق.⁽²⁾

المطلب الثاني

شروط الحكم بالتعويض العقابي ومعايير تقديره

أولاً: شروط الحكم بالتعويض العقابي :

يشترط للحكم على المدعي عليه في دعوى المسؤولية بتعويض عقابي بجانب التعويض الجابر للضرر تحقق القاضي من توافر عدة شروط وهي :

1- جسامة السلوك المستوجب الحكم بالتعويض العقابي :

ويشترط في الفعل الضار أن يبلغ قدرًا معيناً من الجسامة، ولتحديد جسامة الفعل معايير معينة.

(أ) **تعمد التعدي :** متى تعمد مرتكب الفعل الضار إيذاء المضرور حكم عليه بتعويض عقابي إضافة إلى التعويض الجابر للضرر.

(ب) **الرعونة:** يعتبر الشخص مسئولاً عن التعويض العقابي متى تعمد ارتكاب فعل يدل على رعونة وعدم اكتراث شديد بحقوق الغير، ويشترط اثبات نية ارتكاب الفعل ذاته ، وأن هذا الفعل من الطبيعي أن يرتب ضرراً للغير.

(ج) **الاهمال الجسيم:** وذلك في حالة ارتكاب الشخص فعلاً ضاراً دون محاولة توفير الحماية المناسبة للغير، فحدوث الضرر يكون نتيجة للفعل الضار إلا أنه غير مؤكد الحدوث بخلاف الرعونة.

(4)د. احمد السيد الدقاق: المرجع السابق ص 198.

(1) د. عبدالهادي فوزي العوضي : الخطأ المكسب في إطار المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة) بحث نشر في مجلة القانون والاقتصاد كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد 92 ص 124.

نخلص من ذلك أن يتم الحكم بتعويض عقابي عندما يكون هناك غش أو تعمد الأذى من مرتكب الفعل الضار ، أو أن هناك درجة من الإهمال الذي تدل على الطيش أو التهور أو عدم الاكتراث بعواقب الفعل والأذى ' وبعض العناصر الأخرى التي تؤدي إلى تفاقم الفعل الذي سبب الضرر. (1)

2- الضرر:

لم يشترط القانون الأمريكي ضرورة حدوث ضرر للحكم بالتعويض العقابي حيث يعتبر هذا التعويض تعويضاً مستقلاً عن التعويض اللازم لجبر الضرر ، لأن الهدف منه منع وقوع الأخطار أو تكرارها وهذا ما أكدته المحكمة العليا. (2)

أما القضاء الإنجليزي يتطلب حدوث الضرر حتى يمكن الحكم بالتعويض العقابي.

3- المطالبة القضائية بالتعويض العقابي :

لا بد أن يطلب المدعي الحكم له بالتعويض العقابي فلا يستطيع القاضي أن يحكم من تلقاء نفسه، ولا يجوز رفع دعوى مستقلة بهذه المطالبة بل يحكم به إلى جانب التعويض الجابر للضرر لا سيما إن كانت قيمة هذا التعويض قليلة لا تجبر الضرر أو كان الفعل الضار ظاهره التعمد كالخطأ المكسب ، فالتعويض العقابي إذن ليس جزءاً مستقلاً. (3)

إلا أن هناك من يرى بإمكان المطالبة بالتعويض العقابي على نحو مستقل حتى ولو لم يسبقه حكم بالتعويض الجابر للضرر. (4)

ثانياً: معايير تقدير التعويض العقابي:

حتى يحقق التعويض العقابي الهدف منه في العقاب والردع لا بد أن يكون المبلغ المحكوم به سيؤدى لتحقيق هذه النتيجة ، لذلك يخضع تقرير القاضي للتعويض العقابي لمعايير معينة:

1- التناسب بين مبلغ التعويض وجسامة السلوك.

من أهم معايير تقدير التعويض العقابي جسامة السلوك، فالفعل الضار الذي ينطوي على غش أو تدليس يعتبر أكثر جسامة من الذي يأتي نتيجة إهمال، والفعل الذي يسبب أذى بدني للمضروب أشد جسامة من الذي يترتب عليه ضرر مالي ، فمبلغ التعويض العقابي يعتبر انعكاساً لجسامة السلوك المرتكب، فكلما كان السلوك المرتكب ينبع عن استخفاف مرتكبه بمصالح وحقوق الآخرين كان مبلغ التعويض المحكوم به كبيراً. (5)

(2) د. علاء الدين عبدالله الحصاونة : ماهية التعويض العقابي وطبيعة ومدى الأخذ به في التشريع الأردني : بحث نشر في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية العدد (2) ص 391

(1) د. عيسى أنور صمور : المرجع السابق ص 198.

(2) د. علاء الدين عبدالله الحصاونة: المرجع السابق ص 401.

(3) د. احمد السيد الدقاق: المرجع السابق ص 160.

(4) د. حسام الدين محمود : المرجع السابق ص 683.

2- تناسب مبلغ التعويض مع قدر الضرر الفعلي:

يجب أن يكون مبلغ التعويض العقابي تعويضاً إضافياً بجانب التعويض الجابر للضرر، وأن يكون هناك تناسب بينهما بمعنى لو كانت قيمة التعويض الجابر قليلة فإن المتوقع أن تكون نسبة التعويض العقابي مرتفعة والعكس صحيح، وذلك حتى لا يعتبر اثراً بدون حق للمدعي.⁽¹⁾ وينبغي على القاضي عند التقدير أن يأخذ في الاعتبار المعاناة التي يعانها المضرور سواء من الناحية المادية و المعنوية، ومن ثم يكون لهذا الشعور السيء لدى المضرور دوراً في تقدير التعويض.

3- تناسب مبلغ التعويض لتحقيق هدف العقاب والردع:

على القاضي مراعاة أن التعويض العقابي له هدف آخر بجانب التعويض الكامل للمضرور وهو معنى العقوبة لمرتكب الفعل الضار ومن عناصر العقوبة الإيلاء، وكذلك بجانب العقاب فهو يهدف لردع مرتكب السلوك الضار من تكرار الفعل وكذلك ردع الغير.⁽²⁾ فطبقاً لذلك يتأثر القاضي بالوضع المالي للمدعي عليه، فإن كان ذو ملاءة مالية شدد عليه في مبلغ التعويض لتحقيق معنى العقاب والردع، وإن كان في ضائقة مالية خفف عليه فالمبلغ القليل بالنسبة للمعسر كفيلاً بأن يحقق في نفسه معنى العقوبة والردع.⁽³⁾

4- التناسب بين مبلغ التعويض والأرباح التي حققها المدعي عليه:

قد يحقق مرتكب العمل غير المشروع أرباحاً تفوق بكثير ما يحكم عليه من تعويض جابر للضرر فيتأخذ لنفسه رخصة لارتكاب أعمال غير مشروعة تحقق له أرباحاً منتهكا بذلك القانون والأخلاق، لذلك على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار ما حققه المدعي عليه من أرباح دون وجه حق عند تقدير التعويض العقابي.⁽⁴⁾

كذلك من باب العدالة كما أن القاضي يراعي مقدار ما حققه المدعي عليه من أرباح عند تقدير التعويض، أن يأخذ كذلك بعين الاعتبار الغرامات والجزاءات الأخرى التي فرضت على مرتكب الفعل الضار على نفس السلوك فينبغي أن يكون التعويض العقابي مناسباً ومكملاً للجزاءات الأخرى.⁽⁵⁾

(5) د. عيسى أنور صمور : المرجع السابق ص 214

(1) د. أسامة ابو الحسن مجاهد : المرجع السابق ص 38.

(2) د. عمر عرفان الخطيب: المرجع السابق ص 192.

(3) د. ظافر حبيب جبارة : المرجع السابق ص 28.

(4) د. عبدالمهدي فوزي العوض : المرجع السابق ص 126.

المبحث الثالث

مدى ادخال فكرة التعويض العقابي في التشريع الليبي

ويقسم إلى مطلبين :

المطلب الأول: الأسباب المؤيدة والرافضة للفكرة

المطلب الثاني: تطبيقات التعويض العقابي في القانون المدني الليبي

المطلب الأول

الأسباب المؤيدة والرافضة للأخذ بفكرة التعويض العقابي

أولاً : الأسباب المؤيدة للأخذ بالفكرة:

هناك جانب من الفقه اللاتيني يؤيد الأخذ بضرورة فرض تعويضات عقابية على مرتكب الفعل الضار . فقد اقترح الفقيه الفرنسي viney ادخال فكرة الخطأ المكسب في التقنين المدني الفرنسي ، و منذ أن تقدم بهذا المشروع للحكومة الفرنسية بدأ الاهتمام الفقهي بدراسة وتحليل الفكرة وبيان الآثار القانونية المترتبة على استقبالتها في القانون المدني الفرنسي.⁽¹⁾

فهذا الجانب المؤيد للأخذ بالفكرة يستند إلى الأسباب الآتية:⁽²⁾

- 1- يؤدي التعويض العقابي إلى منع وقوع أي سلوك غير مشروع يؤدي إلى حدوث أضرار واصابات جسيمة، لذلك ففكرة التعويض العقابي تجعل المسؤولية المدنية أكثر فاعلية وتأثير من مجرد الحكم بتعويض الأضرار وبذلك يرجع لركن الخطأ دوره وأهميته في المسؤولية.
- 2- الأخذ بفكرة التعويض العقابي كما أنه يحقق مصلحة المضرور، يحقق كذلك مصلحة المجتمع لكونه رادعاً من التفكير في تكرار الأعمال غير المشروعة.
- 3- التعويض العقابي يعتبر حافزاً لرفع الدعوى للمطالبة بالتعويض، خصوصاً إذا كان التعويض الجابر للتعويض قليلاً فيجعل المضرور يحجم عن اللجوء للقضاء.
- 4- الأخذ بفكرة التعويض العقابي لا تعتبر خلطاً ما بين المسؤولية المدنية والجنائية ، فالتعويض العقابي يهدف لحماية حق خاص وهو حق المضرور الذي هو هدف المسؤولية المدنية فلا يحكم به إلا بناء على طلب المضرور.

- 5- كذلك يرى أنصار هذا الفريق أن التعويض العقابي ليس اثناء بلا بسبب بل سببه هو الخطأ الجسيم و غش وتدليس المدعي عليه .⁽³⁾

ثانياً: الأسباب الراضية للأخذ بالفكرة

(1) د. عبدالمهدي فوزي العوضي : المرجع السابق ص 128 .

(2) د. احمد السيد الدقاق : المرجع السابق ص 168 . د. عمر أنور صمو : المرجع السابق ص 265 .

(3) د. حسام الدين محمود : المرجع السابق ص 682 .

- استند هذا الفريق إلى عدة أسباب تجعلهم يقفوا من فكرة التعويض العقابي موقف العداء منها.⁽¹⁾
- 1- التعويض العقابي يتعارض مع هدف المسؤولية وهو تعويض المضرور بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار ولا تهدف لعقاب مرتكب الفعل الضار ، فهو يؤدي إلى الخلط ما بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية.
- 2- التعويض العقابي فيه اثر للمضرور بلا سبب ، فالمضرور حصل على التعويض الكامل الجابر للضرر ، فبحصوله على التعويض العقابي يجعله يحصل على أموال يثرى بها بلا سبب .
- 3- التعويض العقابي قد يعرض مرتكب الفعل الضار إلى عقوبتين لفعل واحد . إذا كان هذا الفعل يشكل جريمة بالإضافة إلى استحقاقه العقوبة الجنائية نحكم عليه بتعويض عقابي.
- 4- التعويض العقابي قد يجعل المضرور في حالة أفضل مما كان عليه قبل حدوث الضرر إذا ما قضى له بتعويض أكبر بكثير من الضرر الفعلي الواقع عليه .
- 5- التعويض الكامل الجابر للضرر قد يكون في حد ذاته رادعاً لمرتكب الفعل الضار من تكرار فعله دون الحاجة لفرض تعويض عقابي.⁽²⁾

المطلب الثاني

تطبيقات التعويض العقابي في القانون المدني الليبي

ينتمي القانون الليبي إلى المدرسة القانونية اللاتينية والتي ترفض مبدأ التعويض العقابي بحجة أنه ذو طبيعة جنائية تختلف عن أهداف القانون المدني.

وكما سبق أن ذكرنا بدأ في فرنسا الاهتمام الفقهي بدراسة وتحليل الفكرة وبيان الآثار القانونية المترتبة عليها في حال ادخالها في القانون المدني الفرنسي.⁽³⁾

وبالرغم من عدم تطبيق هذه الفكرة في القانون المدني الليبي صراحة إلا أن هناك العديد من التطبيقات في القانون المدني الليبي يستند فيها التعويض إلى مبررات جزائية وعقابية من هذه التطبيقات على سبيل المثال:

1- الغرامة التهديدية :

تعتبر الغرامة التهديدية من أهم تطبيقات فكرة التعويض العقابي ، لأنها تستند في تقريرها إلى اعتبارات عقابية، وذلك لإيجاد وسيلة غير مباشرة يمكن بها حمل المدين على تنفيذ التزامه ، فالهدف من تقريرها في القانون المدني قهر المدين تحت تأثير الخوف من تراكم المبالغ المحكوم بها فيمتمثل إلى التنفيذ.

(1) د. عمر أنور صمور : المرجع السابق ص 216 .د. احمد السيد الدقاق : المرجع السابق ص 186..

(2) د. احمد السيد الدقاق : المرجع السابق ص 216.

(3) د. عبدالرزاق السنهوري : المرجع السابق ص 418

فالغرامة التهديدية من ابتكار القضاء الفرنسي واستحسنها الفقه الفرنسي ومنه نقلت للقانون المدني الفرنسي واخذها عنه القانون المصري ومنه انتقلت إلى القانون المدني الليبي⁽¹⁾. نصت المادة رقم 216 مدني ليبي على أنه " إذا كان تنفيذ الالتزام عينياً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه أجاز للدائن أن يحصل على حكم ، بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية ان امتنع عن ذلك، وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة."

من الواضح من النص أن الغرامة التهديدية تتقرر بمقتضى حكم قضائي وهذا الحكم يقوم على أساس التهديد والعقاب وليس على أساس التعويض⁽²⁾. لذلك يمكن القول بأن القانون المدني الليبي عرف بطريقة غير مباشرة فكرة التعويض العقابي ، لما للغرامة التهديدية من دور عقابي إلى جانب تعويض الضرر، فهي عقوبة خاصة هدفها الأساسي الردع والعقاب فهي وسيلة ضغط قبل التنفيذ وعقوبة حقيقية عند عدم التنفيذ.

2- الشرط الجزائي :

نص المادة رقم 226 من القانون المدني الليبي " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدار قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق " وتنص المادة 228 المدني الليبي على أنه " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً" فالشرط الجزائي يهدف إلى مجازاة المدين لإخلاله بالتزامه وتعويض الدائن عما يصيبه من جراء ذلك، فهذا الاتفاق ينطوي على اعتبارات عقابية .

فالشرط الجزائي هو توقيع جزاء وترهيب ومن ثم فهو وسيلة عقاب وخاصة أن مبلغ التعويض الناتج عنه لا يؤخذ في تقديره مقدار الضرر الواقع حيث يتم الاتفاق عليه قبل حصول الضرر⁽³⁾. وقد سمح القانون بالمدين في حالة غشه وخطئه الجسيم بزيادة مبلغ التعويض بإضافة تعويض تكميلي بجانب الشرط الجزائي فمثل هذا التعويض التكميلي يعتبر وسيلة ردع للمدين والغير من ارتكاب مثل هذا السلوك الخاطيء⁽⁴⁾.

(1) هيثم حامد المصاروة : الوحيز في النظرية العامة للالتزام في القانون الليبي أحكام الالتزام 2006 دار المطبوعات الجامعية ، ص 28.

(2) د. محمد علي البدوي : النظرية العامة للالتزام في القانون الليبي ط 2005 ص 19.

(3) د. محمد علي البدوي : المرجع السابق ص 42.

(4) د. عبدالرزاق السنهوري : المرجع السابق ص 406.

3- العربون:

تنص المادة 103 من القانون المدني الليبي على أنه " 1- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين حق العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق عن ذلك. 2- فإذا عدل من دفع العربون فقداه ولو لم يترتب على العدول أي ضرر".

فالمشرع الليبي جعل دفع العربون لتأكيد حق كل من المتعاقدين في العدول عن العقد، فإذا عدل من دفع العربون عن اتمام العقد خسر قيمة العربون وذلك بصرف النظر عن الضرر الذي يكون قد أصاب الطرف الآخر من جراء هذا العدول، فالعربون إذن جزاء العدول عن العقد حتى لو لم يقع للطرف الآخر أي ضرر . فدفع العربون بمثابة تعويض عقابي في حالة العدول عن العقد.⁽¹⁾

كذلك يعتبر من تطبيقات العقوبة الخاصة ما نص عليه المشرع في المادة 260 من القانون المدني الليبي ، والتي تقرر سقوط أجل الدين في حالة اضعاف المدين للتأمينات المقدمة للدائن.

ومن تطبيقات العقوبة الخاصة في القانون المدني الليبي نص المادة 173 والتي تنص على أنه " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور .. مراعيًا في ذلك الظروف الملائمة " فالمشرع في هذه المادة لم يقدر التعويض طبقًا للضرر وإنما أخذ في الحسبان جسامته الخطأ عند تقدير التعويض.⁽²⁾

(1) د. عبدالله محمد الدليمي : الوجز في النظرية العامة للالتزامات ط 2018 منشورات الجامعة المفتوحة ص 48.

(2) د. حسام الدين الأهواني : أحكام الالتزام ط 1996 ص 48.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من البحث - بعون الله وتوفيقه - توصلنا إلى النتائج الآتية:

أولاً: التعويض العقابي جزاء مدني إلا أنه ذو طبيعة مزدوجة يجمع بين خصائص التعويض وفيه معنى العقوبة.

ثانياً: التعويض العقابي تعويض اضافي يمنحه القاضي للمضروب في أحوال استثنائية بغرض عقاب مرتكب الفعل الضار و ردعه وردع الغير.

ثالثاً: تقدير التعويض العقابي يتم وفق معايير معينة وضعها القضاء الأمريكي وذلك بغرض التغلب على مشكلة تقدير التعويض.

رابعاً: تقترب بعض التطبيقات المنصوص عليها في القانون المدني الليبي من معنى التعويض العقابي ، وإن كانت لا تكفي لوضع نظرية متكاملة للتعويض العقابي ، إلا أنها تعتبر تطبيقاً للتعويض العقابي بصورة غير مباشرة.

التوصيات :

أولاً : أهمية ادخال التعويض العقابي في التشريع الليبي (القانون المدني والقوانين الخاصة) وذلك للحد من السلوك الغير مشروع في المجتمع وخاصة التي تضر بصحة و حياة المستهلك .

ثانياً: تعديل النصوص القانونية المنظمة للمسئولية المدنية في القانون المدني الليبي بإضافة نصوص تسمح للقاضي بالحكم بتعويض اضافي في حالة كون سلوك المسؤول عمداً ينطوي على غش وتدليس و إذا كان المسؤول يسعى لتحقيق الربح من جراء سلوكه الخاطئ أو كان في وضع القوة والمضروب في حالة ضعف.

ثالثاً: وعلي المشرع الليبي إن يضع معايير يلتزم بها القاضي في تقديره للتعويض العقابي حتى لا يكون مبالغاً فيه.

قائمة المراجع

- 1- ابن منظور: لسان العرب مجلد 7 طبعة 1988 بيروت.
- 2- أسامة ابو الحسن مجاهد : فكرة التعويض العقابي : دار النهضة العربية ط 2003.
- 3- احمد ابراهيم حسن : تاريخ القانون المصري ، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية ط 2015.
- 4- حسام الدين كامل الأهواني : أحكام الالتزام طبعة 1996 .
- 5- صوفي أبو طالب : مبادئ تاريخ القانون طبعة 1985 دار النهضة العربية .
- 6- عبدالرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ح 1 منشورات الحلبي الحقوقية اصدار 2022.
- 7- فتحي المرصفاوي : تاريخ القانون المصري طبعة 1986.

- 8- مُجَّد عبدالله الدليمي : الوجيز في النظرية العامة لاللتزام طبعة 2018 منشورات الجامعة المفتوحة.
- 9- د. مُجَّد علي البدوي : النظرية العامة لاللتزام في القانون الليبي طبعة 2005.
- 10- مُجَّد ابن أبي بكر الرازي : مختار الصحاح دار الرسالة الكويت ط 1983.
- 11- هيثم حامد المصاروة : الوجيز في النظرية العامة لاللتزام في القانون الليبي دار المطبوعات الجامعية اسكندرية 2006.
- البحوث والمقالات:**
- 1- احمد السيد الدقاق : التعويض العقابي في القانون الأمريكي ومدى ملائمة تطبيقه في النظام القانوني المصري : مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية : كلية حقوق جامعة الاسكندرية عدد 2 لسنة 2017.
- 2- حسام الدين محمود : التعويض العقابي في القانون الأمريكي : مجلة البحوث القانونية والاقتصادية كلية حقوق جامعة الاسكندرية العدد 2 لسنة 2018.
- 3- عامر حبيب جبارة: فكرة التعويض العقابي ومواطن الأخذ بها في القانون المقارن : مجلة الحقوق جامعة النهريين العراق مجلد 17 عدد 3 لسنة 2015.
- 4- عبدالهادي فوزي العوضي : الخطأ المكسب في اطار المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة) مجلة القانون والاقتصاد كلية الحقوق جامعة القاهرة العدد 92.
- 5- علاء الدين عبدالله الخصاصونة: ماهية التعويض العقابي وطبيعة ومدى الأخذ به في التشريع الأردني مجلة القانون الكويتية العالمية العدد (2).
- 6- عيسى أنور صمور: التعويض المدني العقابي (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه حقوق القاهرة 2021.
- 7- منصور عبدالرحمن الحيدري : التعويض العقابي في القانون الأمريكي (دراسة مقارنة) في ضوء أحكام الفقه الاسلامي مجلة الدراسات الشرعية والقانونية العدد 2 لسنة 2015.
- 8- مُجَّد عرفات الخطيب : جدلية التعويض العقابي في القانون المدني مجلة القانون الكويتية العالمية العدد 2 .

أحكام تشغيل المعاقين في القانون الليبي
ومدى مطابقتها للمعايير الدولية
د.رجب رمضان التائب
محاضر بكلية القانون/جامعة الزيتونة

الملخص:

هدفت هذه الدراسة إلى مناقشة سياسات تشغيل الأشخاص المعاقين، وذلك من خلال التعرف على القوانين والتشريعات المتعلقة بهذا الجانب على المستويين الدولي والوطني والتطبيق الواقعي لذلك، ومعرفة مدى التزام مؤسسات القطاع العام باعتباره أهم القطاعات المستوعبة للباحثين على العمل بذلك، مع بيان كافة الصعوبات والمعوقات التي تقف حائلاً دون تمكن هذه الفئة في المجتمع من ممارسة حق العمل والتشغيل وصولاً إلى عملية الدمج الكامل لها في المجتمع.

الكلمات المفتاحية: المعاقين، الحق في العمل، صعوبات التشغيل.

Abstract:

This study aimed to discuss employment policies for people with disabilities, by identifying the laws and regulations related to this aspect at the international and national levels, and the realistic application of that, and knowing the extent of public sector institutions' commitment to them. It is the most important sectors that take into account job seekers with an indication of all the difficulties and obstacles that stand in the way of the ability of this group in society to exercise the right to work, leading to the process of their full integration into society.

Keywords: the disabled, the right to work, employment difficulties.

مُتَكَلِّمًا

بما أن الموارد البشرية تعد من الدعامات الأساسية لأي مجتمع، فهي التي تعمل على تنميته ورقيته في مختلف مناحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والثقافية، كما أن الموارد البشرية تعد عامل رئيس في بقاء المجتمع واستمراره، ولكن في المقابل ذلك لا يمكن لهذه الموارد القيام بدورها التنموي على أكمل وجه، ما لم يعمل المجتمع على تنميتها وتطويرها.

غير أن الإرادة الالهية شاءت بأن لا يخلو أي مجتمع من المجتمعات البشرية من وجود فئة من فئاته تعوقها قدراتها الجسمية أو العقلية من المشاركة الفعالة في الحياة المجتمعية، حيث تشير التقارير الدولية إلى أن ما نسبته 15% من سكان العالم هم من فئة المعاقين⁽¹⁾، وذلك حسب تقديرات منظمة الصحة العالمية، وأن هذه النسبة في الزيادة خاصة في الدول النامية، والتي من ضمنها الدول العربية، نتيجة لما تعانيه من نزاعات مسلحة وحروب أهلية بسبب ما سُمِّي بثورات الربيع العربي.

هذه النسب المرتفعة من أعداد المعاقين قد تندر بكارثة إنسانية مستقبلاً، وذلك عندما يتم فقدان نسبة لا بأس بها من أفراد المجتمع تعيش بعيداً عما يجري في المجتمع، ولا يسعى هذا الأخير إلى دمجها وإشراكها في الحياة العامة.

وانطلاقاً من الشعور بأهمية فئة المعاقين، والتي تضم أشخاصاً يتصفون بجملة من الخصائص تميزهم عن غيرهم من بقية أفراد المجتمع⁽²⁾، كما تكون لهم حاجات ومشاكل خاصة، لا يمكن تحقيقها إلا إذا أوجد المجتمع رعاية خاصة لهم، وعمل على خلق تكافؤ للفرص بين هذه الفئة وغيرها من أفراد المجتمع الأسوياء، وهذا لا يتحقق إلا بوعي المجتمع.

لذا فقد شهدت طبقة المعاقين خاصة في الأونة الأخيرة اهتماماً كبيراً على جميع الأصعدة، وفي مختلف مناحي الحياة، وكفلت لهم التشريعات والقوانين الكثير من الحقوق والامتيازات، وذلك من خلال إعداد برامج تأهيلية تمكنهم من المشاركة الفعالة للعمل على تعزيز شخصيتهم، وتحقيق استقلالهم الاقتصادي، وتمكينهم من الاعتماد على الذات، وهذا بطبيعة الحال لا يتأتى إلا من خلال تمكينهم من الحصول على فرص عمل، تؤمن لهم معيشة سوية وتحقق لهم الاعتماد على النفس، فالعمل هو الوسيلة التي يؤمن للفرد الحصول على الاستقلال المادي والمعنوي⁽³⁾، كما أنه من خلال العمل يستطيع الانسان المعاق والسوي على حدٍ سواء البرهنة على وجوده، وإظهار قدراته، وبما أن العمل فرصة سانحة لتفجير طاقات وقدرات وإمكانيات الانسان، وهو في حد ذاته تأكيد للذات والوجود، كما أن العمل بالنسبة للشخص المعاق

¹ مصطفى نوري القمش - الإعاقة العقلية النظرية والممارسة - دار المسيرة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الاردن، 2011، ص99.

² مدحت نجم، ابو النصر - الإعاقة والمعاق - رؤية حديثة - المجموعة العربية للتدريب والنشر، القاهرة، 2012، ص13.

³ إبراهيم عبدالهادي المليحي - الممارسة المهنية في المجال الطبي والتأهيلي - المكتب العلمي للكمبيوتر والنشر والتوزيع، مصر، 1997، ص286.

ليس مجرد مجهود يبذل بغية الوصول لتحقيق منفعة مادية، أو هو مصدر للرزق فحسب بل أن العمل بالنسبة للشخص المعاق يعني أكثر من ذلك، فبه يتمكن المعاق من فرض وجوده في المجتمع الذي يعيش فيه، كما أن العمل يجعل حياة المعاق مليئة بما يفيد، والأهم من ذلك أن العمل يساهم في إخراج المعاق من دائرة التفكير بالإعاقة، ويجعله يشعر بأنه أصبح من أفراد المجتمع المنتجين، كما يساهم العمل في رفع الروح المعنوية للمعاق، وذلك من خلال إتاحة الفرصة له للإتصال بالآخرين، وعلى العكس من ذلك، فإن عدم تمكن المعاق من الحصول على فرصة عمل يدفع بكل تأكيد إلى مضاعفة آثار الإعاقة لديه، مما يزيد الأمر تعقيداً، غير أن تمكين المعاق من العمل في أي مجتمع، يُعد من التحديات التي لو تغلب عليها المجتمع لساهم ذلك في تقدمه وتطوره⁽¹⁾، لأن إدماج الشخص المعاق في سوق العمل يعاين قصوراً واضحاً بالرغم من كفالة هذا الحق شرعاً وقانوناً.

وعلى الرغم من وجود العديد من المواثيق الدولية، ونصوص التشريعات الوطنية والمقارنة، والتي تركز حق المعاق في العمل، إلا أنه من خلال الواقع العملي والمعاش، تظهر كثير من الإشكاليات التي ربما تؤدي إلى القول بأن المجتمعات بمختلف مستوياتها لم ترق بعد إلى المستوى الذي يجب تحقيقه للقيام بالواجبات اللازمة تجاه الأشخاص المعاقين؛ ونظراً لارتفاع أعداد المعاقين في ليبيا مقارنة بعدد السكان، فلقد ارتفعت أعداد المعاقين نتيجة الأحداث التي مرت بها البلاد مؤخراً، وتنوعت إعاقاتهم من مبتوري أطراف إلى فاقد السمع أو البصر، إلى مصابين بأمراض عقلية مختلفة، هذه الأعداد والإعاقات المتنوعة تحتاج إلى رعاية مجتمعية على مستوى الأفراد والحكومات، ولعل على رأس أولويات الإهتمام بفئة المعاقين هي تمكينهم من الحصول على فرص عمل، فالزيادة المطردة في عدد المعاقين، والاهتمام العالمي بهذه الفئة، هو من حركنا فينا غريزة البحث في هذا الموضوع، والذي تكمن إشكاليته في:

اشكالية البحث:

تدور إشكالية البحث حول سؤال محوري مفاده

هل توجد في منظومة التشريعات الوطنية نصوصاً قانونية تلي طموحات فئة المعاقين من الناحية المهنية، وذلك من خلال وجود نصوص قانونية ملزمة بتشغيل المعاقين، وتمكينهم من الحصول على فرص عمل؟ وما مدى مواءمة هذه النصوص للمقاييس والمعايير الدولية؟

كما أن أهمية البحث في هذا الموضوع تكمن في:

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في كون الإهتمام بالأشخاص المعاقين يعد معياراً يقاس به تقدم أي مجتمع وتحضره، فقيمة المجتمعات مرتبطة بما تقدمه هذه المجتمعات من رعاية وتأهيل، وتوفير فرص عمل لأفراد المعاقين،

¹ عدنان الاسمر - التأهيل المهني للأشخاص ذوي الإعاقة - دار الفكر للطباعة والنشر، الأردن، 2005، ص 60.

كما أن هذه الدراسة جاءت لبيان حقيقة سياسة تشغيل المعاقين في ليبيا، في ظل تزايد أعدادهم بشكل ملحوظ، وتزامناً مع تزايد الاهتمام العالمي بهذه الفئة، مع قلة الدراسات المتناولة لهذا الجانب.

كما تسعى هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف الآتية:

أهداف البحث:

1- معرفة التشريعات والقوانين المتعلقة بتشغيل فئة المعاقين، وما تحويه منظومة التشريعات الوطنية من نصوص متعلقة بتشغيل المعاقين.

2- معرفة ما إذا كانت نصوص التشريعات الوطنية متوافقة مع ما هو مقرر في المواثيق والعهود الدولية، وبعض التشريعات المقارنة.

3- بيان الصعوبات والمعوقات التي تقف حائلاً دون تمكن المعاقين من ممارسة مهنة ما.

منهجية البحث:

ولإحاطة بجوانب هذه الإشكالية سنعمد المنهج التحليلي، نحلل من خلاله النصوص القانونية المتناولة للموضوع مع التعرض للمنهج المقارن كلما تطلب الأمر ذلك، ولإعطاء الموضوع حقه رأينا تقسيمه إلى.

خطة البحث:

يقتضي الوفاء بحق الموضوع تقسيمه إلى مطلبين نتناول في

المطلب الأول:- حق العمل في المواثيق والعهود الدولية وبعض التشريعات العربية.

الفرع الأول: حق العمل في المواثيق والعهود الدولية.

أولاً: حق العمل في المواثيق الدولية.

ثانياً: حق العمل في العهود الدولية.

الفرع الثاني: حق العمل في بعض التشريعات العربية.

أولاً: حق العمل في دساتير وقوانين المشرق العربي.

ثانياً: حق العمل في دساتير وقوانين المغرب العربي.

المطلب الثاني: حق العمل في التشريعات الوطنية.

الفرع الأول:- نصوص القوانين المؤكدة لحق المعاق في العمل.

أولاً: النصوص الدستورية الواردة فيما يعد وثائق دستورية.

ثانياً: النصوص القانونية المؤكدة لحق عمل المعاقين في التشريعات العادية.

الفرع الثاني:- صعوبات تشغيل المعاقين في ليبيا.

أولاً: الصعوبة في تحقيق نسبة التشغيل الموصي بها قانوناً.

ثانياً: عدم اقتران مخالفة أحكام التشغيل بالعقوبات والجزاءات.

المطلب الاول: حق العمل في المواثيق والعهد الدولية وبعض التشريعات العربية.

لقد تضمنت جل المواثيق والمعاهدات والعهد الدولية والتشريعات العربية مبادئ أساسية، كان على رأسها مبدأ المساواة، وعدم التمييز بين المعاقين وغيرهم من الأسوياء، وهذا يؤكد كفالة حق العمل للجميع، ودون استثناء لفئة المعاقين؛ ونظراً لتزايد عدد المعاقين بشكل ملحوظ في الآونة الأخيرة، فإن الحاجة تدعو إلى الاهتمام بهم، والعمل على حمايتهم، وذلك بالعمل على إدماجهم في المجتمع الذي يعيشون فيه بطريقة تضمن لهم كرامتهم، و اعتمادهم على أنفسهم، وعدم بقائهم عالة على غيرهم⁽¹⁾، وهذا بطبيعة الحال يتطلب توافر دخل ثابت لهم يضمن لهم معيشة كريمة لهم ولأسرهم، وحتى يمكن الاستفادة من الطاقات والموارد البشرية المعطلة من فئة المعاقين.

الفرع الاول: حق العمل في المواثيق والعهد الدولية: يوجد العديد من الاتفاقات والعهد الإقليمية والدولية التي تبنت مسألة حماية المعاقين وضمنت لهم الحق في العمل.

أولاً: حق العمل في المواثيق الدولية:

1- الاتفاقية العربية بشأن تشغيل وتأهيل المعاقين رقم 17 لسنة 1993 حيث جاء في نص المادة 4/12 والمتعلقة بتشغيل المعاقين ((يكفل تشريع كل دولة تشغيل عدد من المعاقين في المؤسسات الحكومية وغير الحكومية بالنسب المتوية والشروط التي يحددها التشريع المحلي))، تم أردفت الاتفاقية بنص المادة 13 منها مؤكدة على حق المعاق في العمل بقولها ((يحدد تشريع كل دولة الضوابط الكفيلة بتطبيق مبدأ تكافؤ الفرص في العمل بين المعاقين وغيرهم عند تساوي القدرات والمؤهلات، كما يكفل تطبيق هذا المبدأ بين الجنسين من المعاقين))، وهذا بطبيعة الحال يؤكد على حق المرأة المعاقة في العمل أسوة بغيرها من الرجال المعاقين. كما ان المادة 14 من ذات الاتفاقية أعطت الاولوية لفئة المعاقين قبل غيرهم لشغل وظائف ومهن تتناسب وتتلائم مع إمكانياتهم وقدراتهم، وألزمت الدول بإصدار تشريعات تضمن هذا الحق، فقد نصت على ((يكفل تشريع كل دولة إعطاء الاولوية للمعاقين لشغل بعض الوظائف والمهن في الاجهزة الحكومية وغير الحكومية التي تتلائم مع قدراتهم وامكانياتهم)) فالمستفاد من نصوص هذه الاتفاقية أنها أولت أهمية كبيرة لحق فئة المعاقين في العمل، ودون تمييز بين جنسي هذه الفئة، كما أوجبت عدم التمييز بين هذه الفئة وغيرهم من مواطني الدولة الأسوياء، سواء في مجال العمل والتوظيف، أو على مستوى تقلد المناصب العامة والخاصة.

2- منظمة العمل العربية:- وهي منظمة تابعة لجامعة الدول العربية تقوم بتنسيق العمل العربي، ففي ديسمبر 2003 عقدت المنظمة ندوة شارك فيها العديد من الاختصاصيين والمهتمين

¹ أزهار صبر كاظم، وليد كاظم حسين . الحماية القانونية لحق العمل لذوي الاحتياجات الخاصة . مجلة لارك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية . جامعة واسط، بغداد، العدد 35، 2019، ص253.

بسياسيات التأهيل والتشغيل، وذلك لمناقشة سبل حماية الشخص المعاق في مجال العمل، كما تمت في هذه الندوة مناقشة ظاهرة الإعاقة على مستوى الوطن العربي، وسبل إيجاد البرامج اللازمة لتأهيل المعاقين وحماية حقوقهم في العمل⁽¹⁾، في ظل تزايد أعدادهم، وحاجة غالبيتهم إلى العمل والتدريب والتأهيل، هذا على المستوى العربي والإقليمي.

3- منظمه العمل الدولية:- والتي انبثقت عن مؤتمر العمل الدولي المنعقد في سنة 1983، حيث أقرّ هذا المؤتمر معايير دولية فيما يخص تأهيل المعاقين مهنيًا، والتي بدورها أسهمت في تعزيز وإثراء برنامج العمل العالمي المتعلق بالأشخاص المعاقين، فقد انبثقت عن هذا المؤتمر إتفاقية التأهيل المهني والعمالة للمعاقين رقم 1983/159 كما صدرت عنه توصية التأهيل المهني والعمالة للمعاقين رقم 1983/168 هذه المعايير الجديدة سدّت النقص القائم في معايير المنظمة، وهذا بدوره حقق أثر إيجابي على نشر خدمات التأهيل المهني في مختلف أنحاء العالم⁽²⁾، حيث أن الأحكام التي تم إقرارها ألزمت كل بلد مصادق، أو لديه رغبة المصادقة، أن يضع في حسابه سياسة وطنية للتأهيل المهني، وعليه الالتزام بمراجعته سياسة التأهيل هذه بشكل دوري، وبما يتفق ويتماشى مع إمكانيات الدولة القائمة على أساس القدرة وتكافؤ الفرص بين العمال المعاقين، ودون تفرقة أو تمييز بين الجنسين⁽³⁾.

4- الاتفاقية الدولية لحقوق الاشخاص ذوي الإعاقة لسنة 2006: والتي قامت بصياغة تنظيمًا شاملاً لحقوق المعاق، بما في ذلك حقه في العمل، كما أن البروتوكول المكمل للاتفاقية، شكل لجنة معنية بحقوق الاشخاص المعاقين وأوعز إليها مهمة تلقي الشكاوى التي يدعون فيها أنهم ضحايا لانتهاك دولة ما لحقوقهم المقررة بموجب الاتفاقية⁽⁴⁾، واعتبرت الاتفاقية ظاهرة الإعاقة ظاهرة اجتماعية، تستوجب وضع الحلول، قبل أن تكون مشكلة صحية، وبناء عليه، كان من الواجب ضمان حقوق شريحة المعاقين، فقد جاء في نص المادة (26) من الاتفاقية والمعونة بالتأهيل وإعادة التأهيل ((تتخذ الدول الاطراف تدابير فعالة ومناسبة، بما في ذلك عن الطريق دعم الإقران لتمكين الأشخاص ذوي الإعاقة من بلوغ أقصى قدر من الاستقلالية، والمحافظة عليها، وتحقيق إمكانياتهم البدنية والعقلية والاجتماعية والمهنية على الوجه الأكمل وكفالة إشراكهم ومشاركتهم بشكل تام في جميع نواحي الحياة، وتحقيقاً لتلك الغاية تقوم الدول الأطراف بتوفير خدمات وبرامج شاملة للتأهيل وإعادة التأهيل وتعزيزها، وتوسيع نطاقها،

¹ رفيق حامد زايد الشمري - حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة وفقاً لأحكام القانون الدولي العام، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، الطبعة الاولى، 2018، ص33.

² يوسف الزعوط - التأهيل المهني للمعاقين - دار الفكر للطباعة والنشر، عمان، 2000، ص80.

³ يوسف الزعوط - مرجع سابق، ص76.

⁴ المادة (1) من البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الاشخاص ذوي الإعاقة لسنة 2006.

وبخاصة في مجالات الصحة والعمل والتعليم والخدمات الاجتماعية، وجاء في الفقرة الثانية من نص المادة (26) سالفه الذكر ما نصه ((تشجع الدول الأطراف على وضع برامج التدريب الأولي والمستمر للاخصائين والموظفين العاملين في مجال تقديم خدمات التأهيل وإعادة التأهيل))، كما نجد نص المادة (27) من ذات الاتفاقية يؤكد حق هذه الشريحة في العمل، تحت عنوان العمل والعمالة بقولها ((تعترف الدول الاطراف بحق الاشخاص ذوي الإعاقة في العمل على قدم المساواة مع الآخرين، ويشمل هذا الحق إتاحة الفرص لهم لكسب الرزق من عمل يختارونه، أو يقبلونه بحرية في سوق العمل وبيئة عمل منفتحتين أمام الاشخاص ذوي الإعاقة وشاملتين لهم، ويسهل انخراطهم فيها، وتحمي الدول الأطراف أعمال الحق في العمل وتعززه بما في ذلك حق أولئك الذين تصيبهم الإعاقة خلال عملهم، وذلك عن طريق اتخاذ الخطوات المناسبة، بما في ذلك سن التشريعات لتحقيق هذه أهداف منها))

(أ) حظر التمييز على أساس الإعاقة فيما يختص بجميع المسائل المتعلقة بكافة أشكال العمالة، ومنها شروط التوظيف والتعيين والعمل، واستمرار العمل والتقدم الوظيفي، وظروف العمل الآمنة والصحية.

(ب) حماية حقوق الاشخاص ذوي الإعاقة في ظروف عمل عادلة وملائمة على قدم المساواة مع الآخرين، بما في ذلك تكافؤ الفرص، وتقاضي أجر متساوٍ لقاء القيام بعمل متساوي القيمة، وظروف العمل المأمونة والصحية، بما في ذلك الحماية من التحرش والانتصاف من المظالم.

(ج) كفالة تمكين الأشخاص ذوي الإعاقة من ممارسة حقوقهم العمالية والنقابية على قدم المساواة مع الآخرين.

(د) تمكين الاشخاص ذوي الإعاقة من الحصول بصورة فعالة على البرامج العامة للتوجيه التقني والمهني، وخدمات التوظيف والتدريب المهني والمستمر.

(هـ) تعزيز فرص العمل، والتقدم الوظيفي للأشخاص ذوي الإعاقة في سوق العمل، فضلاً عن تقديم المساعدة على إيجاد العمل، والحصول عليه والمداومة عليه، والعودة إليه.

(و) تعزيز فرص العمل الحر، ومباشرة الاعمال الحرة، وتكوين التعاونيات والشروع في الاعمال التجارية الخاصة.

(ز) تشغيل الاشخاص ذوي الإعاقة في القطاع العام.

(ح) تشجيع عمالة الأشخاص ذوي الإعاقة في القطاع الخاص، من خلال انتهاج السياسات، واتخاذ تدابير مناسبة، قد تشمل البرامج التصحيحية والحوافز، وغير ذلك من التدابير.

(ط) كفالة توفير ترتيبات تيسيرية معقولة للأشخاص ذوي الإعاقة في أماكن العمل.

(ي) تشجيع اكتساب الأشخاص ذوي الإعاقة للخبرات المهنية في سوق العمل المفتوحة.
 (ك) تعزيز برامج إعادة التأهيل المهني والوظيفي، والاحتفاظ بالوظائف والعودة إلى العمل لصالح الأشخاص ذوي الإعاقة، أما الفقرة الثانية من نص المادة (27) ذاتها فقد نصت على ((تكفل الدول الأطراف عدم إخضاع الأشخاص ذوي الإعاقة للرق أو العبودية، وحمايتهم على قدم المساواة مع الآخرين من العمل الجبري أو القسري)).

5- الميثاق الاجتماعي الأوروبي في أكتوبر 1961 والذي تبنته دول أوروبا أقرّ هو الآخر ضرورة التحاق المعاقين بأماكن العمل، إذا ما توافرت لهم ظروف عمل آمنه وصحية⁽¹⁾، وقد أكد ذلك نص المادة (15) من الميثاق والتي جاء فيها ((ضرورة التحاق ذوي الاعاقة بيئة العمل، بعد إكمال تعليمهم وتأهيلهم، واتخاذ التدابير الضرورية واللازمة لتشجيع إلتحاقهم بالعمل)). هذا وقد تبع هذا الميثاق إنشاء المنتدى الأوروبي للمعاقين التابع للاتحاد الأوروبي، حيث كان الهدف من إنشائه المطالبة بحقوق المعاقين بوجه عام، وبحق العمل وتكافؤ الفرص بوجه خاص⁽²⁾.

6- الاتفاقية الأمريكية لإزالة أشكال التمييز ضد الاشخاص المعوقين لسنة 1999، حيث ورد في نص المادة (3) من الاتفاقية ((ضرورة تعهد الدول الأطراف فيها باتخاذ الإجراءات التشريعية والاجتماعية والتربوية، وتلك التي تتعلق بالعمل، أو أي إجراءات أخرى لإزالة التمييز ضد الاشخاص المعاقين، وتشجيع اندماجهم الكامل في المجتمع، حيث يمنع أي تمييز بين أفراد المجتمع مهما كان سببه)) وبناء على ذلك، فلا يمكن حرمان أي انسان من حقه في العمل الذي يختاره بحرية ووفق مؤهلاته.

7- وثيقة القواعد الموحدة لتكافؤ الفرص للأشخاص المعاقين لسنة 1993 انطلاقةً من رفض مظاهر التمييز الوظيفي بسبب الإعاقة، نصت القواعد الموحدة لتكافؤ الفرص للأشخاص المعاقين، على ضرورة ألاّ تميز الأنظمة والقوانين السارية في مجال التشغيل في أي دولة بين المعاقين كما يجب ألاّ تضع هذه القوانين العراقيل التي تقف حائلاً دون تشغيلهم كما حثت هذه الوثيقة جميع الدول على ضرورة اتخاذ تدابير من شأنها أن تدعم ويقوة إشراك المعاقين في السوق المفتوحة للعمل والتوظيف، كما شجعت تعاون الدول والمنظمات العمل وأرباب العمل، على اتباع سياسات منصفة في مجال التعيين والترقية، وشروط الخدمة ومعدلات الأجور⁽³⁾ كما أوصت الوثيقة أيضاً على مناهضة العبودية والاسترقاق لذوي الإعاقة في العمل، وحمايتهم من العمل القسري⁽⁴⁾.

1 وسيم حسام الدين الأحمد - الحماية القانونية لحقوق ذوي الاحتياجات الخاصة - منشورات الحلبي، ط1، بيروت، 2011، ص31

2 عمر حفصي فرحاني، وآخرون، آليات الحماية الدولية لحقوق الانسان وحرياته الاساسية، دراسة في أجهزة الحماية العالمية والاقليمية واجراءاتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع والاعلان، ط1، الاردن، 2012، ص234.

3 القاعدة السابعة من وثيقة القواعد الموحدة لتكافؤ الفرص للأشخاص المعاقين.

4 المادة 27 من وثيقة القواعد الموحدة لتكافؤ الفرص للأشخاص المعاقين.

ثانياً: - حق العمل في العهود والإعلانات الدولية.

1- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966, فقد جاء هذا العهد مؤكداً لحق المعاق في الحياة, وما يتصل بها من حقه في سلامه شخصه, وضمان الأمن الفردي, مع حقه في إبداء الرأي, وحرية التنقل وحرية العقيدة, مع الحق في الاشتراك في الحياة السياسية, والحق في تقلد الوظائف العامة⁽¹⁾, كما أكد على ضرورة أن تحترم وتكفل كل دولة طرف في هذا العهد, كافة هذه الحقوق للأفراد المتواجدين على أراضيها والداخلين تحت ولايتها دون تمييز من أي نوع.

2- الإعلان الخاص بالمتخلفين عقلياً لسنة 1971, حيث جاء نص المادة (3) منه حاثاً على حق هذه الفئة في العمل, فنصت على ((للمتخلف عقلياً حق التمتع بالأمن الاقتصادي, وبمستوى معيشة لائق, وله إلى أقصى مدى تسمح به قدراته حق في العمل المنتج, ومزاولة مختلف المهن الأخرى التي تعود عليه بالنفع)), غير أن مسألة إدماج هذه الفئة من المعاقين في العمل من الصعوبة بمكان, مقارنةً بغيرها من فئات المعاقين الأخرى؛ لأن فئة المصابين بالأمراض العقلية قلماً تستطيع التأقلم والاندماج مع الآخرين, أو حتى التكيف مع ظروف العمل, لذا كان من الأجدى للمنتميين لهذه الفئة من المعاقين توفير بدائل تمكنهم من الحصول على ما يلبي حاجاتهم, بدل إقحامهم في العمل, كمنح التضامن والمساعدات المالية التي يتكفلها المجتمع⁽²⁾.

3- الإعلان العالمي لحقوق المعاقين لسنة 1975, حيث يعد هذا الإعلان الأساس الذي اعتمدت عليه أغلب تشريعات دول العالم, حتي يمكن ضمان أكبر قدر من حقوق المعاقين, فقد تعرض هذا الإعلان لتحديد المقصود من مفهوم المعاق, كما تعرض لبيان كافة حقوقه الذي يجب أن تكفل, والتي من بينها احترام كرامته, وحقه في بيئة صالحة ومناسبة تمكنه من الحركة والتنقل بسهولة ويسر, كما أكد على حقه في الرعاية والتأهيل, وفي الحصول على التعويضات ممن كان سبباً في إعاقته, إذا كانت بفعل فاعل, كما أوجب الإعلان ضرورة تمتع المعاق بمستوى معيشي لائق, وأكد أيضاً على حق المعاق في الحصول على عمل, أو مزاولة مهنة مفيدة و مريحة ومجزية, وله أيضاً حق الانتماء إلى نقابات العمال⁽³⁾.

1 المادة الثانية من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966.

2 رفق حامد زايد الشمري - حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة وفقاً لأحكام القانون الدولي العام - دار الفكر الجامعي, الطبعة الأولى, الاسكندرية, 2018, ص 299.

3 الفقرة السابعة من الاعلان الخاص بالمعاقين لسنة 1975.

ولعل الاهتمام بفئة المعاقين، والاعتراف لهم بمختلف الحقوق، وحق العمل على رأس تلك الحقوق، كل ذلك دعا الامم المتحدة إلى إقرار عام 1980 سنة للمعاقين، وهذا اعتراف صريح بأن فئة المعاقين قوة لا يستهان بها، وذلك عندما تمنح لهم فرصة المشاركة والتأهيل⁽¹⁾، وإذا كان الأمر كذلك، وكان للمواثيق والعهد والاعلانات الدولية عظيم الأثر في تبني حقوق المعاقين على مختلف الأصعدة، والتي ركزنا فيها على حق العمل تماشياً مع موضوع البحث، فإن تشريعات الدول، وعلى مختلف درجاتها، أخذت على عاتقها كفالة هذا الحق، والتي من بينها التشريعات العربية، حيث سنتناول بالبحث حق العمل للمعاق بموجب هذه التشريعات، قبل التعرّض للحديث عما تضمنته منظومة التشريعات الوطنية من إقرار حق المعاق في العمل، باعتبار أن هذه التشريعات هي الأقرب إلينا، وذلك من خلال الفرع الثاني.

الفرع الثاني: حق العمل في بعض التشريعات العربية:

لقد أولت جل الدول العربية اهتماماً واسعاً بتشريعات المعاقين، وأقرت هذه التشريعات الكثير من الحقوق، فقد اهتمت هذه التشريعات بمسألة التشغيل وحسناً فعلت عندما ربطت أمر التشغيل بعملية التأهيل، باعتبار أن التأهيل ضروري لتمام عملية التشغيل، والتحاق المعاق بمكان العمل، وتؤكد هذا الأمر بصدور ميثاق حقوق المعاقين العربي سنة 2002، والذي اعتبر تشغيل المعاقين بعد تأهيلهم تأهيلاً صحيحاً وسليماً، من أنجح الوسائل التي تضمن للمعاق حق العمل⁽²⁾، وسيراً مع منهجية البحث، عليه سنعرض لتشريعات دول المشرق العربي من خلال الفقرة (أولاً) ثم نعرض على تشريعات دول المغرب العربي من خلال الفقرة (ثانياً).

أولاً: حق العمل في تشريعات دول المشرق العربي:-

بما أن حق العمل من الحقوق المكفولة قانوناً، وخاصة بالنسبة للمعاقين، فقد نصت كل من الدساتير والقوانين العادية على ذلك.

فبالنسبة للدساتير التي أقرت حق العمل للمعاقين، ما جاء في نص المادة (35) من دستور دولة الامارات العربية، وما نصت عليه المادة (12) من دستور دولة لبنان، وما ورد في نص المادة (32) من دستور جمهورية العراق وما احتوته المادة (14) من الدستور المصري، هذه عينة من دساتير دول المشرق العربي تؤكد على حق المعاق في العمل، وتولي المناصب، مؤكدة في ذلك على مبدأ المساواة بين المعاقين وغيرهم من الاسوياء المعاقين، غير أن الأمر لا يقتصر على ما ورد في نصوص الدساتير، بل أن التشريعات العادية لهذه الدول أقرت حق العمل للشخص المعاق، واختلفت النسب المئوية المخصصة لهم في مناصب العمل من تشريع لآخر، وذلك بعد إتمام عملية التأهيل اللازمة بالطبع، ففي دولة العراق، ومن خلال قانون رعاية ذوي الإعاقة والاحتياجات الخاصة رقم (38) لسنة 2013 نجد نص المادة

¹ أزهار صبر كاظم، وليد كاظم حسين مرجع سبق الإشارة إليه، ص 255.

² سعيود زهرة- الاشخاص المعوقون والقانون الواقع في الجزائر - دار الخلدونية، الجزائر، بدون طبعة، 2017، ص 128.

(16) والذي جاء فيه ((تخصص الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة وشركات القطاع العام وظائف لذوي الإعاقة والاحتياجات الخاصة لا تقل عن 5% من ملاكها))، أما في قانون حقوق المعاقين اللبناني رقم 2000/220 والمتعلق بتوظيف وعمالة المعاقين جاء نص المادة (73) على النحو الآتي ((تخصص وظائف في القطاع العام للأشخاص المعاقين بنسبه لا تقل عن 3% من العدد الإجمالي للفئات (الوظائف))، كما أن القانون المصري رقم (49) لسنة 1982 ومن خلال المادة (9) منه حدد نسبة تشغيل المعاقين 5%، كما أن هناك قوانين تشجع على إقامة المشاريع الفردية للمعاقين، وذلك بتمويل من الدولة عندما يرغب الشخص المعاق في إقامتها⁽¹⁾، وهذا ما ذهب إلى إقراره المشرع السعودي، وفي المملكة الاردنية بلغت نسبة تشغيل المعاقين 4% بالمؤسسات العامة والخاصة، وذلك بناء على قانون حقوق الاشخاص المعوقين رقم (31) لسنة 2007، غير أن ما يميز هذا القانون عن غيره من القوانين العربية إقراره عقوبة لجهة العمل التي لا تلتزم بتشغيل المعاقين تتمثل في الزام هذه الأخيرة بدفع أجور العاملين المعاقين الواجب تشغيلهم، ولم تلتزم بذلك، وإذا كانت تشريعات دول المشرق العربي قد تفاوتت فيها نسب تشغيل المعاقين، فإن الأمر لا يختلف كثيراً في تشريعات دول المغرب العربي، وهذا ما سنتقل لبيانه من خلال

ثانياً: - حق العمل في تشريعات دول المغرب العربي:

في البدء لابد من التعرّيج على دساتير هذه الدول، لمعرفة نصوصها التي نظمت الحقوق والواجبات، مع الأخذ في الحسبان التركيز على حق العمل الذي هو محل بحثنا، فيطالعنا نص المادة (66) من الدستور الجزائري والمادة (12) من الدستور الموريتاني، كما نجد الفصل الثاني عشر من الدستور المغربي، وفي الدستور التونسي الفصل الأربعون، غير أن ما يلاحظ على هذه النصوص أنها لم تخص فئة المعاقين بالذكر، ولكنها أشارت إلى أن حق العمل من الحقوق المصونة لكل مواطن ومواطنة دون تمييز، وأن حق تقلد المناصب والوظائف لا يقتصر على فئة دون غيرها، وأما على مستوى التشريعات العادية، فلا مناص من القول بأن المشرعين لم يغيب عن أذهانهم أن يخصوا فئة المعاقين بقوانين تخصهم، وتنظم شؤونهم وحقوقهم، فما هو المشرع التونسي يخص المعاقين بالقانون رقم (52) لسنة 1989، والذي جاء في حكم المادة (11) منه ((يتعين أن يؤدي التأهيل المهني للأشخاص المعاقين إلى تمكينهم من مباشرة نشاط اقتصادي، يسمح لهم باستعمال معلوماتهم ومؤهلاتهم المهنية)) وفي المغرب يؤكد قانون رعاية المعاقين، على حق المعاق في تولي الوظائف العامة، كما يؤكد على أن إصابة الأجير، أو الموظف بإعاقة تمنعه من مواصلة عمله السابق، وجب تكليفه بعمل آخر، دون تغيير على وضعيته المادية، ولم يكتف المشرع عند هذا الحد، بل رفع نسبة تشغيل المعاقين إلى 7% وهي أعلى نسبة تشغيل في التشريعات

¹ صوفي جميل - أوضاع المعاقين في المملكة العربية السعودية وبرامج الخدمات المتوفرة - مؤتمر حول قدرات واحتياجات المعوقين في منطقة الأسكوا، عمان، الاردن، 1989، ص13.

العربية، كل ذلك من خلال المادة (7) والمادة (18) من قانون رعاية المعوقين في المغرب رقم 8 - 58 - 1981، وفي الإطار نفسه، أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 02 - 09 والمتعلق بحماية المعاقين، حيث جاء حكم المادة 5/3 ليقرر حق المعاق في العمل، وذلك بنصها على ((تهدف حماية المعوقين إلى ضمان اندماجهم وإدماجهم على الصعيدين الاجتماعي والمهني، لاسيما بتوفير مناصب عمل)) كما أن المشرع من خلال هذا القانون يقرر عدم جواز إقصاء أي مترشح بسبب إعاقته من مسابقة، أو اختبار، أو امتحان مهني، يتيح له الالتحاق بوظيفة عمومية أو غيرها، وذلك من خلال نص المادة (24) من القانون المذكور⁽¹⁾ غير أن المشرع الجزائري كان شحيحاً بعض الشيء في مسألة تحديد نسبة تشغيل المعاقين، فكانت أقل النسب على مستوى التشريعات العربية، حيث جاء في حكم المادة 27 من القانون سالف الذكر ما نصه ((يجب على كل مستخدم أن يخصص نسبة 1% على الأقل من مناصب العمل للأشخاص المعوقين المعترف لهم بصفة العامل))، والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري بالإضافة إلى القانون المتعلق بحماية المعوقين، يقر الحق في العمل لفئة المعاقين، بناء على قانون علاقات العمل 90-11 وذلك من خلال المادة (16) والتي نصت على أنه ((يجب على المؤسسات المستخدمة أن تخصص مناصب عمل للمعاقين))⁽²⁾

وبعد هذا العرض الموجز والمقتضب لأبرز وأهم ما احتوته المواثيق والعهد الدولية، وما جاءت به تشريعات الدول العربية من أحكام بشأن تشغيل وعمالة المعاقين، حان الوقت لبيان موقف التشريعات الليبية، وما تضمنته من حقوق العمل لفئة المعاقين، وذلك من خلال المطلب الثاني، والمعنون بحق العمل في التشريعات الليبية.

المطلب الثاني: - حق العمل في التشريعات الليبية:

يعد حق العمل من الحقوق المصونة، والتي لا يجوز فيها التفرقة أو الإقصاء والابعاد لأي شخص كائناً من كان، ولأي سبب مهما كان، وحيث أن للعمل الكثير من الغايات والأهداف، منها الاقتصادية والاجتماعية، وحتى الأمنية فهو إذا من الوسائل التي ترسي قواعد إثبات الذات⁽³⁾ وهو في نفس الوقت وسيلة من وسائل توفير متطلبات الحياة، كما أنه في الوقت ذاته ضمان لاستمرار حياة العامل وأسرته، فضلاً عن أنه يساهم في دفع عجلة الاقتصاد الوطني ولايفوتنا التنويه على أنه كلما كانت فرص العمل متاحة ومتوفرة كلما تضاءلت نسب البطالة بين أفراد المجتمع، وكلما تضاءلت نسب البطالة تقلص معدل الجريمة وتحققت سيادة الدولة، ومما لاشك فيه أن تحقيق الغاية والهدف من العمل وجب أن يتم في إطار الحقوق، وليس في إطار التفضل والجميل والمنّة، ودون هدر لطاقات المجتمع، أو إقصاء لطائفة، أو فئة

1 القانون 02 - 09 - الصادر في 8 مايو 2002 - المتعلق بحماية الأشخاص المعاقين وترقية حقوقهم - الجريدة الرسمية - العدد 34 14 مايو 2002 - الجزائر.

2 القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية، العدد 17، 1990، الجزائر.

3 سعید زهرة. الأشخاص المعوقين بين القانون والواقع في الجزائر. مرجع سبق الإشارة إليه، ص 128.

من فئات المجتمع، كفاءة المعاقين وحيث أنه من الثابت أن العمل يعد من أفضل السبل التي تمكن هذه الفئة من الاعتماد على النفس، وعدم بقائها عالة على الغير⁽¹⁾ كان من الضروري على المشرع أن يخصص من النصوص القانونية ما يكفي لضمان حق العمل لهذه الفئة، فهل يا ترى راعي المشرع هذا الجانب، كل ذلك سيتم بيانه من خلال التعرض لنصوص القوانين التي تؤكد حق المعاق في العمل (كفرع أول) وذلك من خلال التعرض للنصوص الواردة فيما يعد وثائق دستورية (أولاً) ثم التعرض للنصوص القانونية المؤكدة لحق عمل المعاق في التشريعات العادية (ثانياً).

الفرع الأول:- النصوص القانونية المؤكدة لحق المعاق في العمل:-

تطبيقاً للقاعدة الهرمية التي تخضع لها منظومة التشريعات في ليبيا، وضماناً لعدم التعارض ما بين القوانين الدنيا مع غيرها من القوانين العليا، وتحقيقاً لمبدأ دستورية القوانين، وعدم تناقض بعضها مع البعض الآخر، كما لا يغيب عن أذهاننا أن الاتفاقيات والمعاهدات التي تمت المصادقة عليها من قبل الدولة الليبية، تعلق القانون الداخلي، وتسمو عليه، وذلك عملاً بنص المادة (13) من مسودة الدستور الليبي، ومراعاة لما سبق ذكره، وجب بيان ما احتوته الوثائق الدستورية الليبية من أحكام من خلال الفقرة (أولاً) ثم تبين ما ورد من أحكام في التشريعات العادية من خلال الفقرة (ثانياً).

أولاً:- النصوص الواردة فيما يعد وثائق دستورية:-

لا مناص من القول بأن مختلف الوثائق الدستورية على الصعيد الوطني، تؤكد على حق العمل لكل مواطني الدولة، ودون تمييز بينهم، أو اختصاص فئة دون غيرها، فقد جاء في الإعلان الدستوري لسنة 2011 نص المادة (6) والذي تطرق لبيان الحق في العمل، فنصت على أن ((الليبيون سواء أمام القانون ومتساوون في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية، وفي تكافؤ الفرص، وفيما عليهم من الواجبات والمسؤوليات العامة، ولا تمييز بينهم بسبب الدين أو المذهب أو اللغة أو الثروة أو الجنس أو النسب أو الآراء السياسية أو الوضع الاجتماعي أو الانتماء القبلي أو الجهوي أو الأسري))، واستناداً لما سبق، فإن حق العمل يعد من بين الحقوق المدنية، وحق تكافؤ الفرص التي ذكرها النص كما جاء في حكم المادة (8) من ذات الاعلان على أنه ((تضمن الدولة تكافؤ الفرص، وتعمل على توفير المستوى المعيشي اللائق، وحق العمل والتعليم والرعاية الصحية والضمان الاجتماعي لكل مواطن، كما تكفل الدولة حق الملكية الفردية والخاصة، وتضمن الدولة عدالة توزيع الثروة الوطنية بين المواطنين وبين مختلف مدن ومناطق ليبيا))، وفي نفس الصدد وبالإشارة إلى مشروع الدستور الليبي، نجد نص المادة (56) قد جاء بحكم عام يكفل حق العمل لكل مواطن بقولها ((لكل مواطن الحق في العمل، وتعمل الدولة على أن يكون في ظروف آمنة ولائقة، وللعامل الحق في اختيار نوعه وعدالة شروطه، مع ضمان الحقوق النقابية

¹ نايف ابن الزرع - تأهيل المعاقين - دار الفكر للطباعة والنشر - ط2 - عمان - 2006 - ص46.

وتحرص الدولة على رفع قيمته، وفتح فرص للباحثين عنه))، وعلى العكس من ذلك جاء حكم المادة (60) من مشروع الدستور معدداً لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة دون ذكر لحق العمل صراحة، فنصت على أن ((تلتزم الدولة ضمان كافة حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة صحياً واجتماعياً وتعليمياً وسياسياً واقتصادياً ورياضياً وترفيهياً وغيرها، وعلى قدم المساواة مع الآخرين، وتعمل الدولة على تهيئة المرافق العامة والخاصة، والبيئة المحيطة التي تمكنهم من الاندماج في المجتمع بصورة كاملة وفاعلة، وتتخذ الدولة التدابير الكافية اللازمة لتفعيل القوانين التي تضمن ذلك))، وبالرجوع قليلاً إلى العهد الملكي، وما احتواه دستور المملكة الليبية، يطالعنا نص المادة (11) والذي نقل حرفياً إلى نص المادة (6) من الاعلان الدستوري لسنة 2011 سالفه الذكر، والتي أشرنا إليها سابقاً، كما لا يفوتنا في هذا المقام التذكير بنص المادة (34) من الدستور الملكي، والتي جاء فيها أن ((العمل عنصر من العناصر الأساسية للحياة الاقتصادية، وهو مشمول بحماية الدولة، وحق لجميع الليبيين، ولكل فرد يقوم بعمل الحق في أجر عادل))، كما تجدر الإشارة إلى أن الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان الصادرة في 1988/6/12 باعتبارها وثيقة من الوثائق الدستورية نصت من خلال المادة (11) على أنه ((يضمن المجتمع الجماهيري حق العمل، فالعمل واجب وحق لكل فرد في حدود جهده بمفرده، أو شراكة مع آخرين، ولكل فرد الحق في اختيار العمل الذي يناسبه))، كما أن المادة 21 من ذات الوثيقة ذكرت أن ((أبناء المجتمع الجماهيري متساوون رجالاً ونساءً في كل ما هو إنساني)).

من خلال القراءة الأولية لنصوص الوثائق الدستورية المستهدفة بالبحث والتي تم التعرض إليها، يلاحظ أنها تستهدف الذكور دون الإناث، فهي تأتي بمفردات تدل على ذلك، فتخاطب الليبيين دون الليبيات، كما تذكر لفظ المواطن دون المواطنة، والعامل دون العاملة، وتخاطب الفرد المذكر، الأمر الذي يفضي إلى استبعاد عنصر الاناث، والذي يشكل نسبة لا بأس بها من المجتمع، زد على ذلك أن ما تم استهدافه بالبحث من نصوص دستورية، لم تعالج مسألة حق المعاقين في العمل بصورة مباشرة، وذلك بعدم نصها صراحة على حق هذه الفئة في العمل، كما ورد في العديد من الدساتير المقارنة، بل ذكرت بأن حق العمل مكفول لكل مواطن، وفي هذا الإطار يمكن الاستئناس بما ورد في نص المادة 81 من الدستور المصري المؤكدة لضمان حق المعاق في العمل بنصها على أن ((تلتزم الدولة بضمان حقوق ذوي الاعاقة والأقزام صحياً واقتصادياً واجتماعياً وثقافياً وترفيهياً ورياضياً وتعليمياً، وتوفير فرص العمل لهم، مع تخصيص نسبة منها لهم، وتهيئة المرافق العامة والبيئة المحيطة بهم)).

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لنصوص الوثائق الدستورية، فما هو الوضع بالنسبة لأحكام التشريعات العادية؟ وهذا ما سنبينه من خلال...

ثانياً: النصوص القانونية المؤكدة لحق العمل في التشريعات العادية:.

لعل المبالغة في التكفل الكامل بحياة المعاق تجعل منه عنصراً غير فعالٍ في المجتمع، كما تركز لديه روح الاتكالية والتبعية، لذا وجب إقحام المعاق للمشاركة في مجالات الحياة المختلفة⁽¹⁾، وذلك من خلال الاعتراف لفئة المعاقين عموماً بضرورة ولوج غمار العمل، وإقرار حقهم فيه، وهذا لا يتأتى إلا من خلال نصوص قانونية تعترف لهم بهذا الحق، مثل هذه النصوص وردت في قانون علاقات العمل، وقوانين الضمان الاجتماعي، والقوانين المتعلقة بشؤون المعاقين، وفي هذا الإطار لا بد من الإشارة إلى ما ورد بالفصل السادس من قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (595) لسنة 2010 بشأن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون علاقات العمل رقم (12) لسنة 2010 تحت بند تشغيل المعاقين نص المادة (87) والذي جاء فيه ((مع مراعاة الأحكام الواردة بالقانون رقم (5) لسنة 1987 بشأن المعاقين تلتزم جهات العمل بتشغيل كل من اكتمل تدريبه وتأهيله بما يتناسب مع ما أهل له، مع تخصيص نسبة في ملاكاتها الوظيفية لتشغيل المعاقين لا تقل عن 5% من مجموع العاملين لديها، ويكون تعيينهم بدون امتحان))، بإمعان النظر في صياغة النص، يلاحظ أن صياغته جاءت في شكل أمر يخاطب جهات العمل العامة والخاصة على حدٍ سواء بضرورة تخصيص نسب في الملاكات الوظيفية بها، وذلك لشغلها من قبل فئة المعاقين لا تقل عن 5% بعد اتمام عملية التدريب والتأهيل اللازمة كشرط لتعيينهم، واستثنى النص المعاقين من إجراء امتحان لشغل الوظيفة، بل يكفي إنجاءه لعمليات التدريب والتأهيل، وهذا بطبيعة الحال فيه نوع من التسهيل عليهم⁽²⁾، لأن غيرهم من الأسوياء، تشترط عليهم اللائحة ضرورة دخولهم الامتحان، حتى يتمكنوا من الحصول على فرصة عمل، ولم تكتف اللائحة بالامتحان، بل أكدت على أن شغل الوظائف لغير المعاقين يتم من خلال قوائم الناجحين في الامتحانات (المواد 62، 63) من اللائحة المذكورة، أما في قانون الضمان الاجتماعي رقم (13) لسنة 1980 نجد أيضاً نص المادة (30) تحت بند ثانياً: الرعاية الصحية النوعية وبالتحديد الفقرة (ب) والتي جاء فيها ((تشمل الرعاية الصحية النوعية التي يقدمها الضمان الاجتماعي، إعادة تأهيل المرضى والمصابين لمنحهم فرصاً جديدة للعمل والانتاج، وذلك لإزالة آثار الإعاقة، أو تخفيفها لديهم، وبالعمل على تدريبهم على مهنهم أو حرفهم، أو مهن، أو حرف أخرى مناسبة))، وفي إطار القانون المتخصص في شؤون المعاقين، والأكثر اهتماماً بهم القانون رقم (5) لسنة 1987 بشأن المعاقين حيث يُعد قانوناً خاصاً بالنسبة لقانون علاقات العمل، وقانون الضمان الاجتماعي، فهو من أهم التشريعات التي تعني بفئة المعاقين، والتي تمكنهم من الوصول إلى حقوقهم بشكل أفضل⁽³⁾، وعلى جميع المستويات، ولعل ما يهمنا من الحقوق حق العمل والتشغيل،

¹ بهاء الدين جلال - دليل الإحصائي الاجتماعي للتعامل مع المعاقين ذهنياً - دار العلوم للنشر والتوزيع - 2020 - ص 7.

² أسماء سراج الدين هلال - تأهيل المعاقين - دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة - عمان - 2009 - ص 154.

³ محمد الصقور - اهم الإنجازات التي تحققت في المرحلة الاولى للاستراتيجيات الوطنية للأشخاص المعاقين - 2007 - 2009 المؤتمر الوطني حول الاستراتيجية الوطنية للأشخاص المعوقين - 23 - 24 تشرين الثاني - عمان 2009 - ص 21.

باعتباره محل بحثنا، ومن هذا المنطلق فإن المشرع، ومن خلال نصوص هذا القانون، حاول إلى حدٍ ما معالجة بعض نواحي القصور في سابقه، القانون رقم (3) لسنة 1981 بشأن المعاقين، فبعد أن جاء ببعض التعريفات الخاصة بالمعاقين في الباب الأول، استهل الباب الثاني منه بالمادة (4) مؤكداً من خلالها على حق المعاق في العمل، بالإضافة إلى المزايا والمنافع المقررة للمعاقين، وذلك من خلال الفقرة (و) من المادة المذكورة، كما أكد المشرع على حق المعاق بعد تأهيله والتحاقه بالعمل الحصول على منفعة، أو أكثر من المنافع المنصوص عليها في المادة (4) وذلك من خلال نص المادة (6)، وفي نفس الصدد وحرصاً من المشرع على إلحاق الشخص المعاق بمهنة يرتزق منها، أكد على حقه في التأهيل، أو إعادة التأهيل بجميع أنواعه، الطبي، أو النفسي، أو الاجتماعي، أو التعليمي، أو المهني، وذلك من خلال نص المادة (17) ومن زاوية أخرى يطالعنا نص المادة (18) والذي حدّد المشرع من خلاله الفئات المستهدفة بالتأهيل، أو إعادة التأهيل ((يكون للأشخاص المعاقين الكبار، كما يكون للصغار الذين أنقوا مرحلة التعليم الأساسي، ولم يواصلوا تعليمهم، أو ثبت عدم قدرتهم على تلقي التعليم الأساسي))، والملاحظ على مسألة التأهيل التي تم التأكيد عليها في أكثر من مناسبة، أن المشرع يصبغها بصبغة الإلزام، وهذا بطبيعة الحال يمثل تحولاً أساسياً في تعاطي بعض التشريعات مع مشكلة الإعاقة، فبالرغم من توافر شروط العيش الكريم لفئة المعاقين، وذلك من خلال تمتعهم بعدد المنافع والمزايا، إلا أن ذلك يجب ألا يكون وسيلة لركون المعاق عن المشاركة في الحياة العملية⁽¹⁾، وهذا ما حدا بالمشرع وجعله يولي التأهيل، وخاصة التأهيل المهني جانباً مهماً، حيث أفرد له نصوص المواد (19) التي تعطي هذا النوع من التأهيل صفة الوجوب والاجبار إذا توافرت شروطه، فنصت على أن ((يكون التأهيل المهني واجباً على المعاقين المشار إليهم في المادة السابقة، إذا توافر فيهم الشرطان التاليان:.

أ. أن يكون المعاق لائقاً صحياً لتلقي التأهيل.

ب. أن يكون دون الأربعين من عمره)).

ثم تابع المشرع حرصه على هذا النوع من التأهيل، فأسند مهمة القيام به ومتابعته لأجهزة مسؤولة تدير هذا النوع من التأهيل، وتشرف عليه، فجاء بحكم المادة (20) والتي نصت على أن ((تتولى اللجان الشعبية للخدمة العامة في البلديات تدريب المعاقين وتأهيلهم في مراكز التدريب المهني، وغيرها من المراكز والمعاهد المتخصصة، وذلك بالتنسيق مع اللجان الشعبية للضمان الاجتماعي والجهات ذات العلاقة))، وفي ذات السياق، وعلى المستوى العملي، يؤكد المشرع على أن من تم تأهيله وتدريبه من المعاقين له حق الحصول على ما يناسبه من عمل، وألزم جهات العمل العامة والخاصة بتشغيلهم فنص في المادة (22) على أن ((للمعاق الذي اكتمل تدريبه وتأهيله الحق في العمل بما يتناسب وما أهل له، وتلتزم الوحدات

¹ مهدي محمد القصاص - التمكين الاجتماعي لذوي الاحتياجات الخاصة في منتدى التجمع الوطني المعني للحقوق المعاق - المؤتمر العربي الثاني - الإعاقة الذهنية بين التخفيف والرعاية - أسيوط - 2004 - ص10.

الإدارية، والشركات والمنشآت العامة بتخصيص نسبة في ملاكاتها الوظيفية لتشغيل المعاقين وتحدد هذه النسبة بقرار من اللجنة الشعبية العامة للخدمة العامة))، وقد أشرنا إلى نسبة التشغيل هذه، والتي حددتها اللائحة رقم 595 لسنة 2010 بنسبة 5% ومن زاوية أخرى، نرى حرص المشرع على نجاح المعاق في عمله فقرر ضرورة الإشراف والمتابعة له فنص في المادة (23) على أن ((على اللجنة الشعبية للضمان الاجتماعي في البلدية متابعة المعاق العامل طيلة مدة عمله وتشمل المتابعة مساعدته على التكيف مع العمل الذي وجه إليه، وتذليل المصاعب التي قد تواجهه فيه، والوقوف إلى جانبه في الدفاع عن مصالحه وحقوقه المشروعة الناجمة عن عمله)).

والجدير بالذكر أن المتتبع لنصوص القانون يدرك جيداً أن المشرع لا يكتف بإقرار حق المعاق في العمل، بل يذهب إلى أكثر من ذلك، ويضع في حسابه أن عمل المعاق من الواجبات الملقة على عاتقه، فإذا ما أخل بذلك جاز حرمانه من المنافع والمزايا المقررة له، فجاء بحكم المادة (32) التي تنص على أن ((يجوز حرمان المعاق من كل أو بعض المنافع المقررة بموجب هذا القانون، إذا امتنع عن الالتزام ببرامج التعليم، أو التأهيل، أو إعادة التأهيل، أو مباشرة العمل الذي يوجه إليه، أو الاستمرار فيه، بدون عذر مقبول، ويكون الحرمان بقرار مسبب من اللجنة الشعبية للضمان الاجتماعي بالبلدية)).

وإذا كان الأمر كذلك، فإن كل ما تعرضنا له من النصوص القانونية بالبحث والتحليل تؤكد بما لا يدع مجالاً للشك، أن من حق فئة المعاقين كغيرهم من الأسوياء، حصولهم على فرص عمل تؤمن لهم ولأسرهم حياة كريمة، غير أن الواقع العملي يثبت عكس ذلك، فليس كل ما هو مسطر من نصوص قانونية يمكن تطبيقه واقعاً، فهناك الكثير من الصعوبات والعقبات، قد تقف حائلاً دون وصول أصحاب الحقوق إلى حقوقهم، وفئة المعاقين ليس بمنأى عن ذلك، إذ أن الواقع العملي يؤكد لنا أن ثمة صعوبات تعترض مسألة تشغيل وعماله المعاقين، بل إن الأمر أحياناً يصل إلى حد الاستحالة، هذا ما نحاول استيضاحه من خلال الفرع الثاني:.

الفرع الثاني: صعوبات تشغيل المعاقين في ليبيا.

مما لا شك فيه أن الوصول بالشخص المعاق إلى مرحلة التشغيل ليس بالأمر الهين والسهل، فكما هو الحال لا يخلو أمر من الأمور من صعوبات، أو وجود عراقيل ومشبطات، فمسألة تشغيل المعاق كما رأينا تتطلب تدريباً وتأهيلاً مناسباً وكافياً⁽¹⁾، قد يكلف الكثير من الوقت والجهد والمال، ولكن مع كل ذلك فإن النتائج الإيجابية التي تتحقق من وراء تمكين المعاق من فرصة عمل تفوق بكثير تكاليف تدريبه وتأهيله؛ نظراً لما تحققه مسألة تشغيل المعاق من دعم ودفع لعجلة الاقتصاد الوطني، غير أن الواقع

¹ الزعوط، مرجع سبقت الإشارة إليه، ص 190.

العملي يكشف لنا أن مسألة تشغيل المعاق تعكس عديد الصعوبات, وقد نصل حتى إلى القول بأن هناك شبه استحالة لتحقيق هذه الغاية وذلك على النحو التالي:

أولاً: الصعوبة في تحقيق نسبة التشغيل الموصي بها قانوناً:

تنفيذاً للالتزامات الدولية الليبية وتعهداتها من خلال الانضمام إلى المعاهدات والاتفاقيات العربية منها والدولية, ومصادقتها عليها, وخاصة المتعلقة منها بتشغيل وعمالة الأشخاص المعاقين, فإن التشريعات العليا والدنيا منها بالرغم من إقرارها لحق المعاق في العمل, إلا أنها لم تتعرض جميعها لبيان نسبة تشغيل المعاقين من الفئات العامة في القطاعين العام والخاص, اللهم إلا من خلال اللوائح والقرارات, والتي لا ترقى إلى مرتبة القانون, والتي كما رأينا حددت نسبة تشغيل المعاقين من خلال المادة (87) من قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (595) لسنة 2010 بشأن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون علاقات العمل رقم (12) لسنة 2010 وهي نسبة يمكن أن يقال عنها أنها نسبة متواضعة, إذا ما قورنت بالعدد الفعلي لتعداد المعاقين المتزايد, خاصة في السنوات العشر الأخيرة, هذا من جانب, ومن جانب آخر فإن نسبة التشغيل المنصوص عليها والمحددة 5% لا يمكن أن تتحقق إلا بعد اكتمال عمليات التدريب والتأهيل التي تسبق التمكين, والذي اشترطه نص المادة المذكورة أضف إلى ذلك ضرورة تناسب الوظيفة المخصصة للمعاق مع عملية التدريب والتأهيل التي تمت, فإذا لم يكن هناك تناسب ما بين التأهيل والوظائف الشاغرة امتنع تشغيل المعاق, ناهيك عن أن القانون رقم (5) لسنة 1987 بشأن المعاقين, والذي أشارت إليه المادة (87) من اللائحة والتي حددت نسبة تشغيل المعاقين, اشترطت مراعاة أحكامه, ومن ضمن ما جاء فيه من أحكام نص المادة (19) التي أكدت على أن يكون التأهيل المهني واجباً على المعاقين إذا توافر فيهم شرطان:

الشرط الأول: أن يكون المعاق لائقاً صحياً لتلقي التأهيل, وشرط اللياقة الصحية نادراً ما يتوافر لدى الأشخاص المعاقين, إذ لو توفر هذا الشرط لما كنا بصدد أشخاص معاقين.

الشرط الثاني: أن يكون المعاق دون الأربعين من عمره, وهذا يعني أن من تجاوز هذه السن ليس له حق التأهيل, وبالتالي فهو من المحرومين من الحصول على فرصة عمل.

وفي ذات الاطار نفسه, نرى أن قانون المعاقين المشار إليه, ومن خلال المادة (21) يستبعد المعاقون المصابون بأمراض مزمنة من أي تأهيل أو إعادة تأهيل, وما أكثر هؤلاء من بين المعاقين الحاملين لأمراض السكري وأمراض ضغط الدم وأمراض الحساسية وغيرها, وبالتالي فهؤلاء فئة من المعاقين منعوا قانوناً من تمكّنهم من العمل, كما لا ننسى أن قلة مراكز التأهيل والتدريب المهني, ونقص الكوادر البشرية المهنية والمدربة للعمل على تدريب المعاق, قد تشكل هي الأخرى صعوبة وعائقاً في طريق المعاق الباحث عن

العمل⁽¹⁾، وبالانتقال إلى قانون علاقات العمل رقم (12) لسنة 2010 والبحث فيه، نجد الفقرة الثالثة من المادة (8) قد تكون أيضاً من الصعوبات التي تواجه حصول المعاق على فرصة عمل، فقد نصت على أنه ((لا يجوز التوظيف أو التعاقد مع أي عامل ما لم يكن مسجلاً بسجلات الباحثين عن العمل بأحد مكاتب التشغيل، وحاصلاً على بطاقة باحث عن عمل سارية المفعول))، بما يعني أن المعاق كغيره من الباحثين عن عمل، عليه أن يدرج اسمه في سجلات الباحثين، ويلزمه أيضاً الحصول على بطاقة باحث، ملزم بتجديدها كلما انتهت صلاحيتها، كما لا يفوتنا التنبيه على أن عدم توافر الظروف البيئية من طرق ومباني ومرافق عامة غير مناسبة ولا تتماشى مع حاجة المعاق، من الأسباب الوجيهة في صعوبة تشغيله، وإذا كان الأمر كذلك، فكما رأينا أن هناك العديد من الصعوبات التي تحول دون حصول المعاق على فرصة عمل، فإن غياب عنصر الجزاء والعقاب حال مخالفة أحكام تشغيل هذه الفئة، قد يزيد الطين بلة، ويؤدي إلى تهاون جهات العمل في قبول المعاقين كعاملين لديها، وهذا ما يتم بيانه من خلال.

ثانياً: عدم اقتران مخالفة أحكام التشغيل بالعقوبات والجزاءات.

مما لا شك فيه أن المشرع حين يقر نصوص القوانين، لم يقرها لمجرد الترف والتسلية، أو لمجرد القراءة والاطلاع عليها، بل يقرها قاصداً من وراء ذلك تنظيم العلاقة ما بين الأشخاص الطبيعيين فيما بينهم، وما بينهم وبين الأشخاص الاعتباريين بما فيهم الدولة، حيث يقرر من خلال هذه النصوص القانونية المسؤولية بنوعيتها المدنية والجنائية، وتأسيساً على ذلك، نجد المشرع في المسؤولية الجنائية يقرر عقوبات للجنايات وأخرى للجنح وثالثة للمخالفات وفي مجال المسؤولية المدنية سواء كانت تقصيرية أو عقدية، يعززها المشرع هي الأخرى بعقوبات كالغرامة التهديدية والتعويض وغيرها.

غير أن نصوص القوانين التي تناولناها بالبحث في مجال التشغيل بالنسبة لفئة المعاقين، وعلى مختلف مستوياتها وحيث ما وردت، لم نر أثراً لعقوبة أو جزاء قانوني يمكن تسليطه على جهة العمل التي تخالف الأحكام التي تقرر حق المعاق في العمل، أو حتى في حالة عدم التقيد والعمل بالنصوص القانونية الموجبة لذلك، ناهيك عن عدم التزام جهات العمل بتشغيل النسبة الموصي بها قانوناً لفئة المعاقين، ومن البديهي أن انعدام الجزاء والعقاب يؤدي بلا شك إلى تهاون جهات العمل العامة منها والخاصة، وعدم الالتفات إلى تشغيل المعاقين⁽²⁾.

وبالانتهاء من الحديث عن الصعوبات التي تعيق مسألة تشغيل وعمالة المعاقين نصل إلى خاتمة البحث.

¹ أحلام رجب عبد الغفار - تربية المتخلفين عقلياً - دار الفجر للنشر والتوزيع - القاهرة - 2003 - ص 29.

² اقبال إبراهيم مخلوف - الرعاية الاجتماعية وخدمات المعاقين - دار المعرفة الجامعية الإسكندرية - 1991 - ص 99-100.

الخاتمة

لا مناص من القول بأن مشكلة الإعاقة من أعقد المشاكل التي تواجه المجتمعات البشرية، فلا يكاد يخلو مجتمع من المجتمعات من وجود فئة المعاقين من بين أفرادها، فلا منأى للإنسان عنها، فحتى وإن تخطاها في مرحلة الولادة، فقد تلحق به في أي مرحلة من مراحل عمره، لذا كان موضوع الإعاقة من المواضيع التي حظيت باهتمام كبير على المستويين الدولي والاقليمي، وما يؤكد ذلك صدور العديد من الاتفاقيات و الموائيق والعهود والاعلانات المعنية بهذا الشأن، فلقد أصبحت قضية الاهتمام بالأشخاص المعاقين، وتمكينهم من التمتع بمختلف حقوقهم دليل على تحضر المجتمع وعلامة على وصول الدولة إلى درجات الرقي، ونعتها بدولة الحق والقانون فالاهتمام بالمعاقين وتحسين أوضاعهم لا يتم من خلال الكم الهائل من المؤسسات الخاصة بهم فحسب، بل يتطلب بالإضافة إلى ذلك تغيير ثقافة المجتمع، ورفع مستوى الأفراد فيه، بغية الوصول إلى معرفة كل شخص فيه لدوره، وحدود مسؤولياته تجاه هذه الفئة في المجتمع، وليصل كل فرد في المجتمع إلى مستوى الكيفية التي يتم التعامل بها مع المعاقين ورعايتهم، وحتى التكفل بهم لبلوغ درجة الاعتماد على أنفسهم، ومن هذا المنطلق فأن تحسين أوضاع المعاقين يتطلب وعي المجتمع أفراداً ومسؤولين، بضرورة تمتع المعاق بكافة حقوقه، والتي من بينها وأهمها حق العمل، فعملية إدماج المعاقين في الحياة العملية أو تهميشهم، لا شك أنه من السلوكيات الاجتماعية، فهذه الفئة من المجتمع ليست بحاجة إلى من ينظر إليهم بعين الرحمة والعطف، وإظهار شعور الشفقة عليهم، بل بالعكس من ذلك، فهم بحاجة لمن ينظر إليهم بأنهم أفراد أسوياء كغيرهم، لهم حاجاتهم ومشاكلهم الخاصة.

وإذا كان الأمر كذلك، فإن البحث في موضوع تشغيل المعاقين قد أفضى إلى مجموعة من التوصيات لعلها تساهم في زيادة فرص العمل للمعاقين، وتساهم إلى حدٍ ما في إزالة الصعوبات والعقبات التي تواجه عملية التشغيل.

التوصيات

- 1- مراجعة نصوص قانون المعاقين رقم (5) لسنة 1987 باعتباره قد صدر قبل صدور الاتفاقية الدولية لحقوق الاشخاص ذوي الاعاقة, حتى تكون نصوصه منسجمة مع بنود الاتفاقية.
- 2- ضرورة إصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم (5) لسنة 1987 بشأن المعاقين.
- 3- تطوير التشريعات العامة والخاصة, وتعديلها بما يضمن حق المعاق في الحياة والدمج والمساواة مع بقية أفراد مجتمعه.
- 4- ضرورة توجه القوانين والنصوص المتعلقة بالمعاقين نحو الحقوق أكثر من توجيهها نحو الرعاية.
- 5- تطعيم منظومة تشريعات المعاقين بنصوص صارمة, خاصة المتعلقة منها بأحكام التشغيل, مع احتوائها لعقوبات وجزاءات حال مخالفة هذه الأحكام.
- 6- فرض غرامات مالية على جهات العمل غير الملتزمة بتشغيل الأشخاص المعاقين, وعلى العكس من ذلك منح حوافز وتسهيلات لجهات العمل الملتزمة.
- 7- السهر على التطبيق العام للقوانين والنصوص الملزمة لجهات العمل والمصالح العامة بتشغيل المعاقين دون تمييز.
- 8- الابتعاد والتخلي عن النهج القائم على الاحسان للأشخاص المعاقين وإفساح المجال للنهج القائم والمرتكز على الحقوق.
- 9- رسم خطة شاملة لتأسيس وإدارة مراكز التدريب والتأهيل وإعادة التأهيل وتدريب القائمين عليها لاكتسابهم الخبرة والمقدرة على التعامل مع المعاقين.
- 10- يجب أن تنتشر الخدمات التي تسهل على المعاقين, وخاصة التي تقدمها معاهد ومراكز التدريب والتأهيل, لتشمل كافة التراب الليبي, وعدم اقتصرها على المدن, وحرمان القرى والارياف منها.
- 11- العمل على إعداد نظم لجمع البيانات والمعلومات عن المعاقين, وإعداد إحصائيات موثوقة للاعتماد عليها في اتخاذ القرارات المناسبة.
- 12- باعتبار المرأة تحتل نصف المجتمع فعلى المشرع عند اقراره للنصوص المتعلقة بالمعاقين الاشارة إلى النساء المعاقات, وعدم الاقتصار على ذكر المعاقين الذكور.

المصادر والمراجع

أولاً: الكتب

- اقبال إبراهيم مخلوف - الرعاية الاجتماعية وخدمات المعاقين - دار المعرفة الجامعية - الإسكندرية - 1991.
- أحلام رجب عبدالغفار - تربية المتخلفين عقلياً - دار الفجر للنشر والتوزيع - القاهرة - 2003.
- أسماء سراج الدين هلال - تأهيل المعاقين - دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة - عمان - 2009.
- ابراهيم عبد الهادي المليجي . الممارسة المهنية في المجال الطبي والتأهيلي . المكتب العلمي للكمبيوتر والنشر والتوزيع . مصر . 1997 .
- بهاء الدين جلال - دليل الاخصائي الاجتماعي للتعامل مع المعاقين ذهنياً - دار العلوم للنشر والتوزيع - 2010.
- رفيق حامد زايد الشمري . حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة وفقاً لأحكام القانون الدولي العام - دار الفكر الجامعي , الطبعة الأولى , الاسكندرية 2001.
- سعيد زهرة . الاشخاص المعوقون بين القانون والواقع في الجزائر . دار الخلدونية . الجزائر . 2017 .
- عدنان الاسمر - تأهيل المهني للأشخاص ذوي الإعاقة - دار الفكر للنشر الاردن , 2005 .
- عمر حفص فرحاني . آدم بلقاسم قبي . بدر الدين مُجَّد شبل . آليات الحماية الدولية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية , دراسة في أجهزة الحماية العالمية والاقليمية وإجراءاتها . دار الثقافة للنشر والتوزيع والاعلان الاردن , الطبعة الاولى , 2011 .
- مُجَّد الصقور - اهم الإنجازات التي تحققت في المرحلة الاولى للاستراتيجيات الوطنية للأشخاص المعاقين 2009/2007 - المؤتمر الوطني حولة الاستراتيجيات الوطنية للأشخاص المعوقين - 24/23 - تشرين الثاني - عمان - 2009 .
- مدحت مُجَّد ابو النصر . الاعاقة والمعاق . رؤية حديثة . المجموعة العربية للتدريب والنشر , القاهرة , 2012 .

مهدي مُجد القصاص - التمكين الاجتماعي لذوي الاحتياجات الخاصة في
 منتدي التجمع الوطني المعني بالحقوق المعاق - المؤتمر العربي الثاني - الإعاقة
 الذهنية بين التخفيف والرعاية - أسيوط - 2004.
 مصطفى نوري القمش . الإعاقة العقلية . النظرية والممارسة . دار المسيرة للنشر
 والتوزيع, عمان, الطبعة الأولى, 2011.
 نايف ابن الزرع - تأهيل المعاقين - دار الفكر للطباعة والنشر - ط2 -
 عمان - 2006.
 وسيم حسام الدين الأحمد . الحماية القانونية لحقوق ذوي الاحتياجات الخاصة .
 منشورات الحلبي بيروت . الطبعة الأولى 2011.
 يوسف الزعمرط . التأهيل المهني للمعاقين . دار الفكر للطباعة والنشر عمان,
 2000.

ثانياً: البحوث:

أزهار صبر كاظم, وليد كاظم حسين . الحماية القانونية لحق العمل لذوي
 الاحتياجات الخاصة, مجلة لا رك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية .
 جامعة واسط, بغداد, العدد 35 2019.
 صوفي جميل . أوضاع المعوقين في المملكة العربية السعودية وبرامج الخدمات
 المتوفرة . مؤتمر حول قدرات واحتياجات المعوقين في منظمة الاسكوا . عمان,
 الاردن, 1989.

ثالثاً: القوانين:

الاعلان الدستوري لسنة 2011.
 دستور المملكة الليبية.
 الوثيقة الخضراء الكبرى للحقوق الانسان.
 مسودة الدستور الليبي لسنة 2017.
 قانون الضمان الاجتماعي رقم (13) لسنة 1980.
 قانون المعاقين رقم (5) لسنة 1987 بشأن المعاقين, دستور المملكة الليبية.
 قانون علاقات العمل رقم (12) لسنة 2010, الاعلان الدستوري لسنة
 2011, مسودة الدستور الليبي 2017 قانون علاقات العمل.
 قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل, الجريدة الرسمية العدد 17 1990
 الجزائر.

قانون رقم 09.02 بشأن حماية المعاقين وترقية حقوقهم الجريدة الرسمية العدد 34, مايو 2002, الجزائري.

الاحتجاز البدني ضماناً للوفاء
بديون الخدمات العلاجية
أ. رامي أبوبكر فرحات
محاضر مساعد بكلية القانون/جامعة طرابلس

الملخص:

تناول هذا البحث التكييف القانوني لممارسة المؤسسات العلاجية الخاصة للاحتجاز البدني ضماناً للوفاء بديون العلاج، ومدى الحماية التي أقرها المشرع لجسد المريض المثقل بحقوق هذه المؤسسات، كما تعرض أيضاً للخيارات المشروعة لاستخدام جسد المدين للوصول إلى تحقيق الوفاء بالالتزام، وقد خلص البحث إلى ما قرره القواعد العامة من حماية معتبرة لجسد المدين، وتحييده عن إجراءات التنفيذ العيني، فضلاً عن تقرير العديد من التشريعات الصحية لهذا التوجه العام، الذي يحمي الجسد ويقدر معصوميته، وبهذا لم يتيح القانون وسيلة لاستخدام البدن كطريقة للضغط على المستفيدين من خدمات العلاج سوى النصوص المنظمة للإكراه البدني، وفي إطار جملة من الضوابط والضمانات، تعزيزاً للحماية القانونية للمدين تجاه دائته.

الكلمات المفتاحية: حماية الجسد من التنفيذ - المؤسسات العلاجية الخاصة - ضمانات الوفاء بالديون - احتجاز المرضى - رسوم الخدمات العلاجية - الإكراه البدني.

Abstract:

This research dealt with the legal adaptation of the practice of private therapeutic institutions for physical detention as a guarantee for the fulfillment of treatment debts, and the extent of protection approved by the legislator for the patient's body burdened with the rights of these institutions, as well as the legitimate options for using the debtor's body to reach fulfillment of the obligation. Considerable protection for the debtor's body, and its detachment from specific execution procedures, as well as the report of several health legislations for this general approach, which protects the body and appreciates its infallibility, Thus, the law did not provide a way to use the body as a way to put pressure on the beneficiaries of treatment services other than the texts regulating physical coercion, and within the framework of a number of controls and guarantees, to enhance the legal protection of the debtor towards his creditor.

Keywords: protection of the body from execution - private treatment institutions - guarantees of payment of debts -

detention of patients – fees for treatment services – physical coercion.

مُتَكَلِّمًا

لقد مرّ القطاع الصحي في ليبيا بطفرة نوعية كبيرة خلال الفترة الماضية، حيث أوضحت العيادات والمصحات والمراكز العلاجية الخاصة رافداً مهماً وشريكاً أصيلاً في تقديم الخدمات العلاجية، لا بل أصبحت ملجئاً للمرضى لا سيما مع مستوى الخدمات المعروفة للمستشفيات والمراكز والمستوصفات العامة.

فقد شهدت مؤخراً المؤسسات العلاجية الخاصة (المصحات) تطوراً ملحوظاً على جميع الأصعدة، ولعل طبيعة الدور الذي تضلع به هذه المؤسسات قد ألقى على عاتقها مسؤولية جسيمة، كيف لا وهي تتعامل مع الجسد البشري محل الحماية والرعاية من قبل التشريعات المختلفة، ولعل البحث في هذا النشاط متنامي الوثيرة يكشف واقعاً مريئاً، لا سيما عند الحديث عن مراعاة النظم والقواعد والقوانين التي تحكم طرفي هذه العلاقة، حيث إن غياب الرقابة والمتابعة والمحاسبة من قبل الجهات المختصة، نجم عنه الإغراق في ارتكاب المخالفات القانونية الجسيمة من قبل هذه المؤسسات، ومن ذلك ما دأبت على ممارسة من احتجاز حرية المرضى أو وضع اليد على جثامينهم ضماناً لسداد الحقوق المالية المترتبة على تلقي العلاج.

لذا وفي ظل هذه الممارسات سنناقش الحماية التي أقرها القانون للجسد البشري في إطار الوفاء بالالتزامات المالية العقدية، والآليات المشروعة لممارسة الإكراه البدني.

أهمية البحث:

1. التأصيل القانوني لظاهرة سلبية متنامية تمثل انعكاساً لاستغلال آلام المرضى لتحقيق الكسب بالوسائل غير المشروعة.
2. توضيح موقف التشريعات العامة والتقنيات بشأن حماية جسد المدين من أن يكون موضعاً للتنفيذ العيني في حال عدم الوفاء بالديون.
3. توعية المؤسسات العلاجية الخاصة بالآثار القانونية الناجمة عن ممارسة الاحتجاز البدني ضماناً للوفاء بديون العلاج.
4. توضيح القواعد المنظمة للإكراه البدني كوسيلة استثنائية لاستخدام الجسد البشري ضمن الوسائل الممهدة للتنفيذ.

إشكالية البحث:

1. ما هو التكييف القانوني لممارسة المؤسسات العلاجية الخاصة للاحتجاز البدني كوسيلة لتحصيل ديون العلاج؟
2. كيف نظم المشرع الليبي حرمان المدين المؤقت من الحرية لغرض إجباره على سداد ما عليه من ديون؟

خطة البحث:

- المبحث الأول: الحماية التشريعية لبدن المدين من التنفيذ.
- المطلب الأول: حماية بدن المدين من التنفيذ ضمن التشريعات العامة.
- المطلب الثاني: حماية بدن المريض من التنفيذ ضمن التشريعات الصحية.
- المبحث الثاني: الإطار القانوني للمساس بالحرية ضماناً للوفاء بديون العلاج.
- المطلب الأول: التكييف القانوني للإكراه البدني.
- المطلب الثاني: المتطلبات القانونية لاستعمال الإكراه البدني.
- المبحث الأول: الحماية التشريعية لبدن المدين من التنفيذ
- نبذة تاريخية:

اتسمت المجتمعات في العصور القديمة بسيطرة نزعة القوة والعنف، فقد كانت القوة هي الوسيلة الأساسية لحسم النزاعات، وقد كان هذا قاسماً مشتركاً، سواء في الأنظمة الرومانية القديمة، أو اليونانية، أو الإغريقية⁽¹⁾، أو بين العرب في شبه الجزيرة قبل الإسلام⁽²⁾، وكانت القاعدة في مجال الوفاء بالالتزامات والديون أياً كان مصدرها عقداً أو واقعة مادية تقوم على جبر المدين على الوفاء إذا لم يكن بماله فبجسده⁽³⁾، وكان جسمه هو الضمان لسداد دينه؛ إذ أنه بعد تجريد المدين من أمواله التي لا تكفي لسداد دينه كان المدين يخضع خضوعاً كاملاً لسيطرة الدائن، فللدائن أن يسترق المدين ويجري عليه جميع أنواع الأذى والألم، فله أن يبيعه في سوق العبيد، وله أيضاً حبسه⁽⁴⁾.

وقد احتاج الأمر إلى وقت طويل حتى تنحصر سلطة الدائن على أموال المدين فقط، ويفرز الفكر الإنساني المدارس التشريعية التي تتبنى نظرية حماية جسد المدين من إجراءات التنفيذ⁽⁵⁾.

(1) د. أسعد عبيد المرزوقي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط.2، ص13.

(2) د. حسن الجواهري، بحوث في الفقه المعاصر، دار التراث، القاهرة، ب.ط، 1419هـ، ص143، وانظر في ذات المعنى: د. فتحي المرصفاوي، تاريخ القانون المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، ب.ط، 1995م، ص251.

(3) د.عبد القادر محمد شهاب، أساسيات القانون والحق في القانون الليبي، دار الفضيل، ليبيا، ط.6، 2013م، ص268.

(4) د. عبدالسلام المزوغي، مذكرات موجزة حول علم القانون، المركز القومي للدراسات القانونية، ليبيا، ط.2، 1988م، ص138.

(5) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في مجموعة المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة، مصر، ب.ط، 1989م، ص7.

لذا حرصت مختلف التشريعات الحديثة على التأكيد بضرورة حماية الجسد البشري، وتعزيز الأصل التشريعي العام الذي يتمثل في إعطاء حماية فعالة للمدين، بحيث يمنع التنفيذ العيني على جسده⁽¹⁾، وتحيده عن تجاذبات الالتزام، ونستعرض هذه الحماية التشريعية على التفصيل الآتي:

المطلب الأول: حماية بدن المدين من التنفيذ ضمن التشريعات العامة

لقد حرصت القواعد العامة على ترسيخ فكرة حماية الجسد البشري وعدم إقحامه ضمن دائرة التنفيذ في حال عدم احترام المدين لالتزاماته تجاه الدائن، ونستعرض هذه القواعد العامة ضمن:

أولاً: حماية بدن المدين من التنفيذ ضمن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

لقد نصت الفقرة الأولى من المادة (9) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية⁽²⁾ على منع احتجاز حرية الإنسان في غير الأحوال التي ينص عليها القانون، كما أكد على ضرورة سلوك الطرق والإجراءات التي قررها القانون للمساس بحرية الإنسان، وإلا كان ذلك انتهاكاً لمبادئ الحرية ومخالفة لنصوص العهد، فقد جاء في نص المادة: (لكل فرد حق في الحرية وفي الأمان على شخصه، ولا يجوز توقيف أحد أو اعتقاله تعسفاً، ولا يجوز حرمان أحد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون وطبقاً للإجراء المقرر فيه...).

وتأسيساً على ذلك يعد احتجاز المدين مخالفة لما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (9) للعهد الدولي الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية؛ لما فيه من مساس بحرية الإنسان المصونة والمعتبرة.

وقد عزز العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية هذا الأصل العام عندما نص ضمن المادة (11) على حرمة احتجاز حرية المدين المعسر عن الوفاء بديونه، والتي جاء فيها: (لا يجوز سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي)، وبذلك يتبنى العهد مبدأ مهماً في إطار التعاملات العقدية، وهو عدم اعتبار الجسد البشري للمدين المعسر من قبيل ضمانات الوفاء أو وسائل التنفيذ الجبري، حيث إن مثل هذا السلوك يتنافى مع مبادئ الإنسانية، كما يتنافى مع المنطق السليم، حيث لا جدوى من حبس المدين المعسر الذي افتقرت ذمته عن الوفاء بالديون⁽³⁾.

والجدير بالذكر أن هذا المادة تحرم فقط حبس المدين العاجز عن الوفاء، ما يعني بمفهوم المخالفة جواز حبس المدين المقتدر على الوفاء بدينه لغرض كسر عناده في أداء حقوق الآخرين، ولما كان هذا الأمر يمثل مساساً بحرية الإنسان اشترط العهد وفقاً للفقرة الأولى من المادة (9) أن يتم حسب

(1) د. الكوني علي أعبودة، القواعد العامة للتنفيذ الجبري، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ليبيا، ط. 1، 2003م، ص 209.

(2) معاهدة متعددة الأطراف اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة ضمن القرار رقم (2200) المؤرخ بتاريخ: 16 مارس 1976م، وانضمت لها الدولة الليبية بموجب القانون رقم (1989/7م) بشأن التصديق على بعض الاتفاقيات.

(3) أ. رمضان محمد عيسى، رسالة ماجستير - الإكراه البدني في القانون الليبي، كلية القانون - جامعة طرابلس، ليبيا، 2006م، ص 45.

الإجراءات التي ينص عليها القانون؛ أي أن إجراءات انتزاع حرية المدين المقتدر يجب أن تكون في إطار ما تقرره الدولة، ولا يمكن قبول ممارسة الدائن لاحتجاز حرية المدين.

وأما بالنسبة لموقف الدولة الليبية من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وحدود سريان بنود هذا العهد على الأحداث والوقائع والمنازعات المحلية، وقيمتها مقارنة بالتشريعات الوطنية، فإن الدولة الليبية قد صادقت على هذه الوثيقة بموجب القانون رقم (1989/7م)، ما يعني أن نصوص العهد ملزمة للقاضي الوطني في ليبيا، ويحق لكل شخص الدفع بنصوص هذا العهد والتمسك بأحكامه أمام القضاء الليبي، كما يكون القضاء ملزماً بالبحث في الدفع الذي يثار أمامه، ولكل صاحب مصلحة الدفع بنصوصه عند أي درجة من درجات التقاضي⁽¹⁾، وأيد ذلك ما ورد في التقرير الدوري الثالث الموجه للأمم المتحدة من قبل الجانب الليبي بتاريخ 15 أكتوبر 1997م، وهو أن كل اتفاقية تنظم إليها الدولة الليبية أو تصادق عليها ويتم نشرها في الجريدة الرسمية تصبح ملزمة وواجبة التطبيق، باعتبارها تشريعاً داخلياً ملزماً للقاضي الوطني من تاريخ النشر في الجريدة الرسمية.

كما أشار التقرير أعلاه إلى اعتبار العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية من قبيل التشريعات الداخلية، ولا يحتاج إلى تضمين أحكامه أو نصوصه في التشريع الداخلي المماثل.

هذا وقد أكدت المحكمة العليا في ليبيا هذا المسلك في الطعن الجنائي رقم 67/512 بتاريخ: 2 مايو 2002م عندما نصت على: (... اعتماداً على ما قرره هذه المحكمة بدوائرها المجتمعة من أن الاتفاقيات الدولية التي تصادق عليها الدولة تكون نافذة بمجرد إتمام إجراءات المصادقة عليها، وتكون لها أسبقية التطبيق على التشريعات النافذة إذا حصل بينهما تعارض...)، عليه تكون النصوص الواردة ضمن هذا العهد من قبيل الدفع المعترية التي يتمسك بها كل من تعرض للاحتجاز لغرض إجباره على سداد ما عليه من التزامات مالية، ويستوي في ذلك أن يكون مقتدرًا على السداد أو مُعسرًا، ففي جميع الأحوال وحدها الدولة من تحتكر سلطة الحبس واحتجاز الحرية، ما يكشف مدى التجاوز الذي تقع فيه المصحات عند إقدامها على احتجاز المرضى.

ثانيًا: حماية بدن المدين من التنفيذ ضمن القواعد العامة للقانون المدني الليبي.

إن الأصل وفقًا لأحكام القانون المدني⁽²⁾ أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه طواعيةً، وذلك استجابة لعنصر المديونية⁽³⁾ ودون الحاجة إلى اتخاذ أي إجراء قانوني ضده⁽⁴⁾، ولكن قد يرفض المدين ويتلصق في القيام بالوفاء بالتزامه؛ لذا كان من حق الدائن إجباره على تنفيذ التزامه عن طريق تفعيل عنصر المسؤولية في

(1) أ. عبد الكريم حسن علي، النظام العام في القانون الدولي، مجلة أبحاث قانونية، العدد الثاني عشر، ديسمبر 2021م، ص180.

(2) القانون المدني الليبي الصادر بتاريخ: 28 نوفمبر 1953م.

(3) د. محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - الجزء الأول، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ليبيا، ط.4، 2003م، ص11.

(4) انظر المادة: (147)، (148)، (163)، (202) من القانون المدني الليبي.

الالتزام⁽¹⁾، فيكون للدائن اللجوء إلى جميع الطرق والوسائل القانونية لتنفيذ الالتزام جبراً على المدين الممتنع عن التنفيذ، ففي حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه بمحض إرادته يجرى عليه التنفيذ، ومن ثم تعد جميع أمواله ضامنة للوفاء بديونه، وهو ما تضمنته المادة (237) من القانون المدني الليبي بقولها: (إن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه...).

وبذلك تكون القاعدة هي إمكان لجوء الدائن لإجبار المدين على التنفيذ العيني متى كان التنفيذ العيني ممكناً، أما إذا ما تخلفت شروطه كأن يتطلب الحصول عليه تدخلاً شخصياً من المدين وقد رفض القيام به ففي هذه الحالة وجب التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض⁽²⁾.

وتأسيساً على ما سبق فإن النصوص العامة للقانون المدني الليبي تستبعد جسد المدين من أن يكون محلاً للتنفيذ الجبري، والدليل على ذلك هو التسليم بأن تنفيذ الالتزام يُعد مستحيلًا في حالة ما كان مرتبطاً بالتدخل البدني للمدين⁽³⁾، وكان رافضاً للتنفيذ بإرادته، فيعتبر ذلك بمثابة استحالة للتنفيذ تدفع مباشرة نحو التنفيذ عن طريق التعويض⁽⁴⁾، فلا يتصور أن يُقهر ويُجبر المدين في جسده على القيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل معين⁽⁵⁾، وهذا يؤكد تبرا القواعد العامة تمامًا من سلوك الدائن المقدم على استخدام جسد المدين ضماناً لاستيفاء حقوقه، ويعتبر هذا الفعل تجاوزاً يقيم في حق الدائن ركن الخطأ اللازم لقيام المسؤولية العقدية، ويمنح المدين الحق في المطالبة بالتعويض.

ثالثاً: حماية المدين من التنفيذ وفقاً لأحكام قانون العقوبات الليبي والقوانين المكلمة له.

رأينا أعلاه كيف أن مختلف التشريعات قد قررت عدم إخضاع جسد المدين لضمان الوفاء بالديون، فضلاً عن إجراءات التنفيذ الجبري، ويستوي في هذا أن يكون المدين على قيد الحياة أو ميتاً. إلا أن الممارسات الواقعية الحاصلة من قبل المؤسسات العلاجية الخاصة تنتهج خلاف هذه الحماية، فهي لا تقف في مخالفتها عند أجساد الأحياء، بل تتعدى ذلك إلى جثامين الموتى؛ حيث أنها تُقوم باحتجاز جثمان المريض المتوفى وترفض تسليمه إلى ذويه حتى يتم دفع فاتورة العلاج⁽⁶⁾، ولعل وصف الواقعة بهذه الصورة قد يكون صادماً بالنسبة لما توصلت له المجتمعات الحديثة من رفعة وتحضر، ولكنها الحقيقة، حيث تضع المصححات يدها على جثمان المتوفى لديها، ولا تجد عائلة المعني بُدّاً من دفع الفاتورة العلاجية لإكرام مشوى ميتهم.

(1) د. أحمد عبد الحميد أمين، التزام الطبيب بضمان السلامة، دار النهضة العربية، مصر، ط. 1، 2011م، ص 190.

(2) د. الكوني علي أعبودة، المدخل إلى علم القانون - الحق، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ليبيا، ط. 3، 2003م، ص 256.

(3) د. محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام - الجزء الثاني، مطابع الوحدة العربية، ليبيا، الزاوية، ط. 2، 2010م، ص 247.

(4) د. محمود عبد التواب المصري، المسؤولية المدنية الناجمة عن التدخل الطبي، دار النهضة العربية، مصر، ط. 1، 2011م، ص 187.

(5) أ. مصطفى أمين، رسالة ماجستير، التنفيذ العيني للالتزام، كلية الحقوق - جامعة مولدي، الجزائر، 2019م، ص 21.

(6) وفقاً لإفادة مدير إدارة التفتيش التابعة لوزارة الصحة الليبية بتاريخ: 2. 3. 2021م، فقدت وردت للإدارة العديد من البلاغات بهذا الشأن.

والجدير بالذكر هو تجريم قانون العقوبات⁽¹⁾ الليبي ضمن المادة رقم (292) إهانة الجثث أو القيام بكل ما من شأنه الإخلال بنظام الجنازة، حيث نصت على أنه: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة أو بغرامة لا تزيد عن خمسين جنيهاً كل من انتهك حرمة القبور أو الجبابين أو دنسها أو أدخل بنظام الجنازة)، كما نص القانون على تجريم كل فعل يمثل إخفاء للجثث، ولعل ما يمارس من قبل المصححات الخاصة من احتجاز لجثمان المريض يمثل مظهرًا من مظاهر الإخفاء الذي عالجته المادة (294) بنصها: (يعاقب بالحبس كل من أخفى جثة، أو جزءاً منها، أو أخفى رفاتها، أو دفنها بغير إخبار الجهة المختصة، وجعل إجراء بحث أو تحقيق بشأنها)، ولعل هذه الحزمة من التشريعات تمثل حدًا رادعًا لكل من تسوّل له نفسه ضمن القطاع الصحي المساس بحرمة الموتى، واستخدام جثمان المريض للمساومة والمفاوضة على سداد الديون العلاجية⁽²⁾.

كما قررت القوانين المكملة لقانون العقوبات على تجريم ما يمارس ضد البشر من احتجاز للحرية بغير يد السلطة العامة، فقد نص القانون رقم (10) لسنة 2013م، بشأن تجريم التعذيب والإخفاء القسري والتمييز ضمن المادة (1) فقرة (أ) على تجريم احتجاز الإنسان والقيام بكل ما من شأنه المساس بحريته الشخصية بواسطة القوة أو التهديد، ورتبت عقوبة السجن على مرتكب هذا الفعل، كما قررت ضمن الفقرة (ب) إيقاع ذات العقوبة -وهي السجن- على كل من يمارس الاحتجاز بقصد الحصول على كسب مقابل إطلاق السراح، فإذا ما حقق الجاني غرضه كانت العقوبة هي السجن مدة لا تقل عن ثماني سنوات، وهذا يوضح كيف تعاملت النصوص العقابية مع المساس بحرية الإنسان، حيث قررت على الجاني عقوبة شديدة إذا ما ثبت في حقه ارتكاب واقعة احتجاز الحرية بواسطة القوة أو التهديد، وهو ما نراه واقعًا خلال تعامل المؤسسات العلاجية الخاصة مع المرضى المتأخرين في سداد فواتير العلاج، حيث تحتجز حريتهم ويمارس ضدهم نوع من القهر والتسلط.

المطلب الثاني: حماية بدن المريض من التنفيذ ضمن التشريعات الصحية.

إن من أهم المبادئ التي تركزها مختلف التشريعات الصحية هي معصومية الجسد البشري، حيث تعتبر من قبيل البداهيات التي تقرها القواعد العامة لأي قانون صحي⁽³⁾، إلا أن مقدار الإسهاب في تعزيز حماية هذا الجسد البشري قد يتفاوت وفقًا لمدى معاصرة التشريع للتطورات الاقتصادية والاجتماعية، عليه سنستعرض موقف التشريعات الصحية في ليبيا في إطار إشكالية البحث، ومن ثم نطرح أمودجًا من القانون المقارن لمعالجة هذه المسألة، وذلك على النحو الآتي:

(1) قانون العقوبات الليبي الصادر بتاريخ: 28 نوفمبر 1953م.

(2) وبذلك يكون لكل من تضرر من هذه الممارسات الحق في التقدم بشكوى إلى أقرب مركز شرطة تقع المؤسسة العلاجية الخاصة ضمن دائرته الإدارية وفقًا للمادة

(14) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي، أو تقديمها مباشرة إلى النيابة العامة وفقًا للمادة (15) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي.

(3) د. أسعد عبيد المرتضى، مرجع سابق، ص 33.

أولاً: حماية بدن المريض من التنفيذ ضمن القانون الصحي الليبي.

لم ينص القانون الصحي الليبي رقم (106) الصادر في سنة 1973م⁽¹⁾ بصورة مباشرة على حظر احتجاز المرضى كوسيلة لضمان الوفاء برسوم العلاج، إلا أننا نجد المشرع قد تبني سياسة مشددة في التعامل مع حرمة الجسد البشري والحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان، ومن تطبيقات ذلك ما ورد ضمن المادة (50) من عدم السماح للمؤسسات العلاجية بإخراج أي مريض إلا إذا كانت حالته الصحية تسمح بذلك، أو كان ذلك بناءً على رغبته، حيث قررت: (لا يجوز إخراج مريض من المستشفى أو المصححة أو الوحدة العلاجية إلا إذا كانت حالته الصحية تسمح بذلك...)، ما يفهم منه عدم إقامة أي اعتبار لملاءة المريض من عدمها عند تلقي العلاج، وبالتالي لا تقبل مغادرة المريض قبل إتمام برنامجه العلاجي، كما يعتبر تجاوزاً كل تقييم أو تقرير مخالف للواقع الصحي للمريض⁽²⁾.

أيضاً حظر القانون القيام باحتجاز حرية المريض العقلي لأسباب واهية وغير جدية، عندما نص ضمن المادة (60) على: (لا يجوز حجز مصاب بمرض عقلي إلا إذا كان يُخشى منه على النظام أو سلامته أو سلامة الغير...)، ورتب على المخالفة عقوبات جنائية عندما نص في المادة (134) فقرة (1) من ذات القانون على: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين وبغرامة لا تتجاوز المائتي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل طبيب أثبت عمداً ما يخالف الواقع في شأن الحالة العقلية لشخص بقصد حجز حريته...)، وهذا ما أكدت عليه اللائحة التنفيذية ضمن المادة (377).

ويؤكد هذا التوجه التشريعي الوارد ضمن القانون الصحي ولائحته التنفيذية على مدى الحماية القانونية المقررة لحرية الإنسان، وضرورة التعامل معها بالحرص والحذر الشديدين، وعدم اتخاذ ما من شأنه المساس بها إلا في حال توافر أسباب قوية من الناحية الطبية تمثل في مضمونها مصلحةً بالنسبة للمريض أو المجتمع ككل.

فضلاً عن ذلك فإن الاطلاع على نص المادة (138) فقرة (6) يوضح الأثر الجنائي المترتب على مخالفة المؤسسات العلاجية الخاصة لرسوم الكشف والعلاج والإقامة والخدمات الطبية المعتمدة من قبل وزير الصحة، حيث قررت: (يعاقب بالحبس ... كل من خالف بالزيادة أجور الكشف والعلاج والإقامة والخدمات الطبية التي تؤدي في المؤسسات العلاجية والعيادات الخاصة...).

(1) القانون الصحي الليبي رقم (106) الصادر في 13 ديسمبر 1973م.

(2) د.محمود العادلي، التقارير الطبية والمسؤولية الناجمة عنها، دارالفكر الجامعي، مصر، ط.1، 2007م، ص32.

إلا أن المشكلة تظل في عدم تحديد الوزارة لرسوم الخدمات العلاجية، والإعلان عنها وإلزام المصحات بها، فقد حاولنا مرارًا العثور على دليل معتمد خاص برسوم الخدمات العلاجية صادر عن وزارة الصحة الليبية ولكننا لم نفلح في ذلك⁽¹⁾.

ومن الواضح أن غياب دور وزارة الصحة الليبية والإدارات الرقابية التابعة لها كان له أشد الأثر في تغول هذه المؤسسات الخاصة، فقد كان حريًا بالوزارة أن تعتمد كراسة خاصة بأسعار الخدمات⁽²⁾، بشرط أن تراعي في إعداد هذه القوائم التقلبات الاقتصادية التي تمر بها البلاد، حيث تعمل على تحديث هذه القوائم بشكل دوري، بما يوازن بين مصلحة الشركات الطبية الرامية إلى تحقيق الربح، ومصلحة المرضى في الحصول على الخدمات بعيدًا عن الاستغلال والمضاربة في الحاجات الأساسية.

ثانيًا: حماية بدن المريض من التنفيذ ضمن قانون المسؤولية الطبية رقم 17 لسنة 1986م.

يعد قانون المسؤولية الطبية الليبي⁽³⁾ رائدًا في تنظيم الطبيعة القانونية لمسؤولية الإطباء، فضلاً عن إنشائه لمجلس خاص بالخبرة يختص في إثبات الخطأ الطبي⁽⁴⁾، وقد أكد على حماية جسد المريض لاسيما في المادة (15) منه والتي نصت صراحة على عدم جواز المساس بجسم الانسان.

إلا أنه وللأسف قد جاء خاليًا من أي إشارة لمسألة رسوم الخدمات العلاجية، لا سيما ضوابط تقاضي هذه الرسوم من قبل المرضى، في حين كان يجب عليه التطرق لموضوع رسوم الخدمات بحسبان أنها تمثل جزءاً لا يتجزأ من المسؤولية العقدية الناجمة عن تنفيذ عقد العلاج.

ولعلنا نعزو السبب وراء هذا النقص التشريعي لمحدودية انتشار القطاع الصحي الخاص عند إصدار هذا التشريع بالدرجة التي هو عليها اليوم، حيث لم تمثل هذه الواقعة محل البحث ظاهرة تحتاج إلى المعالجة؛ لذلك لم تثر اهتمام المشرع في ذلك الحين.

(1) مقابلة جمعتنا بوزير الصحة الليبي/المكلف بتاريخ: 7. 3. 2021م.

(2) اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم التسعير؛ فمنهم من ذهب إلى تحريمه، ومنهم ممن قال بإباحته عندما تدعو الحاجة الملحة إلى ذلك، وثبت أنه لا يصلح الناس إلا بتدخل ولي الأمر وفرض تسعيرة معينة، وينسب هذا الرأي =

=الأخير إلى الإمامين مالك والشافعي، كما أنه منقول عن بعض فقهاء المذهبين الحنفي والحنبلي، للمزيد انظر: د. يوسف قاسم، التعامل التجاري في ميزان الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، مصر، ط. 2، 2011م، ص 115.

(3) قانون المسؤولية الطبية الليبي رقم (17) الصادر في 24 نوفمبر 1986م.

(4) قضت المحكمة العليا الليبية بدواورها المجتمعة في الطعن رقم 811 لسنة 53 ق بتاريخ: 23. 12. 2013م، بعدم إلزام المحاكم بعرض قضايا المسؤولية الطبية على المجلس الطبي، وعدم إلزامها بما ورد في تقاريره.

ثالثاً: وثيقة حقوق المرضى الصادرة في المملكة العربية السعودية (أمودجاً).

لقد كان للنظام القانوني المقارن تجربة مهمة في حماية حرية المرضى وحرمة جثامين المتوفين منهم، ونُخص بالذكر تجربة المملكة العربية السعودية، حيث نصت وثيقة حقوق المرضى ضمن الباب السابع المعنون بـ(حقوق المرضى في المنشآت الخاصة) المادة (15) على أنه: (لا يحق لأي مؤسسة صحية الاحتفاظ بأصل الأوراق الثبوتية أو احتجاز المرضى أو المواليد أو جثث المتوفين لديهم مقابل مستحقات مالية عليهم، وللمؤسسات الصحية اتخاذ الإجراءات النظامية لتحصيل مستحقاتها عبر القنوات الرسمية)⁽¹⁾.

وتُظهر معالجة النص لظاهرة احتجاز حرية المرضى ووضع اليد على جثامين الموتى كوسيلة لضمان الوفاء بديون العلاج، حيث اعتبرت اللائحة التنفيذية لنظام المؤسسات الصحية الخاصة بأن تسليم الجثامين ومغادرة المرضى أو المواليد هو حق للشخص نفسه، أو لولي أمره، أو لذوي المتوفى، وليس مشروطاً بأي إجراء مالي أيّاً كان.

فقد حظرت اللائحة قيام المؤسسات الخاصة بممارسة الاحتجاز البدني للمرضى لتقاضي مقابل العلاج، أو الاحتفاظ بجثث المتوفين، أو الاحتفاظ بالأوراق الثبوتية مقابل مستحقات مالية. وفي الوقت ذاته أفرت بحق المؤسسات الصحية الخاصة في اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لتحصيل حقوقها المالية دون اللجوء إلى أي من الممارسات المخالفة لنص القانون، وهي معالجة تشريعية نتمنى أن يكون لها مثيل ضمن حزمة التشريعات الصحية في ليبيا.

المبحث الثاني: الإطار القانوني للمساس بالحرية ضماناً للوفاء بديون العلاج

لقد بينا خلال المبحث الأول القيود العامة المتعلقة بحماية بدن المدين من الوقوع تحت طائلة التنفيذ والآثار القانونية المترتبة على مخالفة هذه القيود، لا سيما بالنسبة للمؤسسات العلاجية الخاصة، وبذلك يكون الإطار القانوني الوحيد للمساس بالحرية كوسيلة تمهيدية للوفاء بديون تتمثل في فكرة الإكراه البدني، والتي سنتعرض لها كفكرة قانونية ضمن التكييف القانوني للإكراه البدني (مطلب أول)، والشروط القانونية لاستعمال الإكراه البدني (مطلب ثاني)، على النحو الآتي:

المطلب الأول: التكييف القانوني للإكراه البدني.

يعد الإكراه البدني من وسائل التنفيذ الجبري، والذي يهدف إلى الضغط على إرادة المدين الممتنع عن التنفيذ؛ ذلك من خلال حرمانه مؤقتاً من حريته، من أجل إجباره على الوفاء بالتزامه بكسر ما في نفس المدين من تعنت، وإجباره وإكراهه على قبول الأداء⁽¹⁾.

(1) منشورة على الإنترنت بالربط:

<https://www.moh.gov.sa/HealthAwareness/EducationalContent/HealthTips/Documents/Patient-Bill-of-Rights-and-Responsibilities.pdf>

فيعتبر الإكراه البدني للمدين أو ما يطلق عليه الحبس التنفيذي⁽²⁾ الوسيلة التي يرمي المشرع من خلالها للضغط عليه لتنفيذ تعهداته، أو على الأقل عرض تسوية يقبل بها الدائن باعتباره صاحب الحق، فيعتبر الحبس طريقة من طرق الإكراه، ووسيلة مهيأة للوصول للتنفيذ⁽³⁾.

يُعدّ الإكراه البدني المسلك الوحيد التي أبقت عليها التشريعات الحديثة ضمن وسائل تحقيق الوفاء بالديون، ولعل هذا الخروج عن الأصل العام الذي يضمن حماية بدن المدين من أي إكراه يمثل استثناءً يقدر بقدره، ولا عجب من أن يحاط بجملة من الضوابط والاشتراطات القانونية، بيد أن المؤسسات العلاجية الخاصة لم تستوعب هذه الطبيعة القانونية، ويظهر ذلك جلياً بوضع يدها على المريض وكأنها لا تدرك مفهوم الإكراه البدني، ما يتطلب منا التعرض للطبيعة القانونية للإكراه البدني، ومن ثم التمييز بين الإكراه البدني عن غيره من صور احتجاز الحرية.

أولاً: الطبيعة القانونية للإكراه البدني.

إن التكييف القانوني لحبس المدين ينتهي لكونه وسيلة للتضييق عليه إذا ما ثبت يساره وقدرته على أداء دينه دفعة واحدة أو تقسيطه، وليس المراد منه إنزال العقاب بالمدين المتأخر عن أداء واجباته المدنية، وإنما لجبره على إظهار ما خفي من أمواله بتقييد حريته⁽⁴⁾، وذلك بإصدار قرار بحبسه من السلطة المختصة ضمن شروط قانونية محددة⁽⁵⁾، وهذا ما أخذ به المشرع الليبي من خلال ما ورد ضمن المادة (7) من القانون رقم (74) لسنة 1972م، فحبس المدين يسقط بمجرد وفائه بدينه، فالإكراه البدني يمثل وسيلة وليس غاية في حد ذاته، ولما كان عدم جواز تقييد حرية الإنسان هو الأصل العام فإن مخالفة هذا الأصل يجب أن تكون بنص القانون، وبناءً على شروط لا بد من مراعاتها، ذلك أنه من المبادئ المستقرة في الفقه القانوني الحديث أن مسؤولية المدين تكون في أمواله دون شخصه⁽⁶⁾، بمعنى أن علاقة الدائن مع المدين ليست سوى علاقة بين ذمتين ماليتين، فمحل الضمان ليس شخص المدين، إنما أمواله احتراماً للكرامة الإنسانية التي لا يُقبل هدرها.

ولعلنا نرجع الأسباب وراء هذه الحرص في التأكيد على الأصل العام المتمثل في حماية الجسد البشري وإبعاده عن ضمانات الوفاء لمجموعة اعتبارات، بداية بالاعتبار القانوني، حيث إن ضمان الوفاء بما على الإنسان من ديون يرد فقط على جميع ما في ذمته المالية، وهذا إذا ما امتنع عن الوفاء اختياريًا، فضلاً

(1) أ. وسام جمال مصباح، رسالة ماجستير، الإكراه البدني كوسيلة من وسائل التنفيذ العيني الجبري، كلية الدراسات العليا، جامعة مولانا مالك إبراهيم الحكومية، أندونيسيا، 2016م، ص4.

(2) أ. رمضان مجدي عيسى، مرجع سابق، ص69، 70.

(3) المحكمة العليا الليبية، طعن مدني رقم: (37/56ق)، بتاريخ: 28. 3. 1993م.

(4) أ. مبارك ظافر، رسالة ماجستير، الحبس التنفيذي للمدين، كلية القانون جامعة القاهرة، مصر، 2012م، ص13.

(5) أ. وسام جمال مصباح، مرجع سابق، ص9.

(6) أ. مبارك ظافر، مرجع سابق، ص39.

عن ذلك الاعتبار الاقتصادي؛ فاحتجاز حرية المدين أمر مُعطلّ لنشاطه، في حين تركه حرّاً قد يجعل من الدائن أقرب لاستيفاء دينه، وأخيراً الاعتبار الأدبي والذي يتمثل في أن فكرة حبس المدين أو تعذيبه تتنافى مع ما يجب أن تكون عليه الضمانات الكاملة لتحقيق كرامة الذات الإنسانية وعدم إهدارها⁽¹⁾. ومع ذلك فقد ذهب العديد من التشريعات - ومنها التشريع الليبي - إلى جواز ومشروعية احتجاز حرية المدين لطالما توافرت الشروط والضوابط اللازمة لذلك، على اعتبار أنها وسيلة مجدية أحياناً، في رد المدين المتمرد والمماطل، فقد استندت الكثير من التشريعات المقارنة - لاسيما القانونين اللذين يُعدّان بمثابة المصدر التاريخي للقانون الليبي⁽²⁾ - بأن تطبيق الإكراه البدني كثيراً ما يؤدي إلى سداد الدين، بتحفيز المدين على سداد دينه، أو لغرض إطلاق سراحه، بل أثبتت التجربة عدم الشروع في الدفع إلا من بعد صدور قرار الحبس، أو من بعد أن يقضي المدين مدة قليلة محتجز الحرية⁽³⁾، ويبرر بعض الفقه مشروعية ذلك من الناحية الأخلاقية بأن الشخص الذي نكل بما تعهد به يكون قد أهدر كرامته بنفسه، فلا محل لرعايته واحترامه، والمدين الذي يتمتع عن الوفاء ويماطل تجاه دائئه وهو قادر على الوفاء بدينه، أو الذي يقوم بتهريب أمواله، يستحق هذا المصير⁽⁴⁾.

كما أن المواثيق الدولية لا تمنع حبس المدين ما دام قادراً على الوفاء بدينه، فالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية يمنع فقط حبس المدين العاجز عن الوفاء، فقد جاء في المادة (11) منه: (لا يجوز سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي)، فهذه المادة تحرّم فقط حبس المدين العاجز عن الوفاء، ما يعني بمفهوم المخالفة الموافقة والسماح بحبس المدين القادر على الوفاء. **ثانياً: تمييز الإكراه البدني عن غيره من صور احتجاز الحرية.**

لا يخفى أن المشرع في ليبيا قد استخدم لفظة الحبس في تنظيم العديد من الأفكار القانونية؛ لذا كان لزاماً علينا التفرقة بين الحبس الذي يُمارَس على المدين المماطل في السداد عن الصور الأخرى للحبس، كالحبس الجنائي أو حبس الأشياء المنظم ضمن أحكام القانون المدني.

1. تمييز الإكراه البدني عن الحبس الجنائي.

بالنسبة لتمييز الإكراه البدني أو ما يطلق عليه كما أشرنا الحبس التنفيذي⁽⁵⁾ عن الحبس الجنائي فإنّ الأول لا يعدو أن يكون مجرد وسيلة للتنفيذ وليس غاية في حد ذاتها، ومن ثمّ لا يعد عقوبة أو جزاءً، فعلى سبيل المثال لا يعد لجوء المؤسسات العلاجية الخاصة لطلب حبس المريض لإجباره على

(1) أ. مُجدّ غالب هاشم، أحكام حبس المدين في القانون العراقي، مجلة مجلس القضاء الأعلى، العدد التاسع عشر، نوفمبر 2020م، ص16.

(2) وهما وفقاً لما ورد ضمن المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (74 لسنة 1972م): قانون التنفيذ العراقي رقم (45) لسنة 1980م، والذي نظم الإكراه البدني ضمن المواد رقم: (40 إلى 49)، وقانون المرافعات الكويتي رقم (6) لسنة 1960م، والذي نظم الإكراه البدني ضمن المواد رقم: (292 إلى 296).

(3) د. شادي أسامة علي، أحكام حبس المدين، دراسة مقارنة، النسر الذهبي للطباعة، مصر، ط1، 2007م، ص17.

(4) أ. رمضان مُجدّ عيسى، مرجع سابق، ص25، 26.

(5) أ. مُجدّ غالب هاشم، مرجع سابق، ص24.

سداد ديون العلاج من قبيل إنزال العقوبة بالمدين، إنما لغرض كسر عناده وتعنته لا غير، وعلى عكس ذلك يكون الحبس الجنائي الذي يُعدّ عقوبة على الشخص الذي أجرم وارتكب أفعالاً مخالفةً للنصوص العقابية، والذي يكون متاحاً للمؤسسة العلاجية الخاصة في حال ارتكاب المريض لأي فعل مُجرّم بموجب القانون، كالاعتداء على الأطباء، أو سبهم، أو ارتكاب أفعال مُجرّمة أخرى، كسرقة، أو إتلاف الممتلكات⁽¹⁾،

عليه لا يمكن القول إن قرار حبس المدين عمومًا أو المدين بديون الخدمات العلاجية هو قرار بالحبس الجنائي؛ لأنه يختلف عن خصائص وسمات الحبس الجنائي، فهو لا يخضع لنظام القانون الأصلاح بالمتهم، ولا يخضع لنظام إعادة الاعتبار أو التقادم، أو العفو العام، أيضًا فإن النيابة العامة لا تقدم طلب الحبس ولا تنوب عن الدائن فيه، وبهذا تختلف طبيعة الإكراه البدني عن الحبس الجنائي⁽²⁾.

2. تمييز الإكراه البدني عن حبس الأشياء.

نص القانون المدني الليبي في المادة رقم (249) على أنه: (لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو مادام الدائن لم يقيم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا)، وهي المادة المنظمة لما يطلق عليه الفقه القانوني الحق في الحبس⁽³⁾.

ويعتبر الحق في الحبس من وسائل الضمان التي نظمها القانون المدني الليبي ضمن المواد (294، 251، 250)، ومضمون هذا الحق يتمثل في لجوء الدائن إلى حبس ما في يده حتى يستوفي حقه من قبل المدين⁽⁴⁾، وبالتالي يتجلى الفارق بين الحبس التنفيذي وحبس الأشياء الممارس من قبل الدائن، وذلك أن الأول يقع على شخص المدين عن طريق احتجاز حرته، في حين أن الثاني يقع على جميع الأشياء الداخلة في دائرة التعامل التي يستثنى منها الإنسان بطبيعة الحال، وبذلك فإن ما تمارسه المؤسسات العلاجية الخاصة على المرضى والجثامين لا يجد أي غطاء قانوني، سواء ضمن التشريعات العقابية أو التشريعات المدنية، فكيف لها أن تعطي نفسها الحق في وضع الجسد البشري في موضع الأشياء وتعتمد إلى الإمساك به إلى حين سداد ما عليه من ديون؟!، وتظهر هذه الممارسات المخالفة للقانون جلية حينما يتعلق الأمر بجثامين الموتى، فتفرض تسليم الجثمان لذويه إلى أن يتم سداد ما عليه من ديون، وكأنها تمارس حق الحبس على الإنسان، ما يمثل خلطاً ومغالطة قانونية جسيمة، سواء كان المريض حيًّا أو قد فارق الحياة.

(1) أ. بجاوي حياة، رسالة ماجستير، الإكراه البدني للتنفيذ، كلية الحقوق - جامعة مستغانم، الجزائر، 2018م، ص 42.

(2) أ. رمضان مُجد عيسى، مرجع سابق، ص 99 وما بعدها.

(3) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، نظرية الالتزام بوجه عام، دار الفكر العربي، مصر، 2008م، ص 750.

(4) حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ: 27. 6. 1968م، مجموعة أحكام النقض رقم 19- 1229.

المطلب الثاني: الشروط القانونية لاستعمال الإكراه البدني.

تأسيسًا على ما تم بيانه خلال المبحث الأول من هذا البحث لم يتبقّ للمؤسسات العلاجية الخاصة في حال تقديرها لضرورة تقييد حرية المدين إلا طلب حبسه للوصول إلى إجباره على الوفاء، ولا يخفى ما ترتبه الاستجابة لهذا الطلب من آثار نفسية واجتماعية واقتصادية؛ لذا كان لا بد من توافر شروط معينة لتفعيل هذه الوسيلة⁽¹⁾، وإلا امتنعت الجهة المختصة عن اتخاذ قرار الحبس، وقد تباينت القوانين بشأن هذه الشروط وفقًا لموازنتها بين كل من مصلحة الدائن والمدين، أما في القانون الليبي فقد تم معالجة المسألة بصورة مقتضبة تجعلنا مضطرين للعودة إلى القواعد العامة.

عليه وفي ظل الاطلاع على النصوص القانونية المنظمة للموضوع فإن عرضنا لفكرة الإكراه البدني لا بد لها من أن تكون من خلال أطراف الإكراه البدني (أولاً)، ومن ثم شروط الإكراه البدني (ثانيًا).

أولاً: أطراف الإكراه البدني.

تنص المادة رقم (7) من القانون رقم (74) لسنة 1972م، على أنه: (إذا كان محل الالتزام مبلغًا من النقود معلوم المقدار غير متنازع عليه، حال الأجل وامتنع المدين عن الوفاء عند حلول الأجل مع قدرته عليه كان للدائن أن يرفع الأمر إلى المحكمة المختصة، فإذا ثبت ذلك للمحكمة جاز لها أن تمهله لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر مع أمره بالأداء، فإذا لم يؤدِّ رغم ذلك، أمرت المحكمة بحبسه حتى يؤدي الدين، ولا يُجَلَّ حكم الفقرة السابقة بما للدائن من حق التنفيذ على أموال المدين بالطرق المقررة في القانون.)

إن قراءة أحكام هذا النص تفضي إلى مجموعة من الضوابط التي تحكم اللجوء إلى المطالبة باستعمال الإكراه البدني تجاه المدين، أما ما يهمنا خلال هذا السياق هي الشروط المتعلقة بالدائن عندما يكون في صورة المؤسسة العلاجية الخاصة (المصحات)، والشروط المتعلقة بالمدين عندما يكون في صورة المستفيد من الخدمات العلاجية.

1. المتقدم بطلب الحبس.

وفقًا للتشريعات المعمول بها في ليبيا يتم الترخيص لممارسة النشاط الطبي على صورتين: الأولى هي إصدار تراخيص فردية للنشاط الطبي الفردي، والذي يمارس عن طريق الطبيب أو الكادر الطبي المساعد، ضمن العيادات أو المراكز الصحية، ويتم ذلك في حال مباشرة المنتسب للمهن الطبية نشاطه بنفسه، أما الصورة الأخرى فهي عن طريق تأسيس شركات تمارس النشاط الطبي، يشترط لتأسيسها ما يشترط لتأسيس الشركات التجارية، وتمارس نشاطها ضمن المسمى الشائع لها وهو المصحات⁽²⁾.

(1) د. فوزي صالح، دراسة مقارنة، الحق في الحبس المدني، دار العجائب، مصر، ب.ط، 2012م، ص62.

(2) مواد الفصل الثاني من القانون الصحي الليبي رقم (106) لسنة 1973م.

ففي حالة النشاط الفردي يكون الطبيب المذكور ضمن وثيقة الترخيص هو المخول بطلب إجراءات حبس المدين المستفيد من الخدمات الطبية، أما في حالة شركات الخدمات الطبية فيتم تقديم الطلب باسم الشركة، ويكون المخوّل بتقديم طلب حبس المدين هو الممثل القانوني للشركة، وهو الذي يتولى مهام المفوض القانوني للشركة.

إذاً يجب أن يكون مقدم الطلب دائئاً للمنفذ ضده، وآية ذلك ورود اسمه ضمن سند التنفيذ، بذلك يتحقق فيه شرط الصفة اللازمة في المتقدم بطلب الإكراه البدني.

2. المطلوب حبسه.

يُعدُّ المدين هو الطرف السلبي بالنسبة لقرار الحبس، حيث تتخذ هذه الإجراءات التنفيذية في مواجهته، فهو الطرف المقابل في الطلب، نظراً للالتزامات الثابتة في حقه، فالتنفيذ يجب أن يقع في مواجهة المدين، فهو من تتوافر فيه صفة المديونية التي تثبت لمن كان مسؤولاً عن أداء الدين⁽¹⁾.

فالمؤسسة العلاجية الخاصة -وهي في معرض الشروع في تقديم طلب الحبس- يجب أن يكون الطلب مختصاً للمدين بديون الخدمات الطبية دون غيره، ولكن هل من الممكن أن يشمل طلب الحبس من ينوب عن المدين، كأن يكون المستفيد من الخدمات دون السن القانونية، كما هو الحال بشأن الأطفال الرضع داخل الحضانات، أو أن يشمل الطلب ورثة المتوفى داخل المصححة.

في الحقيقة إن الرجوع إلى نص المادة (7) من القانون رقم (74) لسنة 1972م، يجدها خالية تماماً من أي إشارة لهذه المسألة، ما يضطرنا للرجوع إلى القواعد العامة والاجتهادات الفقهية، فنجد أنه من موانع تطبيق الإكراه البدني أن يكون المدين المطلوب تطبيق الإكراه ضده نائباً أو وكيلاً، فلا يتعدى تطبيق الإكراه البدني شخص المدين في حد ذاته⁽²⁾.

أما بالنسبة لوضع ورثة المتوفى - على فرض تسليم جثمان المريض قبل سداد فاتورة العلاج - فإن هذه الديون وفقاً للأحكام العامة لا سيما المادة (899) من القانون المدني تتعلق بتركة المتوفى، فيكون للمصححة الحق في تقاضي دينها قبل أن يؤول شيء للورثة⁽³⁾.

ثانياً: شروط الإكراه البدني (الحبس التنفيذي).

1. تقديم سند تنفيذي.

إنه من الملاحظ خلال الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الليبية أن الدين المطلوب لإصدار قرار الحبس التنفيذي يجب أن يكون ثابتاً بحكم قضائي نهائي أو أمر أداء جائز التنفيذ بمقتضاه، علماً بأن المادة (7) من القانون رقم (74) لسنة 1972م لم تنص صراحة على هذا الشرط، إلا أن القواعد

(1) أ. محمد غالب هاشم، مرجع سابق، ص 11.

(2) أ. رمضان محمد عيسى، مرجع سابق، ص 87.

(3) أ. بجاوي حياة، مرجع سابق، ص 128، 129.

العامّة للتنفيذ الجبري توجب أن يكون السند التنفيذي قطعياً؛ أي غير قابل للطعن فيه بالاستئناف أو التظلم، أو صار كذلك بفوات ميعاد الاستئناف، فاكتملت القطعية وحاز قوة الشيء المقضي به، وعلى هذا لا يجوز الحبس تنفيذاً للأحكام الابتدائية وإن كانت مشمولة بالتنفيذ المعجل⁽¹⁾.

وبناءً على ذلك لا يكفي أن يكون للدائن سند مثبت لحقه وإن كان هذا السند محرراً رسمياً⁽²⁾، فيجب أن يكون السند صادراً عن جهة قضائية؛ لكي يحق له طلب الإكراه البدني، فهو إجراء يترتب على عدم تنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة عن القضاء.

فضلاً عن ذلك يجب لهذا السند أن يحوز القوة التنفيذية التي يتحقق مضمونها باستعمال وسائل التنفيذ الجبري، إذا لم ينصاع المحكوم طواعية للتنفيذ، عن طريق اللجوء إلى الإكراه البدني، ويستبعد بذلك الأحكام الإجرائية التي لا تحسم موضوع النزاع، والأحكام السلبية التي تنتهي إلى رفض طلبات المدعي؛ لأنها تقف عند مجرد عدم أحقية المدعي فيما يطالب به، فجميع الأحكام التي تحقق الغاية منها بمجرد صدورهما تخرج خارج دائرة الأحكام المقصودة في هذا المقام، أيضاً الأحكام المنشئة التي لا تتضمن إلزام المحكوم عليه بأداء معين للمحكوم له، حيث تنشئ مراكز أو تعدلها أو تلغيها على غرار التطبيق والإفلاس وحل الشركات، فهذا النوع من الأحكام لا يصلح سنداً تنفيذياً للمطالبة بالإكراه البدني⁽³⁾.

2. التقدم بطلب الحبس للجهة المختصة.

يقع على الدائن أن يتقدم بطلب على عريضة تتضمن طلب تقييد حرية المدين المماطل في تنفيذ ما عليه من التزامات، شريطة أن يتقدم بالطلب إلى الجهة المختصة قضائياً، ولكن هل نظم القانون الليبي الاختصاص القضائي النوعي في هذا الشأن؟

إن استقراء نص المادة (7) من القانون رقم (74) لسنة 1972م، والتي أشارت إلى ضرورة توجه الدائن إلى السلطة القضائية ورفع الأمر لها للبت في حبس المدين، بقولها: (إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود... كان للدائن أن يرفع الأمر إلى المحكمة المختصة، فإذا ثبت ذلك للمحكمة جاز لها أن تمهله لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، مع أمره بالأداء، فإذا لم يؤدّ رغم ذلك، أمرت المحكمة بحبسه حتى يؤدي الدين)، ولعل التفسير المباشر للألفاظ التي أوردها المشرع أعلاه يقودنا إلى القول إن المشرع الليبي قد اختار الأمر على عريضة كوسيلة للاستجابة إلى طلب الدائن بحبس المدين، وقد استمر هذا التفسير ردحاً من الزمن إلى أن تصدت المحكمة العليا للمسألة بصورة غير مباشرة، وكيف بعض الفقهاء موقفاً على اعتباره دليلاً على أن وسيلة التقدم بطلب الإكراه البدني هي دعوى مواجهة تثار أمام القضاء المختص، لا في صورة الطلب على عريضة، علماً بأن المشرع قد استخدم ألفاظاً يفهم منها تبني مسلك

(1) د. محمود محمد هاشم، الحبس في الديون، دراسة مقارنة، مطابع الملك سعود، السعودية، ب.ط، 1989م، ص 83.

(2) د. شادي أسامة علي، مرجع سابق، ص 72.

(3) د. عبد المنعم عبد العظيم جيره، القواعد العامة في التنفيذ الجبري، دار الكتب الوطنية، ليبيا، ب.ط، 1999م، ص 52.

الطلب على عريضة لاسيما عند القول: (... أمرت المحكمة بحبسه...)، إلا أن موقف المحكمة العليا في الطعن المدني رقم (37/56ق) لسنة 1993م، والذي قررت خلاله نقض الحكم لعدم كفاية إثبات ملاءة المدين ويساره في الوقت الذي كان يتوجب عليها أن تتصدى للدعوى وتفصل فيها بعدم الاختصاص النوعي لمحكمة الحكم المستأنف؛ لأن الاختصاص وفقاً لصريح النص ينعقد لرئيس المحكمة باعتباره قاضي الأمور الوقتية، ويثبت فيه بأمر على عريضة لا في صورة حكم قضائي، ولكنها لم تفعل ولم تتعرض لمسألة الاختصاص.

ولعل موقف المحكمة العليا قد جاء نتيجة عدم كفاية عبارات النص ما حدا بها لتبني هذا الرأي، والذي يؤخذ عليه مخالفته لما ورد ضمن المصدران التاريخيان للقانون رقم (74) لسنة 1972م، وهما قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 60 لسنة 1960م، وقانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971م⁽¹⁾.

وإن من دواعي تفسير النص في سياق الأمر على عريضة هو أن الحبس وسيلة للتنفيذ، وبالتالي يجب أن يتم في سياق إجراءات تتضمن السرعة في تنفيذ الالتزام، بيد أنه إذا ما تم طلب الحبس بدعوى مواجهة، فإن إجراءات الدعوى والاستئناف والطعن سيؤدي إلى تعطيل تنفيذ الالتزام وانتفاء الغاية من وراء تقرير هذا النص.

وعلى أية حال فإننا نرى ضرورة مراجعة المحكمة العليا لموقفها المؤثر - أدبيًا على الأقل - على توجه القضاء الأدنى درجة حيال هذه المسألة، لا سيما أن مضمون حكمها لم يتطرق لتفسير القانون، وبالتالي لا يمكن اعتباره بمثابة مبدأ ملزم للجهات كافة، حيث إنها اكتفت بنقض الحكم المستأنف دون إقرار أي مبدأ بالخصوص.

ولما كان إصدار الأوامر على العرائض من اختصاص قاضي الأمور الوقتية⁽²⁾، فهو من يتولى نظر طلب الحبس في المسائل المدنية والتجارية، وهذا ما تم تقريره من قبل المشرع الليبي بالنسبة لقضايا الأحوال الشخصية، وفقاً لنص المادة (213) من قانون إجراءات المحاكم الشرعية رقم (1) لسنة 1958م، وبالنسبة لقضايا التعويضات الناجمة عن الجريمة مباشرة وفقاً للمادة (470) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي الصادر في سنة 1954م.

(1) أما بالنسبة للقانون العراقي فيمنح اختصاص إصدار قرار الحبس لقاضي التنفيذ، وذلك وفقاً للمادة الرابعة من قانون التنفيذ العراقي، والحال غير بعيد بالنسبة للقانون الكويتي، حيث يمنح اختصاص إصدار قرار الحبس لمدير إدارة التنفيذ، وفي الحالتين يصدر القرار بناء على عريضة، وبذلك يتفق كلا المصدرين التاريخيين للقانون رقم (74) لسنة 1972م.

(2) د. الكوي علي أعبودة، قانون علم القضاء - النشاط القضائي - الخصومة القضائية والعريضة، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ط. 2، 2003م، ص 388.

وقاضي الأمور الوقتية في المحكمة الابتدائية هو رئيسها أو من يقوم مقامه، وفي المحكمة الجزئية قاضيه (م25 مرافعات)، أو من يطلق عليه عملياً تسمية قاضي الإشراف، ولما كان طلب حبس المدين يجب أن يشتمل على سند تنفيذي يكون في صورة حكم نهائي، أو أمر أداء نهائي، بالتالي لا مجال للقول بضرورة اللجوء إلى محكمة الموضوع، حيث يفترض أن المسألة قد فصل فيها بحكم نهائي، أو أمر أداء نهائي، أما في حالة عدم الفصل في الحق الموضوعي فإن هذا يُجَلَّ بالشرط الوارد ضمن المادة (7) بأن يكون الحق غير متنازع عليه، ما ينفي الحق في تقديم الطلب بإصدار أمر الحبس، ويترتب على مخالفة قواعد الاختصاص النوعي البطلان، فيمتنع القاضي أو المحكمة عن إصدار الأمر؛ لأن تلك القواعد تتعلق بالنظام العام.

أما بالنسبة للاختصاص المكاني وفقاً لنص (م63 مرافعات) فإذا كان المطلوب إجراءً وقتياً يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، أو المحكمة المطلوب حصول الإجراء في دائرتها.

3. التأكد من قدرة المدين على السداد:

لما كان الإكراه البدني يرمي للوصول إلى تنفيذ الالتزام عن طريق كسر عناد المدين، فكان لا بد لهذا الإجراء الاستثنائي من أن يتم تجاه مدين قادر على الوفاء فعلاً؛ أي أن يكون ما في ذمته المالية ما يعادل مقدار الدين - على الأقل - وإلا لَفَقَد الإكراه البدني الهدف المنشود من ورائه⁽¹⁾، ففلسفة تقرير الحبس هي المساس بحرية المدين ما يمثل ضيقاً وألماً يحفز على الإيفاء بدينه، وإظهار أمواله التي هربها أو أخفاها أو بخل عن أدائها⁽²⁾، أما المدين الفقير المعسر الذي لا درهم له ولا متاع، وديونه أكثر من أمواله، فيسمى في هذه الحالة مفلساً⁽³⁾، لا غاية تذكر عندها من وراء حبسه، إلا إضاعة وقت الدائن، فضلاً عن تقييد فرص هذا المدين عن توفير سبل السداد، وحرمانه من السعي في التماس أبواب الكسب وإثراء الذمة.

ولإثبات يسار المدين طرق عديدة، فقد يكون الإثبات عن طريق الإقرار⁽⁴⁾، أو تقديم الدائن لدليل كتابي، فمن حسن طالع الدائن أن يحوز مستندات تؤكد ملاءة المدين وقدرته على الوفاء بدينه⁽⁵⁾، كأن يملك كشف حساب مصرفي يعزز ملاءة المدين ويؤكد قدرته، أو سند استلامه لمبلغ مالي معين، كأن

(1) أ. رمضان مُجَد عيسى، مرجع سابق، ص88.

(2) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (74) لسنة 1972م.

(3) أ. وسام جمال مصباح، مرجع سابق، ص93.

(4) د. مُجَد علي البدوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص339.

(5) أ. مُجَد غالب هاشم، مرجع سابق، ص63.

يكون مقاسمة لتركة أو إقرار باستلام المدين مبلغًا ماليًا مقابل بيع عقار أو مركبة آلية أو تصفية شراكة أو غيرها.

4. إمهال المدين:

نصت المادة رقم (7) للقانون رقم (74) لسنة 72م، على أنه: (... إذا ثبت ذلك للمحكمة جاز لها أن تمهله لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر مع أمره بالأداء...)، ومن الواضح هنا أن للمحكمة سلطة تقديرية في تحديد مدة المهلة، بل في إقرار المدة من عدمها إذا ما لزم الأمر⁽¹⁾، مع تبني بعض الفقه رأيًا مخالفًا لذلك، حيث يرى أن المهلة مسألة وجوبية لا يمكن للقاضي أن يحيد عنها⁽²⁾.

إلا أن الرجوع إلى مضمون النص يظهر بأنه يجوز للمحكمة أن تمنح مهلة تصل إلى ثلاثة أشهر، وذلك وفقًا لظرف المدين، كما لها أن تتجاوز منح المهلة من الأساس وتشرع في إصدار قرارها بالأداء، ولعل عبارة: (... جاز لها أن تمهله...) أكبر دليل على ذلك، ويعزز هذا الاتجاه ما ورد ضمن المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (74) لسنة 1972م، حيث نصت على أنه: (... ولا شك أن القاضي لا يأمر بالحبس حتى يتبين له ملاءة المدين وقدرته، وقد يمهل كذلك...)، فيظهر هنا بأن التأكد من ملاءة المدين وقدرته أمر وجوبي على المحكمة، في حين أن أمر منح المهلة للمدين معلق على سلطتها التقديرية.

وكما أن تقدير جدوى المهلة من عدمها يكون بيد المحكمة، فإن تقدير مدة المهلة أيضًا يرجع إليها، ويؤكد ذلك ما ورد ضمن المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (74) لسنة 72م، فقد نصت على أنه: (... وقد راعت المادة أن بعض المدينين الموسرين قد يكون في حاجة إلى وقت وجهد لكي يخلص له المال نقدًا للوفاء مع ملاءة ذمته بأموال أخرى، فأجاز النص الجديد - المادة 7- للقاضي أن يمهل إلى ثلاثة أشهر بحسب ما يراه من قدر الدين، وما يلزم من وقت يكفي الوفاء به...)، فقد أشارت المذكرة إلى فرضية مهمة وهي تعسر المدينين عن الوفاء الفوري، فقد يصعب عليهم توفير السيولة النقدية لسداد الالتزام، حتى مع فرض ملاءة الذمة بنوع آخر من الأموال، عليه فإن للمحكمة المختصة أن تقدر أحوال المدينين، وبالتالي تكون مدة المهلة مُعلّقة على مدى الحاجة، فلها وفقًا لذلك أن تأمر بها كاملة، أو تقلصها حسب الأحوال، بل تستطيع أن تتجاوز المدة المذكورة وتأمره بالسداد دونما أية مهلة.

(1) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (74) لسنة 1972م، ص 28.

(2) أ. رمضان مُجد عيسى، مرجع سابق، ص 140.

5. إصدار قرار الحبس:

في حال توافر الشروط كافة التي يتطلبها القانون لإصدار قرار الحبس تصدر المحكمة قرارها بحبس المدين، ولا يجوز للقاضي إصدار قرار حبس المدين من تلقاء نفسه إلا بناءً على طلب الدائن⁽¹⁾؛ ذلك لأن الحبس في هذه الحالة قد وُجد لمصلحة الدائن، ومن غير هذا الطلب لا يمكن للقاضي الأمر بحبس المدين حتى وإن توافرت أسباب الحبس بحقه، فقد يكون الدائن غير راغب بعد في اللجوء إلى هذه الوسيلة لتحصيل دينه.

والجدير بالذكر أن المشرع الليبي لم يحدد مدة معينة لحبس المدين في المسائل المدنية والتجارية على غرار ما هو وارد بالنسبة للحبس في الديون والتعويضات المترتبة مباشرة عن الجريمة، والتي لا تتعدى مدة الحبس فيه الثلاثة أشهر، وفقاً لما ورد ضمن المادة (472) من قانون الإجراءات الجنائية، أو الحبس في ديون النفقات الذي لا يتعدى العشرين يوماً، وفقاً لما ورد ضمن المادة رقم (213) من قانون الإجراءات الشرعية.

ولعل هذا الفراغ التشريعي في تحديد مدة الحبس في المسائل المدنية والتجارية يمثل تهديداً لحرية المدين، واحتمالاً لتعرضه للتعسف من قبل القاضي صاحب السلطة التقديرية الواسعة في تحديد المدة⁽²⁾، لا سيما مع ما يُفهم من نص المادة رقم (7) للقانون رقم (72) لسنة 1974م، وهو أن مدة الحبس قد تستمر إلى أن يؤدي المدين ما عليه من التزام، حيث نصت على أنه: (... أمرت المحكمة بحبسه حتى يؤدي الدين...)، فالعنى المباشر للألفاظ هو أن إطلاق سراح المدين مشروط بأداء قيمة الدين؛ أي أن مدة الحبس مفتوحة وغير مقيدة بأجل.

ولا يخفى ما في ذلك من قصور في تنظيم المسألة، حيث كان على المشرع أن يولي الإكراه البدني في الديون المدنية والتجارية ضمانات على غرار ما تبناه بالنسبة للإكراه البدني في مجال الديون الناجمة عن الجريمة أو النفقة، والتي أحاطها بتنظيم أوسع من حيث مدة الحبس كما أشرنا أعلاه.

الخاتمة

أولاً- النتائج:

1. لقد عززت المنظومة التشريعية الليبية ضمن قواعدها العامة كل وسائل الحماية لجسد المدين من أن يقع تحت طائلة التنفيذ الجبري.
2. يمثل سلوك المؤسسات العلاجية الخاصة المتمثل في احتجاز جسد المريض حياً كان أو ميتاً جريمة يعاقب عليها القانون، ومكوناً لعنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية العقدية.

(1) د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 182.

(2) أ. رمضان محمد عيسى، مرجع سابق، ص 144.

3. يحق لكل شخص أن يتقدم ببلاغ إلى الجهات الأمنية المختصة أو إلى النيابة العامة حال علمه باحتجاز حرية شخص أو جثمان مقابل عدم الوفاء بديون الخدمات العلاجية.
4. من حق كل متضرر من سلوك المؤسسات العلاجية الخاصة المتضمن احتجاز الحرية أو وضع اليد على جثمان المتوفى اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن هذا السلوك.
5. لم تمنح وزارة الصحة الليبية ملف تسعير الخدمات العلاجية الاهتمام اللازم ما أدى إلى انتهاك حقوق المرضى واستغلال حاجاتهم للخدمات العلاجية.
6. لم تتعرض التشريعات الصحية في ليبيا لمعالجة واقعة الاحتجاز البدني ضماناً للوفاء بديون العلاج.
7. نظم القانون الليبي فكرة احتجاز حرية المدين في إطار المعاملات المالية بصورة استثنائية ضمن ما يُسمى بالإكراه البدني.
8. تتسم فكرة الإكراه البدني الواردة ضمن المادة رقم (7) في القانون رقم (74) لسنة 1972م بالقصور في التنظيم، لا سيما عند الحديث عن القواعد الإجرائية الخاصة بإصدار قرار الحبس.

ثانياً- التوصيات:

1. يتحتم على المشرع الليبي سن قانون خاص يُجرّم السلوكيات التي تتضمن احتجاز حرية المرضى أو جثامين المتوفى ضماناً للوفاء بديون الخدمات العلاجية.
2. ضرورة شروع وزارة الصحة في تسعير الخدمات العلاجية لدى المؤسسات العلاجية الخاصة، وتعميم قوائم الأسعار على الجهات المعنية، وتمكين المواطنين من الوصول إليها.
3. يجب على وزارة الصحة في معرض تسعير الخدمات بأن تراعي التقلبات الاقتصادية التي تمر بها البلاد، حيث تعمل على تحديث هذه القوائم بشكل دوري، بما يوازن بين مصلحة الشركات الطبية الرامية إلى تحقيق الربح، ومصلحة المرضى في الحصول على الخدمات بعيداً عن الاستغلال والمضاربة في الحاجات الأساسية.
4. من المهم لتحقيق الغاية من وراء فكرة الإكراه البدني المنظمة ضمن القانون رقم (74) لسنة 1972م، أن يكون طلب الحبس بناءً على عريضة؛ وذلك لتحقيق عنصر السرعة المطلوب لتنفيذ الالتزام، بيد أنه إذا ما تم طلب الحبس بدعوى المواجهة، فإن إجراءات الدعوى والاستئناف والطعن سيؤدي إلى تعطيل تنفيذ الالتزام، وانتفاء الغاية من وراء تقرير هذا النص.

المصادر والمراجع

- الكتب:

1. د. أحمد عبد الحميد أمين، التزام الطبيب بضمان السلامة، دار النهضة العربية، مصر، ط.1، 2011م.
2. د. أسعد عبید المرتضى، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط.2، 2011م.
3. د. الكوني علي أعبودة، قانون علم القضاء - النشاط القضائي - الخصومة القضائية والعريضة، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ط.2، 2003م.
4. د. الكوني علي أعبودة، القواعد العامة للتنفيذ الجبري، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ليبيا، ط.1، 2003م.
5. د. الكوني علي أعبودة، المدخل إلى علم القانون - الحق، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ليبيا، ط.3، 2003م.
6. د. حسن الجواهري، بحوث في الفقه المعاصر، دار التراث، القاهرة، ب.ط، 1419هـ، ص143.
7. د. شادي أسامة علي، أحكام حبس المدین، دراسة مقارنة، النسر الذهبي للطباعة، مصر، ط.1، 2007م.
8. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، نظرية الالتزام بوجه عام، دار الفكر العربي، مصر، 2008م.
9. د. عبد السلام المزوغي، مذكرات موجزة حول علم القانون، المركز القومي للدراسات القانونية، ليبيا، ط.2، 1988م.
10. د. عبد القادر مُجَّد شهاب، أساسيات القانون والحق في القانون الليبي، دار الفضيل، ليبيا، ط.6، 2013م.
11. د. عبد المنعم عبد العظيم جيره، القواعد العامة في التنفيذ الجبري، دار الكتب الوطنية، ليبيا، ب.ط، 1999م.
12. د. فتحي المرصفاوي، تاريخ القانون المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، ب.ط، 1995م.
13. د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في مجموعة المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة، مصر، ب.ط، 1989م.
14. د. فوزي صالح، دراسة مقارنة، الحق في الحبس المدني، دار العجائب، مصر، ب.ط، 2012م.

15. د. مُجَّد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - الجزء الأول، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ليبيا، ط.4، 2003م.
16. د. مُجَّد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام- الجزء الثاني، مطابع الوحدة العربية، ليبيا، الزاوية، ط.2، 2010م.
17. د. محمود العدلي، التقارير الطبية والمسؤولية الناجمة عنها، دارالفكر الجامعي، مصر، ط.1، 2007م.
18. د. محمود عبد التواب المصري، المسؤولية المدنية الناجمة عن التدخل الطبي، دار النهضة العربية، مصر، ط.1، 2011م.
19. د. محمود مُجَّد هاشم، الحبس في الديون، دراسة مقارنة، مطابع الملك سعود، السعودية، ب.ط، 1989م.
20. د. يوسف قاسم، التعامل التجاري في ميزان الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، مصر، ط.2، 2011م.

- الأطروحات والرسائل:

1. أ. رمضان مُجَّد عيسى، رسالة ماجستير - الإكراه البدني في القانون الليبي، كلية القانون - جامعة طرابلس، ليبيا، 2006م.
2. أ. مُجَّد غالب هاشم، أحكام حبس المدين في القانون العراقي، مجلة مجلس القضاء الأعلى، العدد التاسع عشر، نوفمبر 2020م.
3. أ. مبارك ظافر، رسالة ماجستير، الحبس التنفيذي للمدين، كلية القانون جامعة القاهرة، مصر، 2012م.
4. أ. مصطفى أمين، رسالة ماجستير، التنفيذ العيني للالتزام، كلية الحقوق - جامعة مولدي، الجزائر، 2019م.
5. أ. وسام جمال مصباح، رسالة ماجستير، الإكراه البدني كوسيلة من وسائل التنفيذ العيني الجبري، كلية الدراسات العليا، جامعة مولانا مالك إبراهيم الحكومية، أندونيسيا، 2016م.
6. أ. يحيى يحيى، رسالة ماجستير، الإكراه البدني للتنفيذ، كلية الحقوق - جامعة مستغانم، الجزائر، 2018م.

- الأحكام القضائية:

1. حكم المحكمة العليا الليبية بدواورها المجتمعة في الطعن رقم 811 لسنة 53 ق بتاريخ: 23.12.2013م.

2. حكم المحكمة العليا الليبية، طعن مدني رقم: (37/56ق)، بتاريخ: 28. 3. 1993م.
3. حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ: 27. 6. 1968م، مجموعة أحكام النقض رقم 19-1229.
4. حكم المحكمة العليا الليبية، الطعن الجنائي رقم 67/512ق بتاريخ: 2 مايو 2002م.

طبيعة دعوى الالغاء " دراسة مقارنة "
أ. عبدالسلام محمد أبوالأجراس
باحث دكتوراه / الأكاديمية الليبية طرابلس

الملخص:

من أحد حقوق الموظف العام رفع دعوى إدارية لرد الاعتداء الواقع عليه، وهدف هذه الدعوى حماية المصلحة العامة، وتحقيق مبدأ المشروعية؛ وضمان احترام القوانين واللوائح التي تنظم سير المرفق العام.

ومن أنواع الدعاوى الإدارية دعوى إلغاء القرار الإداري، التي يرفعها ذوي الشأن إلى دائرة القضاء الإداري بهدف المطالبة بإلغاء القرار الإداري أو إعدامه لخرقه مبدأ المشروعية الإدارية.

ومن المسلم به فقها وقضاءً؛ أن دعوى الإلغاء موجهة ضد القرار الإداري حصراً، وأن القرار مرتبط بسير المرفق العام وانتظامه، وبالتالي فإن اللجوء إلى دعوى الإلغاء سيكون له الأثر المباشر على سير هذا المرفق، مما يجعل الحياة الإدارية في خطر، لذلك أحاط المشرع هذه الدعوى بأحكام خاصة بها، تحقيقاً للمصلحة العامة، وميزها عن غيرها من الدعاوى الإدارية الأخرى بطبيعة خاصة في ظل إحداث قانون خاص بالقضاء الإداري، تجاوز خمس عقود من الزمن له تجربة تطبيقاته واجتهاده كونه قضاء إنشائها.

تكمُن أهمية البحث في كونه يعطي إطاراً نظرياً لطبيعة الدعوى، انطلاقاً من آراء الفقهاء، ثم التوجه الذي سار عليه القضاء، ورصد أحكامه من ناحية عملية، ورصد أحكام القضاء المقارن لفهم أكثر لهذه الطبيعة، ويعتمد الباحث في ذلك على المنهج الوصفي والتحليلي.

ولما يثيره هذا الموضوع العديد من التساؤلات: بداية من: ما هي طبيعة الدعوى؟ وإلى أي قضاء تنتمي؟ وهل كان للقضاء والفقهاء دور في تحديد طبيعتها؟ وهل اتفق القضاء مع الفقه أم اختلف في تحديدها؟ وهل كان لهذه الطبيعة نتائج قانونية ترتبت عنها؟

الكلمات المفتاحية: دعوى الإلغاء - القرار الإداري - المرفق العام - المصلحة في الدعوى.

Abstract

One of the rights of a public employee is to file an administrative lawsuit to respond to the assault committed against him. The aim of this lawsuit is to protect the public interest and achieve the principle of legality. And ensuring respect for the laws and regulations governing the functioning of the public utility.

It is recognized jurisprudence and jurisprudence; That the annulment lawsuit is directed against the administrative decision exclusively, and that the decision is related to the functioning and regularity of the public facility, and therefore resorting to the annulment lawsuit will have a direct impact on the functioning of

and monitoring the rulings of the comparative judiciary for a more understanding of this nature, and the researcher relies on the descriptive and analytical approach.

This issue raises many questions, starting with: What is the nature of the case? To which district do you belong? Was the judiciary and jurisprudence a role in determining its nature? Did the judiciary agree with jurisprudence, or did it differ in defining it? And did this nature have legal consequences that resulted from it?

Keywords: annulment lawsuit – administrative decision – public facility – interest in the lawsuit.

مُتَكَلِّمَةٌ

الدعاوى الإدارية هي الدعاوى التي يلجأ إليها الموظف العام لرد الاعتداء الواقع عليه، وهدفها حماية المصلحة العامة، وتحقيق مبدأ المشروعية؛ وضمان احترام القوانين واللوائح التي تنظم سير المرفق العام. ومن بين الدعاوى الإدارية دعاوى إلغاء القرار الإداري، التي يرفعها ذو الشأن إلى دائرة القضاء الإداري بهدف المطالبة بإلغاء القرار الإداري أو إعدامه لخرقه مبدأ المشروعية الإدارية.

ومن المسلم به فقها وقضاءً؛ أن دعوى الإلغاء موجهة ضد القرار الإداري حصراً، وأن القرار مرتبط بسير المرفق العام وانتظامه، وبالتالي فإن اللجوء إلى دعوى الإلغاء سيكون له الأثر المباشر على سير هذا المرفق، مما يجعل الحياة الإدارية في خطر، لذلك أحاط المشرع هذه الدعوى بأحكام خاصة بها، تحقيقاً للمصلحة العامة، وميزها عن غيرها من الدعاوى الإدارية الأخرى بطبيعة خاصة في ظل إحداث قانون خاص بالقضاء الإداري، تجاوز خمس عقود من الزمن له تجربة تطبيقاته واجتهاده كونه قضاء إنشائها. تكمن أهمية البحث في كونه يعطي إطاراً نظرياً لطبيعة الدعوى، انطلاقاً من آراء الفقهاء، ثم التوجه الذي سار عليه القضاء، ورصد أحكامه من ناحية عملية، ورصد أحكام القضاء المقارن لفهم أكثر لهذه الطبيعة، ويعتمد الباحث في ذلك على المنهج الوصفي والتحليلي.

ونظراً لعدم وجود دراسات سابقة في موضوع طبيعة دعوى الإلغاء من خلال الأدوات التي يملكها الباحث - حيث أن المعرفة أسيرة أدواتها- لم يجد إلا بعض الاشارات في بعض المراجع ولم تكن دراسة معمقة، لذلك تعزز لدينا الدافع الذاتي بدافع علمي للبحث والاطلاع والتحليل القانوني، وإبداء الرأي والنقد في هذا البحث، نظر لما يثيره العديد من الإشكاليات: بداية من: ما هي طبيعة الدعوى؟ وإلى أي

قضاء تنتمي؟ وهل كان للقضاء والفقهاء دور في تحديد طبيعتها؟ وهل أتفق القضاء مع الفقهاء أم اختلف في تحديدها؟ وهل كان لهذه الطبيعة نتائج قانونية ترتبت عنها؟

كل هذه الأسئلة ستكون محل دراسة في هذا البحث وفق خطة بحثية تنقسم إلى مبحثين وفق الآتي:

المبحث الأول: انتماء دعوى الإلغاء.

المطلب الأول: النطاق القضائي لدعوى الإلغاء.

أولاً: القضاء الشخصي.

ثانياً: القضاء العيني.

المطلب الثاني: موقف القضاء.

أولاً: موقف القضاء المقارن.

ثانياً: موقف القضاء الليبي.

المبحث الثاني: أثر طبيعة دعوى الإلغاء.

المطلب الأول: أثرها من حيث الشروط والإجراءات.

أولاً: من حيث الشروط.

ثانياً: من حيث الإجراءات.

المطلب الثاني: أثرها من حيث حجية الأحكام والنظام العام.

أولاً: من حيث حجية الأحكام.

ثانياً: تعلقها بالنظام العام.

المبحث الأول

انتماء دعوى الإلغاء

دعوى الإلغاء هي أحد الدعاوى الإدارية، هدفها تأييم القرار الإداري تحقيقاً لمبدأ المشروعية، وبما أن دعوى موجه ضد القرار الإداري، وهو محل الدعوى وموضوعها، يتطلب ذلك بيان انتماء دعوى الإلغاء فيما إذا كانت تدخل في نطاق القضاء العيني أم القضاء الشخصي، الأمر الذي يستلزم تحديد مفهوم كل منهما مع بيان موقف القضاء الإداري من تحديد طبيعة دعوى الإلغاء.

المطلب الأول

النطاق القضائي لدعوى الإلغاء

انتماء دعوى الإلغاء يتطلب تحديد مفهوم القضاء العيني أولاً ومن ثم تحديد مفهوم القضاء الشخصي ثانياً، وذلك للوصول إلى أي قضاء تنتمي إليه الدعوى وترتبط بروابطه.

أولاً: القضاء العيني

مفهوم القضاء العيني هو أن ((يتولى القاضي البحث عما إذا كان تصرف قانوني معين قد خالف قاعدة قانونية أو مركز قانوني عام أو موضوعي، ففي هذا القضاء لا تثور مسألة الحقوق الشخصية أو المراكز القانونية الشخصية⁽¹⁾

وبهذه المثابة ووفقاً لهذا المفهوم إن الخصومة في دعوى الإلغاء تقام ضد القرار الإداري، بحسبان أن الإدارة ليست خصماً في الدعوى، وذلك على خلاف القضاء الكامل تنعقد الخصومة فيه بين طرفين على حق شخصي، وفي هذا السياق يقول الدكتور والفقير سليمان الطماوي أن دعوى الإلغاء تنتمي إلى القضاء العيني، لأن المسألة المطروحة على القضاء في دعوى الإلغاء تتعلق بفحص المشروعية بصرف النظر عن الحقوق الشخصية لرافع دعوى الإلغاء.⁽²⁾

والوصف الموضوعي لدعوى الإلغاء إنما دعوى عينية موضوعية تنتمي للقضاء العيني فإن حكمها القاضي بالإلغاء القرار الإداري؛ هو تصحيح الأوضاع القانونية بإزالة كل أثر قانوني لصيرورة القرار وتأنيمه، وهي بذلك تهدف أيضاً إلى تحقيق المصلحة العامة إلى جانب مصلحة الطاعن، وبالتالي فإن مفهوم دعوى الإلغاء إنما دعوى عينية ينسجم مع مفهوم القضاء العيني الذي لا تثور فيه مسألة الشخصية أو المراكز القانونية الشخصية.

ويرى الدكتور فتحي فكري أن توجه دعوى الإلغاء إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون، أن الطاعن لا يحتصم الإدارة التي صدر عنها القرار وإنما القرار ذاته. وهذا التصور يعني أولاً أن الطعن بالإلغاء لا يولد خصومة يتصارع في حلبتها المدعي والمدعي عليه، ويحاول الانتصار كلا منها لأدلته، ويضيف قائلاً أن

¹ أ. د. رأفت فودة، أصول وفلسفة قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، بيروت، 2011م، ص 99.

² د. سلمان مجد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1974م، ص 238.

الوصف الموضوعي لقضاء الإلغاء هو الذي يفسر اقتصار دور القاضي في الدعوى على فحص مشروعية القرار محل النزاع، وإليه يرد التوسع في شرط المصلحة الحجية المطلقة للأحكام الصادرة بالإلغاء، كما أن انعكاس الطبيعة العينية على جواز شطب دعوى الإلغاء والتيسير في ضوابط قبولها.⁽¹⁾

ويذهب الفقه الليبي في هذا الاتجاه، حيث يقول الدكتور محمد عبدالله الحراري أن دعوى الإلغاء ليست كالدعاوى العادية التي تستهدف أصلاً الدفاع عن المصالح الشخصية، وإنما هي دعوى تنتمي إلى القضاء العيني الذي يستهدف أساساً تصحيح الأوضاع القانونية بإزالة كل أثر للقرار الإداري غير المشروع، وبالتالي فهي وسيلة للدفاع عن الصالح العام أكثر منها وسيلة للدفاع عن المصالح الشخصية للأفراد.⁽²⁾

ويطرح الباحث سؤالاً: هل صمدت الطبيعة العينية لدعوى الإلغاء وبقائها في حيز القضاء العيني، أم أنها في طريقها إلى أحضان القضاء الشخصي.

ثانياً : القضاء الشخصي

ويقصد بالقضاء الشخصي ((تولي القاضي بحث مخالفة تصرف قانوني معين لمركز قانوني شخصي، والحكم الصادر في القضاء العيني حجة على الكافة أم الحكم الصادر في القضاء الشخصي فهو ذو حجية نسبية قاصرة على أطراف النزاع.⁽³⁾

ومقتضى ذلك وتبعاته أن دعوى القضاء الكامل من الدعاوى الشخصية، يطلب فيها الطاعن في صحيفة الدعوى الفصل في منازعة تتعلق بالحق الشخصي، مثل دعاوى التسوية الخاصة بالحقوق المالية للموظف وعلى رأسها المرتبات، وهي بذلك تنتمي إلى القضاء الشخصي.

أما دعوى الإلغاء فهي تقوم على محاصمة القرار الإداري – كما رأينا سابقاً – ولا تستند على حق شخصي في رفعها، وإنما الخصومة موجهة ضد القرار، ودعوى الإلغاء هي وسيلة الخصومة القضائية التي يلجأ إليها الطاعن، فإن كان له الحق يستند عليه للجوء إلى القضاء عن طريق دعوى الإلغاء، فإن رفعها لا يتطلب حق شخصي لقبول الدعوى بل يكفي توافر شرط المصلحة في رفع دعوى (("أما في دعوى القضاء الشخصي لا يرفع دعواه للقاضي إلا حيال شخص آخر قد إعتدى على حقوقه في منازعة بين شخصين أو أكثر، والمصلحة الشخصية في هذه الدعاوى هي المهيمنة، وفي دعاوى القضاء العيني والمصلحة العامة (حماية المشروعية) هي السمة الغالبة، فالأشخاص في دعوى الإلغاء لا يقومون بدور أطراف الدعوى بقدر ما هم كرجال النيابة العامة غايتهم الأولى الدفاع عن المشروعية وليس المصالح الشخصية".⁽⁴⁾

¹ د. فتحي فكري، الوجيز في دعوى الإلغاء طبقاً لأحكام القضاء، 2010م، ص 26.

² د. محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة، رقابة دوائر القضاء الإداري، مكتبة الجامعة للطباعة والنشر، طرابلس ليبيا، 2019م، ص 333.

³ د. رأفت فودة، أصول فلسفة قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص 100.

⁴ د. المرجع السابق، ص 100.

فالقضاء الشخصي وفقاً لمفهومه فهو يستند على حق شخصي، مثل الدعاوي التي يرفعها البائع على المشتري، أو الدائن على المدين، فهي تهدف إلى حماية المركز القانوني للفرد سواء كان بوصفه دائن أو مدين، وهذا الاختلاف جوهرى بين القضاء العيني والقضاء الشخصي، كما سبق بيانه في مفهوم القضاء العيني— فهو لا يركز على الذات أو الشخص، وإنما يخاصم القرار الإداري بصرف النظر عن الشخص المعنوي الصادر للقرار، ومرد ذلك ومرجعه الطبيعية العينية لدعوى الإلغاء.

وعودة عن بدء إلى السؤال الذي طرح على نحو متقدم: مدى صمود الطبيعة العينية لدعوى وهل عصفت رياح التطوير بالدعوى؟

يجيب الفقه المقارن على هذا التساؤل وعلى رأسه الفقه الحديث؛ الذي يرى أن دعوى الإلغاء ذات طبيعة مختلطة، وأنها إضافة لما سبق تحتوي على العناصر الشخصية، فدعوى الإلغاء إذ تدخل في نطاق القضاء العيني لأنها تقوم بحسب الأصل على حماية المشروعات الإدارية، فإنها تدخل كذلك في القضاء الشخصي بحكم ما توفره باعتبارها دعوى قضائية من حماية جديدة للمراكز القانونية الذاتية والحقوق المكتسبة الشخصية لأصحاب الشأن، ويرجح جانب كبير من الفقه المصري هذا الاتجاه الحديث، إن هذه الدعوى هي دعوى قضائية بالمعنى الفني إنما تخاصم الإدارة حين تخاصم القرار الإداري، ثم هي تدور ككل دعوى قضائية حول مصالح خاصة ومراكز ذاتية بل حول حقوق شخصية للأفراد بقصد تقدير حماية المراكز والحقوق عن طريق رد الاعتداء الواقع عليها بإلغاء القرارات غير المشروعة.⁽¹⁾

ويرى الباحث في هذا المقام مؤيداً رأي الفقه الحديث في دعوى الإلغاء أنها ذات طبيعة مختلطة وتقترب إلى القضاء الشخصي، وهي بذلك فإن دعوى الإلغاء تحيط بالطبيعتين الشخصية والعينية معاً، ويعزو الباحث ذلك إلى أن فكرة الطبيعة العينية لدعوى الإلغاء تتمحور في تحقيق مبدأ المشروعية وهي حماية المصلحة العامة، وأيضاً أنها تخاصم القرار الإداري ولا تخاصم جهة الإدارة، ولا يستند رافعها على حق شخصي وهذا مردود عليه من وجهة نظر الباحث وفق الآتي:

- فيما يتعلق أن دعوى الإلغاء تستهدف حماية المصلحة العامة باعتبار أن القانون الخاضعة له هو القانون العام كون الدولة أحد أطرافه، وبالتالي فإن جميع الدعاوى الإدارية على مختلف أنواعها تحقق المصلحة العامة، وليس قاصرة تلك الحماية على دعوى الإلغاء هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن القوانين الخاصة - القانون الخاص - بفروعه إلى الجانب القانون العام بفروعه، يهدف في النهاية إلى تحقيق المصلحة العامة للدولة، وهي حفظ الأمن و الاستقرار وتحقيق العدل، الى جانب المصلحة الخاصة بالأفراد، حيث أن عدم تطبيق القانون الجنائي - على سبيل المثال - خطر على المصلحة

¹ د. رأفت فودة، أصول فلسفة قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص 104.

العامّة للدولة وليس على مصلحة الأفراد فقط - المصلحة الخاصة - ومن ثم فإن مبرر المصلحة العامّة لا مبرر له وتحتفظ عليه هذه الأسباب.

- أما فيما يخص الطاعن أنه لا يتسند على حق وإنما على مصلحة مباشرة، على خلاف القضاء الشخصي الذي يستند على حق أو اعتداء على مركز قانوني شخصي، فإنه غير كافي لإضفاء الصفة الموضوعية أو الطبيعة العينية لدعوى الإلغاء، لأن الترتيب الذي وضعه الفقه بأن الطعن لا يركز على الأشخاص بل على القرار يُعاب عليه، لأن الطعن في القرار الإداري يتطلب بحكم لضرورة توجيه الدعوى للشخص المعنوي المصدر للقرار، ولذلك اشترط القانون أن يكون ذي صفة، وهي دعوى حقيقية بمعنى الكلمة، لأن فيها طرفين مدعي ومدعي عليه، حيث لا يستقيم صدور قرار من وزير التعليم العالي والطعن فيه بعيب انحراف السلطة ولا يبحث القاضي في نية مصدر القرار كونه ليس خصماً في الدعوى. فالعنصر الشخصي موجود حقيقياً وليس صورياً.

ولما كان ذلك فإن المشرع أقر شرطاً لرفع دعوى الإلغاء، ألا وهو أن يكون القرار مطعون فيه مؤثر في المركز القانوني للطاعن، وهو الشرط ذاته موجود في القضاء الشخصي؛ أن يؤثر في المركز القانوني للشخص، وبالتالي لا اختلاف في المراكز القانونية، ولا في أطراف الدعوى من ناحية فنية، حيث جميع الدعاوى القضائية يوجد طرفان في الدعوى، مدعي ومدعي عليه، ولا يستقيم القول بأنها تخصم القرار الإداري بمعزل عن مصدر القرار، وإلا اعتبرنا القرار طرفاً في الدعوى!! وتبقى اشكالية كيف يبحث القاضي الإداري في نية مصدر القرار في عيب الانحراف وهو ليس طرفاً فيها.

وتأسيساً على ما سبق فإن الصورة أو السمة التي تبدوا عليها دعوى الإلغاء أنها ذات طبيعة عينية رغم اتجاه الفقه الحديث باعتبارها ذات طبيعة مختلطة، لم نرى الفقه الليبي يعلق على هذا الاتجاه الحديث، وبالتالي سوف يقوم الباحث بدعم رأيه بالأسانيد القانونية من خلال ما يتم التعرض إليه لاحقاً بعد معرفة موقف القضاء من طبيعة دعوى الإلغاء، وهل كان محل اتفاق مع الفقه أو محل اختلاف على الطبيعة العينية لدعوى الإلغاء؟

المطلب الثاني

موقف القضاء

تعرض الفقه إلى وضع تعريف للقضاء العيني والقضاء الشخصي لتحديد طبيعة دعوى الإلغاء، وهي ذات طبيعة عينية، إلا أن الاتجاه الحديث كما رأينا على نحو متقدم يرجح أنها ذات طبيعة مختلطة، لأن العناصر الشخصية متوفرة فيها، ويبقى رأي القضاء الإداري وأحكامه في تحديد طبيعتها، وهو ما سوف نتعرض إليه بداية بالقضاء المقارن أصل نشأة الدعوى وولادتها، ثم موقف القضاء الليبي ثانياً.

أولاً: القضاء المقارن

نتطرق إلى موقف القضاء الفرنسي ومن بعده موقف القضاء المصري ورصد أحكامهما فيما يتعلق بعينية دعوى الإلغاء على النحو الآتي:

أ - القضاء الفرنسي

في البداية نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد أقر بحق كل شخص له مصلحة في عدم الغاء القرار، ولكنه لم يدخل أو يتدخل في الدعوى، والطعن في حكم الإلغاء بطريق معارضة للخصم الثالث، وبديهي أن هذا الوضع يتعارض مع الأحكام من حجية مطلقة اتجاه الكافة... ثم اعترف بحق الاستئناف للإدارة، هذا الحق يتعارض مع الطبيعة الموضوعية لدعوى الإلغاء، والتي ترفض فكرة أطراف الدعوى، حيث أن حق الاستئناف لا يتمتع به إلا من كان أصلاً طرفاً في خصومة الدرجة الأولى، والقول بدعوى الإلغاء لا تنشئ خصومة حقيقة بين أطراف تصدت له تقارير مفوض الحكومة منذ القرن الماضي.⁽¹⁾

هذا الرأي التقليدي للقضاء الفرنسي لم يصمد طويلاً أمام التغيرات التي مرت على القضاء الفرنسي فهو ميلاد هذه الدعوى ونشأتها ((وبوصفه قضاءً تجريبياً لمجلس الدولة لا يؤله أحكامه وما ينشئه من مبادئ ولا يصنع منها تماثيلاً يكي عليها عند تقديمه القرايين إليها، بل هو قضاء قديم في تاريخه معاصر في تطبيقاته يضرب بجدوره القرنين من الزمان ويعانق الشمس عند شروقها بمستقبل جديد في أحكامه، من كل ذلك أستطاع مجلس الدولة المعجزة أن يجدد من ثوب دعوى الإلغاء ويعاونه الفقه الباحث الواعي في ذلك لا من أجل التجديد فحسب وإنما من أجل كمال وظيفتها وتحقيق الأهداف التي أنشئت أصلاً من أجله، وهي رقابة الإدارة عند اتخاذها تصرفات قانونية والتأكيد على سيادة مبدأ المشروعية، والجديد الذي أضفاه الفقه والقضاء في فرنسا على دعوى الإلغاء والذي قربها من دائرة القضاء الشخصي يمكن لنا أن نذكره في الآتي:

1. تطلبه لمصلحة شخصية ومباشرة في رافع دعوى الإلغاء حتى تقبل دعواه، فهو لم يجعل من دعوى الإلغاء دعوى شعبية *Popuire recourse* أو دعوى حسبة كما يسميها رجال الفقه الشرعي في مصر يرفعها كل إنسان ضد القرار ولكنه أشرت وجود مصلحة وليست أي مصلحة دائماً يجب أن تكون مباشرة وشخصية، فدعوى الإلغاء لم تخصص للدفاع عن المصلحة العامة بصورة مجردة وإنما مازالت قوامه على حماية المصالح الشخصية.
2. قبل مجلس الدولة المعارضة في الأحكام التي تصدر في الإلغاء بشروط معينة.
3. قبل مجلس الدولة معارضة الغير *tirceoppostion* وهذا معناه أن شخصاً لم يكن طرفاً في الدعوى يستطيع أن يعارض في الحكم الصادر بإلغاء القرار، لأن له مصلحة في بقاءه أي كان

¹ د. فتحي فكري، الوجيز في دعوى الإلغاء طبقاً لأحكام القضاء، مرجع سابق، ص 30.

هذه المعارضة تعاود للأذهان فكرة الأطراف في دعوى الإلغاء وأن قبولها يضع الحجية المطلقة للحكم الصادر بالإلغاء في مأزق إن لم يكن دحضاً لهذه الحجية.⁽¹⁾

ونخلص من ذلك أن القضاء الفرنسي وأحكامه، وخضوعاً لسنة التطوير أخرج دعوى الإلغاء من دائرة القضاء العيني - إنها ذات طبيعة عينية - إلى دائرة القضاء الشخصي وأصبحت توجد عناصر مشتركة بينهما في طبيعة الدعوى.

ب - القضاء المصري

بذات الوصف والمعنى لطبيعة دعوى الإلغاء أنها طبيعة عينية موضوعية أعلنت المحكمة الإدارية العليا في مصر وسلمت بعينية الدعوى في العديد من أحكامها، بقولها "وحيث أن المسلم به أن دعوى الإلغاء هي في الأصل دعوى عينية تهدف إلى طلب الإلغاء القرار المطعون فيه إعمالاً لمبدأ المشروعية".⁽²⁾

بهذه المثابة أستقر القضاء المصري وأستقام في أحكامه على طبيعة دعوى الإلغاء طبيعة عينية أي أن الخصومة عينية، فدعوى الإلغاء تخاصم القرار الإداري، وفي حكم آخر قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر "ومن حيث أن المقرر أن العبرة دائماً في تحديد طبيعة المنازعة هو تاريخ نشوء الحق محل الدعوى، كما أن الخصومة في دعوى الإلغاء تعتبر خصومة عينية يوجهه للقرار الإداري ذاته بصرف النظر عن مصدره ويكون الحكم الصادر فيها حجة على الكافة".⁽³⁾

ونخلص من مضمون هذه الأحكام أن القضاء الإداري المصري لم يساير الفقه في أنها ذات طبيعة مختلطة، ولم يدخل العناصر الشخصية في طبيعة دعوى الإلغاء، بل أصبح ولا زال القضاء المصري واقفاً عند القضاء العيني - وانتماء دعوى الإلغاء إليه - ويتجاوز القضاء الفرنسي باعترافه لبعض العناصر الشخصية لدعوى الإلغاء، ويعزو ذلك "التطور الذي يترجم الرغبة في التخلي عن التصورات التي لا تنسجم كثيراً مع الواقع، ولا تولد بالتالي إلا نتائج تنطبق بتعارضها مع هذا الواقع كفكرة الطبيعة الموضوعية لطعون الإلغاء، وقد ساهمت هذه التحولات في تحقيق الهدف المرجو: ذوبان العديد من الفوارق بين الدعويين بحيث يمكن القول بأن أوجه الشبه تفوق الآن أوجه الاختلاف".⁽⁴⁾

ونافلة القول في موقف القضاء المقارن، أن طبيعة دعوى الإلغاء محل اتفاق بين القضاء والفقه الفرنسي أنها ذات طبيعة مختلطة، ولكنها محل اختلاف بين القضاء المصري وفقهه، لما لهذه الطبيعة من آثار ونتائج كان لها الأثر المباشر على شروط الدعوى وإجراءاتها، فضلاً عن أثرها على حجية الأحكام وتعلقها بالنظام العام.

ثانياً: القضاء الليبي

¹ د. رأفت فودة، أصول فلسفة قضاء الإلغاء مرجع سابق، ص 105.

² د. فتحي فكري، الوجيز في دعوى الإلغاء طبقاً لأحكام القضاء مرجع سابق، ص 27.

³ د. خالد عبد الفتاح مجذ، دعوى الإلغاء في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا، دار شتان للنشر والتوزيع، دار الكتب الوطنية، 2008م، ص 25.

⁴ د. رأفت فودة، أصول فلسفة قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص 105.

رأينا كيف أستقر القضاء المصري وأستقام في أحكامه على عينية دعوى الإلغاء على خلاف القضاء الفرنسي، الذي جعل من طبيعتها ذات طبيعة مختلطة بين القضائين العيني والشخصي. ويبقى موقف القضاء الليبي هل ساير القضاء المقارن؟، أم كان له نهج مغاير في أحكامه؟

المحكمة العليا في ليبيا وهي تتربع على الجهاز القضائي، وأحكامها ملزمة للمحاكم أدنى درجة منها في قانون انشائها، صرحت في العديد من المناسبات عن طبيعة دعوى الإلغاء، وقالت (("بأنها دعوى عينية موضوعية يقصد بها تصحيح الأوضاع القانونية بإزالة كل أثر للقرار الإداري غير المشروع، أو المخالف للقانون، وبذلك فإن المصلحة فيها تختلف عن الدعاوي العادية ويكفي أن تكون لصاحب الدعوى مصلحة حالة أو محتملة شخصية ومباشرة مادية أو أدبية بمسها القرار الإداري".⁽¹⁾

وفي حكم آخر للمحكمة العليا استقامت المحكمة على هذا الرأي من أحكامها الحديثة، حيث جاء في حثيات الحكم (("الصادر بجلسة 2003/04/06م لا يلزم في دعوى الإلغاء أن تستند إلى حق كما هو الشأن في الدعاوي المدنية وإنما يكفي أن يكون لرافعها مصلحة شخصية مباشرة مادية كانت أو أدبية بأن يكون في حالة قانونية خاصة بالنسبة للقرار الإداري من شأنه أن تجعله يؤثر فيها تأثيراً مباشراً".⁽²⁾

ومفاد هذا الحكم ومقتضاه أنه يؤكد على عينية الدعوى، ويستبعد العناصر الشخصية منها، حيث اشترط أن يكون لرافع الدعوى مصلحة شخصية مباشرة، يستند عليها في قوامة الدعوى، دون النظر إلى الحق الشخصي، كما هو في دعوى القضاء الكامل، وبهذا الرأي فإن قضاء المحكمة العليا لم يخرج عن مسلك القضاء المقارن وخاصة القضاء المصري، الذي لا زال حبيس القضاء العيني رغم نقد فقهاء هذه الطبيعة، ومن ثم فإن القضاء الليبي لم يسلك مسلك القضاء الفرنسي شأنه شأن الفقه الليبي، الذي لم نجد له أي تطور في دراسته وتحليله لطبيعة دعوى الإلغاء، حسب ما أطلع عليه الباحث، إلا إذا كان للفقه رأي في أثر طبيعة دعوى الإلغاء وكان لها نتائج ربما تنطق بتعارضها مع الواقع كونها ذات طبيعة عينية.

المبحث الثاني

أثر طبيعة دعوى الإلغاء

أستقر القضاء والفقه في ليبيا على الطبيعة العينية لدعوى الإلغاء وانتمائها للقضاء العيني، حيث رتب على هذه الطبيعة نتائج، من حيث شروط قبولها، وحجية الأحكام، وتعلقها بالنظام العام، فضلا عن إجراءات الدعوى.

المطلب الأول

¹ المبروك محمد عبد الله الزوام، شرط المعاد في دعوى الإلغاء، رسالة ماجستير، جامعة طرابلس، 2002م - 2003م، ص 11.

² د. محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 331.

أثرها من حيث الشروط والإجراءات إلى جانب ان يكون القرار الإداري نهائياً؛ اشترط المشرع العديد من الشروط لرفع دعوى الإلغاء، منها شرطي المصلحة والميعاد، وهما محل الدراسة لكونهما مرتبطان بطبيعة الدعوى، بالإضافة إلى اجراء توجيه الدعوى إلى ذي صفة كأحد الشروط المتعلقة بالإجراءات.

أولاً: أثرها من حيث شروط الدعوى

الهدف من دعوى الإلغاء هو الغاء القرار الإداري، فهو اختصاص مانع لها، نظراً لطبيعتها العينية، لذلك أخصها المشرع الليبي بشروط لاعتبارات المصلحة العامة، وخاصة شرطي المصلحة والميعاد، ولكن هل لهذه الطبيعة أثر على شروطها؟

أ - شرط المصلحة

يتطلب في رافع دعوى الإلغاء أن يكون له مصلحة شخصية مباشرة عند رفعها، إعمالاً للمبدأ القانوني حيث لا مصلحة لا دعوى؛ ((ويختلف مفهوم المصلحة في دعوى الإلغاء عن مفهوم المصلحة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، فإذا كانت المصلحة في قانون المرافعات تعني حماية القانون للحق المعتدي عليه أو المهدد بالاعتداء عليه، أو المنفعة التي يحصل عليها المدعي جراء تحقق هذه الحماية، فإن مفهوم مصلحة في نطاق دعوى الإلغاء يشترط فيها أن يكون للمدعي حق أعتدى عليه أو معرض للاعتداء، بل يكفي لذلك أن تكون له مصلحة شخصية مباشرة في إلغاء القرار الإداري".⁽¹⁾

هذا الاختلاف من نتائج الطبيعة العينية لدعوى الإلغاء، ومن نتائجها المباشرة لكونها تنتمي للقضاء العيني الذي لا يستند فيها على حق شخصي لرافع الدعوى، حيث يرى الدكتور محمد عبد الله الحراري منتقداً هذا الشرط - نقل الرأي مختصر - أن هذا الموقف من جانب القضاء الإداري عندنا محل نظر، صحيح أن هذا القضاء قد تساهل نسبياً في قبول دعوى الإلغاء، حيث لم يشترط أن يكون رافعها صاحب حق اعتدى عليه القرار المطعون فيه، ولكن باشرطه أن يكون الطاعن صاحب مصلحة شخصية ومباشرة يكون قد أصبغ على هذه الدعوى طابعاً شخصياً محضاً يتنافى مع طبيعتها الموضوعية العينية، وقد تنبعت المحكمة العليا لهذا النتيجة، وهي الطبيعة العينية لدعوى الإلغاء وأصدرت العديد من الأحكام تؤكد هذه الطبيعة، ولكن ألا يتناقض هذا القول من جانب المحكمة العليا مع اتجاهها في اشتراط المصلحة الشخصية المباشرة لرافع دعوى الإلغاء.

ويضيف قائلاً بأن القضاء الإداري وإن كان قد نادى من الناحية النظرية لضرورة التوسع في تقدير طبيعة المصلحة في دعوى الإلغاء إلا أنه بقي على صعيد التطبيق العملي حبيس النص التشريعي، و الاتجاه التشريعي والقضائي الذي يضيء على دعوى الإلغاء طابعاً شخصياً بحثاً أدى من الناحية العملية إلى

¹ د. محمد عبد الله حمود الدليمي، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في القانون الليبي، الجامعة المفتوحة طرابلس، الطبعة الأولى، 2002م، ص 240.

تضييق قبول دعوى الإلغاء إلى حد كبير، الأمر الذي يتعارض مع الطبيعة الموضوعية لدعوى الإلغاء، وأن هذا الموقف من جانب المشرع والقضاء ليس له ما يبرره نظراً للطبيعة العينية الموضوعية لدعوى الإلغاء، التي تقتضي أن يكون لكل فرد من أفراد المجتمع حق الطعن في أي إجراء أو تصرف إداري مخالف للقواعد القانونية النافذة.⁽¹⁾

ويرى الباحث ما ذهب إليه رأي الفقه على نحو متقدم أن الطبيعة العينية لدعوى الإلغاء تتعارض مع شروطها، من حيث شرط المصلحة الذي أصبح على الدعوى طابع شخصي، رغم عدم قبول الفقه الليبي صراحة أن العناصر الشخصية متوفرة في طبيعة دعوى الإلغاء، على خلاف ما ذهب إليه الفقه الفرنسي وقضائه، ويؤيده الباحث والذي سبق بيانه في رأى الفقه من طبيعة دعوى الإلغاء.

وعودا عن بدء فإن القضاء الإداري الليبي غير ملام في هذه النتيجة التي جاءت في الرأي الفقهي السابق، لأن المشرع هو من وضع النص وقيد القضاء به، فإذا أوجد القانون نصاً أو شرط حينئذ يصبح واجب النفاذ والتطبيق، وبالتالي فإذا قبل القضاء الإداري دعوى دون توفر شرط المصلحة الشخصية المباشرة فإن حكمه قد جانب الصواب وخالف القانون، وما على القضاء الإداري إلا احترام هذا الشرط، والبقاء في حيز وجوده إلى ان يتجاوزه المشرع نفسه بالإلغاء أو التعديل، اما الفقه يستطيع أن يتجاوز هذا الشرط بالبحث والتحليل والنقد.

ب - شرط الميعاد

تقضي المادة الثامنة من القانون رقم 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري بأن ميعاد رفع دعوى الإلغاء ستون يوماً من تاريخ نشر القرار أو إبلاغ صاحب الشأن به.⁽²⁾

ومؤدى هذا النص ومفاده أن القاعدة العامة في الميعاد هي ستون يوماً، أخص بها المشرع دعوى الإلغاء وميزها عن غيرها من الدعاوي الإدارية الأخرى، لما لها من طبيعة عينية، وعين الحكمة في تحديد مدة ميعاد الدعوى بستون يوماً ((ذلك لتحقيق التوازن بين المصالح العامة للإدارة والمصالح الخاصة للأفراد لضمان الاستقرار للأوضاع الإدارية، وعدم بقاء القرارات الإدارية عرضة للتهديد بالإلغاء وكذلك ضمان استقرار المراكز القانونية للأفراد)).⁽³⁾

وفي هذا السياق يقول الفقيه رأفت فودة كان من النتائج العامة المترتبة على طبيعة دعوى الإلغاء أن المشرع حرص على تنظيم ممارسة هذا الحق في نطاق زمني محدد، بمعنى آخر فإن ممارسة حق التقاضي بالطعن بالإلغاء مقيد بحدود زمانية يجب على رافع الدعوى أن يراعيها، وإلا سقط حقه في النيل من

¹ د. محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 333.

² المرجع السابق، ص 519.

³ د. محمد عبد الله حمود الدليمي، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 245.

القرار الإداري المتضرر منه لصيرورة هذا القرار- بمضي المدة - محصناً ضد الإلغاء القضائي حتى ولو كان غير مشروع.⁽¹⁾

ولما كان ذلك فإنه يترتب على انقضاء ميعاد دعوى الإلغاء تحصن القرار الإداري، ويصبح غير قابل للإلغاء أو السحب، وفي حكم القرار المشروع، وينتج آثاره القانونية المترتبة عنه، حتى لو كان يشوبه عيب من العيوب التي تلحق بالقرار الإداري، رغم أن بعض الفقه يرى ((أن فوات الميعاد أو نقصانه يصبح القرار نهائياً⁽²⁾)).

ويرى الباحث الرد على هذا الرأي ذلك أن من شروط قبول دعوى الإلغاء أن يكون القرار نهائياً أي قابلاً لتنفيذ، وإلا لن تقبل دعوى الإلغاء، وإضفاء الصفة النهائية للقرار الإداري بعد انقضاء ميعاد دعوى الإلغاء في غير محله، لأنه بمجرد صدور القرار الإداري بشكله النهائي يحمل قرينه المشروعية، أي قابلاً لتنفيذ ولا توقف صيرورة القرار إلا بحكم الإلغاء، أو السحب أو بوقف تنفيذه.

ويضيف الباحث في رأيه معلقاً على هذا الشرط؛ - شرط الميعاد - بما أن يوجد تلازم بين الطبيعة العينية لدعوى الإلغاء والمصلحة العامة وهي تدور مع وجوداً وعدمياً، وكانت المبرر لعينية الدعوى، أصبح هنا ميعاد دعوى الإلغاء في اعتقادنا يتعارض مع طبيعتها، فكيف يحقق المصلحة العامة في آن واحد، عند تقيدها بمدة معينة (ستون يوماً) لاعتبارات المصلحة العامة، وضمانة احترام مبدأ المشروعية عند رفعها، وعند فوات ميعاد الطعن تحقق معه أيضاً المصلحة العامة في ضمانته استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد، واستقرار المراكز القانونية، وعدم رفع الدعوى يصبح القرار متحصن من الإلغاء، ومن ثم ضاعت المصلحة العامة في الأولى وتحققت في الثانية أو بالعكس !!! .

وبمعنى آخر لو صدر قرار اداري غير مشروع، ولم يتمكن الموظف من الطعن لأي سبب كان، ضاعت المصلحة العامة في احترام مبدأ المشروعية واعلاء سيادة القانون، والتي تتوقف على الطاعن الذي له مصلحة شخصية مباشرة عند رفع الدعوى، وبالتالي تفقد دعوى الإلغاء هدفها في تحقيق مبدأ المشروعية لحماية المصلحة العامة، لان القانون لم يسمح لأطراف اخرى برفع الدعوى لانتفاء المصلحة الشخصية المباشرة، رغم توفرها لكل فرد، وهي مصلحة تحقيق مبدأ المشروعية واحترام القانون.

ولما كان ذلك فإن الباحث يرى لأن المصلحة العامة تحقق في رفع الدعوى وعدم رفعها في آن واحد لا يستقيم مع العقل والمنطق، فإن إشكالية تحصن القرار غير المشروع ونقله للمشروعية، حاله حال إضفاء شرعية قانونية على أموال غير شرعية، وهنا لا مبرر لقيام المصلحة العامة، بالإضافة لذلك واعمالاً لمبدأ الخطأ لا يصحح القانون؛ فإن تحصن القرار غير المشروع - الخاطئ - بفوات الميعاد اصبح القرار

¹ د. رأفت فودة، أصول فلسفة قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص 435.

² المرجع سابق، ص 452.

صحيحاً بعفل القانون، وهو في الاصل قرار خاطيء؛ لعدم احترامه للمبدأ المشروعية، وبمعنى آخر فإن الخطأ أصبح أقوى من القاعدة القانونية التي يخالفها بفعل المشرع وإرادته .
بيدا أن القرار الإداري الذي يشوبه عيب جسيم في عدم الاختصاص لا يتحصن بميعاد دعوى الإلغاء، فهو في حكم القرار المعدوم، حيث قضت المحكمة العليا ((في حكمها الصادر بجلسة 2004/2/15/ ان القرار مشوب بعيب عدم الاختصاص الجسيم لا يعدو أن يكون مجرد عقبة مادية يجوز ازالتها في أي وقت مهما طال الزمن دون أن يعصمه فوات المدة من طلب الإلغاء في أي وقت اعلاء للشرعية وسيادة القانون))¹

وبما أن القرار المعدوم لا يعدو أن يكون إلا مجرد عمل مادي؛ فإن هذا القرار يختص بإلغائه إلى جانب القضاء الإداري المحاكم المدنية، وهو ما عبرت عنه المحكمة العليا ((في حكمها الصادر بتاريخ 1975/5/15 م حيث تقول : ان تصرف الإدارة المنطوي على غصب لسلطة القضاء ينحدر بالقرار الي درجة الانعدام بما يجعله بمثابة عمل مادي عديم الأثر ويختص القضاء العادي والإداري بإزالة شبهة قيام القرار المنعدم))²

ونستنتج من هذه الاحكام، ان القرار المعدوم لم يراعي فيه القضاء الإداري شرط الميعاد، واعتبارات المصلحة العامة المتعلقة بضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، واستقرارا للمراكز القانونية، وانما اخذ في حسابه المصلحة العامة المتعلقة بإعلاء الشرعية _ احترام مبدأ المشروعية - وسيادة القانون، وكان الأساس التي استندت عليه المحكمة في حكمها، وانزلت القرار المعدوم منزلة العمل المادي، ومن تم اصبح القضاء العادي يختص بالفصل في طلبات الغائه.

وبهذه المثابة القضائية فإن طبيعة دعوى الإلغاء هي طبيعة شخصية وليست طبيعة عينية في القرار الإداري المعدوم، بحكم اختصاص القضاء العادي - الشخصي - بإلغائه، ومن تم رفع الدعوى امامه لا تنقيد بميعاد معين، كما ان الطاعن يستند على حق شخصي في رفعها. ويرتب ذلك نتيجة منطقية بحكم لزوم العقل والمنطق، وهي اذا ما رفع الطاعن دعواه امام القضاء العادي، فإن دعوى الإلغاء لا تخاصم القرار الإداري وانما تخاصم الإدارة؛ وبالتالي فهي دعوى بين خصمين؛ وهذا ما يؤكد شخصية الدعوى لا عينيتها في هذه الحالة.

ثانياً: من حيث الإجراءات

وضع المشرع جملة من الإجراءات الملزمة عند رفع دعوى الإلغاء حتى تقبل من القضاء الإداري، وأخص بها الدعوى لطبيعتها العينية، وحيث أن دعوى الإلغاء تخاصم القرار الإداري، سنتناول في توجيه دعوى

¹ -د- محمد عبدالله حراري - الرقابة على اعمال الإدارة، مرجع سابق - ص 211

² المرجع السابق ص 412

الإلغاء الي ذي صفة، لمعرفة إذا ما كان هناك خصمين في الدعوى، أما أن فعلاً طبيعتها العينية تخصم القرار الإداري فقط؟

حيث مفهوم الطبيعة العينية لدعوى الإلغاء كونها تنتمي للقضاء العيني، تقوم على مواجهة القرار الإداري، فهي تخصم القرار وليس دعوى بين خصمين، كما هو في القضاء العادي (("فإن دعوى القضاء الكامل تهدف الحكم على شخص يكون في مركز المدعي عليه كقاعدة عامة أما دعوى الإلغاء فمن حيث لا يوجد خصم في مركز المدعي عليه كقاعدة عامة فهي لا تستهدف إدانة شخص، وإنما إلغاء القرار الإداري ولهذا قيل أن دعوى الإلغاء هي دعوى مُخاصمة القرار الإداري نفسه أما دعوى القضاء الكامل هي دعوى بين خصمين" (1).

ويقول الفقيه الدكتور سليمان الطماوي بالرغم من الطبيعة العينية لدعوى الإلغاء فإنه يجب أن توجه إلى جهة الإدارة التي أصدرت القرار المعيب، التي تملك إغائه وتعديله وسحبه وإصداره في الوضع السليم. (2) ويؤيد هذا الرأي الفقه والقضاء الليبي، حيث أن من إجراءات رفع الدعوى توجيه الدعوى إلى جهة إدارية ذي صفة، حيث يقول الفقيه الدكتور محمد عبد الله الحراري على الرغم من أن دعوى الإلغاء ليست كالدعاوي العادية، دعوى بين خصمين، وإنما هي دعوى موضوعية عينية منصبية على اختصاص قرار إداري معيب، إلا أن قبولها مشروط بقيام الطاعن بتوجيه الخصومة - أي الدعوى - إلى الجهة الإدارية مصدره القرار، وإلا فإن دعواه تكون غير مقبولة شكلاً، لرفعها على غير ذي صفة، والحكمة من وجود هذا الشرط هي تمكين الجهة التي أصدرت القرار المطعون فيه من تلقي أوجه الطعن عليه، وتحضير أوجه دفعها تم اتخاذ الإجراءات اللازمة لأعمال ما تقضى به المحكمة في موضوع الدعوى. (3)

ويرى الباحث في هذا السياق كونه مؤيداً للرأي القائل بأن دعوى الإلغاء ذات طبيعة مختلطة وتقترب إلى القضاء الشخصي كما سبق بيانه، بأن دعوى الإلغاء أحد الدعاوي الإدارية التي يفترض فيها بحكم لزوم العقل والمنطق؛ أن أطراف الدعوى هم مدعي ومدعي عليه، والمدعي عليه هو شخص معنوي عام، كونه من أصدر القرار، وهو تصرف أو سلوك قام به هذا الشخص غير مشروع، حاله حال تصرف الأفراد أثناء الاعتداء على غيرهم بالضرب، فهو سلوك أو فعل مجرم، هم من تحرك الدعوى الجنائية ضدهم، ولا تحرك الدعوى ضد السلوك ذاته بمعزل عن الشخص أو الفرد الصادر عنه، وعلى سبيل الفرض لو أن وزير التعليم أصدر قراراً إدارياً بفصل أحد الموظفين فإن الطاعن بوصفه موظف عام، يقوم بمخاصمة وزارة التعليم، باعتبارها مصدره القرار، وهي طرف في الخصومة، بوصفها المدعي عليه، وخاصة كما أشرنا سابقاً إذا تعلق عيب القرار بالانحراف في استعمال السلطة، وهو عيب قصدي، فإن القاضي الإداري

¹ د. خليفة علي الجبراني، القضاء الإداري الليبي، الرقابة على أعمال الإدارة، مركز سيما للطباعة والإعلان، الطبعة الأولى، 2005م، ص 252.

² د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 501.

³ د. محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 354.

ملزم بأن يبحث في نية مصدر القرار، وهو الشخص المعنوي العام - وزير التعليم في هذا المثال-، مما يؤكد أنه خصم، وتتحقق الخصومة بين الطرفين، لأن البحث في نية مصدر القرار لا يمكن تصورهما عقلاً في القرار ذاته، كونه من تخصمه دعوى الإلغاء، وبالتالي لا يستطيع محاصمة قرار إداري بمعزل عن صادر هذا القرار .

والرأي بأن دعوى الإلغاء لا تستهدف إدانة شخص كما سبق القول محل نظر، لأن الباحث يرى بمجرد صدور الحكم بإلغاء القرار الإداري، في حد ذاته إدانة للجهة المصدرة للقرار بعدم مشروعية الإجراء، ويترتب على ذلك تعويض المدعي، وجبر الضرر الذي تسببها مسلكها الخاطيء وبشكل جسيم، إذا ما قضيت دائرة القضاء الإداري في طلبات التعويض، سواء رفعت إليها بصفة أصلية أو تبعية^(1*) ولما كان ذلك، لماذا يتحمل الشخص المعنوي العام دفع التعويض، طالما أن الدعوى موجهة ضد القرار الإداري ولا تستهدف إدانة شخص، كونها تخصم القرار الإداري نفسه، وهو تناقض واضح بين طبيعة دعوى الإلغاء وأحد أهم إجراءات الدعوى، وهو توجيه الدعوى إلى دي صفة.

وإضافة إلى ذلك، فإن الشخص المعنوي العام بوصفه مدعي عليه، وإلى جانب دفعه التعويض الناتج عن سلوكه ومسلكه غير المشروع، يتحمل أيضاً مصاريف الدعوى التي يلتزم بسدادها الطرف المحكوم عليه في الدعوى، وبالتالي يضعنا المنطق ذاته أمام نتيجة، وهي لماذا تتحمل الجهة المصدرة للقرار وهي ليست خصماً في دعوى الإلغاء مصاريف الدعوى إذا ما حكم القضاء عليها بإلغاء القرار؟

وبالرجوع إلى نصوص القانون رقم (88) لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري، واحكامه الواردة فيه، لم يرد فيه النص على المصاريف، وبالتالي يتم الرجوع إلى القواعد العامة - كما هو متعارف عليه -، قانون المرافعات المدنية والتجارية - قانون خاص- الذي ينظم سير إجراءات الدعاوي حتى النطق بالحكم والظعن عليها، والذي يقضي في الفصل الثاني مصاريف الدعوى (281) والمادة (282) ((تحكم مصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها، ويدخل في حساب المصاريف مقابل أتعاب المحاماة⁽²⁾ ومؤدى هذه النصوص ومفادها، أن الخصم في الدعوى المحكوم عليه هو من يتحمل المصاريف، بما فيها مصاريف المحاماة، والخصم لفظ يشمل أو يستغرق المدعي والمدعي عليه، وترتيباً على هذا النص، فإن جهة الإدارة وهي المدعي عليها فهي خصم حقيقي وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية، ونزولاً لهذه القاعدة فإن دعوى الإلغاء تتفق مع دعوى القضاء الكامل من حيث أطراف الدعوى هما خصمين حقيقيين، وتتحمل جهة الإدارة المصاريف تنفيذاً لهذا الحكم، ولا يتحملها القرار الإداري نفسه، كونه من تخصمه دعوى الإلغاء إذا ما أخذنا عينية دعوى الإلغاء على إطلاقها.

^{1*} هو ما اشارت اليه نص المادة 3 من قانون رقم (88) لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري.

² قانون المرافعات المدنية والتجارية، منشورات وزارة العدل، ليبيا، إعادة الطبع، 2014م، ص 75.

وفي هذا السياق وبهذه المناسبة، كان على المشرع أن يُفصل احكام القانون القضاء الإداري بما يتماشى مع طبيعة الدعاوى الإدارية، كون المدعي موظف عام، والمدعي عليه شخص معنوي عام، والمصلحة العامة، وكلاهما يخضع للقانون العام، وخاصة من حيث الإجراءات، فقانون المرافعات المدنية والتجارية قانون خاص يحمي مصلحة خاصة، وروابط القانون الخاص تختلف عن روابط القانون العام، وهذا ما يستدعي إثارة إشكالية أخرى، وهي ان القانون رقم (88) لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري، لم ينص على جميع الإجراءات المتعلقة بسير الدعوى وحتى الفصل فيها، رغم إحالة بعض نصوصه الى قانون المرافعات المدنية والتجارية، والسؤال : في حالة عدم وجود نص الإحالة لبعض النصوص - فراغ تشريعي - هل القاضي الإداري يرجع للقواعد العامة! قانون المرافعات المدنية والتجارية؟ أم أن القاضي الإداري يؤسس قواعده كونه قضاءً إنشائياً؟ بمعنى آخر هل عدم الإحالة لبعض نصوصه لقانون المرافعات المدنية والتجارية تعني ضمناً أن المشرع ترك للقضاء الإداري إنشاء قواعده الخاصة بما يتماشى مع طبيعته، فهذه الإشكالية محل بحث لا يسعنا إلا الإشارة إليها لعله نجد من يبحث فيها.

المطلب الثاني

أثر الطبيعة من حيث حجية الأحكام والنظام العام

خاصية دعوى الإلغاء أنها ذات طبيعة عينية موضوعية كان لها الأثر على شروط قبول الدعوى وإجراءاتها، ويستتبع ذلك بالضرورة أن يكون لها ذات الأثر على حجية الأحكام، مما يميزها عن الدعاوى لاختلاف الطبيعة بينهم، ونطاق كل دعوى، فضلاً عن تعلق الدعوى بالنظام العام.

أولاً: أثرها حيث حجية الأحكام

يكتسب الحكم الصادر في دعوى الإلغاء حجية مطلقة في مواجهة الكافة، سواء كان طرفاً في الدعوى او لم يكن طرفاً فيها، لأن الحكم يؤدي إلى إلغاء القرار الإداري المخالف للقانون، ويمحو اثره بالنسبة لكل ذي مصلحة من هذا القرار. أما الحكم في دعوى القضاء الكامل فإن حجته نسبية تقتضي على أطراف النزاع ولا تتعدى إلى غيرهم.⁽¹⁾

هذه الحجية نص عليها القانون رقم (88) لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري في المادة (21) تكون أحكام الإلغاء النهائية حجة على الكافة.

ومؤدى النص ومفاده أن حجية الحكم مطلقة وليست نسبية، وهذا ما يؤيد اتجاه المشرع على طبيعة دعوى الإلغاء وتميزها عن الدعاوى الأخرى، وفي هذا السياق يقول الفقه المصري وعلى رأسهم الدكتور سليمان الطماوي بأن الأحكام الصادر بالإلغاء تكون لها حجة على الكافة، وهذا الحكم نتيجة منطقية

¹ د. محمد عبد الله حمود الدليمي، مرجع سابق، ص 226.

طبيعة دعوى الإلغاء العينية، وتكون الدعوى مخصصة للقرار الإداري ذاته، فالحكم بالإلغاء هو إعدام للقرار الإداري ومن غير المعقول أن تكون قائماً بالنسبة لبعض الناس ومعدوماً بالنسبة لبعضهم الآخر.⁽¹⁾ ولما كان ذلك يطرح الباحث سؤالاً: هل الحجية المطلقة للحكم الصادر بالإلغاء للقرار الإداري هي ذات الحجية للحكم الصادر برفض الدعوى؟

تجيب محكمة القضاء الإداري في مصر المحكمة الإدارية العليا بقولها "أن الحجية المطلقة التي تتعدى أطراف الخصومة إلى الغير ويطبع فيها الحكم حجة على الكافة مقصورة على الحكم الذي يصدر بالإلغاء، أم الحكم برفض الطعن بالإلغاء فإن حجته مقصورة على طرفيه، ذلك لأنه قد يكون صائباً بالنسبة للطاعن وخاطئاً بالنسبة إلى غيره".⁽²⁾

ونخلص من هذا الحكم أن القضاء المصري فرق بين الحكمين حيث جعل حكم الإلغاء حجة على الكافة، أم الحكم الصادر برفض قبول الدعوى، حجته نسبية، وهنا تلتقي مع دعوى القضاء الكامل في الحجية النسبية، وبهذه المثابة تتقلص المسافة - الفوارق - بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل. وتأسيساً على ما تقدم، وبالرجوع إلى نص المادة 21 من القانون رقم (88) لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري والمشار إليها على نحو متقدم، وبدراسته النص والبحث والتعمق فيه، وبيان مفهومه وتفسيره، فإن التحليل القانوني له يبدأ من خلال طرح السؤال التالي:

هل المعنى الذي أراده المشرع في نص المادة (21) هو الأحكام النهائية الصادرة عن دعوى الإلغاء سواء الحكم برفض قبول الدعوى أو بإلغاء القرار معاً؟ أم كان يقصد بها أحكام الإلغاء النهائية الصادرة بإلغاء القرار الإداري فقط؟

فإذا كان المشرع يقصد بها أحكام الإلغاء للقرار الإداري فقط؛ نصل إلى النتيجة التي حكم بها القضاء الإداري المصري، وهي أن الحجية المطلقة للحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري، وبذلك فإن المشرع اللببي قد تفتن وحسم أمره مبكراً، وتجاوز المشرع المصري في ذلك ولم يترك للقضاء أو الفقه محلاً للاجتهد، ووضع بنفسه التفريق بين الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري والحكم القاضي برفض الدعوى، وبالنتيجة التي وضعها هذا المفهوم أو المقصود من النص: أن حكم إلغاء القرار الإداري له حجية مطلقة يتفق مع الطبيعة العينية لدعوى الإلغاء.

أما إذا كان المشرع يقصد بالحكمين معاً في صياغة النص، وهو الذي يراه الباحث أن النص جاء عاماً، وليس مقتصرًا على حكم الإلغاء فقط، حيث جاءت صياغة أحكام الإلغاء النهائية بمعنى أحكام دعوى الإلغاء النهائية، وهنا يشمل النص الحكمين معاً، الحكم القاضي برفض دعوى، والحكم القاضي بإلغاء القرار الإداري، لأنه لا يستقيم مع العقل والمنطق القانوني أن ينص القانون على حجية الحكم المتعلقة

¹ د. سليمان مجد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 520.

² د. فتحي فكري، وجيز دعوى الإلغاء طبقاً لأحكام القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 405.

بالإلغاء القرار، ولا يقضي بحجية الحكم القاضي برفض الدعوى، وبهذه الحجية المطلقة للحكمين تتفق مع طبيعة دعوى الإلغاء العينية.

ولما كان ذلك فإن تفسير النص الذي يقضي بأحكام الإلغاء القرار فقط، بأن لها حجة مطلقة على الكافة، وباستعمال مفهوم المخالفة فإن الحكم الصادر برفض الدعوى حجته ليس للكافة وإنما نسبية، وبهذه الحجية النسبية فإنها تتفق مع حجية دعوى القضاء الكامل، مما يضاف ذلك إلى ذوبان الفوارق بين الطبيعة العينية والطبيعة الشخصية لدعوى الإلغاء، ويجعلها ذا طبيعة مختلطة بين القضاء العيني والقضاء الشخصي.

ثانياً: تعلق الدعوى بالنظام العام

تتميز دعوى الإلغاء عن غيرها من الدعاوي الإدارية، كونها دعوى عينية موضوعية القصد منها تصحيح الأوضاع القانونية، بإزالة كل أثر للقرار الإداري غير المشروع، وهي بذلك تستهدف تحقيق مصلحة عامة، إلى جانب مصلحة الطاعن، وعلى هذا الأساس استقر القضاء الفرنسي على اعتبار دعوى الإلغاء من النظام العام⁽¹⁾ وقد تبنت المحكمة العليا الليبية نفس الاتجاه في العديد من الأحكام التي أصدرتها⁽²⁾. وارتباط دعوى الإلغاء بالنظام العام، يرجع للطبيعة العينية للدعوى، حيث نجد أثره في شرط المصلحة والميعاد وحجية الأحكام والطعن عليها.

أ - شرط المصلحة والميعاد

1 - شرط المصلحة

تنص المادة (6) من قانون رقم (88) لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري لا تقبل الطلبات المقدمة لدائرة القضاء الإداري من أشخاص ليست لهم مصلحة شخصية مباشرة، حيث بموجب هذا النص لا يستطيع القاضي الإداري قبول دعوى الإلغاء ما لم يتوفر شرط المصلحة في رافع الدعوى، وبالتالي فإن القضاء الإداري يتصدى لهذا الشرط من تلقاء نفسه دون دفع الخصوم بذلك، باعتبار أن شرط المصلحة، هو الباعث أو السبب الحقيقي لقيام دعوى الإلغاء، أعمالاً للقاعدة القانونية حيث لا مصلحة لا دعوى، وارتباطه بالنظام العام هو لاعتبارات المصلحة العامة وهي متعلقة بالطبيعة العينية لدعوى الإلغاء.

2 - شرط الميعاد

¹ د. محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، المركز القومي للدراسات والبحوث، الطبعة الثامنة، 1999م، ص 138.

² د. خليفة علي الجبراني، القضاء الإداري الليبي للرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 246.

أعتبر القضاء الإداري ميعاد دعوى الإلغاء من النظام العام لذلك يتعين على المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى إذا ما رفعت بعد الميعاد، كما يترتب على ذلك جواز الدفع به في أي مرحلة كانت من مراحل الدعوى.⁽¹⁾

وتؤكد المحكمة العليا الليبية في حكمها الصادر بجلسة 2004/04/04م أن مواعيد الطعن بالإلغاء هي مواعيد يتعين اتخاذ إجراءاتها خلال المدة المحددة قانوناً وهي من النظام العام وتتصدى لها المحكمة من تلقاء نفسها.⁽²⁾

ب - حجية الأحكام

الحجية التي يكسبها حكم الإلغاء على كافة تتعلق بالنظام العام، على خلاف دعاوي القضاء الكامل، حيث ((انتهت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر سنة 1958م أن حجية الأحكام الصادرة بالإلغاء تعتبر من النظام العام، وأسندت رأيها بحق الي الاعتبارات المستمدة من أن (المركز التنظيمي متى يحسم النزاع في شأنه بحكم حاز قوة الشيء المحكوم فيه، فقد أستقر به الوضع الإداري نهائياً. فالعودة لإثاره النزاع فيه بدعوى جديدة هي زعزعة لهذا الوضع الذي أستقر، وهو ما لا يتفق ومقتضيات النظام الإداري، ولذلك كان استقرار الأوضاع الإدارية وعدم زعزعتها بعد حسمها بأحكام نهائية حازت قوة الشيء المقضي به، بمثابة القاعدة التنظيمية العامة الأساسية التي يجب النزول عليها للمحكمة التي قامت عليها، وهي حكمة ترتبط بالصالح العام.⁽³⁾

¹ د. محمد عبد الله حمود الدليمي، الرقابة القضائية على اعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 246.

² د. محمد عبد الله الحراري، الرقابة على اعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 367.

³ د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في اتلقضاء الإداري، مرجع سابق، ص 521.

الخاتمة

وفي سطور الختام في هذا البحث لطبيعة دعوى الإلغاء، والذي بذلت فيه من الجهد ما لم اذخره لغيره، لعل وعسى أن يكون بحثاً شاملاً، تنقلت بين مطالبه وتقسيماته لأحدد طبيعة الدعوى مسترشداً بأراء الفقهاء وأحكام القضاء، معلقاً عليها بالشرح والتحليل والنقد، لأصل إلى النتائج والتوصيات، نسأل الله أن يجعل منها سبيلاً للتخرج وان يكون نافعاً لكل الباحثين.

أولاً - النتائج:

1. أن طبيعة دعوى الإلغاء هي طبيعة عينية موضوعية تخاصم القرار الإداري بذاته أستقر عليها الفقه والقضاء الليبي وهي بذلك تنتمي للقضاء العيني.
2. تجاوز الفقه والقضاء المقارن عينية الدعوى وخاصة القضاء الفرنسي واعتبرها ذات طبيعة مختلطة بين القضاء العيني والقضاء الشخصي وذلك لإدخال بعض العناصر الشخصية على دعوى الإلغاء.
3. عدم وجود قانون مرافعات إدارية وتطبيق بعض نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية وهو أحد فروع القانون الخاص، والذي ينتمي للقضاء الشخصي، أصبحت دعوى الإلغاء عند تطبيق هذا القانون تنتمي للقضاء الشخصي مثل دعاوى القضاء الكامل.
4. رتبت طبيعة دعوى الإلغاء نتائج تتعارض مع عينية الدعوى الذي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة من حيث شرط المصلحة والميعاد والإجراءات.
5. حجية أحكام دعوى الإلغاء على الكافة من نتائج عينية الدعوى، إلا أن ذلك يكون في حكم الصادر بإلغاء القرار الإداري، أم الحكم الصادر برفض الدعوى حجته نسبية بين أطراف الدعوى، وبهذا الحكم فهي ذا طبيعة شخصية إلى جانب طبيعتها العينية.
6. طبيعة دعوى الإلغاء هي طبيعة مختلطة في القرار الإداري المعدوم، بحكم اختصاص القضاء العادي - الشخصي - بالفصل في طلبات إلغاء القرار الإداري، ومن تم أصبحت الدعوى او الخصومة بين طرفين وتستند على حق شخصي على خلاف الطبيعة العينية للدعوى التي تخاصم القرار الاداري نفسه.

ثانياً - التوصيات

يوصي الباحث بأن يكون للقضاء الإداري قانون خاص للمرافعات الإدارية، ينظم سير الدعاوى الإدارية بدءاً من رفع الدعوى وحتى صدور الاحكام، وطرق الطعن عليها، وتنفيذها، لما للقانون العام من روابط تختلف عن روابط القانون الخاص، من حيث أطرافه، والقضاء المختص، ومن حيث أهدافه، التي تتمثل في حماية المصلحة العامة وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وأيضاً تحقيق مبدأ المشروعية وإعلاء سيادة القانون.

المراجع

أولاً: الكتب

1. د. خالد عبد الفتاح مُجَّد، دعوى الإلغاء في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر، دار الكتب الوطنية، 2008م، بدون طبعة.
2. د. خليفة علي الجبراني، القضاء الإداري الليبي الرقابة على أعمال الإدارة، مركز سيما للطباعة والإعلان، 2004م، بدون طبعة.
3. د. رأفت فودة، أصول فلسفة قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، 2011م، بدون طبعة.
4. د. سليمان مُجَّد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، 1974م، بدون طبعة.
5. د. فتحي فكري، وجيز دعوى الإلغاء طبقاً لأحكام القضاء، شركة تأسس للطباعة، 2009م – 2010م، بدون طبعة.
6. د. مُجَّد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، المركز القومي للدراسات والبحوث، الطبعة الثانية، 1999م.
7. د. مُجَّد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، المكتبة الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة السادسة، 2019م.
8. د. مُجَّد عبد الله حمود الدليمي، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في القانون الليبي، الجامعة المفتوحة طرابلس، الطبعة الأولى، 2002م.

ثانياً: الرسائل الجامعية

- 1- المبروك مُجَّد عبد الله الزوام، رسالة ماجستير بعنوان شرط الميعاد في دعوى الإلغاء، جامعة طرابلس، 2002م – 2003م.

ثالثاً: القوانين

- 1- قانون رقم (88) لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري.
- 2- قانون المرافعات المدنية والتجارية، منشورات وزارة العدل، ليبيا، إعادة الطبع، 2014م.

انقضاء الدعوى التأديبية
أ. حمزة الزروق إحييل
محاضر بكلية القانون/جامعة بني وليد

الملخص:

يعتبر الموظف العام الأداة البشرية للدولة لتسيير مرافقها، فهو يحظى بمجموعة من الحقوق الأساسية و الضمانات الكفيلة لإداء هذه المهمة على احسن وجه، و بالمقابل هو مكلف بأعباء فرضتها عليه الوظيفة العامة، وهي جملة من الواجبات التي ينبغي عليه احترامها تحت طائلة المسائلة التأديبية، دون الإخلال عند الاقتضاء بالمتابعة الجزائية، و يقصد بذلك اخضاعهم إلى لنظام تأديبي وفق المبادئ التي تحكم الوظيفة العامة، و التي تكون بين اعتبارين بما يكفل التوازن بين الموظفين و فاعلية العمل الإداري. ويهدف التأديب إلى ضمان العمل الإداري على الشكل الأمثل.

الكلمات المفتاحية: التأديب - الدعوى - العقوبات التأديبية - الموظف - القرارات الإدارية.

Abstract:

The public servant is considered the human tool of the state to run its facilities, as he enjoys a set of basic rights and guarantees to ensure the performance of this task in the best way, and in return he is charged with the burdens imposed on him by the public office, which is a set of duties that he must respect under penalty of disciplinary accountability, without prejudice. When necessary, penal follow-up, and this means subjecting them to a disciplinary system in accordance with the principles that govern the public office, which is between two considerations to ensure a balance between employees and the effectiveness of administrative work.

Disciplinary aims to ensure optimal administrative work.

Keywords: discipline - lawsuit - disciplinary penalties - employee - administrative decisions.

مُتَكَلِّمًا

إن الهدف الرئيسي من التأديب هو الاصلاح و التقويم و رفع كفاءة العمل الإداري؛ وتنتهي الدعوى التأديبية بطرق عادية و طرق غير عادية، الاولى تنتهي بصدور قرار تأديبي نهائي، أو سحب القرار الإداري، أو بمحو القرار الإداري، أو صدور حكم قضائي نهائي بات بالإلغاء، أما الثانية فتتقضي عن طريق مضي المدة أو الاستقالة أو الوفاة.

و يقصد بانقضاء الدعوى التأديبية انتهائها و لا يجوز تحريها، و يوجد فرق بين مصطلح الانقضاء أو سقوط الدعوى، فقد جرى العمل على استخدام الوصفين.

إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية البحث في تحديد حالات و أسباب انقضاء الدعوى التأديبية، لذلك التساؤل المطروح، ماهي الاسباب التي تنقضي بها الدعوى التأديبية؟.

أهمية الدراسة:

إن لموضوع انقضاء الدعوى التأديبية أهمية كبيرة و هامة، ليس من الناحية العلمية فقط، و إنما من الناحية العملية أيضاً و المتمثلة في حصر أغلب طرق انقضاء الدعوى التأديبية، وذلك من أجل الاطلاع عليها من قبل المهتمين بهذا المجال.

منهجية البحث:.

دراسة هذا الموضوع من جميع جوانبه فقد اعتمدنا على المنهج التحليلي، و ذلك من خلال تحليل النصوص القانونية، و تعزيزها ببعض أحكام المحاكم الإدارية، و المنهج الوصفي وذلك لما يحتويه الموضوع من آراء فقهية.

خطة البحث:

المطلب الأول: الطرق العادية لانقضاء الدعوى التأديبية

الفرع الأول: انقضاء الدعوى بسحب و محو القرار الإداري

الفرع الثاني: الانقضاء بصدور قرار تأديبي نهائي أو حكم قضائي نهائي

المطلب الثاني: الطرق الغير عادية لانقضاء الدعوى التأديبية

الفرع الأول: انقضاء الدعوى عن طريق التقادم و الاستقالة

الفرع الثاني: انقضاء الدعوى بوفاة الموظف أو بصدور أعفاء تشريعي

المطلب الأول

الطرق العادية لانقضاء الدعوى التأديبية

عندما يصدر القرار التأديبي القاضي بتوقيع عقوبة على الموظف المرتكب للمخالفة على خطأه، وذلك نتيجة لإخلاله بالواجبات الوظيفية، أو حيدته عن مقتضياتها، بأنه يحق للإدارة أن تتراجع عن قرارها بشأن العقوبة التأديبية، و ذلك قد يكون عن طريق سحب القرار خلال مدة الطعن، أو أن تمحوا العقوبات التأديبية و هذا ما سوف نتناوله في الفرع الأول، ومن ثم سنقوم بتسليط الضوء على أهم المواقف التي يتعرض لها الموظف خلال مساره في الوظيفة العامة، من خلال صدور قرار إداري نهائي، و صدور حكم قضائي نهائي بات بالإلغاء في الفرع الثاني.

الفرع الأول

الانقضاء بسحب القرار و محو العقوبات التأديبية

سنقوم بدراسة سحب القرار الإداري أولاً، ثم محو العقوبات التأديبية ثانياً أولاً:- سحب القرارات التأديبية.

اعتاد الفقه و القضاء العربي على استعمال مصطلح السحب الذي يعني رجوع الإدارة عن قرارها لسبب من الاسباب، ويكاد يكون الاجماع في الفقه و القضاء على هذا المصطلح و لقد حسم المشرع الليبي هذه المسألة باستعماله لمصطلح السحب في مواضيع كثيرة، حيث قامت الإدارة بسحب العديد من القرارات التي رأت ضرورة سحبها للمصلحة العامة. (1)

حيث عرف السحب بأنه إلغاء الإدارة بأثر رجعي، و اعدام آثاره بالنسبة للماضي و المستقبل، و هذا المفهوم الذي استقر عليه القضاء الإداري الليبي، حيث نجد المحكمة العليا الليبية في رايها في الطعن الإداري رقم (16/2 قضائية) و الصادر في جلسة 21 يونيو 1970م "يؤدي سحب القرار الإداري إلى اعدامه، منذ صدوره، و إذا وقع السحب بعد رفع دعوى الإلغاء انتهت المصلحة فيها و تحكم بانتهاء الخصومة ما لم توجد مصلحة عامة، تجب حمايتها" (2)

- أيضاً لا يجوز لجهة الإدارة، القيام بسحب القرارات التأديبية التي قد صدرت صحيحة و سليمة و خالية من العيوب، و هذا تأسيساً على مبدأ عام وهو عدم رجعية القرارات الإدارية و على ضمان استمرار المواقع و المراكز و الاوضاع القانونية.

حيث نصت المحكمة العليا الليبية في حكمها الصادر، في الطعن الإداري رقم (16/18) قضائية "إن القرارات الإدارية المطعون فيها و الصادرة بوقف الطاعنين عن العمل في حقيقتها قرارات نهائية يفصلهم عن الخدمة، إذ أن الإدارة افصحت في دفاعها أنها لجأت إلى ذلك بسبب اعتراض وزارة المالية على

(1) د. نصر الدين مصباح القاضي، النظرية العامة للتأديب، ب ن، ط، 1997، ص 353.

(2) د. محمد عبدالله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، المكتبة الجامعة، للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة السابعة، الزاوية، 2019، ص 260.

تعيينهم لصدوره خلافاً لقرار مجلس الوزراء الذي قضى بوقف التعيينات و كأنها و قد علمت أن قرارات التعيين التي صدرت كانت خاطئة، عمدت إلى سحبها و انتهت بذلك خدمة الطاعين بعد أن باشروا عملهم نحو عام، و ما من شك في أن هذه القرارات مست مركزاً قانونياً لكل من المدعين، و لما كان قرار مجلس الوزراء لا ينسحب على الماضي، و لا يمس الحقوق المكتسبة لمن عينوا قبل صدوره فإن ذلك ينفي ما تعللت به الإدارة، و بانتفاء العلة، يكون القرار معدوم السبب مخالفاً للقانون.⁽¹⁾

و الاستثناء من القاعدة العامة في سحب القرارات الإدارية الذي صدرت الصحيحة (و الذي اخده الفقه و القضاء) هو جواز سحب القرارات التي صدرت بفصل الموظفين و ذلك لاعتبارات الخاصة بالعدالة و لدواعي حماية حقوق الإنسان.

و لكن هذا الاستثناء مقيد بشرط و هو عدم المساس بمركز قانوني قد نشأ لموظف آخر قد تم تعيينه من قبل الإدارة في وظيفة الموظف الذي صدر فيه قراراً بالفصل، و هذا ما أيده القضاء الإداري الليبي حيث تقول محكمة القضاء الإداري بطرابلس " فإنه و إن كان من المقرر فقهاً و قضاءً، انه يجوز لجهة الإدارة، أن تسحب قرار فصل الموظف إذا اقتضت المصلحة ذلك، و لدواعي انسانية، بشرط عدم الاضرار بموظف آخر، و من باب أولى الموظف موضوع القرار المسحوب إدارياً.

- اما بالنسبة لسحب القرارات الإدارية غير المشروعة: القاعدة العامة و على عكس ما هو معمول به بشأن القرارات الإدارية المشروعة، هي أن الإدارة يجوز لها، بل يتوجب عليها القيام بسحب قراراتها غير المشروعة و ذلك بإعدام آثارها بالنسبة إلى المستقبل و إلى الماضي على السواء.⁽²⁾

و يتضح من إجراء السحب شأنه شأن الإلغاء القضائي يعدم القرار منذ ولادته ولد ميتاً، هو و العدم سواء.⁽¹⁾

ثانياً: محو القرار التأديبي.

و المقصود بمحو العقوبة هو اعتبارها كأن لم تصدر نهائياً و ازالة كل ما يترتب عليها من آثار مستقبلية مع بقاء آثارها على الحقوق و التعويضات التي ترتبت عليها في الماضي.⁽²⁾

حيث نص المشرع الليبي في القانون رقم 12 لسنة 2010م حيث نصت المادة رقم 166 على أنه " 1- تمحي العقوبات التأديبية التي توقع على الموظف بانقضاء الفترات التالية محسوبة من تاريخ تنفيذ العقوبة.

أ- سنة في حالة عقوبة الانذار أو الخصم من المرتب لمدة تجاوز خمسة أيام.

ب- سنتين في حالة الخصم من المرتب لمدة تزيد على خمسة أيام ولا تجاوز خمسة عشر يوماً.

(1) د. نصر الدين محمد القاضي، مرجع سبق ذكره، ص 356-357.

(2) د. محمد عبدالله الحراري، مرجع سبق ذكره، ص 268.

(1) سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، 1996، ص 583.

(2) إبراهيم سيد أحمد، شريف أحمد الطباخ، الوسيط الإداري في الدعوى التأديبية و الدفوع التأديبية في ضوء الفقه و القضاء، شركة ناس للطباعة، الطبعة الأولى، القاهرة، 2015، ص 316.

ج- ثلاث سنوات في حالة اللوم، أو الخصم من المرتب، لمدة تزيد على خمسة عشر يوماً، أو الحرمان من العلاوة أو الحرمان من الترقية أو خفض الدرجة.

2- و يتم المحو في هذه الحالات بقرار من الوزير المختص بالنسبة لشاغلي وظائف الإدارة العليا و بقرار من لجنة شئون الموظفين بالنسبة لغيرهم

و يترتب على المحو، العقوبة اعتبارها كأن لم تكن بالنسبة للمستقبل، و لا يؤثر المحو على ما تم تنفيذه من العقوبة أو على الحقوق و التعويضات التي ترتبت نتيجة لها، و ترفع أوراق العقوبة و كل إشارة لها و كل ما يتعلق بها من ملف خدمة الموظف، إذ تبين للوزير أو لهذه اللجنة أن سلوك الموظف و عمله منذ توقيع العقوبة مرضيان وذلك من واقع ملف خدمته و ما يديه الرؤساء عنه".⁽³⁾

و يتم المحو في الحالات المذكورة بقرار من لجنة شئون الموظفين بالنسبة لغير شاغلي الوظائف العليا، إذ قد تبين لها أن سلوك العامل، وعمله منذ توقيع الجزاء عليه مرضياً و ذلك من خلال واقع تقارير الكفاءة السنوية و ملف خدمته و ما يقدمه الرؤساء عنه من تقارير.

بينما نص القانون المصري في المادة 67 من القانون رقم 81 لسنة 2016 بشأن الخدمة المدنية بخصوص محو العقوبة التأديبية على " تمحى الجزاءات التأديبية التي توقع على الموظف بانقضاء الفترات الآتية.

- 1- سنة في حالة الإنذار و التنبيه و الخصم من الأجر مدة لا تزيد على خمسة أيام.
- 2- سنتان في حالة اللوم و الخصم من الأجر مدة تزيد على خمسة أيام و حتى خمسة عشر يوماً
- 3- ثلاث سنوات في حالة الخصم من الأجر مدة تزيد على خمسة عشر يوماً و حتى ثلاثين يوماً.
- 4- أربع سنوات بالنسبة إلى الجزاءات الأخرى عدا جزاء الفصل و الإحالة إلى المعاش و تحسب فترات المحو اعتباراً من تاريخ توقيع الجزاء.

و يترتب على محو الجزاء اعتباره كأن لم يكن بالنسبة للمستقبل، و لا يؤثر على الحقوق و التعويضات التي ترتبت نتيجة له

و تحدد اللائحة التنفيذية إجراءات المحو.⁽¹⁾

و يشترط لإمكان محو الجزاء التأديبي توافر شرطين.

أ- انقضاء مدة ما بين توقيع الجزاء التأديبي و المحو

و قد حدد المشرع هذه المدة بحسب جسامه الجزاء، محسوبة من تاريخ توقيع الجزاء، و إذا تعددت الجزاءات فتحسب المدة بالنسبة لكل جزاء على حدى من تاريخ توقيعه، و يتم المحو بالنسبة لكل جزاء متى انقضت المدة اللازمة له.

⁽³⁾ المادة (166) من القانون رقم 12 لسنة 2010م بشأن علاقات العمل.

⁽¹⁾ المادة (67) من القانون رقم 81 لسنة 2016، بشأن الخدمة المدنية المصري.

ب- حسن السلوك و العمل الوظيفي

يتم محو الجزاء التأديبي إذ تبين للإدارة سلوك العامل مرضي و ذلك من خلال واقع تقاريره السنوية أو من خلال ملفه الشخصي، و ما يقدمه الرؤساء عنه.⁽²⁾

الفرع الثاني

صدور قرار تأديبي نهائي أو حكم قضائي بات بالإلغاء

سوف تقتصر دراسة هذا الفرع على انقضاء الدعوى التأديبية بصدور قرار تأديبي نهائي أولاً، و انقضاء الدعوى بصدور حكم قضائي بالإلغاء ثانياً.

أولاً: انقضاء الدعوى بصدور قرار تأديبي نهائي.

تنقضي الدعوى التأديبية عن طريق أي سبب قانوني يحول دون دخولها في حوزة صاحب القرار التأديبي، و دون استمرارها في حوزته، و الأصل في الدعاوى التأديبية إنها تنقضي بصدور قرار أو من خلال صدور حكم فيها، و هذا هو السبب الطبيعي لانقضاء الدعوى التأديبية.⁽¹⁾

حيث يكون القرار أو الحكم قد استنفذ جميع طرق الطعن، و بهذا يكون القرار أو الحكم استنفذ الغاية من الدعوى التأديبية و هو الفصل في وقوع المخالفة التأديبية و نسبتها إلى المتهم، و إقرار حق المجتمع في معاقبته على المخالفة، و من ثم تنقضي الدعوى التأديبية عندما يتحقق هذا الغرض الذي أنشأت من أجله.⁽²⁾

كما تنقضي بقرار من سلطة مجلس التأديب بالإدانة أو البراءة، و قد استنفذ طرق الطعن عليه، فلا تملك هذه السلطات محاكمة الموظف المتهم من جديد عن نفس موضوع الاتهام، و بذلك تنقضي الدعوى التأديبية بصدور قرار تأديبي نهائي، أي قرار يتخذ الصيغة التنفيذية دون الحاجة إلى تصديق جهة أعلى.⁽³⁾

ثانياً: صدور حكم قضائي بات بالإلغاء

أحياناً يلجأ الموظف إلى القضاء الإداري طالباً بإلغاء الجزاء الإداري المعيب و التعويض عما يكون قد لحق به من ضرر بسببه، خاصة و أن هناك العديد من العيوب التي تشوب الجزاء التأديبي، و التي يمكن للقضاء الإداري الاستناد إليها في إلغاء الجزاء و يترتب على إلغاء الجزاء قضائياً إزالة كافة الآثار القانونية و التبعية المترتبة على ذلك الجزاء، فضلاً عن إلزام الإدارة بأن تعيد إلى الموظف كافة حقوقه و

(2) مغاوري محمد شاهين، القرار التأديبي و ضماناته و رقابته القضائية بين الفاعلية و الضمان، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، 1986، ص 828.

(1) د. محمد ماجد ياقوت، شرح الجزاءات التأديبية، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2001، ص 983

(2) د. مالكي السيد أحمد، النظام القانوني لانقضاء الدعوى التأديبية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019، ص 6.

(3) د. مفتاح أغنية محمد، المسؤولية التأديبية للموظف العام في القانون الإداري الليبي بين فاعلية الإدارة و ضمانات الموظفين، (دراسة مقارنة مع القانون المصري و المغربي)، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، الطبعة الأولى، 2008، ص 211-212.

امتيازاته التي كان يتمتع بها قبل توقيع الجزاء عليه مع عدم إخلال بحق الموظف في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب الجزاء المحكوم عليه بالإلغاء قضائياً، و تحوز الاحكام القضائية الصادرة بالإلغاء حجية مطلقة بالنسبة للكافة و ليس حجية نسبية.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية" بأن دعوى الإلغاء هي دعوى عينية دون جدال تقوم على محاصمة القرار الإداري ذاته، و إذاً فإن إلغاء القرار المطعون فيه قضائياً لا يتوقف أثره على طريقي الدعوى فقط، و إنما يسري في مواجهة الكافة وفقاً لما نصت عليه المادة 52 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972" حكم الإدارية العليا الصادر بجلسة 1959/3/9م في الطعن رقم 1440 لسنة 2ق مجموعة احكام العليا في عشر سنوات، المبدأ رقم 1004 ص 1039".⁽¹⁾

أما في ليبيا فالجهات القضائية التي تملك إلغاء القرارات الإدارية هي دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف بالمحكمة العليا.

فلقد عهد المشرع في قانون المحكمة العليا لسنة 1953 ثم في القانون رقم 88 لسنة 1971 بشأن القضاء الإداري لهذه الدوار وحدها دون غيرها مهمة الفصل في جميع الطعون التي يقدمها الموظفون العامون و الافراد بإلغاء جميع القرارات الإدارية النهائية الصادرة بشأنهم، بشرط أن يكون مرجع الطعن على هذه القرارات هو عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفته القوانين و اللوائح أو خطأ في تطبيقها أو تأويلها أو سوء استعمال السلطة.⁽²⁾

أما بالنسبة للآثار المترتبة على الحكم الصادر بإلغاء الجزاء التأديبي إزالة كافة الآثار القانونية و التبعية المترتبة عليه و يتعين على الإدارة إعادة الموظف إلى مركزه الوظيفي السابق على توقيع الجزاء عليه لكن قد يكون قد تم تعيين موظف آخر خلفاً للموظف الذي عوقب، و في هذه الحالة يتعين على جهة الإدارية أن تسحب القرار الصادر بتعيين الموظف الجديد.

حيث قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأن "يتعين على جهة الإدارية أن تعيد الموظف إلى وظيفته و بذات الدرجة التي كان يشغلها، و إذا تعذر عليها ذلك وجب سحب القرار الصادر بتعيين الموظف الجديد" حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بجلسة 1954/1/26م في الدعوى رقم 1236 لسنة 7ق،⁽³⁾

(1) د. إبراهيم السيد أحمد، شريف أحمد الطباخ، مرجع سبق ذكره، ص 322.

(2) د. محمد عبدالله الحراري، مرجع سبق ذكره، ص 273.

(3) د. إبراهيم السيد أحمد، شريف أحمد الطباخ، مرجع سبق ذكره، ص 322-323.

المطلب الثاني

الطرق الغير عادية لانقضاء الدعوى التأديبية

أن الدعوى التأديبية قد تنقضي لأسباب أخرى غير عادية أهمها التقادم، و الاستقالة، و الوفاة، و الإعفاء التشريعي، وهذا ما سوف ندرسه في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: انقضاء الدعوى التأديبية بالتقادم و الاستقالة، **الفرع الثاني:** انقضاء العوى التأديبية بالوفاة و الإعفاء التشريعي.

الفرع الأول

انقضاء الدعوى التأديبية بالتقادم و الاستقالة

سنتحدث أولاً على التقادم كأحد اسباب انقضاء الدعوى التأديبية، ثم ثانيا سنقوم بشرح انقضاء الدعوى بسبب وفاة الموظف.

أولاً: انقضاء الدعوى التأديبية بمضي المدة (التقادم)

يقصد بتقادم الدعوى التأديبية زوال الآثار القانونية المترتبة عليها بمضب المدة، و التقادم من الأنظمة المعروفة في المجالين المدني و الجنائي، حيث نجده يطبق على الحقوق و الدعاوى المدنية، كما يطبق على الدعاوى و العقوبات الجنائية، و قد نص عليه المشرع كذلك في المجال التأديبي كسبب لانقضاء الدعوى التأديبية، إذ ليس من المصلحة بعد مرور فترة طويلة استقرت الأمور، يتم التصدي من جديد بالتحقيق أو المحاكمة للواقعة التي تشكل الجريمة التأديبية خصوصاً و إن مرور هذه الفترة دون اتخاذ إجراء معين يعتبر إهمال و تقصير من جانب السلطة المختصة بالتأديب، فضلاً عن صعوبة اثبات وقوع التهم المنسوبة للموظف بعد مرور وقت طويل على ارتكابها.⁽¹⁾

و على رغم من أهمية التقادم، كطريق لانقضاء الدعوى التأديبية، فإن المشرع الفرنسي لم يأخذ به طالما ظل الموظف في الخدمة

فقد نص المشرع الليبي في القانون رقم 12 لسنة 2010 بشأن علاقات العمل في المادة 164 منه على " تسقط الدعوى التأديبية بانقضاء ثلاث سنوات من يوم وقوع المخالفة، و تكون المدة خمس سنوات بالنسبة للمخالفة التي يترتب عليها ضياع حق للخزانة العامة.

و تنقطع المدة في الحالتين بأي إجراء من إجراءات التحقيق أو الاتهام أو المحاكمة، إذا اتخذت في مواجهة المتهم، و تسري المدة من جديد ابتداءً من آخر إجراء.

و إذا تعدد المتهمون فإن انقطاع المدة بالنسبة إلى أحدهم يترتب عليه انقطاعها بالنسبة إلى الباقين، و لو لم تكن قد اتخذت ضدهم إجراءات قاطعة للمدة.⁽¹⁾

(1) د. محمد عبدالله الفلاح، احكام القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار برنتشي، الطبعة الثانية، بنغازي، ليبيا، 2017، ص 361.

(1) المادة 164 من قانون علاقات العمل الليبي رقم 12 لسنة 2010.

و نصت المادة 165 من نفس القانون على " لا يمنع انتهاء خدمة الموظف من الاستمرار في المحاكمة التأديبية أو الإحالة إلى المحاكمة إذا كان قد بدأ معه التحقيق قبل انتهاء مدة خدمته.

و يجوز في المخالفات التي يترتب عليها ضياع حق للخزانة العامة إقامة الدعوى التأديبية ولو لم يكن قد بدأ في التحقيق قبل انتهاء الخدمة⁽²⁾

اما بالنسبة للمشرع المصري فقد نص على التقادم في القانون رقم 81 لسنة 2016 بشأن الخدمة المدنية في المادتين 66-68 حيث نص في المادة 68 على " تسقط الدعوى التأديبية بالنسبة للعامل الموجود بالخدمة بمضي ثلاث سنوات من تاريخ ارتكاب المخالفة، و تنقطع هذه المدة بأي إجراء من إجراءات التحقيق أو الاتهام أو المحاكمة و تسري المدة من جديد ابتداءً من آخر إجراء".

و إذا تعدد المتهمون فإن انقطاع المدة بالنسبة إلى أحدهم يترتب عليه انقطاعها بالنسبة إلى الباقين، و لو لم تكن قد اتخذت ضدهم إجراءات قاطعة للمدة.

و مع ذلك إذا شكل الفعل جريمة جنائية، فلا تسقط الدعوى التأديبية إلا بسقوط الدعوى الجنائية. و نصت المادة 66 على " لا يمنع انتهاء خدمة العامل لأي سبب من الاسباب عدا الوفاة من محاكمته تأديبياً إذا كان قد بدأ في التحقيق معه قبل انتهاء مدة خدمته.

و يجوز في المخالفات التي يترتب عليها ضياع حق للخزانة العامة إقامة الدعوى التأديبية ولو لم يكن قد بدأ في التحقيق قبل انتهاء الخدمة وذلك لمدة خمس سنوات من تاريخ انتهائها.⁽³⁾

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن " إن مدة سقوط الدعوى التأديبية التي تسري من جديد بعد انقطاعها بأي إجراءات التحقيق أو الاتهام أو المحاكمة هي ثلاث سنوات من تاريخ الإجراء الاخير القاطع للتقادم (حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة 1981/1/17م في الطعن رقم 478 لسنة 22ق)

و يتضح من خلال ما تقدم أن الأصل المقرر لسقوط الدعوى التأديبية بمضي المدة بالنسبة للعاملين الموجودين في الخدمة هو السقوط الثلاثي بمضي ثلاث سنوات من تاريخ ارتكاب الواقعة، اما بالنسبة لمن تركوا الخدمة فإنها لا تسقط بمضي المدة إذا كانت المخالفة المرتكبة مالية أي من شأنها ضياع حق من حقوق الدولة فيمكن إقامة الدعوى التأديبية عنها خلال خمس سنوات من تاريخ ترك الخدمة و لو لم يكن قد بدء في التحقيق بشأنها مع الموظف الذي ترك الخدمة⁽¹⁾.

⁽²⁾ المادة 165 من قانون علاقات العمل الليبي رقم 12 لسنة 2010

⁽³⁾ المادة 68-66، من قانون الخدمة المدنية المصري رقم، 81 لسنة 2016م

⁽¹⁾ د. إبراهيم السيد أحمد، شريف أحمد الطباخ، مرجع سبق ذكره، ص310-311.

كما ذهب جانب من الفقه للقول لانقضاء الدعوى التأديبية بمضي المدة توافر ثلاثة شروط، أولاً: مرور مدة التقادم كاملة، ثانياً: انقضاء هذه المدة دون انقطاع، ثالثاً: أن تكون الدعوى التأديبية لازالت قائمة لم تنقضي بسبب آخر من اسباب الانقضاء.⁽²⁾

ثانياً: انقضاء الدعوى التأديبية بالاستقالة

تعتبر الاستقالة أحد طرق انقضاء الدعوى التأديبية و ذلك متى قبلت الإدارة استقالة الموظف قبل إحالته إلى المحاكمة التأديبية، حيث تم تعرفها من قبل الدكتور ماجد راغب الحلول بأنها هي انتهاء خدمة الموظف بناء على طلبه و رغبته بمحض إرادته.⁽³⁾

و يمكن تعريف الاستقالة أيضاً على انها، رغبة الموظف الحرة و بإرادته المنفردة بترك وظيفته قبل السن المقررة قانوناً لإنهاء الخدمة مع موافقة جهة الإدارة على ذلك بشكل صريح، فالاستقالة هي عبارة عن عمل إرادي من جانب الموظف يحدد في رغبته في ترك الوظيفة لأسباب معينة. كما قد تم تعرفها من قبل البعض بأنها، الخروج من الخدمة بناء على مبادرة العامل و طلبه.⁽⁴⁾

المشروع الليبي أجاز في المادة 108 من قانون الخدمة المدنية الملغي و من بعدها في المادة 173 من قانون رقم 12 لسنة 2010، للموظف إنهاء علاقته الوظيفية من تلقاء نفسه و ذلك بتقديم استقالته من وظيفته وفقاً لعدة ضوابط

"1- يجب أن تكون الاستقالة مكتوبة، و من تم لا يعتد بالاستقالة الشفوية.

2- تلتزم السلطة المختصة بالتعيين بالبحث في الاستقالة خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمها و إلا اعتبرت الاستقالة مقبولة

3- إذ لم يحيل الموظف إلى المحاكمة التأديبية أو الجنائية، وقبل إحالته إلى التأديب تقبل استقالته و تنقضي العقوبة التأديبية.⁽¹⁾

و لقد نصت المادة 172 من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية المصري رقم 1216 لسنة 2017 على " إذا رأت السلطة المختصة أو من تفوضه الموافقة على قبول الاستقالة، أو إرجاء قبولها لأسباب تتعلق بمصلحة العمل أو بسبب اتخاذ إجراءات تأديبية ضد الموظف، تعين على إدارة الموارد البشرية ابلاغ الموظف فوراً بذلك.

و في جميع الحالات تودع الاستقالة في ملف خدمة الموظف بعد التأشير عليها بقرار السلطة المختصة أو من تفوضه.⁽²⁾

(2) د. عبدالفتاح بيومي حجازي، أصول التحقيق الجنائي و التأديبي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ب ط، 2005، ص 314.

(3) د. ماجد راغب الحلول، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، ب ط، القاهرة، 2000، ص 332.

(4) د. سعد نواف العنزي، النظام القانوني للموظف العام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ب ط، 2007، ص 338-339.

(1) المادة 173 من قانون رقم 12 لسنة 2010 بشأن علاقات العمل

(2) المادة 172 من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية المصري رقم 1216 لسنة 2017.

حيث قضت بذلك المحكمة الإدارية العليا في مصر حكمها الصادر في 1967/4/8م بانقضاء الدعوى التأديبية باستقالة العامل حتى بالرغم من أن رب العمل لم يكن قد قبل هذه الاستقالة وكان حكم المحكمة التأديبية و الذي تم الطعن فيه، قد قضى بعدم جواز النظر في الدعوى، فعلت المحكمة الإدارية العليا منطوقه إلى انقضاء الدعوى التأديبية تأسيساً على الاستقالة.⁽³⁾

كما أن انقضاء الدعوى التأديبية نتيجة تقديم الاستقالة، لا علاقة له بالآثار القانونية الأخرى التي قد تترتب على جميع الأفعال الثابتة من قبل الموظف أو العامل المستقيل، و إلى هذا المعنى أشارت صراحة المادة 34 من اللائحة الداخلية للنيابة الإدارية حيث تقول " لا يكون هناك تأثير للدعوى التأديبية في الدعوى الجنائية أو المدنية الناشئة عن الواقعة ذاتها، و هذا الحكم مجرد تطبيق للقواعد العامة في الدولة"⁽⁴⁾

الفرع الثاني

انقضاء الدعوى التأديبية بوفاة الموظف و الاعفاء التشريعي

من الطرق الغير عادية لانقضاء الدعوى التأديبية وفاة الموظف و صدور قانون بالإعفاء و انقضاء الدعوى التأديبية، سوف ندرس اولاً: انقضاء الدعوى بوفاة الموظف، ثم ثانياً: صدور قانون الاعفاء التشريعي لانقضاء الدعوى.

أولاً:- انقضاء الدعوى التأديبية بوفاة الموظف

بحكم أن العقوبة هي شخصية فبالتالي إذا توفي الموظف بعد وقوع المخالفة التأديبية فلا محل لإقامة الدعوى التأديبية ضده، إذا لم يكن قرار الإحالة قد صدر بعد، أما إذا توفي بعد الإحالة و قبل الحكم فيها، فلا تجوز محاكمته.⁽¹⁾

و بالتالي يجب على المحكمة التأديبية أن تقضي بانقضاء الدعوى التأديبية إذا توفي الموظف أثناء المحاكمة، سواء كان ذلك أمام المحكمة التأديبية أم أمام المحكمة الإدارية العليا، اهتداءً بما تقضي به المادة 13 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي و ما يقابلها من المادة 14 من قانون الإجراءات الجنائية المصري و التي تقضي بانقضاء الدعوى الجنائية، بوفاة المتهم باعتبار أن الوفاة قد حدثت قبل الفصل نهائياً فيما نسب إلى العامل.

حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن هذا الأصل، الذي أشارت إليه قانون الإجراءات الجنائية، هو الطريق الواجب الاتباع عند حدوث وفاة المتهم، أثناء المحاكمة التأديبية و الأساس في ذلك يرجع إلى مبدأ شخصية العقوبة، حيث لا يجوز المساءلة في أي مجال عقابي، إلا في مواجهة شخص

(3) د. محمد محمود ندا، انقضاء الدعوى التأديبية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، مصر، 1981، ص 327.

(4) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التأديب، دراسة مقارنة، الجزء الثاني، دار الفكر العربي، مصر، 1979، ص 618.

(1) مفتاح أغنية محمد، مرجع سبق ذكره، ص 212-213.

المتهم، الأمر الذي يفترض بالضرورة أن يكون المتهم حياً، حتى تستقر و تثبت مسؤوليته الجنائية أو التأديبية بصدور حكم بات و نهائي في مواجهته، و وفاة المتهم قبل ذلك تستوجب عدم الاستمرار في إجراءات تخص المساءلة ايا كانت مرحلة التقاضي التي وصلت إليها.

حكما في الطعن رقمي 193,381، من 34 ق في 10/6/1989

- أثر وفاة الطاعن، أثناء نظر طعنه في الحكم التأديبي الصادر ضده، أمام المحكمة الإدارية العليا انتهت الدائرة الخاصة بالمحكمة الإدارية العليا (دائرة توحيد المبادئ) إلى أن قانون الإجراءات الجنائية يقضي بأن "الدعوى الجنائية تنقضي بوفاة المتهم" و أن هذا يمثل أحد المبادئ العامة للنظام العقابي، سواء في مجال التأديبي، أو المجال الجنائي، باعتبار أن هذا النص هو تطبيق لقاعدة مقتضاها، أن العقوبة شخصية، و الذي يفترض أن يكون شخص المتهم حياً، حتى يسند إليه الاتهام وحتى يصدر حكم بات في مواجهته.⁽¹⁾

وقد جاء في الفقه المقارن (التشريع الفرنسي) بأن موت المتهم يعتبر من ضمن الأسباب التي حددتها المادة السادسة من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، و التي تنقضي بها الدعوى الجنائية، وقيل في الفقه الفرنسي بأن الدعوى التأديبية لا تمحى إلا بوفاة المذنب، أو صاحب الشأن، كما قيل بأن وفاة المحكوم عليه يترتب عليه انقضاء توقيع الجزاء، و قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن الدعوى التأديبية تمحى و تنقضي بوفاة المذنب أو المتهم.⁽²⁾

و يرد على مبدأ شخصية العقوبة التأديبية استثناء قانوني واحد في هذا الصدد، و هو ذلك المتعلق بعدم مسؤولية الموظف عن الخطأ المترتب على قيامه بتنفيذ الأمر الصادر إليه من الرئيس الإداري الذي تجب عليه طاعته، عند توافر شروط معينة حددها القانون لإعفاء الموظف من المسؤولية في هذا الصدد و تحميلها لمصدر الأمر أو القرار.⁽³⁾

و الجدير بالذكر أنه إذا اقيمت الدعوى التأديبية على العامل، الذي تسبب بخطئه في إلحاق ضرر لحق جهة الإدارة التي يتبعها، كما لحق الغير، و طلبت النيابة الإدارية في قرار الاتهام مجازاته عن المخالفات المنسوبة إليه، مع طلب بتحميله قيمة الاضرار، وفي أثناء المحاكمة التأديبية توفي هذا العامل، فإن الادعاء التأديبي قبله يقضي بوفاته، إلا أنه يمكن لجهة الإدارة متابعة أمر تحميله لمبالغ التعويض التي تطلبها في مواجهة ورثته حسب المبادئ التي تحكم المسؤولية المدنية للعاملين.⁽⁴⁾

(1) د. عبدالرؤف عيد متولي، اختصاص المحاكم التأديبية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ب ط، 2004، ص 317-318.

(2) د. محمد محمود النداء، مرجع سبق ذكره، ص 194.

(3) د. مصطفى فرج ضو عبدالرحيم، النظام القانوني لتأديب أعضاء هيئة التدريس بالجامعات و الرقابة عليها، دراسة مقارنة، دار الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2021، ص 211.

(4) د. عبدالرؤف عيد متولي، مرجع سبق ذكره، ص 319.

ثانياً:- انقضاء الدعوى التأديبية بصدور إعفاء تشريعي

لانقضاء الدعوى التأديبية بالعمو نوعان

الأول و هو العمو الكامل أو الشامل الذي من خلاله يقوم بمنع أو بوقف السير في إجراءات الدعوى التأديبية أو الجنائية أو المدنية، و العمو الشامل يعتبر حكم الإدانة كأن لم يكن، و الثاني: و هو العمو الجزئي و هو الذي يتم بانقضاء العقوبة كلها أو جزء منها أو استبدال العقوبة المحكومة بها بعقوبة أخف و يصدر قرار العمو عن العقوبة من رئيس الدولة، أو عن طريق قانون، و لا يؤثر قرار العمو عن العقوبة وعلى العقوبات التبعية، و الآثار الجنائية الأخرى المترتبة على الحكم بالإدانة، مالم ينص في أمر العمو عن خلاف ذلك.⁽¹⁾

و الفرق بين العمو الشامل و العمو الجزئي

1- العمو الشامل ذو طابع موضوعي و هو بذلك يخاطب الجرائم بينما العمو الجزئي ذو طابع شخصي يخاطب أشخاص بعينهم.

2- يختلف العمو الشامل عن العمو الجزئي من حيث السلطة المختصة بإصدار كل منهما العمو الشامل يصدر عن رئيس الدولة أو السلطة التشريعية، أما العمو الجزئي فيصدر عن طريق جهة إدارية.⁽²⁾

3- العمو الشامل يزيل الجريمة و يجعلها كأن لم تكن و يحو الحكم الصادر بالإدانة و جميع الآثار المترتبة عليه سواء بالنسبة للماضي أو الحاضر أو المستقبل، أما العمو الجزئي يقتصر أثره على الإعفاء من تنفيذها كلها أو بعضها أو استبدالها بعقوبة أدنى منها، على أن يقتصر هذا الأثر على المستقبل دون أن يمتد يشمل ما ترتب على تنفيذ العقوبة من آثار في الماضي.

و قد نصت محكمة القضاء الإداري بمصر بأن " العمو عن العقوبة المحكوم بها على الموظف أو العامل لا يعتبر عفواً شاملاً أو كاملاً، فلا يترتب عليه سوى إسقاط العقوبة الاصلية و التبعية، و الآثار المترتبة على الحكم بالنسبة للمستقبل فقط" (حكم محكمة القضاء الإداري بجلسة 1969/11/10م في القضية رقم 192 لسنة 23ق، مجموعة احكام السنة 24 ص 110)

ويشترط لإعمال العمو في المجال التأديبي أن يتضمن النص الصادر بالعمو الإشارة إلى تطبيقه على العقوبات التأديبية، كما يشترط الا يكون الفعل محل العمو من الأفعال المخلة بالشرف أو التراة أو حسن الآداب.⁽³⁾

(1) ابراهيم سيد أحمد، شريف أحمد الطباخ، مرجع سبق ذكره، ص 321.

(2) مجد محمود النداء، مرجع سبق ذكره، ص 147

(3) ابراهيم سيد أحمد، شريف أحمد الطباخ، مرجع سبق ذكره، ص 321

الخاتمة

و في الختام يتضح أن اسباب انقضاء الدعوى التأديبية متعددة، فقد تنقضي لأسباب عامة أو عادية وهي صدور قرار إداري نهائي، أو حكم قضائي يقضي بإلغاء القرار المطعون فيه، وتنقضي أيضا بسحب القرار الإداري أو بمحو القرار من قبل الإدارة، أو تنقضي بحكم القانون عن طريق العفو، و الوفاة، و قد تنقضي بالاستقالة المقبولة والتي تكون سبباً في انقضاء الدعوى.

أولاً: النتائج

- 1- تنقضي الدعوى التأديبية بطرق العادية، عن طريق سحب القرار الإداري أو تقوم الإدارة بمحو آثار القرار الإداري.
- 2- كما أن صدور قرار إداري نهائي من قبل الإدارة يؤدي إلى انقضاء الدعوى التأديبية.
- 3- الحكم القضائي النهائي البات بالإلغاء يعد احد اسباب انقضاء الدعوى التأديبية
- 4- تنقضي الدعوى التأديبية بقوة القانون و ذلك من خلال مضي المدة، و الاستقالة، و صدور قانون بالإعفاء، و وفاة الموظف.

ثانياً التوصيات

- 1- نوصي بتنظيم الجيد لموضوع التأديب و موضوع انقضاء العوى التأديبية بشكل خاص.
- 2- على المشرع الليبي مواكبة التشريعات الحديثة في تنظيم موضوع انقضاء الدعوى التأديبية و أسناد مواد خاصة بكل حالة على حدى.
- 3- لإثراء هذا الموضوع ضرورة الاطلاع على جميع المستجدات المتعلقة بالتأديب و خاصة ما يصدر عن اجتهادات الدول المجاورة.
- 4- منح الموظف العام ضمانات كافية نظراً لكونه الطرف الضعيف في مواجهة الإدارة.
- 5- ضرورة الوقوف بشكل صحيح على جميع الجزئيات الخاصة بانقضاء الدعوى التأديبية بالنسبة للمشرع الليبي، من أجل ترسيخها على أرض الواقع.

قائمة المراجع:

أولاً الكتب

- 1- إبراهيم سيد أحمد، شريف أحمد الطباح، الوسيط الإداري في الدعوى التأديبية و الدفع التأديبية في ضوء الفقه و القضاء، شركة ناس للطباعة، الطبعة الأولى، القاهرة، 2015.
- 2- سعد نواف العنزي، النظام القانوني للموظف العام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، بدون طبعة، 2007.
- 3- سليمان مُجَّد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، 1996.
- 4- سليمان مُجَّد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التأديب، دراسة مقارنة، الجزء الثالث، دار الفكر العربي، مصر، 1979.
- 5- عبد الرؤوف عيد متولي، اختصاص المحاكم التأديبية، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون طبعة، 2004.
- 6- عبدالفتاح بيومي حجازي، أصول التحقيق الجنائي و التأديبي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2005.
- 7- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعي، بدون طبعة، القاهرة، 2000.
- 8- مُجَّد ماجد ياقوت، شرح الجزاءات التأديبية، دار منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الثانية، 2001.
- 9- مُجَّد عبدالله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، المكتبة الجامعة للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة السابعة، الزاوية، 2019.
- 10- مُجَّد عبدالله الفلاح، أحكام القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار بونيتشي، الطبعة الثانية، بنغازي ليبيا، 2017.
- 11- مُجَّد محمود النداء، انقضاء الدعوى التأديبية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، مصر، 1981.
- 12- د. مصطفى فرج ضو عبدالرحيم، النظام القانوني لتأديب أعضاء هيئة التدريس بالجامعات و الرقابة عليها، دراسة مقارنة، دار الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2021.
- 13- مغاوري مُجَّد شاهين، القرار التأديبي و ضماناته و رقابته القضائية بين الفاعلية و الضمان، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، 1986.
- 14- مفتاح أغنية مُجَّد، المسؤولية التأديبية للموظف العام في القانون الإداري الليبي بين فاعلية الإدارة و ضمان الموظفين، دراسة مقارنة مع القانون المصري و المغربي، دار الكتب الوطنية، بنغازي ليبيا، الطبعة الأولى، 2008.

15- نصر الدين مصباح القاضي، النظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة، بدون طبعة، 1997.

ثانياً: الرسائل و الأطروحات

1- مالكي سيد أحمد، النظام القانوني لانقضاء الدعوى التأديبية في التشريع الجزائري، كلية الحقوق و

العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019.

ثالثاً: القوانين و اللوائح

1- القانون رقم 12 لسنة 2010 م بشأن علاقات العمل الليبي.

2- القانون رقم 81 لسنة 2016م بشأن الخدمة المدنية المصري.

3- اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية المصري رقم 1216 لسنة 2017

الاثبات في القانون الإداري
أ.ندى عبدالرحمن أبوتوتة
محاضر بكلية القانون/جامعة الزيتونة

الملخص:

من المعلوم أن على القضاء الإداري مهمة شاقة كونه مسؤولاً عن الشرعية والمشروعية، وإقرار العدالة الإدارية، وحماية حقوق المواطنين في إطار سيادة القانون، وأن دور القاضي الإداري لا بد أن يكون إيجابياً في المنازعة الإدارية، حيث تقوم مهمته على ما استقصاه من الدعاوى وأدلة الثبوت، واستقلال كل دليل يوصله للحقيقة.

ومن أهم طرق إثبات هذا الحق، هو السعي وراء دليل قوي يثبت ذلك، فقد يكون هذا الحق ثابتاً لا يمكن إثباته لعجز صاحبه عن إيجاد الوسيلة اللازمة للإثبات، لذلك قيل أن الإثبات يجبي الحق ويجعله مفيداً.

إن الأحكام التي تقوم بتنظيمها قواعد الإثبات من المسائل القانونية الدقيقة في جميع التشريعات الحديثة، كما للإثبات أهمية كبيرة في المواد المدنية والتجارية، وأهميته الأكبر تظهر وضوحاً في القانون الجنائي، ويكون الأمر مختلفاً بالنسبة لنظرية الإثبات في القانون الإداري، حيث يتم صياغتها على أساس الطبيعة القضائية للقانون الإداري، حيث تظهر أهمية هذا الموضوع في حجم النزاع بين أفراد المجتمع ووصول الإدارة لمبتغاها في النفع العام، وتحقيق العدالة بوصول كل ذي حق حقه إلى حقه وفق القانون عن طريق وسائل الإثبات المختلفة، لذلك تعتبر طرق الإثبات الإداري وسائل ضرورية جداً يستعين بها القاضي في التحقق من الوقائع القانونية والعملية التي يعتمد عليها الخصوم، وما يترتب عليها من حقوق بالمقابل.

كما أن هذا الموضوع يثير إشكالية تتفرع عنها عدة تساؤلات، ما هي الوسائل التي يعتد بها في إثبات الحقوق في المنازعات الإدارية؟ وما هي الأدلة المعتمدة للإثبات أمام القاضي الإداري؟ وما هي الحجية التي تتمتع بها هذه الوسائل؟ وما موقف القانون الليبي؟

ونظراً لكون القانون الإداري هو قانون إنشائي قضائي المنشأة وغير مقنن، فهل استعان القضاء الإداري بالقواعد الواردة فيما يخص الإثبات في القانون المدني؟ وما هي هذه الطرق في الإثبات وتحديد عبء الإثبات؟ وما دور القاضي في الإثبات؟ وكيف تكون طرق الإثبات مباشرة وغير مباشرة؟ وما هي أقوى الأدلة التي يمكن للقاضي الإداري الاعتماد عليها في المنازعات المعروضة أمامه؟ وهل يمكن تحديث تطوير لهذه الأدلة حتى تصل لأن يمكن إدخال أدلة الإثبات الغير مباشرة والإلكترونية منها، وإمكانية إقامتها والعمل بها أما القضاء الإداري؟

إظهار الأفكار المرتبطة بهذا الموضوع، انتهج فيها المنهج الوصفي التحليلي المقارن ببعض الجزئيات فيما يعني البحث من خلال نصوص ومواد القانون المدني الليبي.

Abstract:

It is well known that the administrative judiciary has an arduous task to be responsible for legitimacy and validity, the

establishment of administrative justice, the protection of citizens' rights within the rule of law, and that the role of the administrative judge must be positive in the administrative dispute. His/Her task is based on his/her investigation of the cases and evidence and the independence of each evidence that leads him/her to the truth.

One of the most important means of establishing this right is to seek strong proof, which may be an unsustainable constant of the author's inability to find the means to prove, so it is said that the proof revives the right and makes it useful.

The provisions governed by the Rules of Evidence are precise legal issues in all modern legislation, as well as the considerable importance of civil and commercial articles, and its greater importance is shown in the Criminal Code. This is different from the theory of proof in administrative law, which is drafted on the basis of the judicial nature of administrative law.

the importance of this issue is reflected in the extent of the conflict between members of society and the Department's access to its public interest, and in the achievement of justice by ensuring that every right has access to his/her rights in accordance with the law through various means of proof. The methods of proof are therefore very necessary means for the judge to verify the legal and practical facts on which the litigants depend on, and the corresponding rights.

This subject also raises a number of questions. What are the reliable means of establishing rights in administrative disputes? What evidence has been adopted to prove before the administrative judge? What is the authenticity of these means? What is the point of view from the Libyan law prospective?

In view of the fact that administrative law is a statutory and non-codified establishment law, has the administrative court used the rules of evidence contained in the Civil Code?

What are these methods of proof and determining the burden of proof? What is the judge's role in proof? How are the methods of proof direct and indirect? What is the strongest evidence on which an administrative judge can rely in the disputes before him/her? The development of this evidence can be updated to facilitate the entry, establishment, and operation of indirect and digital evidentiary evidence before the administrative court.

Demonstration of the ideas associated with this topic, in which the analytical descriptive approach compared to some of the particulars means research through the texts and articles of the Libyan Civil Code.

مُقَدِّمَةٌ

تقع على عاتق القضاء الإداري مهمة شاقة كونه مسؤولاً عن الشرعية والمشروعية، وإقرار العدالة الإدارية، وحماية حقوق المواطنين في إطار سيادة القانون، وهنا دور القاضي الإداري إيجابي كونه ليس مطلوباً فيه العلم بالقاعدة القانونية واجبة التطبيق على الوقائع التي يستقيها فقط، بل يبادر إلى تطبيق صحيح القانون وفق مبدأ المشروعية، فالمنازعة الإدارية أمانة في يد القاضي يشرف على حسن سيرها، ولا يترك أمرها للخصوم.

والإثبات في المنازعة الإدارية يقوم على ما استقصاه القاضي من الدعاوى وأدلة الثبوت واستقلال كل دليل يوصله للحقيقة.

ومن أهم طرق إثبات هذا الحق هو السعي وراء دليل قوي يثبت ذلك، فقد يكون هذا الحق ثابتاً لا يمكن إثباته لعجز صاحبه عن إيجاد الوسيلة اللازمة للإثبات، لذلك قيل أن الإثبات يجبي الحق ويجعله مفيداً.

إن الأحكام التي تقوم بتنظيمها قواعد الإثبات من المسائل القانونية الدقيقة في جميع التشريعات الحديثة، كما للإثبات أهمية كبيرة في المواد المدنية والتجارية، وأهميته الأكبر تظهر وضوحاً في القانون الجنائي،

ويكون الأمر مختلفاً بالنسبة لنظرية الإثبات في القانون الإداري، حيث يتم صياغتها على أساس الطبيعة القضائية للقانون الإداري.

أهمية البحث

موضوع طرق الإثبات في القانون الإداري من المواضيع التي ارتبطت ارتباط وثيق بالقاعدة التي تفضي بأن الخصم في الدعاوى الإدارية لا يستطيع أن يقتضي حقه بنفسه، بل عليه أن يستعين بسلطة القضاء، لذلك يجد صاحب الحق نفسه مضطراً إلى أن يقنع القاضي الإداري بإقامة الدليل على وجوده، وبدون إقامة الدليل لا يستطيع أن يحصل على حقه فيتعرض للفقدان، فتظهر أهمية ذلك في حجم النزاع بين أفراد المجتمع ووصول الإدارة لمبتغاهما في النفع العام، وتحقيق العدالة بوصول كل ذي حق إلى حقه وفق القانون، لذلك تعتبر طرق الإثبات وسائل ضرورية جداً يستعين بها القاضي في التحقق من الوقائع القانونية والعملية التي يعتمد عليها الخصوم، وما يترتب عليها من حقوق بالمقابل، من هنا جاءت أهمية هذا البحث المتواضع.

إن موضوع وسائل الإثبات يشهد تطوراً مستمراً، حيث نجد الكثير يجهد الإثبات ووسائله رغم أهميته وارتباطه الوثيق بالقضاء، فلا بد من دراسة الوسائل التي تعتمد في المنازعات الإدارية وتحديد كل وسيلة.

إشكالية البحث

للبحث إشكالية تتفرع عنها تساؤلات

ما هي الوسائل التي يعتد بها في إثبات الحقوق في المنازعات الإدارية؟ وما هي الأدلة المعتمدة للإثبات أمام القاضي الإداري؟ وما هي الحجية التي تتمتع بها هذه الوسائل؟ وما موقف القانون الليبي؟ ونظراً لكون القانون الإداري هو قانون إنشائي قضائي النشأة وغير مقنن، فهل استعان القضاء الإداري بالقواعد الواردة فيما يخص الإثبات في القانون المدني؟

ما هي هذه الطرق في الإثبات وتحديد عبء الإثبات؟ وما دور القاضي في الإثبات؟ وكيف تكون طرق الإثبات مباشرة وغير مباشرة؟ وما هي أقوى الأدلة التي يمكن للقاضي الإداري الاعتماد عليها في المنازعات المعروضة أمامه؟ وهل يمكن تحديث تطوير لهذه الأدلة حتى تصل لأن يمكن إدخال أدلة الإثبات الغير مباشرة والإلكترونية منها، وإمكانية إقامتها والعمل بها أمام القضاء الإداري؟

أضف إلى ذلك فالصعوبات التي واجهت الباحث تمثلت في ندرة المراجع المتعلقة بالإثبات في المنازعات الإدارية، فيتم الاعتماد على ما ورد في قانون المرافعات والإجراءات الجنائية، وبالاستناد على التشريعات المقارنة.

منهج البحث

قبل استعراض الخطة المنهجية التي اعتمدها الباحثة في إظهار الأفكار المرتبطة بهذا الموضوع، انتهجت المنهج الوصفي التحليلي المقارن ببعض الجزئيات فيما يعني البحث من خلال نصوص ومواد القانون المدني الليبي.

خطة البحث

وتشمل:

المبحث الأول: - مفهوم الإثبات في القانون الإداري

المطلب الأول: - ماهية الإثبات

المطلب الثاني: - طبيعة الإثبات في القانون الإداري

المطلب الثالث: - عبء الإثبات في القانون الإداري

المبحث الثاني: - أدلة الإثبات في القانون الإداري

المطلب الأول: - وسيلة الكتابة

المطلب الثاني: - وسيلة الخبرة

المطلب الثالث: - وسيلة المعاينة

المطلب الرابع: - شهادة الشهود

المبحث الثالث: - الوسائل الغير مباشرة للإثبات

المطلب الأول: - القرائن

المطلب الثاني: - اليمين

المطلب الثالث: - الإقرار

المبحث الرابع: - طرق الإثبات الحديثة في القانون الإداري

المطلب الأول: - الكتابة الإلكترونية

المطلب الثاني: - البريد الإلكتروني

المطلب الثالث: - التسجيلات الصوتية والبصرية

الخاتمة

التوصيات

المراجع

المبحث الأول: - مفهوم الإثبات في القانون الإداري

صار من المعتاد بين الباحثين على أن الحديث في موضوع من الموضوعات لا بد وأن يسبقه تمهيد يتم فيه تناول الخطوط العريضة لموضوع الدراسة بصورة تجعل القارئ مستوعب الموضوع محل الدراسة. وانطلاقاً من هذا المبدأ فإن البحث عن موضوع طرق الإثبات في القانون الإداري لا بد وأن يسبقه تناول موضوع الإثبات باعتباره الأصل الذي ينبثق منه الدليل، ولهذا فإن الحديث عنه في القانون الإداري يحتاج إلى بيان ماهية الإثبات وأهميته، كما لا بد من توضيح الأركان التي تقوم عليها وسيلة الإثبات مروراً بالمبادئ الأساسية له أيضاً، وهذا ما سيتم تناوله في المطلب الأول من هذا المبحث.

المطلب الأول: - ماهية الإثبات

الإثبات من الموضوعات الرئيسية التي تناولها العديد من الفقهاء والباحثين سواء كان ذلك في العلوم القانونية المدنية أم الجنائية، وكذلك فيما يتعلق بالعلوم الشرعية، ورغم أن الإثبات لا يختلف معناه من قانون لآخر، بل إن معناه في كافة فروع القانون متحد، وإن اختلفت الصياغة، وما يهمنا في هذا المقام هو معرفة الإثبات في القانون الإداري.

أولاً: - تعريف الإثبات

لقد حاول الفقه تعريف الإثبات، حيث عرفه فقيه القانون السنهوري بأنه "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها".¹

أيضا يمكن تعريف الإثبات بأنه تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق"²، حيث أنه لا يختلف تعريف الإثبات في القانون الإداري عنه في القانون المدني، إلا في مسألة متعلقة بطبيعة الدعوى الإدارية التي ينظر فيها القاضي الإداري، وتختصها بصفات خاصة فيما يتعلق بالحق في الإثبات باعتباره مرتبط بحق المدعي، حيث يحق له أن يقيم الدليل القانوني على صدق الحادثة التي يدعيها، وبالمقابل للمدعي عليه إثبات عكس ذلك".³

كما أن الإثبات يتأكد حقه بالبينة وهي البحث والتحري، وهو يعني إقامة الدليل، كما أن الإثبات لا بد أن يبين من خلال الطرق المحدودة قانونياً.

ومن هنا يمكن تعريف الإثبات بأنه إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق القانونية لإثبات حق متنازع عليه، أي يوصل القاضي لمعرفة الحقيقة في الدعوى.

¹ د. السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الإثبات بأثر الالتزام، المجلد الثاني، بيروت، لبنان، 1976، ص7.

² مرقس، سليمان، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، الطبعة السابعة، عالم الكتب، القاهرة، ص4.

³ عكاشة، هشام عبدالمعتم، دور القاضي الإداري في الإثبات، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 2003، ص3.

إن القضاء الإداري لم يحدد كأصل عام طرقاً معينة للإثبات أمام القضاء الإداري كما هو معمول به في النصوص المدنية للقضاء العادي، فالقاضي الإداري هو الذي يحدد طرق الإثبات المقبولة بحرية كاملة، ويقدر مدى قوتها في الإثبات بنحو يقوم على مبدأ الاقتناع المطلق كما هو الحال.

ثانياً: - أركان الإثبات

يرتكز الإثبات على ثلاثة أركان أساسية، اتفق غالبية الفقهاء في القانون على الاعتماد عليها في بنية الإثبات، أولها محل الإثبات، وثانيها وجود النص القانوني، أما ثالثها الذي أباح القانون إثباته.

1- محل الإثبات: -

المقصود بمحل الإثبات هو المصدر الذي أنشأ حقاً معيناً، متمثل إما في شكل تصرف قانوني، أو في شكل واقعة قانونية¹.

والتصرف القانوني هو أن الإدارة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين، فترتب عليها القانون بهذا الأثر، مثال ذلك العقد الإداري وهو التصرف القانوني يقوم على تطابق إرادتين أو أكثر، سواء قام على إرادتين أو إرادة منفردة، فهو باعتباره تصرف إداري بغرض إنشاء حق أو تعديله أو انتهائه².

أما الواقعة القانونية فهي واقعة مادية يترتب القانون عليها أثراً، وهي إما أن تكون واقعة طبيعية أم اختيارية، المقصود منها إحداث أثر قانوني، إذ أن هنا تختلف عن الإرادة كونها أساس التصرف القانوني، باعتبار أنها دائماً واقعة مادية، أي لا أثر للإرادة فيها لإحداث أثر قانوني.

التصرف القانوني والواقعة القانونية إذ يتضح أن محل الإثبات هو المصدر الذي أنشأ الحق المطالب به، سواء كان ما الحق عينياً أم شخصياً، كما لا بد أن تكون الواقعة المراد إثبات الحق فيها معروضة أمام القضاء للنظر والبت فيها جائزة القبول أمامه، فلا يجوز أمام القانون إثبات واقعة معينة الأهداف مختلفة تتعلق بالنظام العام أو الآداب العامة.

بعد توضيح مفهوم محل الإثبات باعتباره أول أركان وسيلة الإثبات في القانون الإداري، نتعرض للركن الثاني وهو وجود نص قانوني³.

2- وجود نص قانوني

إن النص القانوني باعتباره الوعاء الذي يتضمن مجموعة من الأحكام والضوابط التي تنظم تصرفات الأفراد، يدفع بنا وضعه من ضمن الأركان المكونة للإثبات في القانون الإداري، حيث يتوجب أن يكون هناك نص قانوني الذي يجعل للواقعة أساساً لحق من الحقوق، وإلا فلا فائدة ترجى من الإثبات⁴، حيث

¹ نشأت أحمد، رسالة الإثبات، الطبعة السابعة، ج1، 1972، ص32.

² السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الإثبات بأثر الالتزام، مرجع سابق ذكره، ص15.

³ بوزيان، سعاد، طرق الإثبات في المنازعات الإدارية، رسالة ماجستير في القانون الإداري، جامعة باجي مختار-عناية الجزائر، 2011، ص7.

⁴ نشأت أحمد، رسالة الإثبات، مرجع سابق ذكره، ص37.

جرت العادة أن مهمة القاضي الإداري أن يلم بالنصوص المعروضة عليه في واقعة ما دون إرشاده لهذا النص، كما أن مهمة المحامي أن يبين ركيزة هذا النص الذي اعتمد عليه".¹ عليه لا بد من وجود النص القانوني كركن من أركان الإثبات، وأن يجعل القانون للواقعة المتنازع عليها أثر، ويترتب على ذلك حقوق مترتبة حول الشيء المتنازع عليه حال إثباته، ومهمة القاضي كما أسلف الذكر هو إيجاد النص القانوني الواجب تطبيقه على الواقعة المنظور فيها أمامه.

3- الدليل الذي أباح القانون إثباته: -

لقد حدد القانون الطرق التي يمكن الاعتماد عليها في الإثبات، سواء تعلق الأمر بالإثبات عن طريق الكتابة، أو البينة، أو الإقرار القضائي واليمين والقرائن، إذ أن هنا القاضي مقيد باتباع الإثبات التي نص عليها القانون".²

والمحكمة في هذه الحالة لها مهمة الاستعانة بهذه الطرق من تلقاء نفسها، أو بناء على سلطتها التقديرية في اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات تراه مناسباً للوصول إلى الحقيقة بناء على طلب الخصوم أو دون ذلك".³

كما أن مهمة القاضي هي اتباع الإجراءات الخاصة والمنصوص عليها قانوناً، فلا يمكن أن يستند إلى تحقيق ما ضد شخص لم يسأل عن هذا التحقيق أو لم يستدعه إليه".⁴

خلاصة القول إن وجوب الإثبات بالدليل الذي أباحه القانون له طرق محددة للإثبات في النزاعات المتعلقة بالقانون الإداري، ويملك القاضي فيها سلطة تقديرية في اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات الذي يراها مناسبة في القضية المعروضة أمامه للوصول للحكم الذي يتوجب إظهار الحقيقة.

بعد ما تم معرفة الأركان التي تعتمد عليها طرق الإثبات في القانون الإداري، يستوجب الدراسة في هذه الموضوع التطرق أيضاً لمعرفة أهم المبادئ الأساسية في الإثبات بالقانون الإداري.

ثالثاً: - المبادئ الأساسية للإثبات

1- مبدأ حياد القاضي: -

ويعني صفة التقدير أو الحكم على شخص أو موضوع أو نكرة دون اتخاذ أي موقف مؤيد أو معاكس، ويعتد مبدأ حياد القاضي من المبادئ العامة والأساسية في أي عمل قضائي، ويعتبر من الأمور الجوهرية

¹ نشأت أحمد، رسالة الإثبات، مرجع سابق ذكره، ص 8.

² العثماوي، عبدالوهاب، إجراءات الإثبات في المواد المدنية، منشورات الفكر العربي، القاهرة، دون تاريخ، ص 37.

³ العبودي، عباس، شرح أحكام قانون البينات، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، ط 2007، ص 45.

⁴ بوزيان، سعاد، طرق الإثبات في المنازعات الإدارية، رسالة ماجستير في القانون الإداري، مرجع سابق ذكره، ص 21.

للوصول لتحقيق العدالة، وهو ألا يقف القاضي في موقف أو مركز سلبي من أطراف النزاع أو الخصومة، حتى لا تتبدل المراكز في هذه الخصومة، مما يؤثر عليه في وزن الأمور ويختل تباعاً ميزان العدالة".¹ ويترتب على مبدأ حياد القاضي هو امتناعه من تكليف الخصم بإثبات دعواه، كما يترتب منعه من تنبيهه إلى ما يحتوي دفاعه من قصور، ويمنع من جمع أدلة أو يساهم فيها جميعاً".² كما يوجد مبدأ آخر مهم أيضاً فيما يتعلق بالمبادئ الأساسية المتعلقة بالإثبات ألا وهو حق الخصم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى، وعدم جواز حكم القاضي بعلم الشخص حتى لا يكون بمثابة شاهد.

2- حق الخصم في مناقشة الأدلة: -

من القواعد المتفق عليها في القانون قاعدة أن عبء الإثبات يقع على من يدعي "المدعي" فإنه في الوقت ذاته يحق لهذا الخصم أن يثبت الواقعة القانونية، وتقديم جميع ما عنده من أدلة يسمح بها القانون كقبول ادعائه، كما أنه يترتب على حق الخصوم مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى، وعليه فإن من المبادئ الأساسية المعمول بها في أغلب التشريعات أن أي دليل يقدمه الخصم في الدعوى يجب أن يعرض على الخصوم لمناقشتها، أما الدليل الذي لا يعرض عليهم فهو غير معتد به".³

3- مبدأ عدم جواز أن يصطنع الشخص دليلاً لنفسه: -

ومعناه أن من غير الممكن أن يصطنع الخصم دليلاً لنفسه إلا في حالات استثنائية، وذلك لأن الأصل في الدليل الذي يتمسك به ضد أحد الخصوم يجب أن يكون صادراً منه، وعليه فليس للخصم أن يحتج بورقة أو فعل أو قول صادر عنه، لأن القاعدة تقول بعدم جواز ذلك"⁴، كالاتفاظ بالأوراق الخاصة، فلا يجوز أن يكون الدليل الذي يقدمه الخصم مجرد ستر في مواجهته.

المطلب الثاني: - طبيعة الإثبات في القانون الإداري

يظهر الاختلاف في طبيعة الإثبات بالنسبة للمنازعات الخاصة بالقانون الإداري، حيث يعتبر طبيعة الإثبات في القضاء الإداري متعلقة بطبيعة تكوين الأجهزة القائمة عليها، وكذلك على طبيعة المحاكم المنوط إليها الفصل في المنازعة الإدارية، وفيما يلي بيان نوعية هذه الطبيعة من خلال الخصائص التي تتميز بها طرق الإثبات.

أولاً: - خصائص الإثبات في المنازعات الإدارية

¹ بوزيان، سعاد، طرق الإثبات في المنازعات الإدارية، مرجع سابق ذكره، ص7.

² أبو الوفاء، أحمد، الإثبات في المواد المدنية، دار الجامعة للطباعة والنشر، لبنان، بيروت، 1983، ص28.

³ السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الإثبات بأثر الالتزام، مرجع سابق ذكره، ص34.

⁴ أبو السعد، محمد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1947، ص8.

لتوضيح وتحديد الخصائص التي يتميز بها الإثبات في المنازعات الإدارية، لا بد من التطرق إلى الامتيازات العامة للإدارة في مجال الإثبات، وعدم التكافؤ بين طرفي المنازعات الإدارية في الإثبات".¹

1- امتيازات الإدارة العامة في الإثبات

على عكس الدعاوى المدنية فإن الدعاوى الإدارية تصف العلاقة بين أطرافها بعدم التوازن في مجال الإثبات، حيث تتميز الدعاوى الإدارية في الإثبات بموقف أقوى وأفضل من غيرها من الدعاوى".² وتتمثل الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في مجال إثبات الدعوى الإدارية فيما يتعلق بامتياز حيازة المستندات والأوراق المادية، وكذلك امتياز الصحة في القرارات الإدارية وامتياز التنفيذ المباشر".³

2- عدم التكافؤ بين طرفي الدعوى الإدارية في الإثبات: -

تتميز الإدارة بأنها شخص معنوي يتمتع بالشخصية المعنوية، ويمكن له ممارسة جمع مظاهر السيادة، والإكراه المادي لاستخدام السلطة من أجل تحقيق الصالح العام في مجال الوظائف العامة بالدولة، حيث إن العلاقة هنا تصبح مغايرة بين الإدارة وبين الأفراد لتحقيق الصالح العام، حيث تسعى الإدارة لتحقيق الصالح العام، بينما الأفراد يسعون إلى تحقيق أهداف خاصة بهم".⁴

ثانياً: - ازدواجية قواعد الإثبات في القانون الإداري

إن قواعد الإثبات ليست كلها واحدة، جزء من هذه القواعد شكلي، وجزء منها موضوعي، فما يتعلق بقواعد الإثبات الموضوعية هي التي تبين الحالات التي يستعمل فيها كل دليل، والشروط اللازمة لقبول الإثبات، وقوة الدليل والخصم المكلف بالإثبات، وعليه فإن قواعد الإثبات (الموضوعية) هي التي تحدد محل الإثبات وطرقه وطريقة عرضه أمام القضاء الإداري".⁵

أما فيما يتعلق بقواعد الإثبات (الإجرائية) وهي المتعلقة بالإجراءات الشكلية المتمثلة في إلزام الخصم بتقديم مستند تحت يده والحكم فيه، وحق الخصوم في إبداء الطلبات، أيضاً فيما يتعلق بحق المحكمة في الأمر بتقديم أوراق أو سندات، فيجوز للمحكمة أن تدعو الغير لإلزامه بتقديم ورقة أو سند تحت يده، وذلك في الأوضاع المنصوص عليها القانون".⁶

عليه فإن قواعد الإثبات الموضوعية تعتبر من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها إلا إذا وجد نص يقضي بخلاف ذلك".⁷

¹ بوزيان، سعاد، طرق الإثبات في المنازعات الإدارية، مرجع سابق ذكره، ص 31.

² خليفة، عبدالعزيز، إجراءات التقاضي والإثبات في الدعاوى الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 2008، ص 321.

³ بوزيان، سعاد، طرق الإثبات في المنازعات الإدارية، رسالة ماجستير في القانون الإداري، مرجع سابق ذكره. ص 31.

⁴ خليفة، عبدالعزيز، الإثبات أمام القضاء، الإثبات أمام القضاء الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 18.

⁵ مقالة بعنوان خصوصية الإثبات في المادة الإدارية بتاريخ 17/10/2015 للكاتب اللواتي، سالم، 2022، www.ASJP.cevist.dz.

⁶ مقالة بعنوان: القواعد الإجرائية للإثبات، منشورات حماة الحق. 2022، Jordan-lawyer.com

⁷ بوزيان، سعاد، طرق الإثبات في المنازعات الإدارية، رسالة ماجستير في القانون الإداري، مرجع سابق ذكره، ص 51.

المطلب الثالث: - عبء الإثبات في القانون الإداري

يقصد بعب الإثبات في القانون الإداري هو تكليف أحد المتداعين بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه، ويسمى التكليف بالإثبات عبئاً أيضاً، وهو حمل ثقيل يقع على عاتق المكلف بالإثبات¹، "ربنا لا تحملنا ما لا طاقة لنا به"² صدق الله العظيم. ولعل السؤال الذي يطرح نفسه الآن ويتعين الإجابة عليه هو: ما القواعد العامة في موضوع عبء الإثبات؟ وكيف يمكن توزيع عبء الإثبات في المنازعات الإدارية؟ وما دور القضاء الإداري في هذا الشأن؟

عليه يمكن الإجابة تبعاً لما يلي: -

أولاً: - القواعد العامة للإثبات

يرجع الأساس الفلسفي لموضوع عبء الإثبات في أن أي نزاع يعرض على القضاء مفاده عدم اتفاق الطرفين فيها بشأن وقائع معينة أو كيفية تطبيق القانون عليها، بحيث يرى كل طرف من أطراف هذه المنازعة أنه يكتسب حقاً ويتمتع بمركز قانوني معين، ومن أجل حسن سير العدالة وتأمين استقرار المعاملات يتعين على المكلف عبء الإثبات، وهو كل من يدعي أمراً خلاف الوضع الثابت أصلاً، أو فعلاً، أو فرضاً، فعليه إثبات ما يدعيه"³.

والأصل العام في هذه القاعدة كما أسلفنا الذكر هو القانون المدني والجنائي، الذي بدوره تعود جذوره الممتدة إلى أحكام الشريعة الإسلامية"⁴، حيث يترتب في حالة إخفاق المدعي عن الإثبات ومحاوله المدعى عليه إثبات بعض الوقائع، إلا أنه لم يستطع إثباتها وأخفق في ذلك، فالقاضي هنا لا يتخذ من إخفاق المدعى عليه دليلاً على عجزه، لأن عبء الإثبات في الأصل على المدعي وهو المكلف بالإثبات"⁵.

هذا فيما يتعلق بالقاعدة العامة في عبء الإثبات، أما الذي يهمنا في هذا المقام هو اختلاف الأمر أمام القضاء الإداري بالنظر إلى طبيعة الدعوى الإدارية، والتي تقوم بين طرفين غير متعادلين في الطبيعة والظروف والمصلحة"⁶، حيث يوجد جهة إدارية في هذا النزاع، وباعتبارها تتمتع بامتيازات السلطة

¹ بن داني، يوسف، مدى استقلال قواعد الإثبات في القانون الإداري عن نظرية الإثبات في القانون الخاص، مجلة القانون، العدد (1) - 2018، الجزائر، ص 169.

² سورة البقرة، الآية 286.

³ السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الإثبات بأثر الالتزام، مرجع سابق ذكره، ص 65 وما بعدها.

⁴ البيهقي، السنن الكبرى، الجزء السادس، ص 63، وص 252.

⁵ علام، محمد يوسف، شهادة الشهود كوسيلة إثبات أمام القضاء الإداري، بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2012، ص 201.

⁶ وصفي، مصطفى كمال، خصائص الإثبات أمام القضاء الإداري، مجلة المحاماة، القاهرة، السنة 50، فبراير 1970، ص 42.

العامّة، والتي تهيمن على الطرف الآخر، وفي ذات الوقت هي الطرف الأقوى، يقف أمامها الطرف الفرد - منزوعاً من أي امتيازات، أو أن يكون لديه فرصة لإعداد دليل ينصفه. ها هنا ظهرت الحاجة لصياغة أحكام خاصة في الإثبات أمام القضاء الإداري يمنح للقاضي فيها سلطة أوسع في مجال الإثبات"¹، وبذلك خلق نوع من التوازن بين الخصوم في الدعوى الإدارية، وهذا ما سيتم مناقشته فيما يلي.

ثانياً: - توزيع عبء الإثبات في الدعاوى: -

إن الدور الحقيقي المنوط بالقاضي الإداري الذي يصنع منه دوراً كبيراً وفعالاً في إدارة النزاع، والإشراف على إجراءاته، قد يجد من تطبيق قاعدة البينة على من ادعى "المطبقة أمام القاضي العادي، إلا أنه يتعين على المدعي في الدعوى، أو في الدفع أن يقدم الدليل الذي يثبت به دعواه"²، إلا أنه ونظراً لاختلال التوازن بين أطراف الخصومة، يتدخل القاضي لمساعدة توزيع عبء الإثبات في صالح الطرف الضعيف في الدعوى وهو الفرد، وهذا هو دور القاضي الإيجابي في توجيه الدعوى الإدارية، والإمسك بخيوطها بشكل من التحكم والإيجابية، لأن حقيقة هذا الدور تنصب على إيجاد نوع من التوازن بين طرفي الدعوى الإدارية التي تمتلك أحدها وهي الإدارة كل دليل إثبات، بينما الطرف الآخر يقف خالي الوفاض³، بحيث يتنقل عبء الإثبات في الأحكام المتواترة للقضاء الإداري، وفيها إن تقاعست الإدارة في مجال المنازعات الإدارية عن تقديم الأوراق موضوع النزاع، يقيم قرينة لصالح المدعي، تنقل عن الإثبات وتلقبه على عاتق الجهة الإدارية⁴، وهذا ما يسمى بأثر ناقل لعبء الإثبات من على عاتق المدعي إلى عاتق الإدارة، التي تلتزم حينئذ بإثبات مشروعية القرار، فإذا أهملت ذلك أو تعذر عليها تقديم الإثباتات الكافية، تحملت مخاطر عدم كفاية الإثبات في الدعوى، وزالت القرينة نهائياً عن القرار"⁵.

وهذا ما استقرت عليه أحكام القضاء الإداري فضلاً عن دور القاضي الإداري في نقل عبء الإثبات كلما تبين له أن التوازن قد اختل في الدعوى، بما له من سلطة إيجابية، كما سبق الذكر في توزيع عبء الإثبات وتوجيه الإجراءات، وهذا ما سيتم الحديث عنه فيما يلي.

¹ علام، محمد يوسف، مرجع سابق ذكره، ص 203.

² عبدالمعز، عبدالعزيز، المرافعات الإدارية والإثبات أمام القضاء الإداري، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، سنة 2008، ص 259.

³ علام، محمد يوسف، شهادة الشهود كوسيلة إثبات أمام القضاء الإداري، بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية، دراسة مقارنة، مرجع سابق ذكره، ص 203 وما بعدها.

⁴ جمعة، أحمد محمود، أصل إجراءات التداوي أمام محاكم مجلس الدولة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط 1985، ص 65، وحكم المحكمة العليا في الطعن رقم (1059) لسنة 30ق،

30ق، جلسة، 1986/12/2

⁵ علام، محمد يوسف، شهادة الشهود كوسيلة إثبات أمام القضاء الإداري، بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية، دراسة مقارنة، مرجع سابق ذكره، ص 205.

ثالثاً: - دور القاضي في الإثبات

إن للقاضي دور إيجابي في عبء الإثبات، وهذا لا يعني به أنه من الممكن مخالفة لمبدأ الحياد، بأن ينحاز في تحديد عبء الإثبات لطرف على حساب طرف آخر، ولكن حياد إيجابي وليس حياداً سلبياً".¹

وهنا يطرح سؤال هام وهو: ما مدى مساحة تدخل القاضي فيما يخص بدوره الإيجابي في الإثبات؟

فالقاضي الإداري في المثال يمكن له كسلطة استدعاء الأطراف من أجل استجوابهم، والهدف من ذلك يتمثل في محاولة الحصول على إقرار من أحدهم، وفي حالة رفضهم للحضور أمام القاضي، فهو يشكل سلوكاً في غير صالح الطرف الذي طلب منه الحضور وسكت عن جواب من الاستجواب، بذلك شارك القاضي إيجابياً في تنظيم عبء الإثبات، الأمر الذي يكفل إعادة التوازن بين أطراف الخصومة.

بعد دراسة مفهوم الإثبات في القانون الإداري نتطرق الآن لدراسة أدلة الإثبات في المبحث الثاني من هذا البحث.

المبحث الثاني: - أدلة الإثبات في القانون الإداري

توصلنا لمعرفة أن الإثبات القانوني هو قوة الحق، حيث جل النظريات قامت على أساس من التقيد القانوني، ومبدأ حياد القاضي في القانون المدني، في حين أن الإثبات في القانون الإداري أساساً يقوم على طبيعة الدعوى الإدارية التي تنشأ بين طرفين غير متكافئين من حيث المركز، والمصلحة هي الإدارة باعتبارها سلطة عامة تقوم بوظيفتها الإدارية، وتتمتع بامتيازات السلطة العامة ما يغنيها عن اللجوء للقضاء، في حين يقف الفرد في مركز المدعي باعتباره المتضرر من أعمال الإدارة ويطلب الحماية القضائية، وبالتالي يلتزم بتقديم البينة على ما يدعيه. حيث أن عملية الإثبات وتقديم الأدلة أمام القضاء الإداري تواجهها صعوبات كبيرة، فالسؤال هنا كيف يقوم القاضي الإداري بتطبيق القاعدة العامة لعبء الإثبات التي تنطوي أساساً على أدلة الإثبات في ظل خصوصية الدعوى الإدارية؟.

والإجابة على هذا السؤال يمكن تقسيم هذا المبحث لثلاثة مطالب يتناول فيها المطلب الأول الوسائل المباشرة للإثبات المتمثلة في وسيلة الكتابة والخبرة وكذلك المعاينة، وأخيراً وسيلة الشهادة (شهادة الشهود).

المطلب الأول: - وسيلة الكتابة

يعتبر الدليل الكتابي من أهم طرق الإثبات، ويأتي في مرتبة متقدمة من بين طرق ووسائل الإثبات، والكتابة باختلاف أنواعها سواء جاءت في مستند رسمي أو عادي تتبوأ مكانة أفضل من المكانة التي تحتلها باقي أدلة الإثبات، كالإقرار وشهادة الشهود والقرائن القضائية".²

ولدراسة الكتابة كوسيلة من وسائل الإثبات المباشرة في القانون الإداري لا بد من توضيح مفهوم الكتابة.

¹ أحمد، محي شوقي، الأحكام الإجرائية للدعوى الإدارية، دراسة تطبيقية للمنازعة الإدارية، ط 1، 1998/12/31، ص 160، 161.

² عبدالعزيز، خليفة، الإثبات أمام القضاء الإداري، مرجع سابق ذكره، ص 62.

أولاً: - مفهوم الكتابة

ينص القانون على أن الكتابة هي الوسيلة الأقوى للإثبات أمام القضاء الإداري، فهي دليل فعال ومأمون في المعاملات أمام ضعف الثقة في شهادة الشهود، حيث بين القرآن الكريم أهمية الكتابة بقوله تعالى "يأيتها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه"¹، وتعد الأوراق المكتوبة من أهم أنواع الأدلة المعتمدة في المنازعات الإدارية، وعليها يعول عادة في الإثبات، ولا يعتمد على ذاكرة الموظفين الإداريين أو شهادة الشهود كما تقدم لضعف هذه الوسيلة، فيتم الاعتماد على الكتابة في الأوراق الإدارية التي تنطوي على وقائع تتصل بنشاط الإدارة كالقرارات والعقود الإدارية.

كما يتم إثبات التصرف الإداري كتابة عادة في ورقة، كما ظهرت طرق أخرى حديثة للكتابة من خلال الأجهزة المتطورة والمتعددة²، حيث يشمل الكتابة الإلكترونية طالما أن تم التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون محفوظة في ظروف تضمن سلامتها، والتي سيتم تخصيص مطلب خاص لمناقشتها في المبحث الثالث من هذا البحث.

أما فيما يتعلق بأنواع الأدلة الكتابية التي يلجأ إليها القاضي الإداري فهي متمثلة في التالي.

ثانياً: - أشكال الأدلة الكتابية

تنقسم المحررات المتمثلة في الأوراق الكتابية باعتبارها دليلاً للإثبات للمحررات الرسمية، وهي التي يثبت فيها الموظف العام طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته، ما تم على يديه، أو ما تعامل به مع ذوي الشأن كتابة³، ويشترط في هذا المحرر الشرعي هو صدور من موظف عام والذي تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها، كما يشترط أن يكون مختصاً لكتابته، وأن يكون هذا التحرير مطابقاً للقواعد العامة قانوناً⁴.

أيضاً تعتبر المحررات العرفية والتي تصدر من ذوي الشأن، ويثبت بها واقعة قانونية وموقعة من الشخص الذي يحتج بها عليه بإمضائه أو ختمه أو بصمة أصابعه وسيلة للإثبات، بحيث يشترط الكتابة والتي بدونها يبقى التصرف القانوني محصور بين أطرافه، كما يشترط التوقيع على هذه الورقة بأن يضع الشخص خط يده عليها بتقديم هويته، وهذا الشرط الجوهري في الورقة العرفية، لأنه يضمن قبول الموقع لما هو مدون في الورقة العرفية.

وبعد دراسة الدليل الكتابي، نتطرق بالدراسة إلى الخبرة باعتبارها وسيلة من الوسائل المباشرة للإثبات في القانون الإداري.

¹ سورة البقرة الآية رقم 282.

² عبدالعزيز، خليفة، الإثبات أمام القضاء الإداري، مرجع سابق ذكره، ص 76.

³ عبدالعزيز، خليفة، الإثبات أمام القضاء الإداري، مرجع سابق ذكره، ص 78.

⁴ محمد، منصور، حسين، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2009، ص 33.

المطلب الثاني:- وسيلة الخبرة

يمكن تعريف الخبرة بأنها الاستشارة الفنية التي يستعين بها القاضي في مجال الإثبات، لغرض مساعدته في تقدير المسائل الفنية التي يحتاج تقديرها إلى معرفة فنية أو علمية تتعلق بالواقعة، والتي لا تتوفر لدى القاضي معرفة تامة بها، بحكم عمله وثقافته العامة، أما الخبير فهو الشخص الذي اكتسب خبرة علمية فنية حصل عليها إما من دراسات علمية، أو من خلال ممارسة مهنته لفترة طويلة من الوقت أصبح بعدها يمتلك خبرة وفن ودراية كاملة في هذا المجال، حيث يمكن للقاضي الإداري في هذا المجال اللجوء للخبير، والاستعانة بوسيلة الخبرة لاستيفاء بعض البيانات الفنية اللازمة للفصل في الدعوى الإدارية، مع اعتبار أن رأي الخبير في كل الأحوال هو رأي استشاري غير ملزم".¹

في القانون الفرنسي تعتبر الخبرة النموذج الأمثل لإجراءات التحقيق التي يأمر بها القاضي الإداري، وإن كان قانون مجلس الدولة لم ينص عليها، كما لا يمكن للمحاكم والقضاء الإداري التعويل على استخدام هذا الحق في طرق الإثبات، وعدم الإسراف في استخدامه إلا للضرورة مما يلحقه من استخدام هذا الحق في تكبل الخصوم مصاريف باهظة، وتعطيل للفصل في النزاع.

عليه مفاد القول هو أن الخبرة هي مجرد استشارة فنية كما أسلفنا القول تقوم بها المحكمة بقصد الحصول على معلومات ضرورية عن طريق مشاوره أهل الاختصاص".² وبعد دراسة الخبرة باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات نعرج لدراسة المعاينة باعتبارها من الوسائل المباشرة للإثبات في القانون الإداري.

المطلب الثالث:- وسيلة المعاينة

عرف الفقهاء المعاصرين الذين بحثوا في وسائل القضاء، وتعرضوا لوسائل الإثبات منهم الدكتور محمد مصطفى الزحلي حيث يقول في كتابه وسائل الإثبات: المعاينة هي أن يشاهد القاضي بنفسه أو بواسطة أمينه محل النزاع بين المتخاصمين لمعرفة حقيقة الأمر".³

حيث أنه من الإجراءات التي قد تقوم بها المحكمة لأجل إثبات شيء ما في القضية المنظورة، هو الانتقال إلى محل الواقعة لجمع ما يتعلق بالقضية من معلومات ليكون الحكم بعدها عن بينة وبصيرة. إذاً يجوز للقاضي الإداري من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الواقع مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى ذلك الأمر في الواقعة المعروضة عليه".⁴

¹ حسين، علي عوض، الخبرة في المواد المدنية والجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة 2007، ص7.

² حسين، علي عوض، الخبرة في المواد المدنية والجنائية، مرجع سابق ذكره، ص90.

³ مجلة جامعة النجاح لأبحاث العلوم الإنسانية، المجلد 16(1) 2002، جمال الكيلاني، الإثبات بالمعاينة في الفقه والقانون، كلية الشريعة، جامعة النجاح، فلسطين، ص267.

⁴ انظر الكيلاني، جمال، مرجع سابق ذكره ص14

كما للقاضي الإداري الذي أمر بإجراء المعاينة السلطة التقديرية الواسعة في اعتماد محضر المعاينة بحكمه أو استبعاده وعدم التطرق إليه، وتكون المعاينة في القضايا من أجل معرفة ما إذا كانت الأشغال المسموح بها من قبل رخصة للبناء قد أنجزت مخالفة لأمر قضائي يوقف التنفيذ، مثال ذلك حماية الأماكن الأثرية والبيئة".¹

إذاً يملك القاضي الحرية في تقدير الإجراءات التي يتبعها في نتيجة المعاينة، إذ لم يقتنع القاضي أو أصاب عقيدته شعور بأنه ثمة تغيرات قد أدخلت على ما عاينه بحيث لم يعد يطابق الحقيقة، رغم أنه غير ملزم ببيان الأسباب، حيث أنه يكفي أن يبين في مدونات حكمه أن المحكمة قد وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها دون الحاجة لتنفيذ الإجراء الذي أمرت به.

وعليه هنا يمكن القول أن وسيلة المعاينة هي وسيلة مباشرة واختيارية أيضاً في مسألة طرق الإثبات المباشرة التي يلجأ إليها القاضي الإداري من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب الخصوم".² وبعد دراسة وسيلة المعاينة نتطرق لتوضيح الوسيلة الأخيرة من الوسائل المباشرة للإثبات، ألا وهي شهادة الشهود.

المطلب الرابع: - شهادة الشهود

مما لا شك فيه أن لشهادة الشهود دور في مجال الإثبات، ولا سيما الإثبات الجنائي والمدني والشرعي، فضلاً عن دورها في مجال الإثبات الإداري، وهو ما حاول إلقاء الضوء عليه في هذا الجزء من البحث على أنه يلاحظ أن الرجوع لهذه الوسيلة من طرق الإثبات كانت في الماضي من أقوى الأدلة، وقت أن كان العلم بالرواية واللسان، لا بالكتابة والقلم، لدرجة أنه كانت الشهادة تستأثر باسم البينة، دلالة على أن لها المقام الأول في البيانات".³

وما يهمنا في هذا المقام هو معرفة أنواع الشهادة أولاً، ثم نتقل لمعرفة مدى سلطة القاضي الإداري لتقديره لشهادة الشهود.

أولاً: - أنواع الشهادة: -

المقصود بشهادة الشهود هي الأقوال التي يدلي بها الأشخاص في ساحات القضاء بشأن إثبات أو نفي واقعة قانونية أياً كان نوعها".⁴

¹ أبو الوفاء، أحمد، الإثبات في المواد المدنية، مرجع سابق ذكره ص 243.

² أبو الوفاء، أحمد، الإثبات في المواد المدنية، مرجع سابق ذكره، ص 109.

³ البينة في اللغة: هي الدليل والحجة، وبان الشيء أي اتضح فهو بين، واستبان الشيء أي ظهر منه، أما في عرف الفقهاء فهي مرادفة للشهادة، وقد جرى القانون أيضاً على ذلك،

المعاني للجامع تعريف البينة في معجم المعاني، معجم عربي الكتروني، www.almaany.com

⁴ علام، محمد يوسف، شهادة الشهود كوسيلة إثبات أمام القضاء الإداري، مرجع سابق ذكره، ص 19.

وتعتبر الشهادة من وسائل التحقيق التي يمكن للقاضي الإداري اللجوء إليها دون نص صريح، حيث تستهدف إكمال معلوماته بشأن الوقائع التي بحاجة لطلب مساعدة الخبير، وذلك عن طريق شهادة الشهود الذين يتركزون على حقيقة الوقائع المتنازع عليها.

كما أن شهادة الشهود تتمثل في ثلاثة أنواع:-

1- الشهادة المباشرة

من المعروف في وسيلة الشهادة باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات هي شهادة الشهود، وهي شهادة مباشرة، والأصل فيها كذلك، حيث لا بد أن يخبر الشاهد بما وقع تحت بصره وسمعه، فقد يخبر عما رآه بعينه، وأن يقول الشاهد في التحقيق ما وقع تحت سمعه وبصره مباشرة، كما يشهد واقعة من الواقع، فيقرر ما شاهده، أو ما وقع من الغير أمامه".¹

كما أن الشاهد أثناء إدلائه بالشهادة الشفهية يضيف على شهادته قدرًا كبيراً من المصادقية عكس حالة إثبات الشاهد شهادة مكتوبة ويقراها امام المحكمة قد يكون قد كتبها تحت ضغط أو لأجل محاباة، أو أحد ما أمره بكتابتها، وهذا ما يؤدي إلى الشطط والانحراف عن المعنى الذي يرنو إليه القضاء الإداري.

كما قنن المشرع الفرنسي هذا المبدأ إذا ضمنت إلى الدعوى المتطورة شهادات قامت مباشرة إلى القاضي، وذلك بالنص عليه في الفقرة الثانية من المادة 200 مرفعات فرنسي، والتي نصت على "أنه يجب على القاضي أن يطلع الخصوم على الشهادات التي قدمت إليه مباشرة"، وقد دعم ذلك ما جاء بنص المادة 16 من تقنين المرفعات الفرنسي الجديد والتي تقرر "التزام القاضي باحترام المواجهة"².

2- الشهادة السمعية:-

يعتبر هذا النوع من الشهادة غير مباشر، أي التي يتعهد فيها بما سمعه رواية عن غيره.

كما تسمى أيضاً شهادة من علم بالأمر من الغير"³، وفيها لا يشهد الشخص بما رآه أو سمعه مباشرة، وإنما يشهد بما سمعه رواية من الغير، وقد قيل في هذه الشهادة السماعية بأنها غير مقبولة في الشريعة الإسلامية"⁴.

والمقصود من هذا الحديث هي أن الشهادة السماعية أقل قوة من الشهادة المباشرة، حيث تأتي في المرتبة الثانية، مثالها أن يشهد شاهد أنه سمع الواقعة التي يرويها له شاهد يكون هو الذي رآها بعينه أو سمعها بإذنه.

¹ خليفة، عبدالعزيز، إجراءات التقاضي والإثبات في الدعوى الإدارية، مرجع سابق ذكره، ص 310.

² للتوسع في مفهوم هذا المبدأ انظر د.عبد نجاد الفصاح "التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة" دراسة تحليلية مقارنة في قانون المرفعات المصري والفرنسي، حقوق الزقازيق، رسالة دكتوراه، 1992، ص 299.

³ بوزيان، سعاد، طرق الإثبات في المنازعات الإدارية، رسالة ماجستير في القانون الإداري، مرجع سابق ذكره، ص 114.

⁴ علام، يوسف، شهادة الشهود كوسيلة إثبات، مرجع سابق ذكره، ص 34.

3- شفعية الشهادة أمام القضاء الإداري:-

عرفنا في الأصل العام هو أن الشهادة يكون أداؤها شفهيًا، وفي حال كان الشاهد غير قادر على النطق، فيمكن لسلطة التحقيق الاستعانة بدوي الخبرة لتوجيه الأسئلة التي تملئها النيابة أو المحكمة، وتلقى الإجابة من صاحب الخبرة، ويرى البعض أن هذا الإجراء قد يضعف من أثر الشهادة باعتبار أن ما ذكر بأقوال الشاهد ليس الشاهد نفسه كما أسلفنا قولاً.

وشاهد القول أن الإدارة هي الطرف الأقوى دائماً في الخصومات والمنازعات الإدارية، والتي تحوز الأوراق بصفة دائمة في الدعوى الإدارية، جعل الإثبات بالكتابة هو الطريق الأساسي في الإثبات، حيث يعتمد القاضي الإداري من رخصة وسلطة أوسع في الهيمنة على وسائل الإثبات التي يراها لازمة للفصل في الدعوى الإدارية لتحقيق التوازن بين الفرد والإدارة، من هذه الوسائل الشهادات المكتوبة في حال تعذر سماع شهادة أحد الشهود".¹

خلاصة القول هنا أن شفعية الشهادة هي أصل عام مقرر في قانون الإثبات وقانون الإجراءات الجنائية، ومعمول به أمام القضاء الإداري أيضاً، إلا أن دور التحقيق الشفوي أو المحاكمات الشفوية متعاضد أما القضاء الجنائي، ومقبول أيضاً أمام القضاء الإداري، لأن ذلك ما يتفق وطبيعة الدعوى الإدارية، ولا يتنافى مع العدالة أو مع شفعية الشهادة طالما كانت ورقة من أوراق الدعوى غير مطعون عليها من الخصوم.

المبحث الثالث:- الوسائل الغير مباشرة للإثبات

لمعرفة الوسائل الغير مباشرة للإثبات في القانون الإداري تستدعي الدراسة المنهجية في البحث عنها التطرق إلى معرفة القرائن ثم اليمين، ومن ثم الإقرار على النحو التالي:-

المطلب الأول:- القرائن

تنص المادة رقم (392) من القانون المدني الليبي فيما يخص طرف الإثبات على أن القرينة القانونية تعني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".²

أما في القانون الإداري فتتقف القرائن في مقدمة طرق الإثبات حيث تواجه الخصوم في مسائل الإثبات خلو ملف الدعوى من الأدلة الكافية أو يتعذر على الطرف المكلف بالإثبات تقديم المستندات الساندة لطلبه، فيصبح من واجب القاضي الإداري أن يتجه إلى إسناد حكمه على القرائن المنتقاة من الشواهد والدلائل والأمارات التي بنيت عليها أوراق هذه المستندات، وإن كان تحديد مفهوم القرائن في القانون،

¹ علام، محمد يوسف، شهادة الشهود كوسيلة إثبات، مرجع سابق ذكره، ص 279

² انظر المادة رقم (393) من الفصل الثالث، القرائن، القانون المدني الليبي: فيما يخص طرق الإثبات.

والذي يعنى باستنباط واقعة غير ثابتة من واقعة ثانية"¹، بحيث يتم الاستناد إلى أمر معلوم على أمر مجهول.

من هنا كانت القرينة وسيلة إثبات غير مباشرة بحيث لا يقع الإثبات منها على الواقعة ذاتها مصدر الحق، بل على واقعة أخرى يؤدي بثبوتها إلى استخلاص ثبوت الواقعة المراد إثباتها... عليه يمكن تعريفها بأنها ما يستنبطه المشرع أو القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول والاستنباط بالقرينة، أي اعتبار دلالة الواقعة الثابتة على الواقعة الغير ثابتة"².

أولاً:- أنواع القرائن

أما فيما يتعلق بالقرائن فقد قسم القانون القرائن إلى نوعين، قرائن قانونية وقرائن قضائية، أما فيما يتعلق بالقرائن القانونية والتي يكون مردها إلى النص التشريعي بحيث ينص عليها القانون، وهي التي تعفي من تقررت لمصلحته عن أي طريقة أخرى من طرق الإثبات، فمهمة المشرع هنا هو استنباط القرينة من واقعة ثابتة دلالتها على أمر آخر مجهول يراد إثباته، فهو الذي يختار الواقعة الثابتة، وهو الذي يجرى عملية الاستنباط، فلا يجوز للقاضي هنا أن يرى غير ذلك، فما قرره المشرع مقدماً أن يرى بعض الوقائع تعتبر قرينة على أمور معينة.

أما فيما يتعلق بالنوع الآخر من القرائن أولاً وهو القرينة القضائية فهي التي يستنتجها القاضي باجتهاده ودكائه من ظروف الدعوى وملابساتها، فهي قضائية، إذ أن القاضي يبنى حكمه على واقعة تثبت أمامه بشكل أمانة أو دلالة على إثبات الواقعة موضوع النزاع على ضوء ما يقع على الغالب من الأحوال"³.
أما فيما يتعلق بشروط القرينة القضائية حتى يصلح ما استنبطه القاضي من وقائع الدعوى المعروضة عليه أن تتوفر في تلك القرائن المستخلصة قضائياً الوضوح وسلامة الأشخاص، مع الاتصال الوثيق بالواقعة محل الإثبات ووضوح القرينة هنا أحد الأدلة التي يعول عليها الإثبات أمام القضاء الإداري، فإنه يتعين توضيحها بصورة تسهل للخصوم استجلاب الحقيقة، وللقاضي هنا الاعتماد عليها في إصدار حكمه. وعليه يمكن القول أن القرائن نوعان قانونية ينص عليها القانون، وقضائية تنزل لسلطة القاضي الإداري النقدية بحيث يستخلصها من ظروف القضية وملابساتها"⁴.

ثانياً:- سلطة القاضي في الاعتماد على القرائن

¹ بوزيان، سعاد، طرق الإثبات في المنازعات الإدارية، رسالة ماجستير في القانون الإداري، مرجع سابق ذكره، ص125.

² أبو الوفاء، أحمد، الإثبات في المواد المدنية، مرجع سابق ذكره، ص157.

³ مقالة الهامي عثمان الهواري، بخصوص القرينة في القانون، راجع مقالة عثمان الهواري للاستشارات القانونية بصفحة على موقع التواصل الاجتماعي (facebook).

⁴ خليفة، عبدالعزيز، إجراءات التقاضي والإثبات في الدعوى، مرجع سابق ذكره، ص393.

وضعت المادة رقم (395) من الفصل الثالث لظرف الإثبات في القانون المدني الليبي سلطة التقاضي في استنباط القرائن، يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقرها القاضي، ولا يجوز الإثبات لهذه القرائن إلا في حالة من الأحوال التي يجبر فيها القانون الإثبات بالبينة.

إذا مفاد القول هنا، أن للقاضي له سلطة في استنباط القرينة القضائية بحرية في اختيار الواقعة التي يتخذها أساساً لاستنباطه، فيمكن أن يختار الواقعة أساس الاستنباط من الوقائع أو من ملف الدعوى، كما للقاضي سلطة تقديرية واقعية في استنباط القرائن القضائية، فله سلطة معلقة في اختيار أية واقعة ثابتة في الدعوى، لكي يستنبط منها القرينة ما دامت هذه القرينة التي اعتبرها دليلاً تؤدي عقلاً ومنطقاً إلى ثبوت الواقعة المرتبة للأثر القانوني المدعي به، وكان استخلاص المحكمة شائعاً ومسنداً إلى أدلة مقبولة ولها أصلها في الدعوى".¹

كما نصت المادة رقم 395 من القانون المدني الليبي أن القاضي حر في عقيدته وقناعته، فقد يقتنع بقرينة واحدة قوية الدلالة، وقد لا يقتنع بذلك، لطالما كان الهدف من الاستعانة بالقرائن في مجال الإثبات الإداري الرجوع إلى أحكام مواد القانون المدني باعتبارها مكملين للنصوص، فما يعرض على القضاء الإداري، وتحقيق عبء الإثبات الملقى على كاهل المدعي في الدعوى الإدارية، باعتبارها الطرف الأضعف والأولى بالرعاية القضائية فيها، في إطار ما يتمتع به القاضي الإداري من دور إيجابي متحرك في الإثبات".²

بعد إيجاز مسألة دراسة القرائن نتطرق فيما يلي لدراسة طريقة "اليمين" باعتباره وسيلة من الوسائل غير المباشرة للإثبات في المنازعات الإدارية.

المطلب الثاني:- اليمين

يعتبر اليمين طريقة من الطرق الغير مباشرة للإثبات، والالتجاء إليها أمر يحصل نادراً في حالة تعذر تقديم الدليل من وسائل الإثبات الأخرى التي تقدم توضيحها، رغم أن اليمين يعتبر من أنظمة العدالة التي أراد بها المشرع تخفيف وطأة التقيد بالدليل والإثبات.

أولاً:- مفهوم اليمين

نص المادة رقم (394) من القانون المدني الليبي أن "لا يجوز توجيه اليمين ولا ردها لحسم قضية تتعلق لحقوق ليس للخصوم حق التصرف فيها ولا بواقعة غير مشروعة، ولا بعقد يتطلب القانون إثبات صحته كتابة، ولا بإنكار واقعة تبين من ورقة رسمية أنها جرت بحضور موظف عمومي حرر الورقة نفسها، أما المادة رقم (400) وما بعدها وضحت محل اليمين وفي حالة الرجوع عنه كذلك.

فالسؤال هنا عن ماهية اليقين؟

¹ طرق الإثبات في المنازعات الإدارية، مرجع سابق ذكره، ص 133.

² خليفة، عبدالعزيز، إجراءات التقاضي والإثبات في الدعوى الإدارية، مرجع سابق ذكره، ص 388.

تعرف اليمين بأنها التصريح المهيب بالجلسة من قبل أحد الخصوم لواقعة تكون في صالحه، ولليمين طابع ديني، حيث ذكر في القرآن الكريم "ولو تقول علينا بعض الأقاويل لأخذنا منه باليمين"¹، كما سميت ذلك إحدى اليدين لزيادة قوتها على الأخرى، ثم أطلق اليمين على الحلف لقوتها، ويسمى الحلف بالله يميناً لأنه به يتقوى أحد طرفي الخصومة.

وقد اتخذ المشرع الليبي من اليمين نطاقاً قانونياً للاستدلال على حقيقة واقعة معينة، فهي لا تعد دليلاً يقدمه المدعي ليثبت بها صحة دعواه، فهي لا تقدم إلى القاضي كما يقدم الدليل الكتابي، وإنما توجه من أحد الخصوم في الدعوى، ولذلك اعتبر اليمين من الوسائل الغير مباشرة لطرق الإثبات في القانون الإداري.

ثانياً: - أنواع اليمين

تنقسم اليمين إلى يمين قضائية ويمين غير قضائية، فأما اليمين الغير قضائية، فهي التي تتفق على تأديتها في غير مجلس القضاء، ولا يقصد منها إثبات أو نفي لواقعة مجلس القضاء، ولا يقصد منها إثبات أو نفي لواقعة معروضة قضائياً، وهذه اليمين إنما لتأكيد عمل أو عدت نحو ذلك، كاليمين التي يؤديها الموظفون عند توليهم وظائف معينة، فهي ليست ذات أحكام خاصة بل تسري عليها القواعد العامة. أما اليمين القضائية: - فهي تلك التي تؤدي في مجالس القضاء والمحاكم بطريقة من طرق الإثبات في القضية المنظورة، وهي التي يمكن القول أنها قول يتخذ فيه حالف اليمين بالله شاهداً على صدق ما يقول، وذلك بذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة ومنها:-

1- اليمين الحاسمة:-

وهي التي يوجهها الخصم إذا أعوزه الدليل المطلوب يحسم بها النزاع، ولهذا سميت حاسمة"².

2- اليمين المتممة:-

وهي واقعة مادية يلجأ إليها القاضي لاستكمال أدلة الدعوى أو توكيداً لأدلة احد خصومها إذا كان ادعاؤه قريب الاحتمال.

ولهذا فإن اليمين تنقسم كما أسلفنا ليمين حاسمة ويمين متممة تتم أدلة الإثبات للفصل في المنازعات الإدارية.

وفيما يلي نتطرق لمعرفة سلطة القاضي الإداري في اعتماد اليمين القضائية.

ثالثاً: - سلطة القاضي في اعتماد اليمين

للقاضي الإداري أن يقدر ملائمة توجيه اليمين ومدى اعتمادها دليلاً للإثبات، وله أن يرفض ذلك إذا تبين له أنه قصد منها الكيد لا غير، حيث تنص المادة رقم (399) من القانون المدني الليبي على أنه

¹ سورة الحاقة، الآية رقم 44.

² القانون المدني الليبي، المادة رقم (399).

يفاد من أن أداء اليمين الحاسمة والنكول عنها حجة ملزمة للقاضي يحكم بها في صالح من أداها أو في غير صالح من نكل عنها، حيث تكون حجة اليمين الحاسمة حجة قطعية بالبينة لأطرافها والقاضي معاً، إذا أن توجيهها يسقط حق طالبها في الاستناد إلى دليل آخر".¹

نخلص القول بأنه إذا تم أداء اليمين الحاسمة، فإن القاضي الإداري يحكم بها لصالح من أدى هذا اليمين، وفي غير صالح من نكل عنها.

أما سلطة القاضي فيما يتعلق في اعتماد اليمين المتممة، فإنه لا يتقيد بتوجيه اليمين المتممة ولا بأدائها، وقد لا يؤدي الالتجاء إليها إلى تنوير القاضي، بل إن القاضي قد تتجه عقيدته في النهاية إلى ما يخالف دلالتها، وهذه القيمة المحدودة لليمين المتممة جعلت بعض الفقهاء يشككون من جدوى تنظيمها".²

فنتيجة اليمين المتممة لا تلزم القاضي، ولو كان هو وحده الذي يوجهها، كما يمكن للقاضي أن يعدل عنها في حال ظهرت للدعوى أدلة جديدة حاسمة تقطع في دلالتها على عدم الحاجة إلى توجيه هذه اليمين أو عدم الأخذ بنتيجتها.

عليه نخلق بالقول أيضاً أنه يمكن للقاضي الإداري أن يعتمد على اليمين في بناء اقتناعه ومعتقداته، وبذلك يعتبرها دليلاً من أدلة الإثبات الغير مباشرة في المنازعات الإدارية.

المطلب الثالث: - الإقرار

المطلع على المادة رقم (397) من القانون المدني الليبي والتي يشير فيها عجز المادة بتعريف الإقرار بأنه "اعتراف الخصم أمام القضاء لواقعة قانونية مدعى فيها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة.

حيث يفهم من هذا النص أن التصريحات التي يدلي بها الخصوم أثناء المرافعة ليست في الأصل وحدها كفيلاً بأن تكسب اقتناع القضاة بصحة ما يدعى به، فيعتبر الإقرار من الأدلة المعتمد عليها أمام القضاء الإداري، ويحصل ذلك عادة عندما يقوم القاضي باستجواب ممثل الإدارة أو المتقاضي معها.

فالإقرار هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر قصد ترتيب حق في ذمته، وإعفاء الآخرين من الإثبات".³

أما أنواع الإقرار فهي الإقرار القضائي والإقرار الغير قضائي.

1- الإقرار القضائي: هو ذلك الإقرار الذي يقام أمام القضاء أثناء تسيير الخصومة، والذي يتوقف

عليه مصير القضية وعلى ذلك فإن الإقرار الذي يحدث بمناسبة قضية ما لا يعتبر إقراراً قضائياً،

حيث لا بد أن يصدر الإقرار من الخصم أمام القاضي، وأن يكون داخلياً في إجراءات الدعوى.

¹ بوزيان، سعاد، مرجع سابق ذكره، ص146.

² بوزيان، سعاد، مرجع سابق ذكره، ص147.

³ أبو الوفاء، أحمد، مرجع سابق ذكره، ص196.

2- الإقرار الغير قضائي: هو الإقرار الذي يصدر خارج مجلس القضاء، أو يصدر أمام القضاء ولكن في دعوى أخرى لا تتعلق بموضوعه، كما أنه عمل قانوني لكنه غير قضائي، حيث من شروط الاعتماد على وسيلة الإقرار كونها من الطرق الغير مباشرة للإثبات هو صدور الإقرار أمام القضاء أيًا كان نوعه ودرجته، ولا بد أن يصدر صحيحاً أثناء سير الدعوى المتعلقة بالواقعة المدعى بها، وأن تتوفر في الإقرار الشروط العامة للتصرف القانوني.

كشروط العقل حيث لا يصدر عن الصغير أو المجنون أو المعتوه والسفيه، ولا يصح على هؤلاء إقرار أوليائهم والقوام عليهم.

أما عن سلطة القاضي فيما يتعلق بالاستناد على وسيلة الإقرار، فيمكن القول بأنه في حال تحقق القاضي من خصائص الإقرار ودلالته وقصد المقر منه وبنى عقيدته عليه فهو يحظى بسلطة تقديرية إزاءه. كما يمكن أن يكون الإقرار القضائي دليل مطلق وحجة بينة قاطعة، فللقاضي سلطة واسعة في تفسيره والاستناد عليه كدليل من أدلة الإثبات في القانون الإداري.

المبحث الرابع:- طرق الإثبات الحديثة في القانون الإداري

لقد تطور العلم سنة بعد سنة إلى أن أصبحنا نشهد عالماً مليئاً بالتعقيدات المتطورة في عالم التكنولوجيا ومجالات الاتصال المختلفة في عالم تبادل المعلومات وأنت قابع في جحر دارك تستطيع أن تجوب العالم جله بزر من هاتفك الخليوي، وفي ظل هذا التطور المعلوماتي السريع أدى إلى إيجاد وسائل اتصال حديثة يعجز العقل البشري على حفظ معلوماتها لما فيها من انفجار كبير في أعدادها ومحتوياتها، فالانترنت والموبايل والسوشيال ميديا من أهم الوسائل الحديثة، وما يهمنا منها هو التحدث عن مجال الكتابة الإلكترونية، وكذلك ما يعرف بالبريد الإلكتروني والتسجيلات سواء كانت الصوتية أو البصرية باعتبارهم طرق حديثة يمكن أن تسهّب في إثراء طرق الإثبات في المنازعات الإدارية في العصر الحالي خصوصاً أن القضاء الإداري هو قضاء متطور وقابل للتطور بما يتناسب مع الظروف، حيث يمكن له أن يخلق وينشئ ويضيف قواعد جديدة.

المطلب الأول:- الكتابة الإلكترونية

ذكرنا فيما سبق بأن النظام المدني الليبي يولي الاهتمام الأول في طرق الإثبات للكتابة، فلا بد من قيام بند كتابي حتى يتم قبوله في الإثبات بتوافر صفات أهمها أن يكون سند الإثبات مكتوباً وموقعاً. ونظراً لأن مجال الإثبات الإلكتروني أصبح حاجة ملحة في عصر التكنولوجيا والثورة المعلوماتية، وخصوصاً داخل منظومة الدول التي تتبع التطور في قوانينها لا سيما منها منظومة القانون الجزائري،

حيث اعتمد المشرع الجزائري في القانون المدني في تعديل 2005 كما اعتمدها العديد من التشريعات العالمية".¹

حيث عرف المشرع المصري المحرر الإلكتروني في المادة الأولى² من خلال التوقيع الإلكتروني كل رسالة فنية أو ضوئية أو بأي وسيلة أخرى متشابهة".³

أيضاً التشريع الجزائري كما أسلفنا الذكر فهو لم يخالف قرينة المصري، وجاء مواكباً للمنتجات القانونية التي نادى بها لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي⁴، إذ عدلت وتمت أحكام القانون المدني المتعلقة بالإثبات بموجب القانون 5-10 من 20 يونيو 2005، حيث نصت المادة (23/13) منه على أنه "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق شرط إمكانية التأكد من هوية الشخص التي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

نلاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد أولى للكتابة الإلكترونية الاهتمام وسواها بطريقة الكتابة العادية في وجود الهوية وسلامة حفظ هذه الأوراق أيضاً أن تكون الكتابة تحمل دلالات تعبيرية واضحة ومفهومة".⁵

المطلب الثاني:- البريد الإلكتروني

يعني البريد الإلكتروني (E mail) إرسال الرسائل عبر شبكة الاتصالات (الانترنت) كما يستخدم لنقل الملفات، ولديه خدمات واسعة الانتشار، والأكثر استخداماً في عالمنا اليوم قد تصل إلى ملايين الرسائل التي يقوم بإرسالها يومياً، حيث يقوم المرسل بإرسال الملفات إلى شخص أو أكثر عن طريق استعماله لبريده الإلكتروني بدلاً من عنوان البريد التقليدي القديم".⁶

وتوجد عدة أشكال من البريد الإلكتروني متمثلة في البريد الإلكتروني المباشر، وهو الشكل الذي يتطلب فيه الشخص المرسل إرسال رسالة عن طريق جهاز مودم متنقل، يقدم هذا المودم بإرسال الرسالة الإلكترونية من لغة رقمية إلى نبضات تتجاوب مع خيوط التلفون، وتم تخزينها في البريد الإلكتروني".⁷

أيضاً يوجد نوع آخر وهو البريد الإلكتروني الخاص، حيث يسمح بالتعامل الداخلي للعاملين والموظفين داخل المؤسسة، بمعنى وجود شبكة داخلية مغلقة خاصة بموظفي الشركة فقط، كما يوجد نوع آخر وهو

¹ سارة، فروحي، أدلة الإثبات الحديثة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، سكرة، 2014-2015، ص 60.

² المادة رقم (1/1) من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري.

³ نشأت أحمد، رسالة الإثبات، ص 422.

⁴ حجة المحرر الإلكتروني، مركز هردو لدعم التعبير الرقمي، ص 16.

⁵ فروحي، سارة، مرجع سابق ذكره، ص 63.

⁶ السنباطي، عطا عبدالعاطي، الإثبات في العقود الإلكترونية، 2012، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ص 169.

⁷ بوزيان، سعاد، مرجع سابق ذكره، ص 188.

الاتصال السلوكي الخاص بين فروع المؤسسة الواحدة والإدارات المتنوعة مثل البنوك، حيث يوجد ربط بين النوع الرئيسي بين الرفع الرئيسي والفروع للإدارات الأخرى.

المطلب الثالث: التسجيلات الصوتية والبصرية

من منا في هذا العصر المعقد بخيوط الشبكة العنكبوتية بمختلف أنواعها ومسمياتها، لم يستخدم الأجهزة الإلكترونية الحديثة، حيث فرض علينا التقدم في مجالات تكنولوجيا المعلومة اقتناء الأجهزة الذكية ومواكبة العصر.

وتعتبر التسجيلات الصوتية المرئية من الوسائل العلمية الحديثة التي فرضت نفسها في مجال الإثبات بوصفها وسيلة حديثة مواكبة لهذا العصر والذي يتعين على الخصوم إثبات حقوقهم بأي وسيلة مشرعة تحت منظومة القانون، والنظام العام وغير مخالفة لها، حيث يمكن إثبات التصرفات القانونية عن طريقها. والتسجيل الصوتي هو عبارة عن عملية ترجمة للتعبيرات الدائمة، ويكون التسجيل عادة بواسطة آلة تترجم موجات الصوت إلى اهتزازات خاصة، ويتم تسجيل للصوت على الشريط المستخدم في جهاز التسجيل على شريط البلاستيك المغنط.

رغم أن هذا الدليل اعتمد من التسجيل الصوتي تعرض لانتقادات عملية وفنية، منها أنه ليس هناك ما يؤكد علمياً بأن الدليل اعتمد من المخاطبة الهاتفية المسجلة على شريط التسجيل الصوتي يعود إلى من نسب إليه".¹

أما فيما يتعلق بالتسجيلات البصرية (الفيديو) وهو عبارة عن تصغير لحجم الوثائق وطبعها على أفلام صغيرة للرجوع إليها بسهولة ويبرر عند الحاجة، وهي عبارة عن أوعية غير تقليدية للمعلومات وقد تطور استخدامها فأصبح لها دور مهم في التخفيف من خطورة ومشكلة التمسك بالأدلة الورقية، وهنا يجب الإجابة على السؤال الذي يدور في الأذهان عن مدى سلطة المحكمة والقاضي الإداري والذي يهمننا في هذا الجزء عن إمكانية اعتماد التسجيلات الصوتية والمرئية كدليل إثبات؟

أقول بأنه في البداية كانت المحكمة ترفض الاعتداد بالتسجيلات الصوتية مطلقاً، لأن القانون لم يتول بالتنظيم التسجيلات الصوتية كدليل إثبات الدعوى، وهذا ما جرت عليه باقي أدلة الإثبات الإلكترونية التي أسلفت توضيحها في منظومة القوانين الليبية وطرق الإثبات منها سواء كانت في القانون المدني أم ما يتعلق بطرق الإثبات في القانون الإداري.

كما سكتت أغلب التشريعات العربية عن بيان مدى قوة الدليل المستمد من التسجيل الصوتي، وبعضهم أعطاه قوة الدليل الكتابي".²

¹ هذا ما عبرت عنه محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها إذ جاء فيه (أن من المعروف أن الأصوات تتشابه وأن بإمكان الصيغة الدخيلة على التسجيل أمر لا تستبعد عنه

اعتقادها)، (نقض 5 نوفمبر 1965م مجموعة أحكام النقض، س16، رقم 158)

² بوزيان، سعاد، طرق الإثبات في المنازعات الإدارية، رسالة ماجستير في القانون الإداري، مرجع سابق ذكره، ص174.

إذاً على القاضي التأكد من سلامة الظروف التي تم فيها التسجيل وعدم وجود تلاعب، والحذر في قبوله كدليل إثبات، رغم رؤية الباحثة ترى بأنه يمكن للقاضي أن يستدعي هذه الأدلة على اعتبار أنها أمارة فقط لا غير يعضد بها القاضي أزر الأدلة الموجودة الأخرى.

ونلخص في نهاية هذا المطلب إلى ان في حال طبقنا على الأدلة الإلكترونية الحديثة ضوابط الأدلة الورقية فإن قوتها في الإثبات لن ترتقي مكانة الدليل الكتابي والمستندات المحررة كقرينة لاستخلاص الواقعة القانونية المتنازع عليها، وأن للقاضي الإداري سلطة مطلقة وواسعة في الأخذ بها من عدمه، واعتبارها كدليل للإثبات في المنازعات المطروحة أمامه.

الخاتمة

إن غاية القضاء الإداري في اتباعه للسياسة القضائية والفصل في الدعاوى والمنازعات الإدارية أن يتوصل إلى تفعيل سلطات الإدارة من خلال دورها الأساسي، ولا يتوقف عند هذا الحد بل يهدف أيضاً لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم مقابل تصرفات هذه الأخيرة.

وباعتبار أن الأفراد الخصوم هم دائماً الطرف الأضعف في علاقاتهم ومنازعاتهم مع جهة الإدارة، كان من المنطقي حسب مبادئ القانون العام ومبادئ العدالة والإنصاف أن يجدوا احتواءً كافياً من قبل القضاء الإداري عندما يستغيثون به طالبين حمايته، وكما أسلفنا الذكر أن القضاء الإداري هو قانون غير مقنن يتميز عن نظيره من القضاء العادي في أنه قضاء إنشائي، أي أنه يقوم بإنشاء وخلق القواعد القضائية حتى ولو لم ترد صراحة في النصوص، وأن له الاستعانة بغيره من القوانين، ويستند القاضي الإداري عند إنشائه لقواعد القانون الإداري والنظر في المنازعات الإدارية التي تعرض عليه لقواعد القانون الدستوري الدولي والمعاهدات الدولية والمبادئ العليا والعدالة والإنصاف، كما يلجأ لقواعد القانون العادي المدني والخاص كلما احتاج لذلك سبيلاً.

ومن خلال هذا البحث في مسألة دراسة طرق الإثبات في القانون الإداري توصلت الباحثة لجملة من النتائج والتوصيات على النحو التالي:-

1- مكنة استعانة القاضي الإداري في سبيل تحقيق الحق وتأمين العدالة بين الخصوم فيما يتعلق بالدعاوى الإدارية أن يلجأ لطرق الإثبات التي فصلت أحكامها نصوص ومواد القانون المدني.

2- إن أحكام المحاكم والقضاء الإداري قد تواترت على أنه لا يوجد في النصوص القانونية ما يتعارض أو يتنافى مع وجوب اتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون المدني وقانون الإثبات أمام القضاء الإداري بما لا يتعارض مع طبيعة الدعوى الإدارية.

- 3- إن تفاصيل طرق الإثبات في القانون الإداري من خلال المنازعات الإدارية والناعبة من الطبيعة الخاصة لهذه الدعاوى تختلف عن تفاصيل طرق الإثبات في المنازعات العادية بالوجه الذي تم بيانه من خلال الدراسة.
- 4- إن المنظومة القانونية الليبية في تطبيق أدلة الإثبات والغير مباشرة هي منظومة غير مقننة، بل تمارس طرق الإثبات في المنازعات الإدارية "بالكتابة والمحركات والمستندات الكتابية وتراعي في ذلك طبيعة المنازعات الإدارية.
- 5- إن للقاضي الإداري سلطة مطلقة وواسعة في الأخذ بما يراه مناسباً حسب عقيدته، فما يتم مناقشته في مسائل طرق الإثبات المباشرة منها والغير مباشرة كذلك.
- كما أن له أن يستأنس كقرائن بالطرق الإلكترونية كقرائن للإثبات كالتسجيلات الصوتية والكتابة الإلكترونية بما يقوى من مجابهة الأدلة المباشرة لاستظهار الحق المتنازع فيه.
- أهم التوصيات
- توصي الباحثة فيما يتعلق بموضوع الدراسة "طرق الإثبات في القانون الإداري" بالآتي:-
- 1- اقتراح إصدار قانون موحد للإجراءات الإدارية في صياغة طرق الإثبات في المنازعات الإدارية، ويكون هذا الإصدار بعد عمل استطلاع لرأي جميع الوحدات والمؤسسات الإدارية للدولة، آخذاً في عين الاعتبار أهم المقترحات التي توصي بها هذه الأجهزة بشأن القانون المقترح.
- 2- أن تقوم السلطات التشريعية في ليبيا بالتمعن والتدقيق فيما يخص مشروع قانون مكافحة الجرائم الإلكترونية، كما يتم نشر هذا القانون واعتماده من قبل مجلس النواب الليبي.
- 3- أخذ آراء كبار الأساتذة وفقهاء القانون الإداري في كليات القانون الليبية حول أهم المقترحات التي قد تسهب في إعداد هذا القانون وأهم ملاحظه التي من الواجب على السلطة التشريعية مراعاتها.
- 4- اعتماد حجة قانونية لتوثيق المحركات الإلكترونية، مع تفعيل حماية قانونية للآثار المترتبة على توثيق تلك المحركات الإلكترونية الغرض منها مواكبة تكنولوجيا المعلومات، والتوقيع لترتيب نفس الآثار والحجج عن طريق الكتابة العادية.

المراجع

القرآن الكريم.

الكتب

- أبو السعود، مُحمَّد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، دار الفكر العربي، مصر.
- أبو الوفاء، أحمد، الإثبات في المواد المدنية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، بيروت.
- أحمد، محي شوقي، الأحكام الإجرائية للدعوى الإدارية، دراسة تطبيقية للمنازعة الإدارية، ط 1988.
- السنهوري. عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الإثبات بأثر الالتزام، المجلد الثاني، لبنان بيروت، 1976.
- السنباطي، عطا عبدالعاطي، الإثبات في العقود الإلكترونية، 2012، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية.
- العبودي، عباس، شرح أحكام قانون البيانات، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، ط 2007.
- العشماوي، عبدالوهاب، إجراءات الإثبات في المواد المدنية، منشورات الفكر العربي، دون تاريخ.
- بن داني، يوسف، مدى استقلال قواعد الإثبات في القانون الإداري عن نظرية الإثبات في القانون الخاص، مجلة القانون، مجلة نصف سنوية تعنى بالبحوث والدراسات القانونية، العدد (1) - 2018.
- بوزيان، سعاد، طرق الإثبات في المنازعات الإدارية، رسالة ماجستير في القانون الإداري، سنة 2011، جامعة باجي مختار-عناية الجزائر.
- جمعة، أحمد محمود، أصل إجراءات التداعي أمام محاكم مجلس الدولة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط 1985.
- حسين، علي عوض، الخبرة في المواد المدنية والجنائية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، الطبعة 2007.
- خليفة، عبدالعزيز، إجراءات التقاضي والإثبات في الدعوى الإدارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط 2008.
- سارة، فروحي، أدلة الإثبات الحديثة، كلية الحقوق، رسالة ماجستير، جامعة مُحمَّد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2014-2015.
- عبدالمنعم، عبدالعزيز، المرافعات الإدارية والإثبات أمام القضاء الإداري، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، سنة 2008.

- عكاشة، هشام عبدالمنعم، دور القاضي الإداري في الإثبات، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 2003.
- علام، محمد يوسف، شهادة الشهود كوسيلة إثبات أمام القضاء الإداري، بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2012.
- محمد، منصور، حسين، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2009.
- مرقس، سليمان، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، ط7، عالم الكتب. القاهرة.
- وصفي، مصطفى كمال، خصائص الإثبات أمام القضاء الإداري، مجلة المحاماة، القاهرة، السنة الخمسون، فبراير 1970.
- المقالات والمجلات العلمية والمواقع الإلكترونية
 - حجية المحرر الإلكتروني، مركز هردو لدعم التعبير الرقمي.
 - للتوسع في مفهوم هذا المبدأ انظر المرجع كلية الحقوق، د.عبد محمد القصاص "التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة" دراسة تحليلية مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي، حقوق الزقازيق، رسالة دكتوراه، 1992، ص299
 - مجلة جامعة النجاح لأبحاث العلوم الإنسانية، المجلد 16(1) 2002، جمال الكيلاني، الإثبات بالمعينة في الفقه والقانون، كلية الشريعة، جامعة النجاح، فلسطين.
 - مقالة المحامي عثمان الهواري، بخصوص القرينة في القانون، مأخوذة من الصفحة الشخصية للسيد عثمان الهواري للمحاماة والاستشارات القانونية بصفحته على موقع التواصل الاجتماعي (facebook).
 - مقالة بعنوان: القواعد الإجرائية للإثبات، منشورات حماة الحق. Jordan-lawyer.com
 - مقالة بعنوان خصوصية الإثبات في المادة الإدارية بتاريخ 2015/10/17 للكاتب اللواتي، سالم. www.ASJP.cevist.dz
- القوانين ذات العلاقة
 - القانون المدني الليبي.
 - قانون المرافعات المدني.
 - قانون الإجراءات الجنائية
 - القانون رقم 71/88 بشأن القضاء الإداري.

الأحكام القضائية وتشمل

- حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 68/155/ق
- حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 12/23/ق.
- حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 12/12/ق.

الضمانات السابقة للتأديب
أ. خالد مُحمَّد نصر
محاضر بكلية القانون/جامعة بني وليد

الملخص:

يقصد بالضمانات هي الإجراءات المنظمة التي يتعين اتباعها للتحقق من ارتكاب العامل للخطأ المنسوب إليه، تمهيداً لتوقيع العقوبة التأديبية المناسبة عليه، فيحال الموظف المتهم بارتكاب المخالفة التأديبية إلى التحقيق والذي يعتبر بدوره أهم الضمانات السابقة لإيقاع العقوبة التأديبية، ولكي يكون التحقيق مستكماً لأركانه فلا بد من تحقيق مجموعة من الضمانات المرتبطة به.

الكلمات المفتاحية: التأديب - الموظف - العقوبة التأديبية - الإجراء التأديبي - التحقيق الإداري.

Abstract:

What is meant by guarantees are the organized procedures that must be followed to verify that the worker committed the error attributed to him, in preparation for imposing the appropriate disciplinary punishment on him, so the employee accused of committing the disciplinary violation is referred to the investigation, which in turn is considered the most important guarantee prior to the imposition of the disciplinary punishment, and in order for the investigation to be complementary to its elements, a set of of the associated guarantees.

Keywords: discipline - employee - disciplinary punishment - disciplinary action - administrative investigation.

مُتَكَلِّمًا

يعد احترام حقوق الدفاع مبدأً أساسياً من المبادئ التي تحكم الإجراءات التأديبية فهو من الحقوق الدستورية المكفولة للإنسان ومواجهة الموظف أيضاً بما هو منسوب إليه، واحترام حقه في الاطلاع على ملف التحقيق وغيره من الإجراءات تعد من الضمانات السابقة لإيقاع العقوبة التأديبية.

أهمية البحث:

تحتل الضمانات التأديبية أهمية كبيرة في نطاق الجزاء التأديبي، خاصة في ظل ازدياد عدد الموظفين وما يترتب عن ذلك من كثرة القضايا، وذلك بسبب انتهاك الإدارة لهذه الضمانات باعتبارها في مركز قوة هذا من جهة ومن جهة أخرى الرغبة في تنفيذ التعادل الصعب بين مصلحتين متناقضتين مصلحة الإدارة

في المحافظة على حسن سير المرافق العامة ومصلحة الموظف واحترام حقوقه والحفاظ على مصدره عيشه، هذا مما حداً بنا لدراسة هذا الموضوع.

أشكالية البحث:

تتمثل اشكالية هذا البحث في هل الضمانات السابقة على التأديب كافية للموظف المتهم باعتبار أنه الطرف الضعيف في العلاقة مع الإدارة؟ وهل هذه الضمانات صمام أمن لحماية الحقوق والحريات للموظف؟

منهجية البحث:

ستكون دراستنا لهذا الموضوع دراسة تحليلية مقارنة، وفق خطة البحث الثنائية كالتالي:

المطلب الأول: ضمانات التحقيق والمواجهة.

الفرع الأول: ضمانات مرحلة التحقيق.

الفرع الثاني: ضمانات حق المواجهة.

المطلب الثاني: ضمانات حق الدفاع وحياد السلطة.

الفرع الأول: حق الدفاع.

الفرع الثاني: حياد المجلس التأديبي.

الفرع الأول

(ضمانات مرحلة التحقيق)

التحقيق هو طريقة القصد منه اظهار الحق¹ وهو إجراء شكلي يتبع بعد وقوع المخالفة بقصد الكشف عن فاعلها أو التثبيت من صحة إسنادها إلى فاعل معين والهدف منه التوصل إلى حيثيات المخالفة او الجريمة²، ولم يرد في قانون رقم 12_ لسنة 2010 بشأن علاقات العمل، تعريف جامع مانع للتحقيق كضمانة من ضمانات الموظف.

وقد حاول الفقه إيجاد تعريف محدد وواضح للتحقيق، ولكنهم انقسموا في ذلك الشأن إلى العديد من الآراء، فذهب الرأي الأول إلى أنه وسيلة بموجبها الكشف عن الحقيقة وجلاء بيانها و استجلاء التهم³ المنسوبة للموظف .

بينما ذهب الرأي الآخر من الفقه إلى أنه هو إجراء تهميدي يهدف إلى الكشف عن الحق، وأمر إثارته من حيث المبدأ يكون بيد السلطة الرئاسية للموظف إذ لها سلطة تقديرية في مسألته عن ما هو منسوب إليه، فلها بذلك كامل الخيار من عقابه او عدم عقابه¹ .

¹ - مغاوري محمد شاهين، القرار التأديبي، مكتبة الانجلو المصري، 1986، ص417.

² - حسن عبدالفتاح، تطبيق على حكم بعنوان متى يعتبر العامل محالاً للتأديب، مجلة العلوم الإدارية السنة 27، العدد الأول يوليو، 1985.

³ - محمد ماجد ياقوت، أصول التحقيق الإداري في المخالفات التأديبية دار الجامعة الجديدة، 2007، ص58.

والتحقيق عبارة عن مجموع الإجراءات التي تهدف كشف الحق، فهو يمثل مرحلة أولية للدعوى التأديبية².

وقد درج الفقه المصري في معظمه على تقسيم ضمانات التحقيق إلى نوعين:

الأولى: الضمانات الشكلية، والثانية الضمانات الموضوعية على النحو التالي:

أولاً: الضمانات الشكلية:

تتمثل في تدوين التحقيق كتابة، فكتابة التحقيق من أهم الإجراءات الرئيسية في التحقيق عامة، وهذا ما نص عليه المشرع الليبي على وجوب التحقيق في م 156 من القانون العمل رقم 12 لسنة 2010(لا يجوز توقيع عقوبة على الموظف إلا بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه ...)

ولقد نص المشرع في مصر على وجوب التحقيق في المادة 59 من قانون الخدمة المدنية، رقم 81-2016 حيث تقول(لا يجوز توقيع جزاء على العامل إلا بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه) ولاشك في وجوب الكتابة سواء أقامت به الإدارة نفسها أو النيابة الإدارية فهو يمثل أجزاء جوهرية يترتب على مخالفته البطلان والقاعدة العامة في هذا الشأن تقضى بأن الإجراء يعتبر أساسياً إذا كان في مصلحة المتهم.

وعلى هذا الأساس، فإن رقابة القضاء الإداري على العقوبة التأديبية لا بد لأعمالها أن تكون التحقيقات التي استند عليها القرار التأديبي تحت نظر المحكمة المختصة.

كما أن القضاء الإداري المصري استقر على أنه(لا يؤثر ضياع، أو فقدان أوراق التحقيق إذا كانت الواقعة التي انبني عليها توقيع العقوبة لها أصل ثابت في أوراق أخرى تطمئن إليها المحكمة، فما كان فقد أوراق التحقيق بمضيق للحقيقة ذاتها ما دام من المقدور الوصول إلى هذه الحقيقة بطرق الإثبات الأخرى ووجود عناصر تكميلية تفيد في مجموعها مع باقي الدلائل والشواهد القائمة في المنازعة على تكوين الاقتناع بالنتيجة التي يمكن أن ينتهي إليها الحكم، فإذا لم تتوافر هذه العناصر و الأدلة فلا تنهض قرينة الصحة المفترضة في القرار الإداري وحدها سنداً كافياً لشخصيته من الطعن فيه بالإلغاء لأن هذه القرينة ليست قاطعة بل أنها تقبل الدليل العكسي³.

إذا كان تدوين التحقيق كتابة أمراً ضرورياً وواجباً فإن قضاء المحكمة العليا المصرية قد نهج على أنه ليس ثمة ما يوجب اعماله في قالب معين، ولا يترتب البطلان على اغفال افرأغه في شكل خاص⁴.

¹ - سليمان مجد الطاوي، القضاء الإداري قضاء التأديب، القاهرة، دار الفكر العربي، 1971، ص 529.

² - تقابل المادة 59 من قانون الخدمة المدنية بالدولة رقم 81 لسنة 2016 في التشريع المصري، وفي التشريعات العربية المقارنة حيث ينص المشرع الليبي في المادة 156 من القانون 12 لسنة 2010 بشأن علاقات العمل، وكذلك ما نص عليه المشرع الكويتي في المادة 55 من القانون 15 لسنة 1979 بشأن الخدمة المدنية على ذات الأحكام.

³ - حكم المحكمة الإدارية المصرية في الطعن رقم 1154 لسنة 8 القضائية .

⁴ - حكمها الصادر في الطعن رقم 449 لسنة 8 القضائية بجلسة 1966/2/26 مجموعة المبادئ في خمسة عشر عاماً 65-1980، ص3972. نقلاً عن نصر الدين القاضي، قضاء المقادين.

وإن كان الأصل أن يتم التحقيق كتابة فأن المشرع المصري استثنى عقوبتي الإنذار، والخصم من الأجر لمدة لا تزيد على ثلاثة أيام بالنسبة للعاملين المدنيين بالدولة من شكل الكتابة، باعتبار أنهما عقوبتان بسيطتان¹.

2/ استجواب الموظف:

الاستجواب هو سماع اقوال الموظف المخالف مما ينسب إليه من وقائع وما يقدمه من مسوغات للدفاع عن نفسه ودرء للتهمة عنه أو اعترافه بها ودراسة ما يقر به ومطابقته بما وصل إليه التحقيق للوصول إلى الحقيقة الواقعة.

ويكون الاستجواب من خلال أسئلة محددة موجهة من المحقق إلى الموظف المتهم وتكون هذه الأسئلة صريحة و واضحة فإذا أقر الموظف بالتهمة المنسوبة إليه، فيها إذا أنكر ونفي التهمة فعلى المحقق مواجهته بالشهود وأدلة الإثبات.

ولا يجوز إكراه الموظف على الاعتراف في كل الأحوال كما لا يجوز لهيئة التحقيق أن تدخل في إجابات الموظف.

ولكن يثور هنا السؤال المهم.

من هي السلطة المختصة بإصدار الأمر بالتحقيق، ومن يتولى التحقيق.

بالنظر إلى نصوص ق رقم 12 لسنة 2010 بشأن العمل الفصل السادس، المادة 156، قد خلت من الإشارة الصريحة لمن له الحق اصدار أمر التحقيق، وجوزت الأمر للأمين المختص أو الكاتب العام أو لرئيس المصلحة أو مدير الإدارة، في التحقيق شفاهة عند إيقاع العقوبة الخفيفة مثل عقوبة الإنذار أو الخصم من المرتب².

أما من يتولى التحقيق، فيفهم من نصوص قانون رقم 12 لسنة 2010 بشأن العمل، حسب المادة 157 مع مراعاة اختصاصات الأجهزة الرقابية تكون الإحالة إلى مجلس التأديب بقرار من الأمين المختص أو الكاتب العام.

وإذا انطوت المخالفة على جرائم جنائية حينها تكون النيابة العامة هي المختصة بالتحقيق مع الموظف.

3/ سماع الشهود:

لم ينص المشرع الليبي في قانون رقم 12 لسنة 2010 بشأن ع العمل على سماع الشهود أسوة بالقانون المقارن المصري حيث لم يعرفها تاركاً للفقهاء والقضاء ذلك.

¹ - نص المادة 59 لسنة 2016 بشأن الخدمة المدنية ص513-514 نقلاً من نصر الدين القاضي، قضاء التأديب .

² - سورة بنص المادة 59 لسنة 2016 بشأن الخدمة المدنية في القانون المصري، حيث بموجب نص هذه المادة قد استثنى كتابة التحقيق في تلك العقوبتين، في حين قيد المشرع المصري الخصم الاستجواب 3 أيام، على عكس المشرع الليبي الذي لم ينص على مدة محددة.

فقد عرفها الفقه بأنها (إجراء من إجراءات التحقيق وهي الإدلاء بالمعلومات المتعلقة بالجريمة أمام سلطة التحقيق بالشكل القانوني)¹، وقد عرفتها المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنها "الأقوال التي يجلى بها الخصوم بما ادركوه بسماعهم أو ما استقوه من غيرهم بأسمائهم أو ابصارهم متعلقة بالواقعة أو ظروف ارتكابها أو إسنادها إلى المتهم أو براءته منها ويكفى في الشهادة إن توصل إلى الحقيقة كلها أن تؤدي إلى استنتاجاً شائعاً مقبولاً"².

ويجب وطبقاً للمتعارف عليه قانوناً وعملاً أن يسبق الشهادة حلف اليمين، ومن هنا يمكننا القول أن الشهادة التي لم يسبقها حلف اليمين لا تعدو دليلاً يمكن الاستناد إليه في توقيع الجزاء على الموظف.

ثانياً- الضمانات الموضوعية:

أهمها ألا يتم وقف الموظف عن العمل إلا لمصلحة التحقيق ولا يتم التفتيش إلا عند الضرورة، ويمكن دراستها على النحو الآتي:

1. الوقف الاحتياطي:

من المقرر أن الوقف الاحتياطي هو إجراء قانوني مقرر كحق طبيعي، يخول الإدارة كف يد الموظف عن أعمال وظيفته كإجراء تحفظي وقائي مؤقت تستلزمه مقتضيات مصلحة التحقيق الإداري خاصة إذا كانت التهم المسندة للموظف المتهم على درجة من الخطورة والجسام لا يصح معها أن يستمر في عمله، مما يقتضى تنحيته لصفة مؤقته عن وظيفته³.

وهذا ما نص عليه المشرع الليبي في المادة 157 من القانون 12 لسنة 2010 (يوقف الموظف عن عمله احتياطياً إذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك ولا يجوز أن تزيد مدة الإيقاف عن ثلاثة أشهر إلا بقرار من مجلس التأديب .

وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا بمصر الوقف في قرار لها بأنه (إسقاط ولاية الوظيفة عن الموظف إسقاطاً مؤقتاً فلا يتولى فيها سلطة أو يباشر لها عملاً ذلك أن الموظف قد تسند إليه تهم وتوجه إليه مأخذ فيقضى الأمر بإقصاءه عن وظيفته ليجري التحقيق فيها توصلاً إلى الحقيقة وفي جو خال من مؤثراته أو سلطاته)⁴.

وفي كل الأحوال لا يجوز أن تزيد مدة الوقف عن ثلاثة أشهر إلا كما حدده المشرع الليبي والمصري، ولا يجوز تمديد المدة إلا بالحصول على قرار من المحكمة التأديبية.

¹ محمد ماجد ياقوت، أصول التحقيق في المخالفات التأديبية.

² - حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر رقم 1378 ص 400 لسنة 34 جلسة 1996/3/16.

³ - نصر الدين القاضي، نظرية العامة للتأديب، مرجع سبق ذكره، ص 515.

⁴ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بمصر رقم 209/852/5 بتاريخ 1951/4/12، نقلاً عن تركي محمد مهند العجمي، ضمانات التأديب لا يقاع العقوبة التأديبية-مجلة كلية الحقوق، جامعة المنيا، المجلد الرابع، العدد الثاني، ديسمبر 2021، ص 279.

أما وقف المرتب فترة الحبس الاحتياطي فيوقف صرف نصف المرتب مدة الحبس، على أن يصرف له النصف الآخر إن أسفرت الإجراءات عن عدم إدانته، طبقاً لنص المادة 158، من القانون 12 لسنة 2010م من قانون علاقات العمل.

وهذا ما نص عليه المشرع المصري أيضاً.

2. التفتيش:

هو إجراء من إجراءات التحقيق بهدف إلى التوصل إلى أدلة جريمة ارتكبت بالفعل وذلك بالبحث عن هذه الأدلة.

ونظراً لخطورة هذه الإجراء لمساسه بحرية وكرامة وحرمة المسكن الذي كفلتها الدساتير جميعها، فلا يتم إلا بأمر قضائي مسبب يحدد فيه المكان والتوقيت والغرض.

الفرع الثاني: حق المواجهة

المواجهة لغة المقابلة بالوجه أو الكلام¹، ويفهم من ذلك أن المواجهة تضمن للموظف أن يكون في مقابل التهم المنسوبة إليه وجهاً لوجه، فيحيط بها علماً، ويكون على معرفة كاملة بظروفها، بما يحقق له دفاعه، بتنفيذ التهمة وتبرئة ساحته منها.

فأعلام الموظف بالخطأ المتهم بارتكابه ومواجهته بأسباب الاتهام هو من الضمانات الجوهرية الأساسية في المساءلة التأديبية، وإجماع الفقه المقارن منعقد على أن هذا الأخطار يعتبر من الأمور الضرورية الملزمة حتى في حالة عدم وجود نص لذلك².

ولقد استقر القضاء الإداري المصري من وقت مبكر على أنه يجب أن يكون للتحقيق الإداري كل مقومات التحقيق القانوني الصحيح وكفالاته وضمائنه من حيث وجب استدعاء الموظف وسؤاله ومواجهته بما هو مأخوذ عليه وتمكينه من الدفاع عن نفسه وإتاحة الفرصة له لمناقشة شهود الإثبات وسماع من يريد استشهادهم من شهود النص وغير ذلك من مقتضيات الدفاع³.

¹ - ابن منظور، لسان العرب، نقلاً عن الدكتور نصر الدين القاضي، نظرية العامة للتأديب، مرجع سبق ذكره، ص 240.

² - عبدالفتاح عبد البر، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق-جامعة القاهرة، دار التأليف، 1978، ص 257.

³ - حكم محكمة القضاء الإداري في القضية 834 لسنة 6 القضائية بجلسته 18 يناير 1953، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري.

المطلب الثاني:**ضمانات الدفاع وحيادة السلطة.**

سندرس في هذا المطلب ضمان حق الدفاع باعتباره مبدأً جوهرياً وهاماً في الفرع الأول، وحياد السلطة التأديبية بحيث لا تكون خصماً وحكماً في آن واحد في الثاني.

الفرع الأول: حق الدفاع.

يعتبر احترام حق الدفاع مبدأً أساسياً وجوهرياً من المبادئ التي تحكم الإجراءات المدنية _ التجارية _ الجنائية _ التأديبية، بل اعتبرته محكمة النقض الفرنسية منذ عام 1827 حق من الحقوق الطبيعية للإنسان¹.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد مضمون حق الدفاع ليست إلا عنصر المبدأ المواجهة حيث يرى بأن المواجهة تتركز على امرين وهما: إعلام المتهم وتمكينه من الدفاع عن نفسه².

الرأي الثاني: يذهب إلى إنكار حقوق الدفاع في حيث يسود مبدأ المواجهة الحضورية باعتبار أن حقوق الدفاع توجد في الإجراءات الإدارية غير القضائية حيث يلتزم القاضي باحترامها كنظير للمواجهة الحضورية في الإجراءات القضائية.

الرأي الثالث: أن لكل منها مجاله المختلف عن الآخر فمبدأ المواجهة يضمن احترام الشكليات بينها يضمن حق الدفاع احترام ما يبديه الأطراف في الدعوى.

الرأي الرابع: يرى أن حق الدفاع هو الغرض من كل الإجراءات في الدعوى وأن الإجراءات مقررة لحماية الأطراف بتوجيه من القاضي وأن حقوق الدفاع³.

والحقيقة أن مبدأ حق الدفاع مستقل كضمانة من ضمانات التأديب عن غيره من الضمانات المقررة لذلك مع وجود علاقة تكاملية مع غيره من الضمانات.

وتقضي معظم القوانين المقارنة بعدم جواز توقيع العقوبة على الموظف إلا بعد سماع أقواله وتمكينه من تحقيق دفاعه⁴.

فالدفاع من الضمانات الجوهرية التي تمنح للموظف حق الرد على التهم المنسوبة إليه بالطرق الممكنة والمشروعة وهناك العديد من مظاهر الدفاع.

أولاً- ممارسة الدفاع كتابة أو شفاهة:

وتتمثل هذه الوسائل بتمكين الموظف المتهم من ممارسة دفاعه كتابته أو شفاهة.

¹ - تركي مجّد مهند العجمي، ضمانات التأديب، مرجع سابق، ص 291.

² - ماج راغب الحلوي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 353-364.

³ - عبدالفتاح عبدالبر، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، مرجع سابق 285.

⁴ - القانون رقم 12 لسنة 2010، بشأن علاقات العمل، نص في المادة 156 (لايجوز توقيع عقوبة على الموظف إلا بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه....)

وفي مصر نص ق مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 على أن(العامل المقدم الى المحكمة التأديبية ان محضر جلسات المحاكمة أو أن يوكل عنه محامياً وله أن يبدى دفاعاً كتابياً او شفاهه) وهداً ما أكدته أيضاً م 29 من قانون رقم 117 لسنة 1958 بشأن إعادة تنظيم النيابة الإدارية و محاكم التأديبية¹.

ثانياً- حق المتهم في السكوت:

لقد مضت فترة من الزمن كان سكوت المتهم بمثابة اعترافا ضمنيا منه بارتكاب المخالفة². إلا أن تطور القوانين الذى بنى على تطور في منظور حقوق الانسان حيث أصبح حق المتهم في السكوت من مقتضيات حق الدفاع.

ويستقى الحق في السكوت أساسه القانوني من مبدأ افتراض خلو ذمة الانسان إذ أن سلطة الاتهام هي من تتحمل عب الأثبات ودون اعانة المتهم، وعليه فان المتهم بريء حتى تثبت إدانته، ولا يجوز اعتبار سكوته اعترافا بالتهمة، على أن أصل البراءة ليس الأساس الوحيد في الحق في السكوت.

ثالثاً: حق الموظف في تكليف محامي.

حق تكليف محامي هو من أهم ضمانات التحقيق والمحاكمة إذ حضور المحامي مع موكله يضمن سلامة وصحة الإجراءات وتفادي إهدار الموظف لحقوقه نتيجة الضعف الثقافية القانونية له، حيث يصعب عليه الإلمام بكل تفاصيل قضية وما تضمنه من أدلة ووثائق، كما يهدى من روعة ويشد من أزره . وقد درجت غالبية القوانين المقارنة على النص على ذلك , منها م (150) من اللائحة التنفيذية رقم 595 لسنة 1378 و.ر 2010م بشأن قانون علاقات العمل³.

وحق تكليف محامي هو حق اختياري للموظف المتهم حيث يستطيع الموظف المتهم في الدفاع عن نفسه أو أن يوكل محامي بذلك.

رابعاً: حق الاطلاع على الملف التأديبي.

يتمثل حق الاطلاع على الملف التأديبي وما يحتوي عليه من أوراق إحدى الضمانات الجوهرية المقررة للموظف المتهم إذا لا يكفي إعلان الموظف بالمخالفة المنسوبة إليه لتمكينه من إعداد دفاعه بشكل سليم بل لابد من إتاحة الفرصة له للاطلاع على الملف التأديبي وما يحتويه من أوراق وأدلة ومستندات.

¹ - إبراهيم سيد أحمد، وشريف أحمد الطباخ، الوسيط الإداري الدعوى التأديبين والدفاع الثاني شركة ناس للطباعة، الطبعة الأولى، 2015، ص 849.

² - يحيى قاسم علي، ضمانات تأديب الموظف، كلية الحقوق ص 141 جامعة عدن، مركز عبادي للدراسات والنشر، الطبعة الأولى 99.

³ - 150 من اللائحة التنفيذية 595 لسنة 2010، للموظف المحال إلى المحكمة التأديبين أن يطلع على التحقيقات التي أجريت وعلى جميع الأوراق المتعلقة بها، وله أن يأخذ صورة منها، كما له أن يطلب ضمن التقارير السنوية عن كفاءته أو أي أوراق أخرى إلى ملف الدعوى التأديبين، وللموظف أن يحضر جلسات المحاكم وأن يناقش الشهود وأن يدافع عن نفسه كتابياً أو شفاهاً، وله أن يوكل أحد المحامين أو يعين بدافعاً عنه يختاره من بين الموظفين بجهة عمله ليتولى الدفاع عنه أمام مجلس التأديب، ويجوز أن يبينه في الحضور عنه إذا تعذر عليه ذلك لأسباب يقبلها المجلس.

وقد استقر الفقه المصري أن حق الاطلاع على الملف التأديبي بما يحتويه من أوراق ومستندات تعين الموظف على ممارسة حق الدفاع من الأمور التي تفتضيها مبادئ العدالة لتوفير الضمانات التي تكفل اطمئنان الموظف وسلامة التحقيق، عليه في حالة عدم النص عليه في التشريعات الوظيفية وإن كان يشكل نقصاً تشريعياً إلا أنه لا يشكل

وحق الاطلاع على ملف الموظف يخضع إلى ضوابط معينة ، فيجب على الموظف طلب الاطلاع على الملف سواء كتابه أو شفاهه، وأن يكون الاطلاع سرياً مقصوراً عليه وحده وأن يكون شاملاً لكافة المستندات الموجودة به¹.

وقد نصت غالبية التشريعات المقارنة على هذا الحق سواء بطريقة صريحة أو ضمنية، حيث ورد النص على هذا الحق في اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة الحديثة رقم 81 لسنة 2016 المصري في م 156 ((للموظف المحال إلى التحقيق الاطلاع على كافة أوراق التحقيق وتقديم ما يشاء من مستندات تؤيد دفاعه)).

وكذلك نص المشرع الليبي على هذا الحق في نص م 150 من اللائحة التنفيذية 595 لسنة 2010، لقانون علاقات العمل.

الفرع الثاني: حيادية السلطة التأديبية

تعتبر الحيادة أهم الضمانات الواجب مراعاتها في مجال تأديب الموظف حيث لا فائدة من إعلام الموظف بالتهمة المنسوبة إليه وسماع أوجه دفاعه ما لم تتصف هيئات التحقيق والمحاكمة بالحيادة والنزاهة. فالحيادة المطلوبة هي الا يكون خصم وحكم في ان واحد , بموجب هذا التحديد إلا يشرك الموظف الذي أجرى التحقيق في إجراء المحاكمة وقد أنتقد هذا الرأي لكونه تناول الحياد بالنسبة لأعضاء مجالس التأديب والمحاكم التأديبية أي في الأنظمة القضائية والشبه قضائية ولم يشير إليها في التأديب الرئاسي كما أنه قصر تعريف الحيادة على عدم اشتراط موظف التحقيق في إجراءات المحاكمة مع أن ذلك لا يعدو أن يكون إلا وجهاً من أوجه عديدة للحياد².

بينما ذهب آخرون إلى تعريف الحياد على أنه حق من حقوق الدفاع، حيث أبحه الفقه الفرنسي إلى اعتبار القواعد التي تتعلق بتكوين الهيئات الاستشارية، بما يحقق الحيادة جزء من ضمانات الدفاع وأيضاً لم يسلم هذا الرأي من النقد، حيث وسيلة الطعن القضائي للعيب في تشكيل الهيئات الاستشارية متميزاً تماماً عن وسيلة الطعن عند الإخلال بحق من حقوق الدفاع³.

خلاصة القول أن الحياد في التأديب بشكل ضمانة مهمة وجوهية .

¹ - عبدالفتاح عبدالبر، الضمانات التأديبية، مرجع سابق ذكره، ص 301.

² - نصر الدين القاضي، النظرية العامة للتأديب، مرجع سبق ذكره، ص 539.

³ - مركز محمد العجمي، ضمانات التأديب، مرجع سبق ذكره، ص 303-304.

أولاً: أن يكون المحقق محايداً ومختصاً.

يجب أن يتجرد المحقق من كل مظاهر التحيز والميل وإلا يجمع بين سلطتي الادعاء والتأديب، ويتطلب الحياد في التحقيق إلا يؤثر المحقق على أرادة المتهم مما يدفعه إلى القول مالا يريد وألا يتدخل في إجابته وعليه فلا يجوز أن يمارس المحقق أي ضغوطات على المتهم أو ترهيبه أو ترغيبه.

فقد رأى جانب من الفقه أنه لا يجوز أن يتولا الرئيس الإداري التحقيق وإيقاع العقوبة مما يترتب على ذلك من إخلال بمبدأ الحيادة وهو مبدأ لا يجوز إهداره في مسائل التأديب¹.

بينما رأى جانب آخر من الفقه ليس هناك مانع للرئيس الإداري أن يتولا سلطة التحقيق وإيقاع العقوبة حيث يتعذر في هذا المجال إعمال القواعد الخاصة بالحيادة حيث يقتصر ضمانه صاحب الشأن على تمكينه من الطعن في القرار بعد صدوره بالطرق القضائية، وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها على أنه (يشترط لسلامة التحقيق مع الموظف المحال للمحكمة التأديبية أن تتوافر ضمانات التحقيق التي أوجبها المشرع ومن أهم هذه الضمانات: توافر 1: الحيادة التامة فيمن يقوم بالتحقيق .

2: تمكين الموظف من اتخاذ كل ما يلزم لتحقيق دفاعه وقيام مقدم الشكوى بالتحقيق مع المشكو في حقه يهدر التحقيق ويطله لتخلف ضمان الحيادة في المحقق ويترب على ذلك بطلان التحقيق والقرار الذي قام عليه ولا ينال من ذلك استكمال التحقيق بعد ذلك بمعرفة موظف آخر².

يعتبر عدم جواز الجمع بين صفتي الخصم والحكم في نفس الوقت من أهم المبادئ لضمان حيادة السلطة التأديبية، فمن سبق له أن اشترك في التحقيق وإبداء الرأي يتمتع عنه الاشتراك في نظر الدعوى والحكم بما حتى لا يكون عرضه لأفكار ومواقف مسبقة تكونت لديه من خلال مباشرة أحد إجراءات التحقيق فيها.

فالفصل بين سلطتي الاتهام والحكم أمر ضروري لنزاهة القضاء وحماية المتهم وإضفاء النزاهة والحياد على السلطة التأديبية، وقد نصت غالبية القوانين المقارنة على حياد المحكمة، وهذا ما نصت عليه اللائحة التنفيذية من القانون رقم 595 لسنة 2010 لقانون علاقات العمل في نص المادة 148 (في حالة وجود سبب من أسباب التنحي المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية بالنسبة إلى رئيس المجلس أو أعضائه يجب عليه التنحي عن نظر الدعوى التأديبية وللموظف المحال إلى المحاكمة حق طلب رده وبعين الامين من محل محله، إذا كانت اسباب الرد صحيحة قانوناً.

¹ - مغاوري محمد شاهين، القرار التأديبي، مرجع سبق ذكره، 439.

² - المحكمة الإدارية العليا المصرية، حكم رقم 3285 لسنة 31 ق، لمزيد مراجع ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، بدون طبعة القاهرة، 2000، ص 367.

ثانياً- حياد المجلس التأديبي:

تنص المادة(92) من قانون الخدمة المدنية ومن بعدها م(27) من اللائحة التنفيذية للقانون (6) لسنة 1992 بشأن إدارة القانون على أنه في حالة وجود سبب من أسباب التنحي المنصوص عليها في قانون المرافعات بالنسبة إلى رئيس المجلس أو أحد أعضائه يجب عليه التنحي عن نظر الدعوى التأديبية¹، وللموظف المحال إلى المحاكمة حق طلب رده ويعين رئيس مجلس الوزراء أو الوزير المختص من يحل محله، وضماناً لنزاهة وحيادة المحاكمة التأديبية يتوجب على أي من أعضاء المجلس التأديبي بمن فيهم الرئيس التنحي عن نظر الدعوى، كما يجوز للموظف نفسه طلب رده في حالات عدة نذكر منها وجود قرابة حتى الدرجة الرابعة بين عضو المجلس والموظف المحال إلى المحاكمة، اشتراك عضو المجلس في التحقيق مع الموظف قبل إحالته إلى المحكمة، قيام عضو المجلس بالإفتاء أو الترافع في الدعوى أو بلا دلائل بشهادته فيها، أو أي مسائل أخرى رقم 267 من المرافعات، وهذا ما نصت عليه المادة 148 من اللائحة التنفيذية 595 لسنة 2010، بشأن علاقات العمل.

كما يعتبر من أسباب التنحي أو الرد ما ورد في الفقرة الأولى من المادة 90 من قانون الخدمة المدنية التي تنص: على أنه (إذا كان من أحال الموظف عضواً في مجلس التأديب أمتنع عليه الاشتراك في المحاكمة وعين الوزير غيره ليحل محله).

الخاتمة

تناولنا في هذه الدراسة موضوعاً يعد من أهم الموضوعات التي تهم الموظف العام، ألا وهو الضمانات السابقة للتأديب وهذه الضمانات هي من النظام التأديبي الذي يعد جزء لا يتجزأ من النظام القانوني للوظيفة العامة، وبهذا يتطور تطوراً طردياً مع الوظيفة نفسها التي بتطورها تغيير الأوضاع والنظرة للوظيفة العامة، حيث وجدت حاجة ملحة لبيان حقوق وواجبات الموظف، وأهمها أن يسلك الموظف في تصرفاته مسلك لا يخل باحترام الوظيفة وكرامتها والابتعاد عن أي عمل مخالف لواجباته الوظيفية حتى لا يكون محل للتحقيق والتأديب، فجهة العمل حريصة على دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد ومن أجل ذلك تملك محاسبة الموظف المخل بواجباته وتوقيع الجزاء التأديبي عليه، هذا من جهة ومن جهة أخرى قد يكون الموظف بريء مما نسب إليه، هذا مما حدا بالتشريعات والقوانين بكفالة حقوق الموظف من حيث التحقيق وكيفيته وحق الموظف في تكليف محامي، والاطلاع على ملفه التأديبي، وفي حال لم تتاح له هذه الحقوق تكون كل الإجراءات التي تم اتخاذها قبله باطله أو قابلة للإبطال.

¹ - محمد عبدالله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، مكتبة الجامعة للطباعة والنشر، الزاوية- ليبيا، الطبعة السابعة، 2019، ص129-130.

النتائج:-

- 1/ أن اول الضمانات المقررة للمتهم و السابقة على ايقاع العقوبة، هو التحقيق و الذي يهدف إلى كشف حقيقة العلاقة بين المتهم و التهمة المنسوبة إليه.
- 2/ يجب أن يكون التحقيق قد اعطى الموظف جميع الضمانات اللازمة لأنه هو المرحلة الأولى للدعوى التأديبية.
- 3/ ضرورة توافر ضمان حيده اعضاء المجالس التأديبية، و ذلك لضمان حياد سلطتي الاتهام و الحكم، و تطبيق مبدأ الرد و التنحي.
- 4/ حققت الضمانات السابقة للتأديب قدراً كبيراً من حماية الموظف، و ضمنت له العديد من الحقوق الدستورية.

التوصيات:-

- 1/ لم يوضح القانون رقم 12 لسنة 2010 بشأن علاقات العمل تعريف جامع مانع للتحقيق باعتبار أنه ضمانه من ضمانات التحقيق، فكان من الأخرى وضع تعريف شامل لذلك.
- 2/ يجب أن تسبب جميع القرارات الصادرة من السلطات التأديبية، و ذلك حماية للموظف من اساءة استعمال الإدارة لسلطتها.
- 3/ نوصي بإنشاء محاكم إدارية مستقلة و قريبة على غرار المحاكم العادية، و ذلك للتسهيل على الجميع و تكفل حق التقاضي.
- 4/ نوصي باستحداث محاكم تأديبية متخصصة.
- 5/ حصر الافعال التي تعد جرائم، في الوظيفة العامة، حتى لا يترك الباب على مصريه للسلطات التأديبية، و سيف مسلط على الموظف.

المصادر والمراجع:

1. إبراهيم سيد أحمد، وشريف أحمد الطباخ، الوسيط الإداري الدعوى التأديبين والدفاع الثاني شركة ناس للطباعة، الطبعة الأولى، 2015
2. تركي مُجَّد مهند العجمي، ضمانات التأديب لا يقع العقوبة التأديبية-مجلة كلية الحقوق، جامعة المينا، المجلد الرابع، العدد الثاني، ديسمبر 2021.
3. حسن عبدالفتاح، تطبيق على حكم بعنوان متى يعتبر العامل محالاً للتأديب، مجلة العلوم الإدارية السنة 27، العدد الأول يوليو، 1985.
4. سليمان مُجَّد الطاوي، القضاء الإداري قضاء التأديب، القاهرة، دار الفكر العربي، 1971.
5. علاء مُجَّد الصاوي، حق المتهم في محاكمة عادلة، دار النهضة العربية، 2001
6. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، بدون طبعة القاهرة، 2000.
7. مُجَّد ماجد ياقوت، أصول التحقيق الإداري في المخالفات التأديبية دار الجامعة الجديدة، 2007.
8. مغاوري مُجَّد شاهين، القرار التأديبي، مكتبة الانجلو المصري، 1986، ص 417.
9. نصر الدين مصباح القاضي، النظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة، بدون طبعة، 1997.
10. مُجَّد عبدالله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، مكتبة الجامعة للطباعة والنشر، الزاوية- ليبيا، الطبعة السابعة، 2019.
11. يحيى قاسم علي، ضمانات تأديب الموظف، كلية الحقوق- جامعة عدن، مركز عبادي للدراسات والنشر، الطبعة الأولى، 1999.
12. عبدالفتاح عبد البر، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق- جامعة القاهرة، دار التأليف، 1978.