

النوٲق

الدار الوطنفة للكتاب بنغازف 236/ 2014

المراسلات : محلة الحق

كلفة القانون بفف ولفد

البرفء الإلفرفونف : alhakk68@gmail.com

العدء السابع ءسفر 2018

سعر النسخة الواحدة خارج لفففا	سعر النسخة الواحدة فف لفففا	
5 ءولار أمرفكف	10 ء. ءل	الطفبة
10 ءولار أمرفكف	15 ء. ءل	المشرفكون
15 ءولار أمرفكف	20 ء. ءل	الأفراف
20 ءولار أمرفكف	25 ء. ءل	الففئات والمؤسسات

ضوابط النشر

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

مجلة علمية فصلية تصدر عن كلية القانون / جامعة بني وليد

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

هيئة التحرير

د. مفتاح محمود اجبارة	د. علي رمضان المخزوم
د. مفتاح أغنية محمد	د. منصور الفيتوري حامد
د. ضو مفتاح أبو غرارة	د. عبد الحميد الزياي
د. عيسى فتح الله أحمد	د. الهادي علي ازبيدة
د. موسى مفتاح بشابش	د. علي محمد شقلوف

اللجنة الاستشارية

البحوث المنشورة بالمجلة لا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة أو الجامعة

قائمة المحتويات

7	1	افتتاحية العدد
8	2	الإطلاق والتقييد في الأحاديث النبوية وأثره على الأحكام الفقهية
		• د. محمد جماعة أحمد القونضي
54	3	دلالات النهي عند الإمام مسلم
		• د/ عبد الله حسن علي
76	4	عقوبة الإعلام بين الرضا والنأي
		• د/ مفتاح محمود اجبارة
95	5	حجية الدليل الرقمي في مجال الإثبات الجنائي
		• د/ حكيم محمد عثمان
124	6	القرارات الإدارية المضادة
		• أ/ محمد عس الجداع
156	7	التظهير القانوني لإعارة الموظف العام دراسة مقارنة
		• أ/ صالح عبد القادر اعامرة

- 192 8 آليات لرقابة على الاتفاقية الأوروپية لحماية حقوق الإنسان
• أ/ عبد القادر إبراهيم إقريرة
- 219 9 حقوق المرأة في القانون الدولي و آليات حمايتها
• د/ سعاد سالم المهدوي

افتتاحية العدد

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

الله ﷺ:

أما بعد: فإن من دواعي سرورنا أن نقدم العدد السابع 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 القانونيين 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 للجامعة بني وليد بشكل عام وكلية القانون بشكل خاص للنهوض برسالة المجلة على الوجه المنشود.

هيئة التحرير بالمجلة

الإطلاق والتقييد في الأحاديث النبوية وأثره على الأحكام الفقهية

مسألة (ولوغ الكلب) أنموذجاً

د . محمد جماعة أمحمد القويضي

محاضر بجامعة سبها كلية الآداب قسم علوم القرآن

المقدمة

الحمد لله، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن والاه.

أما بعد: فإن نصوص الأحكام في السنة النبوية، قد ورد فيها ألفاظ كثيرة؛ لأن النبي ﷺ استعمل ألفاظ اللغة العربية بمختلف أنواعها، فكان أفصح العرب عبارة، وأكملهم بياناً، ومن أبرز أساليب العرب في خطابها الإطلاق والتقييد، لذا نجد بعض الأحاديث الدالة على الأحكام الشرعية وردت نصوصها تارة بألفاظ مطلقة، وأخرى بألفاظ مقيدة، ولكل لفظ منها مدلوله الخاص وأحكامه التي يدل عليها، فكان ينبغي لمن أراد أن يتعرف على الأحكام الشرعية المستمدة من نصوص السنة النبوية أن يكون مدركاً لأحكام الخطاب المطلق، وعلاقته بالمقيد، فقاعدة الإطلاق والتقييد لها أثرها الكبير في التفريع وخلاف أهل العلم رحمهم الله تعالى . ثم إن أفضل وسيلة لتوضيح قواعد الإطلاق والتقييد هي الدراسة التطبيقية لهذه القواعد على نصوص الأحاديث المطلقة والمقيدة وبيان أثرها على الأحكام الفقهية المستنبطة منها، وقد وقع اختياري في هذا البحث على مسألة من مسائل الطهارة وهي مسألة (ولوغ الكلب) فقد ورد فيها أحاديث مطلقة وأخرى مقيدة، وكان لها أثر على اختلاف الفقهاء في هذه المسألة، عليه فقد اشتملت خطة البحث على مقدمة وفصلين وخاتمة على النحو التالي:

المقدمة

الفصل الأول: الأحاديث الواردة في المسألة ومذاهب الجمع بينها .

المبحث الأول: الأحاديث الواردة في المسألة وبيان وجه الإطلاق والتقييد فيها

المبحث الثاني: مذاهب الجمع بين أصل الحديث والرويات المقيدة

الفصل الثاني : أثر الاطلاق والتقييد على اختلاف الفقهاء في المسألة

الخاتمة : وفيها أهم النتائج .

الفصل الأول:

الأحاديث الواردة في المسألة ومذاهب الجمع بينها

المبحث الأول:

الأحاديث الواردة في المسألة وبيان وجه الإطلاق والتقيد فيها

ورد في مسألة غسل الإناء الذي ولغ⁽¹⁾ فيه الكلب أحاديث مطلقة تدل على غسله سبع مرات مطلقاً من دون تعفيره بالتراب، ووردت أحاديث تدل على تعفيره⁽²⁾ بالتراب، لكن اختلفت رواياتها بالنسبة للمرة التي يُجعل فيها التراب؛ فمنها أحاديث مطلقة عن تعيين المرة التي يغسل فيها الإناء بالتراب، ومنها أحاديث قيدت المرة التي يجعل فيها التراب .

الأحاديث المطلقة في المسألة:

رواية الغسل مطلقاً من غير تعفير بالتراب

عن أبي هريرة أنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: (إِذَا شَرِبَ الْكَلْبُ فِي إِنَاءٍ أَحَدِكُمْ فَلْيُغْسِلْهُ سَبْعًا). أخرجه البخاري في كتاب الوضوء، باب الْمَاءِ الَّذِي يُغَسَّلُ بِهِ شَعْرَ الْإِنْسَانِ. ومسلم في كتاب الطهارة، باب حكم ولوغ الكلب، واللفظ للبخاري⁽³⁾.

رواية الغسل مع اطلاق المرة التي يجعل فيها التراب

الرواية الأولى: وهي مقيدة بالنسبة للرواية التي قبلها، ومقيدة بالنسبة للروايات التي بعدها

(1) ولغ: يقال ولغ يبلغ (بفتح اللام فيهما) وحكي في المضارع كسر اللام أيضا، وهو: ماضٍ من الولوج، فالمصدر ولوغ بضم الواو، وأما الولوج بفتح الواو فهو من كثر منه، والولوج: الشرب بطرف اللسان، وكل ولوغ شرب وليس كل شرب ولوغا؛ فالشرب أعم، ولا يكون الولوج إلا للكلاب والسباع، وكل ما يتناول الماء بلسانه دون شفته، وهو أن يشرب بطرف لسانه أو يدخل لسانه في الماء وغيره من كل مائع فيحركه فيه، تحريكاً قليلاً أو كثيراً، وقيل: شرب أو لم يشرب، ولا يقال: ولغ في شيء من جوارحه سوى لسانه .
ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر: ج: 5، ص: 225 . مشارق الأنوار على صحاح الآثار في شرح غريب الحديث : ج: 2، ص: 286 . فتح الباري شرح صحيح البخاري: ج: 1، ص: 274. عارضة الأحوذى بشرح جامع الترمذي : ج: 1، ص: 126.

(2) التعفير: مصدر عَفَّرَ مضعفاً، قال في المصباح : العفر بفتححتين وجه الأرض، ويطلق على التراب، فالتعفير: هو التمرغ في التراب؛ يقال: عفرت الرجل وغيره في التراب إذا مرغته فيه، فمعنى قوله تعفير الإناء بالتراب: ذلك به، وقال العراقي: ويطلق التعفير على ذر التراب على الخل، وعلى إيصاله بالماء إليه . فقوله: عفروه بالتراب: أي أدلكوا الإناء به .

ينظر: غريب الحديث لابن سلام : ج: 2، ص: 143، 142. غريب الحديث لأبي إسحاق: ج: 1، ص: 194 المصباح المنير للفيومي: ج: 2، ص: 417 . طرح الشرب في شرح التقريب: ج: 2، ص: 121.

(3) صحيح البخاري ج: 1، ص: 75، (رقم 170) . صحيح مسلم، ج: 1، ص: 234، (رقم 279) .

عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ قَالَ: (إِذَا وَلَغَ الْكَلْبُ فِي إِنْاءٍ أَحَدِكُمْ فَلْيَغْسِلْهُ سَبْعَ مَرَّاتٍ إِخْدَاهُنَّ بِالثَّرَابِ) . أخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده قال: أخبرنا معاذ بن هشام صاحب الدستوائي حدثني أبي عن قتادة عن خلاس عن أبي رافع عن أبي هريرة⁽¹⁾.

وأخرجه النسائي عن إسحاق بن راهويه به، في السنن الكبرى، أبواب المياه، باب غسل الإناء من ولوغ الكلب سبعاً⁽²⁾.

وأخرجه البزار في مسنده من ثلاثة طرق:

الأولى: قال: حَدَّثَنَا إِسْحَاقُ بْنُ زِيَادِ الْأَيْلِيِّ، قَالَ: حَدَّثَنَا عَقْبَةُ بْنُ مَكْرَمٍ، قَالَ: حَدَّثَنَا يُونُسُ بْنُ بَكِيرٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وقال: لا نعلم رواه عن هشام بن عروة عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة إلا يونس بن بكير⁽³⁾.

الثانية: قال: حَدَّثَنَا عِبَادُ بْنُ يَعْقُوبَ، حَدَّثَنَا الْوَلِيدُ بْنُ أَبِي ثَوْرٍ، حَدَّثَنَا السُّدِّيُّ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَقَالَ: هَذَا الْحَدِيثُ لَا نَعْلَمُ رَوَاهُ عَنِ السُّدِّيِّ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، إِلَّا الْوَلِيدُ بْنُ أَبِي ثَوْرٍ⁽⁴⁾.

الثالثة: عن الفضل بن يعقوب البغدادي، من حديث يحيى بن السكن، حدثنا أبو هلال الراسبي ويزيد بن إبراهيم، عن محمد، عن أبي هريرة⁽⁵⁾.

وذكره العجلوني في كشف الخفاء، وقال: رواه البزار بإسناد حسن عن أبي هريرة⁽⁶⁾.

وأخرجه ابن عساكر في معجم الشيوخ، وقال: صحيح⁽⁷⁾.

(1) مسند إسحاق بن راهويه: ج:1، ص:121.

(2) السنن الكبرى: ج:1، ص:78 (رقم 69).

(3) البحر الزخار: ج:15، ص:332 (رقم 8887).

(4) المصدر نفسه: (132/17 رقم 9720).

(5) عزاه له ابن دقيق في الإمام، وابن الملقن في البدر المنير، وابن حجر في التلخيص .

ينظر: الإمام في معرفة أحاديث الأحكام: ج:1، ص:268 . البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في

الشرح الكبير: ج:1، ص:550 . تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير: ج:1، ص:40.

(6) كشف الخفاء للعجلوني: ج:1، ص:113 (رقم 302).

(7) معجم الشيوخ: ج:2، ص:783 (رقم 982).

الأحاديث المقيدة في المسألة : اختلفت الروايات المقيدة لمحل الترتيب من الغسلات على النحو التالي:

الرواية الثانية:

عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ : (طُهُورُ إِنَاءِ أَحَدِكُمْ إِذَا وَلَعَ فِيهِ الْكَلْبُ أَنْ يَغْسِلَهُ سَبْعَ مَرَّاتٍ أَوْلَاهُنَّ بِالتُّرَابِ) . أخرجها مسلم في كتاب الطهارة، باب حكم ولوغ الكلب⁽¹⁾.

الرواية الثالثة:

عن أبي هريرة أن نبي الله ﷺ قَالَ: (إِذَا وَلَعَ الْكَلْبُ فِي الْإِنَاءِ، فَأَغْسِلُوهُ سَبْعَ مَرَّاتٍ، السَّابِعَةُ بِالتُّرَابِ) أخرجها أبو داود في كتاب الطهارة، باب الوضوء بسؤر الكلب، من طريق موسى بن إسماعيل عن أبان عن قتادة عن ابن سيرين عن أبي هريرة، والدارقطني في السنن، والبيهقي في السنن الكبرى⁽²⁾.

الرواية الرابعة:

عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أَنَّهُ قَالَ: (يُغْسَلُ الْإِنَاءُ إِذَا وَلَعَ فِيهِ الْكَلْبُ سَبْعَ مَرَّاتٍ: أَوْلَاهُنَّ أَوْ أُخْرَاهُنَّ بِالتُّرَابِ) . أخرجها الترمذي في أبواب الطهارة، باب ما جاء في سؤر الكلب، وقال: هذا حديثٌ حسنٌ صحيحٌ، والشافعي في مسنده، والبيهقي من طريق الشافعي في السنن الكبرى، وأبو عوانة في مسنده، والبخاري في مسنده، وابن سلام في الطهور بلفظ (أَوْلَهُنَّ أَوْ أُخْرَهُنَّ)، والبغوي في شرح السنة، والحميدي في المسند، وابن الجارود في المنتقى بلفظ (أَوْلَهُنَّ أَوْ إِحْدَاهُنَّ بِالتُّرَابِ)⁽³⁾.

الرواية الخامسة:

عن ابن المَعْقَلِ قال: ... قال رسول الله ﷺ: (إِذَا وَلَعَ الْكَلْبُ فِي الْإِنَاءِ فَأَغْسِلُوهُ سَبْعَ مَرَّاتٍ وَعَقَّرُوهُ الثَّامِنَةَ فِي التُّرَابِ) .

(1) صحيح مسلم : (234/1 رقم 279) .

(2) سنن أبي داود : ج:1، ص:19(رقم 73) . سنن الدارقطني : ج:1، ص:64(رقم 7) . سنن البيهقي الكبرى: ج:1، ص:241(رقم 1080) .

(3) سنن الترمذي : ج:1، ص:151(رقم 91) . مسند الشافعي: ج:1، ص:8 . سنن البيهقي الكبرى : (241/1 رقم 1079) . مسند أبي عوانة: ج:1، ص:77(رقم 542) . مسند البخاري: (229/17 رقم 9897) . الطهور لأبي عبيد: ص:212 . شرح السنة: ج:2، ص:74(رقم 279) . المسند للحميدي: ج:2، ص:428(رقم 968) . المنتقى لابن الجارود : ج:1، ص:25(رقم 52) .

أخرجه مسلم في كتاب الطهارة، باب حكم ولوغ الكلب، من حديث شُعْبَةَ عن أَبِي التَّيَّاحِ أَنَّهُ سَمِعَ مُطَرِّفَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ يَحْدُثُ عَنْ بَنِي الْمُغَفَّلِ⁽¹⁾.

بيان أقوال العلماء في هذه الروايات:

رواية غسل الإناث سبع مرات مطلقا متفق عليها . قال البيهقي: هذا حديث صحيح لا يشك أهل المعرفة في صحته⁽²⁾. ورواية (أَوْلَاهُنَّ بِالتُّرَابِ) و(عَفَّرُوهُ التَّامَّةَ فِي التُّرَابِ) أخرجهما مسلم في صحيحه.

أما رواية (إِحْدَاهُنَّ بِالتُّرَابِ).

قال الهيثمي في مجمع الزوائد: رجاله رجال الصحيح خلا شيخ البزار، يعني به إسحاق بن زياد الأيلي⁽³⁾. وإسحاق هذا ذكره ابن حبان في الثقات فقال: إسحاق بن زياد الأيلي يروى عن أبي عاصم وأهل البصرة ثنا عنه الحسن بن محمد بن أسد، نعم الصالح⁽⁴⁾.

ومقتضى كلام النووي في شرح المهذب ثبوت هذه اللفظة، أعني لفظة: (إِحْدَاهُنَّ)⁽⁵⁾.

وقال ابن حجر: إسناده حسن ليس فيه إلا أبو هلال الراسبي وهو صدوق⁽⁶⁾.

وأما رواية (السابعة بالتراب):

قال الدارقطني: صحيح⁽⁷⁾.

وقال ابن الملقن عقب ذكر هذه الرواية: رجالها ثقات⁽⁸⁾.

وقال ابن دقيق: ورجاله ثقات عندهم⁽⁹⁾.

(1) صحيح مسلم: (1/235 رقم 280).

(2) معرفة السنن والآثار: ج:1، ص:309.

(3) مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: ج:1، ص:287.

(4) الثقات لأبي حاتم: ج:8، ص:119(رقم12521).

(5) فقد قال هناك: " قال أصحابنا: لا فرق بين ولوغ الكلب وغيره من أجزائه ، فإذا أصاب بوله أو روثه أو دمه أو عرقه أو شعره أو لعابه أو عضو منه شيئا طاهرا مع رطوبة أحدهما وجب غسله سبعا إحداهن بالتراب" . المجموع

شرح المهذب : ج:2، ص:538 . البدر المنير لابن الملقن: 550/1 .

(6) تلخيص الحبير: (1/40).

(7) سنن الدارقطني : (1/64).

(8) البدر المنير: (1/546) . وينظر: الإمام في معرفة أحاديث الأحكام: (1/260).

(9) الإمام في معرفة أحاديث الأحكام : (1/260).

وهناك رواية للبخاري شبيهة بهذه الرواية وهي (آخره بالتراب) (1).

وأما رواية (أولاهنَّ أو أخراهنَّ بالتراب):

قال البغوي: هذا حديث صحيح (2).

وجه الإطلاق والتقييد في المسألة :

أصل الحديث في المسألة ورد مطلقاً في وجوب غسل الإناء الذي ولغ فيه الكلب سبع مرات لقوله: (فليغسله سبعا).

والرواية الأولى قيدت رواية السبع بأن يكون الترتيب في إحدى الغسلات لقوله: (إحداهنَّ بالتراب) فيكون المعنى يجب غسل الإناء الذي ولغ فيه الكلب سبع مرات إحداهن مكذرة بالتراب، وهي أيضا مطلقة - بالنسبة للروايات الأخرى - عن تعيين المرة التي يغسل فيها الإناء بالتراب؛ لأن قوله: (إحداهن) مطلقة في الصفة، فيجب غسل إحداهن بالتراب سواء كانت أولاهن أو غيرها .

والرواية الثانية قيدت الرواية الأولى بكون الترتيب في الغسلة الأولى لقوله: (أولاهنَّ بالتراب) فيكون المعنى يجب غسل الإناء الذي ولغ فيه الكلب سبع مرات الأولى بالتراب.

والرواية الثالثة قيدت الرواية الأولى بكون الترتيب في الغسلة السابعة لقوله: (السابعة بالتراب) فيكون المعنى يجب غسل الإناء الذي ولغ فيه الكلب سبع مرات السابعة بالتراب.

والرواية الرابعة قيدت الرواية الأولى بكون الترتيب في الغسلة الأولى أو السابعة لقوله: (أولاهنَّ أو أخراهنَّ بالتراب). فيكون المعنى يجب غسل الإناء الذي ولغ فيه الكلب سبع مرات الأولى منهن أو السابعة بالتراب على سبيل التخخير.

والرواية الخامسة تدل دلالة صريحة على وجوب غسلة ثامنة لقوله: (وعفروهُ الثامنة في التراب) فهي ظاهرة في كونها غسلةً مُستقلةً؛ أي: غسله بالتراب غير الغسلات السبع بالماء، فيكون المعنى يجب غسل الإناء الذي ولغ فيه الكلب سبع مرات، ويكون التعفير بالتراب مرة ثامنة (3).

(1) مسند البخاري: (263/17 رقم 9950).

(2) شرح السنة للبغوي: (74/2 رقم 279).

(3) ينظر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: ج: 18، ص: 265. شرح النووي على صحيح مسلم: ج: 3، ص: 185. فتح الباري: ج: 1، ص: 278. عمدة القاري شرح صحيح البخاري: ج: 1، ص: 42. شرح السيوطي لسنن النسائي: ج: 1، ص: 55. طرح التثريب في شرح التقريب: ج: 2، ص: 123. إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام: ج: 1، ص: 29. شرح سنن أبي داود: ج: 1، ص: 219. تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي: ج: 1، ص: 259.

المبحث الثاني: مذاهب الجمع بين أصل الحديث والروايات المقيدة

مذاهب الجمع بين أصل الحديث المطلق والروايات المقيدة :

اختلف كلام الشارحين رحمهم الله تعالى في الجمع بين أصل الحديث المطلق، وهذه التقييدات المتعارضة على مذاهب :

المذهب الأول : الرجوع إلى أصل الحديث وطرح التراب:

أصحاب هذا المذهب يرون أنه لا يجب الترتيب، وإنما الواجب الماء فقط، فيكفي غسل ما ولغ فيه الكلب من الأواني من غير ترتيب⁽¹⁾.

أجابوا عن روايات التراب بالآتي :

أولاً : إن ذكر التراب لم يثبت في كل الروايات:

قالوا : حجتنا أن التعفير ليس في سائر الأحاديث؛ حيث ورد التسبيح من طرق كثيرة جدا عن أبي هريرة مرفوعا، ولكن دون ذكر التراب⁽²⁾.

قال أبو داود: روى الحديث عن أبي هريرة: أبو صالح، وأبو رزين، والأعرج، وثابت الأحنف وهمام بن منبه، وأبو السدّي عبد الرحمن، كلهم لم يذكروا التراب في روايتهم عنه⁽³⁾.

وقال ابن حجر: لم يثبت الترتيب في شيء من الروايات عن أبي هريرة إلا عن بن سيرين على أن بعض أصحابه لم يذكره⁽⁴⁾.

وقال الأبي: لم يأخذ مالك بالتعفير؛ لأنه ليس في كل الأحاديث، وللاضطراب في محله⁽⁵⁾.

وقال الفاكهاني: لم تثبت عند مالك رحمه الله رواية زيادة التراب، فلم يقل بها⁽⁶⁾.

وفي حاشية حجازي على المجموع عند قوله: (ولا ترتيب) ما نصه " لأنه لم يثبت في كل الروايات ومحل قبول زيادة العدل، إن لم يكن غيره الذي لم يزد أوثق"⁽⁷⁾.

(1) طرح الشريب : (118/2) . شرح الزرقاني : (109/1).

(2) ينظر : الاستذكار: (205/1). التاج والإكليل: (179/1). شرح الخرشبي على مختصر خليل: (119/1).

(3) سنن أبي داود: (19/1).

(4) فتح الباري : (275/1).

(5) إكمال إكمال المعلم: ج:2، ص:59 .

(6) رياض الأفهام في شرح عمدة الأحكام : ج:1، ص:111 .

(7) حاشية حجازي على المجموع : (ص: 70) .

نوقش: بأنه لا يضر ورود التسبيح من طرق كثيرة جدا عن أبي هريرة دون ذكر التراب؛ وذلك لأن الترتيب جاء في طرق أخرى منها رواية هشام بن حسان، وقتادة عن محمد بن سيرين، ومن رواية أيوب السخيتاني والحسن البصري وأبي رافع عن أبي هريرة⁽¹⁾. وبذلك يتبين أن ذكر التراب حفظه عن أبي هريرة غير هؤلاء الذين ذكرهم أبو داود، ومن حفظ حجة على من لم يحفظ. قال العراقي: وليس فيه حجة فقد حفظه غيره من الثقات، وليس من لم يحفظ حجة على من حفظ⁽²⁾.

وقال ابن دقيق: العذر صحيح لمالك إن كان لم يقف عليها من رواية عدل غيره، وليس عذرا أصلا لمن وقف عليها من رواية عدل غيره⁽³⁾.

الثاني : اضطراب الرواية التي ذكر فيها التراب :

قالوا: إن روايات الترتيب في الحديث مضطربة، حيث وردت بلفظ (إحداهن) في رواية وفي أخرى بلفظ (أولاهن) وفي ثالثة بلفظ (أحراهن) وفي رابعة بلفظ (السابعة بالتراب) وفي خامسة (وعفروه الثامنة في التراب) والاضطراب يوجب الاطراح⁽⁴⁾.

قال القرطبي: إن هذه الزيادة مضطربة⁽⁵⁾.

وقال الملا علي القاري: " وهذا الاضطراب عيَّبٌ عظيم في هذا الباب " ⁽⁶⁾.

الاضطراب قادح، يضعف الرواية التي ذكر فيها التراب، عليه فيسقط الترتيب⁽⁷⁾.

وأيضاً اختلاف الروايات في غسلة التراب وفي محلها عن النبي صلى الله عليه وسلم يدل على عدم تأكيد الشارع عليها، وإلا لضبطها الرواة. فمن أجل هذا الاضطراب وهذا الاختلاف سقط الاستدلال على وجوب التراب. **نوقش:** بأن هذا الاضطراب غير مسلم به. قال العراقي: فيه نظر: الحديث المضطرب إنما تساقط الروايات إذا تساوت وجوه الاضطراب أما إذا ترجح بعض الوجوه فالحكم للرواية الراجحة، فلا يقدر فيها رواية من خالفها⁽⁸⁾.

(1) غاية المقصود شرح سنن أبي داود : (260/1).

(2) طرح الشريب : (114/2).

(3) شرح الإمام : (426/1).

(4) حاشية الدسوقي: (84/1).

(5) المفهم للقرطبي : (540/1).

(6) فتح باب العناية بشرح كتاب النقاية : ج:1، ص:197 .

(7) ينظر : إكمال المعلم بفوائد مسلم : ج:2، ص:102 . سبل السلام : (23/1) . نيل الأوطار: (46/1).

(8) طرح الشريب : (119/2) . سبل السلام : (23/1)، وينظر: بحث المضطرب في تدريب الراوي، والباعث

الحديث . تدريب الراوي : (262/1). الباعث الحديث : (68/1).

وقال القرافي: وأما أصحابنا المالكية فلم يعرجوا على هذا الحديث المطلق - يعني رواية إحداهن بالتراب - ولا على قيده، بل اقتصروا على سبع من غير تراب، ثم قال: وأنا متعجب من ذلك مع وروده في الأحاديث الصحيحة⁽¹⁾. وقال الزرقاني متعقبا للقرافي: وهذا مدفوع بأنها شاذة وإن صحت⁽²⁾.

المذهب الثاني : عدم التقييد وإنما المراد إحداهن:

أصحاب هذا المذهب يرون عدم التقييد والاكتفاء بوجود التراب في واحدة من السبع، وهو القدر المتيقن من كل الروايات.

قال النووي: تعدد الروايات فيه دليل على أن التقييد بالأولى وبغيرها ليس على الاشتراط، بل المراد إحداهن⁽³⁾.

بل ذهب النووي في (شرح المهذب) إلى أن التعفير في أي غسلة جائز بالاتفاق⁽⁴⁾.

وعدم حمل المطلق على المقيد في الحديث هو الذي نص عليه ابن القيم، حيث قال: حمل المطلق على المقيد مشروط بأن لا يقيد بقيدتين متنافيين، فإن قُيدَ بقيدتين متنافيين امتنع الحمل وبقي على إطلاقه، وعلم أن القيدتين تمثيل لا تقييد، مثاله قوله صلى الله عليه وسلم في ولوغ الكلب (إحداهن بالتراب) مطلق وفي لفظ (أولاهن) وهذا مقيد بالأول وفي لفظ (أخراهن) وهذا مقيد بالآخرة، فلا يحمل على أحدهما، بل يبقى على إطلاقه⁽⁵⁾.

ومن ذهب إلى هذا استدل بالآتي :

تساقط القيود: حيث ورد في الحديث (إحداهن بالتراب) مطلق، وفي لفظ (أولاهن) وهذا مقيد بالأولى، وفي لفظ (أخراهن) أو (السابعة) أو (الثامنة)⁽⁶⁾ وهذا مقيد بالآخرة، فبين الروايتين تعارض في محل التراب؛ لأن التقييد بالأولى والآخرة تضاد يمتنع الجمع فيه؛ فلما كان القيدان متنافيين تساقطا في تعيين محل التراب، وُكُتِفَى بوجوده في واحدة من السبع بالرجوع إلى الإطلاق الوارد في رواية (إحداهن)؛ لأن

(1) الفروق للقرافي : (337/1).

(2) شرح الزرقاني : (110/1).

(3) شرح النووي على صحيح مسلم : (185/3).

(4) المجموع شرح المهذب : (535/2).

(5) بدائع الفوائد: (768/3) .

(6) باعتبارها السابعة، قال النووي : وأما رواية وعفروه الثامنة بالتراب فمذهبنا ومذهب الجماهير أن المراد اغسلوه سبعا واحدة منهن بالتراب مع الماء، فكأن التراب قائم مقام غسلة فسميت ثامنة. ينظر: شرح النووي على صحيح مسلم: (185/3).

حمل المطلق على المقيد مشروط بأن لا يكون للمطلق إلا أصل واحد؛ أي أن يقيد بقيد واحد، أما إذا كان المطلق دائر بين قيدين متضادين فصاعداً، يمتنع الحمل، وتسقط جميع القيود لأنها متضادة، ويبقى المطلق على إطلاقه، إذ ليس حمله على أحدهما أولى من الآخر. وهذا هو الأصل في قاعدة حمل المطلق والمقيد⁽¹⁾. فكان ذلك دليلاً على إرادة القدر المشترك، وهو غسل واحدة بالتراب أيتهن كانت⁽²⁾.

وقال تاج الدين السبكي: وإن لم يكن في الحديث - يعني قوله (أولاهن أو أخراهن) - بل كان شكاً من الراوي فيحتمل أن الشك لما وقع من الراوي لم يثبت واحداً منهما، ولا يجب واحد منهما وهذا يشبه تساقط البينتين؛ بل هو أولى؛ لأن كلا من البينتين جازمة بما قالت، والشاك لم يجزم بشيء؛ فلم تثبت الأولى ولا الأخيرة، وعلى هذا لا يثبت من هذه الرواية وجوب التراب أصلاً لكننا نأخذ من الرواية الأخرى وهي مطلقة فنبقئها على إطلاقها لعدم ثبوت المقيد أعني بالنسبة إلى هذه الرواية⁽³⁾.

وإذا ثبت أن التراب في واحدة من جملة السبع، فلا فرق بين أن يكون في الأولى أو الآخرة، أو ما بينهما من الأعداد، لأنه لما نص على الطرفين كان حكم الوسط ملحقاً بهما أو بأحدهما⁽⁴⁾.

وتُعقب بأن بقاء المطلق على إطلاقه عند اختلاف الروايات في تعيين التراب شرطه التساوي في الروايات وعدم وجود الترجيح في إحداها، فأما إذا وجد ذلك وجب العمل بالراجح وطرح المرجوح؛ لامتناع إسقاط الراجح بمعارضة المرجوح⁽⁵⁾.

وأيضاً عورض أجزاء الترتيب في أي غسلة شاء من الغسلات السبع، بأن رواية (إحداهن) على تقدير ثبوتها مطلقة، وقد قيدت في بعضها ب(أولاهن) وفي بعضها ب(السابعة) فلا يجزئ الترتيب في غيرها لاتفاق القيد على نفيه⁽⁶⁾.

وقيل: لا تعارض لإمكان الجمع بحمل رواية (أولاهن) على الأكمل أو الندب؛ إذ الأولى أحب من غيرها اتفاقاً لعدم احتياجه بعد ذلك إلى ترتيب ما يترشش من جميع الغسلات، وحمل رواية (أخرأهن) على الجواز، ورواية (إحداهن) على الإجزاء، وهو لا ينافي الجواز⁽⁷⁾.

(1) ينظر: العقد المنظوم للقرافي: (412،411/2). رفع الحاجب: (377/3). التمهيد للأسنوي: (426/1). شرح

مختصر الروضة: (227/2). الإعلام بفوائد عمدة الأحكام لابن الملتن: (312/1).

(2) ينظر: مغني المحتاج: ج:1، ص:83. فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب: ج:1، ص:39.

(3) الأشباه والنظائر: (148/1).

(4) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: ج:1، ص:309.

(5) شرح الإمام: (440/1).

(6) ينظر: طرح الشريب: (119/2).

(7) ينظر: مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح: ج:2، ص:178.

كيفية الغسل: قال الشنقيطي : وصورتها أن تأخذ كفاً من تراب، وترميه في الإناء الذي ولغ الكلب فيه، ثم تغسل الغسلة الأولى من الماء، ثم الثانية، والثالثة، والرابعة، والخامسة، والسادسة، والسابعة، ويطهر الإناء بذلك، فيكون التراب في الأولى، وإن شئت صببت الماء وغسلت الإناء الغسلة الأولى، ثم ترمي التراب بعد الغسلة الأولى، ثم تصب الماء للغسلة الثانية، فيكون التراب في الثانية، وهكذا بقية الغسلات بشرط أن لا تتأخر عن الغسلة السابعة من الماء لأنها إذا تأخرت بعد السابعة أحتاج إلى غسلة ماء ثامنة، وهي زائدة على النص⁽¹⁾.

المذهب الثالث : ترجيح رواية(أولاهن):

لنعذر الجمع بين الروايات فإنه يرجع إلى الترجيح، ورواية أولاهن أرجح من سائر الروايات؛ لأنها أصح الروايات التي حددت موضع غسلة الترتيب، وترجيحها من وجوه:

الأول: من حيث كثرة الرواة⁽²⁾. حيث وردت هذه الزيادة (أولاهن) عن أبي هريرة من طريقين:

الأولى: من طريق أبي رافع عنه⁽³⁾.

الثانية : من طريق محمد بن سيرين رواها عنه:

هشام بن حسان⁽⁴⁾، وحبيب بن الشهيد⁽⁵⁾، وأيوب السختياني⁽⁶⁾، وقتادة⁽⁷⁾.

الثاني: من حيث الحفظ:

رجح البيهقي رواية أبي هريرة بكونه أحفظ، وهو أحد وجوه الترجيح عند المعارضة، فقال في المعرفة: " يحتمل أن يكون التعفير في التراب في إحدى الغسلات السبع، عده ثامنة، وإذا صرنا إلى الترجيح بزيادة الحفظ، فقد قال الشافعي: أبو هريرة أحفظ من روى الحديث في دهره " ⁽⁸⁾.

وقال في (السنن الكبرى) عقبه: أبو هريرة أحفظ من روى الحديث في دهره، فروايته أولى⁽⁹⁾.

(1) شرح زاد المستقنع في اختصار المقنع : ص: 350،249.

(2) ينظر: التمهيد لابن عبد البر: (265/18) . فتح الباري : (267/1).

(3) المجتبى من السنن : ج:1، ص:177(رقم:338).

(4) صحيح مسلم : (234،279/1).

(5) سنن أبي داود : (19،71/1).

(6) سنن أبي داود : (19،72/1). سنن الترمذي : (151،91/1) . مسند أبي عوانة: (177،541/1).

(7) سنن النسائي : (177،339/1).

(8) معرفة السنن والآثار: (310/1) .

(9) سنن البيهقي الكبرى : (241/1) .

الثالث: تخريج أحد الشيخين لها⁽¹⁾: حيث أخرجها مسلم في صحيحه من رواية هشام⁽²⁾.

وقال الصنعاني: " فإن رواية أولاهن أرجح لكثرة رواتها، وبإخراج أحد الشيخين لها، وذلك من وجوه الترجيح عند التعارض"⁽³⁾.

الرابع: من حيث المعنى : ترجيح كون التراب في الأولى لأمرين:

الأول: كون التراب في الأولى يخفف النجاسة فيما بقي من الغسلات؛ إذ إن ما بعد الأولى لا يحتاج إلى تراب، بخلاف لو جعلناه في الأخيرة، فإن باقي الغسلات الست التي قبلها كلها تحتاج إلى تراب⁽⁴⁾. وبيان ذلك أنا إذا جعلنا التراب في الأولى ثم غسلناه الثانية وأنساب شيء من الماء على ثوب إنسان أو على إناء فإنه يغسله ست مرات بدون تراب؛ لأن التراب قد استعمل في الأولى، لكن لو جعل التراب في الأخيرة وأنساب الماء في الثانية على شيء، فإنه يغسله ستا إحداها بالتراب، لأن التراب لم يستعمل في الغسلة الأولى فصار كون التراب في الأولى أرفق بالملكف فكانت أولى⁽⁵⁾.

الثاني: أن التراب إذا كان في الغسلة الأولى جاء بعده الماء فطهر الإناء ونظفه، بخلاف إذا كان التراب في الغسلة الأخيرة، فإنه يحتاج إلى غسلة زائدة لتنظيفه، فكان هذا أرفق⁽⁶⁾.

وقال الظاهري بتعيين الأولى، قال: وقد جاء الخبر بروايات شتى في بعضها (السابعة بالتراب)، وفي بعضها (إحداهن بالتراب)، وكل ذلك لا يختلف معناه، لأن الأولى هي بلا شك إحدى الغسلات، وفي لفظ (الأولى) بيان أيتها هي، ومن جعل التراب في أولاهن فقد جعله في إحداهن بلا شك، واستعمل اللفظتين معا، ومن جعله في غير أولاهن فقد خالف أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم في أن تكون أولاهن، وهذا لا يحل، وبلا شك ندري أن تعفيره بالتراب أولاهن تطهير ثامن إلى سبع غسلات، وأن تلك الغسلة سابقة لسائرهن إذا جمعن، وبهذا تصح الطاعة لجميع ألفاظه صلى الله عليه وسلم الماثورة في هذا الخبر⁽⁷⁾.

(1) طرح الشرب في شرح التقريب : (119/2) .

(2) صحيح مسلم : (234،279/1) .

(3) سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام: ج:1، ص:23 .

(4) ينظر: العدة على إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام : ج:1، ص:120 .

(5) ينظر: إحكام الأحكام لابن دقيق: 29/1 . طرح الشرب في شرح التقريب: 120/2 . الإقناع في حل ألفاظ

أبي شجاع : ج:1، ص: 93 . فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام: ج:1، ص:87 .

(6) ينظر: فتح الباري : 276/1 . العدة على إحكام الأحكام: ج:1، ص:120 .

(7) المحلى لابن حزم: ج:1، ص:110،111 .

الجواب عن الروايات الأخرى:

ألفاظ الروايات الأخرى التي عورضت بها رواية (أولاهن) أجابوا عنها بعدة أجوبة :

رواية (وعفروه الثامنة في التراب) أجابوا عنها بالآتي:

الجواب الأول : عدم الصحة: نُقل عن الشافعي رحمه الله أنه قال: هذا الحديث (يعني حديث ابن المغفل) لم أف على صحته⁽¹⁾. وتُعقب بأنه قد وقف جماعة كثيرون على صحته⁽²⁾.

الجواب الثاني : اضطراب رواية ابن المغفل: قال ابن بطلال: وأولى ما قيل به في هذا الباب حديث أبي هريرة في الغسل سبعاً، فهو أصح من حديث ابن مغفل، ومن كل ما روي في ذلك، فقد اضطرب حديث ابن مغفل، فروي مرة عن شعبة، عن أبي التياح، عن مطرف، عن ابن مغفل، أن النبي صلى الله عليه وسلم (أمر بقتل الكلاب، وخص في كلب الصيد والزرع)⁽³⁾. وروي مرة على خلاف هذا. وروى أبو شهاب، عن يونس بن عبيد، عن الحسن، عن ابن مغفل، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لَوْلَا أَنَّ الْكِلَابَ أُمَّةٌ مِنَ الْأُمَّمِ لَأَمَرْتُ بِقَتْلِهَا فَأَقْتُلُوا مِنْهَا الْأَسْوَدَ الْبَيْهَمَ ...)⁽⁴⁾. قال : ومثل هذا الاضطراب يوجب سقوط الحديث⁽⁵⁾.

الجواب الثالث : تنزيل التراب المصاحب للسابعة منزلة الثامنة :

يحتمل أن يكون جعل التراب ثامنة باعتبار مغايته للماء؛ لأن التراب جنس غير جنس الماء فجعل اجتماعهما في المرة الواحدة معدودة باثنين؛ معناه: أن التراب يكون بمنزلة الثامنة، مع كونه مع الماء في السابعة، فكأن التراب قائم مقام غسلة فسميت ثامنة لهذا، والمراد أن التراب يمزج بالسابعة كما في رواية أبي داود: (السابعة بالتراب)، قاله النووي وزاد الدميري في (شرح المنهاج) أنه أطلق الغسل على

(1) الحاوي الكبير : (309/1) .

(2) ينظر: البدر المنير : (547/1) . تلخيص الحبير : (24/1) .

(3) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة، باب الأمر بقتل الكلاب وبيان نسخه وبيان تحريم اقتنائها إلا لصيد أو زرع أو ماشية ونحو ذلك، صحيح مسلم: (3/1573، 1200) . والنسائي في المجتبى، كتاب الطهارة، باب تعفير الإناء الذي ولغ فيه الكلب بالتراب، سنن النسائي: (1/67، 54) . وأبو عوانة في المسند، كتاب البيوع، باب إثبات تحريم ثمن الكلب ووجوب قتله، واللفظ له، مسند أبي عوانة: (3/5317، 362)

(4) أخرجه الترمذي في كتاب الأحكام والفوائد، باب ما جاء في قتل الكلاب، وقال: حديث حسن صحيح، وابن ماجه في كتاب الصيد، باب النهي عن اقتناء الكلب إلا كلب صيد أو حرث أو ماشية، واللفظ له . ينظر: سنن الترمذي: (4/1486، 78) . سنن ابن ماجه: (2/3205، 1069) .

(5) ينظر: شرح صحيح البخاري لابن بطلال: ج:1، ص: 271، 270. التمهيد لابن عبد البر: (14/230، 229). التوضيح لشرح الجامع الصحيح : ج:4، ص: 246 .

التعفير مجازاً⁽¹⁾. وقال المناوي: ليس فيه دليل على وجوب غسلة ثامنة لأنه إنما سماها ثامنة لاشتغالها على نوعي الطهور. أي: الماء والتراب⁽²⁾.

الجواب الرابع:

تحمل الثامنة على من نسي استعمال التراب في السبع، فيلزمه أن يعفره في الثامنة، فيكون التقدير: اغسلوا سبع مرات إحداهن بالتراب كما في رواية أبي هريرة، فإن لم تعفروه في إحداهن فعفروه الثامنة⁽³⁾. قال ابن حجر: ويغتفر مثل هذا الجمع بين اختلاف الروايات، وهو أولى من إلغاء بعضها⁽⁴⁾.

أما رواية (السابعة بالتراب) فأجابوا بأنها اختلف فيها .

قال الصنعاني: رواية (السابعة بالتراب) اختلف فيها، فلا تقاوم رواية (أولاهن بالتراب)⁽⁵⁾.

فإنه تفرد بها عن محمد بن سيرين قتادة، وانفرد بها أبو داود، وقد اختلف فيها على قتادة فقال أبان عنه: (السَّابِعَةُ بِالتُّرَابِ)، وهي رواية أبي داود⁽⁶⁾.

وقال سعيد بن بشير عنه: (الأولى بالتُّرَابِ) فوافق الجماعة، وهي رواية الدارقطني في سننه والبيهقي من طريقه⁽⁷⁾.

وهذا يقتضي ترجيح رواية (أولاهن) الموافقة للجماعة⁽⁸⁾.

وأما رواية (أخراهن) وإن كانت بمعناها: فلا توجد منفردة مسندة في شيء من كتب الحديث.

قال العراقي: وأما رواية أخراهن بالخاء المعجمة والراء فلا توجد منفردة مسندة في شيء من كتب الحديث⁽⁹⁾.

(1) ينظر: شرح صحيح مسلم للنووي: (185/3). إغاثة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (هو حاشية على فتح المعين) : ج:1، ص:98. النجم الوهاج في شرح المنهاج : ج:1، ص:423.

(2) التيسير بشرح الجامع الصغير: ج:2، ص:117.

(3) الحاوي الكبير : (309/1).

(4) تلخيص الحبير : (24/1).

(5) سبل السلام : (23/1).

(6) سبق تخريجه : ص:5.

(7) سنن الدارقطني : (64،9/1). سنن البيهقي الكبرى : (241،1081/1).

(8) ينظر: عون المعبود شرح سنن أبي داود: ج:1، ص:95.

(9) طرح التثريب : (119/2).

إلا أن ابن عبد البر ذكر في التمهيد أنه رواها خلاص عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال: (أخراهن بالتراب) وبعضهم يقول في حديث خلاص (إحداهن بالتراب)⁽¹⁾. إلا أنها رويت مضمومة مع أولاهن⁽²⁾.

قال العراقي: قد سمع خلاص من أبي هريرة وروايته عنه في صحيح البخاري، إلا أن الظاهر أنه سقط منه ذكر أبي رافع كما دلت عليه رواية النسائي⁽³⁾.

أما رواية (أولاهن أو أخراهن):

قوله (أولاهن) أو (أخراهن) لا تخلو إما أن تكون مجموعة من كلام الشارع، أو هو شك من بعض رواة الحديث؛ لأن لفظ (أو) يحتتمل أن تكون من الراوي، ويحتمل أن تكون للإباحة بأمر الشارع، وهي هنا شك من الراوي، كما قرره البيهقي في الخلافات وغيره⁽⁴⁾.

وقال ابن دقيق العيد: هو الأقرب، لأنه لم يقل أحد بتعيين الأولى أو الأخيرة فقط، بل إما بتعين الأولى، أو التخيير بين الجميع. ولأنه لا يظهر معنى معقول لتخصيص التخيير بين الأولى والأخيرة⁽⁵⁾.

ومما يدل على أن ذلك شك من بعض الرواة لا من كلام الشارع، قول الترمذي في روايته: (أولاهن) أو قال: (أخراهن)⁽⁶⁾.

ويدل علي ذلك أيضاً أن أصحاب ابن سيرين قد رووا هذا الخبر عنه من غير الشك، منهم هشام بن حسان، وقتادة بن دعامة، وحبیب بن الشهيد، والأوزاعي، وغيرهم من الحفاظ.

وبهذا يتضح أن بعض الرواة شك فيه، ويبقى التعارض قائم، ويُرجع إلى الترجيح، فترجح الأولى (أولاهن)؛ لأن رواية من عين ولم يشك أولى من رواية من أجهم أو شك⁽⁷⁾.

(1) سبق تخريجه: ص: 4.

(2) ينظر: التمهيد لابن عبد البر: (265/18).

(3) طرح الشريب: (121/2).

(4) الخلافات للبيهقي: ج: 3، ص: 41. مرقاة المفاتيح: (178/2).

(5) شرح الإمام بأحاديث الأحكام: ج: 1، ص: 462.

(6) سبق تخريجه: ص: 5، لكن الموجود في جامع الترمذي المطبوع دون (قال). وهي في بعض النسخ، أشار إليها الشيخ أحمد شاکر. بلفظ (أخراهن أو قال أولهن). وينظر: الأحكام الشرعية الكبرى: ج: 1، ص: 398.

(7) ينظر: طرح الشريب: (120/2). تلخيص الحبير: (40، 41/1). سبل السلام: (23/1).

وأيضاً الصحيح في هذه الرواية أنه عن النبي صلى الله عليه وسلم ب(أولاهن) كما جاء عند الإمام مسلم من غير شك، فيحمل المشكوك فيه على ما لا شك فيه، وحينئذ تكون الغسلة التي فيها التراب هي الأولى⁽¹⁾.

كيفية الغسل:

وصورتها أن تأخذ كفاً من تراب، وترميه في السطل، أو الماعون الذي ولغ الكلب فيه، ثم إذا رميت هذا الكفّ من التراب صببت الصبة الأولى من الماء، ثم الثانية، والثالثة، والرابعة، والخامسة، والسادسة، والسابعة، ويطهر الإناء بذلك، هذا إذا كانت غسلة التراب الأولى⁽²⁾.

المذهب الرابع: التقييد بالأولى أو السابعة فقط اختياراً :

رواية (أولاهنّ أو أخراهنّ بالتراب) قيدت الرواية الثانية (إحداهن) بكون الترتيب في الغسلة الأولى أو السابعة، فلا يجوز أن يكون التراب إلا في الأولى أو في الأخيرة دون ما سواهما، حملاً للمطلق على المقيدين المذكورين على طريق البدل.

لأن قوله (أولاهن) و(أخراهن) مجموعة من كلام الشارع، وليست شكا من الراوي.

والذي يرجح ذلك أن لفظ(أو) في نفس الخبر؛ أي أولاهن وأخراهن مجموعة من كلام النبي صلى الله عليه وسلم، وصيغة (أو) تفيد التخيير، فهو تَحْيِيرٌ منه صلى الله عليه وسلم .

وحمل (أو) على التخيير والتنويع أولى من حملها على الشك؛ لأن حملها على الشك طعن في حفظ الراوي والأصل عدم الطعن⁽³⁾.

قال ابن حجر: وإنَّ حَمَلَنَا (أو) هنا على الشكِّ امْتَنَعَ ذلك - أي الحمل - لَكِنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الشكِّ⁽⁴⁾.

وأتى ابن حجر بلفظ الترمذي بعد رواية مسلم في البلوغ وكأنه يريد أن يجعل (أو) للتخيير⁽⁵⁾.

وبما أن (أو) دالة على التخيير بينهما، فمقتضى حمل المطلق على المقيد أن يحمل على أحدهما لأن فيه زيادة على الرواية المعينة.

(1) فتح ذي الجلال والإكرام : (86/1).

(2) شرح زاد المستقنع للشنقيطي: (349/1).

(3) فتح ذي الجلال والإكرام : (86/1).

(4) تلخيص الحبير : (24/1).

(5) سبل السلام : (23/1).

قال ابن حجر في التلخيص: بل يُمكنُ هنا حملُ المطلق على المقيد وذلك أن الرواية المطلقة فيها (إِحْرَاهُنَّ) وَالْمَقْيِدَةُ فِي بَعْضِهَا (أَوْلَاهُنَّ) وَفِي بَعْضِهَا (أَحْرَاهُنَّ) وَفِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ (أَوْلَاهُنَّ أَوْ أَحْرَاهُنَّ) فَإِنْ حَمَلْنَا (أَوْ) هُنَا عَلَى التَّخْيِيرِ اسْتَقَامَ أَنْ يُحْمَلَ الْمُطْلَقُ عَلَى الْمُقَيَّدِ وَيَتَعَيَّنُ التُّرَابُ فِي أَوْلَاهُنَّ أَوْ أَحْرَاهُنَّ لَا فِي مَا بَيْنَ ذَلِكَ⁽¹⁾. وقال العراقي: فإن كانت مجموعة من كلام النبي صلى الله عليه وسلم فهو دال على التخيير بينهما، ويترجح حينئذ... التقييد بهما؛ وذلك لأن من جمع بينهما معه زيادة علم على من اقتصر على الأولى أو السابعة؛ لأن كلا منهما حفظ مرة فاقترصر عليها، وحفظ هذا الجمع بين الأولى والأخرى، فكان أولى⁽²⁾. وقال بعض المتأخرين على هذا: ينبغي انحصار الوجوب في الأولى والثامنة التي يعتبرونها سابعة، ويختار بينهما. وهو ما نص عليه الشافعي أنها على التعيين فيهما ولَفْظُهُ فِي الْبُؤْيُطِيِّ: إِذَا وَلَعَ الْكَلْبُ فِي الْإِنَاءِ غَسَلَ سَبْعًا أَوْلَاهُنَّ أَوْ أَحْرَاهُنَّ بِالتُّرَابِ لَا يُطَهِّرُهُ غَيْرُ ذَلِكَ) وكذا قال في الأم⁽³⁾.

وقد تبعه من أصحابه على تقييد ذلك بالأولى أو الأخرى الزبيري في (الكافي)، والمرعشي في (ترتيب الأقسام) وعبارته: ما أصاب الكلب بلسانه أو بعضه من أعضائه من الماء القليل، نجسه ولم يظهر الإناء إلا أن يغسل سبع مرات أولاهن أو أخراهن بالتراب⁽⁴⁾.

وقال الأسنوي: وقد وفق الله تعالى جماعة فأطلعهم على نص الشافعي وأرشدهم إلى هذا المعنى فجزموا بمقتضاه منهم الزبيري في الكافي والمرعشي في ترتيب الأقسام وابن جابر كما نقله عن الدارمي في الاستذكار⁽⁵⁾. واختار ابن اللحام التخيير بين الأولى والأخيرة، ليس بحمل المطلق على المقيد ولكن بالتساقط، حيث قال: "والصواب في مثل هذا سقوط التقييد بالنسبة إلى تعيين الأولى والسابعة؛ لأنهما لما تعارضتا ولم يكن أحد القيدتين أولى من الآخر تساقطا، وبقي التخيير فيما حصل فيه التعارض لا في غيره، وحينئذ فلا يوجب التعفير فيما عداهما، لاتفاق القيدتين على نفيه"⁽⁶⁾.

قال السبكي: فإن ثبت هذا في الحديث فهو للتخيير فينبغي أن يجب في إحداهما لا بعينها ولا يجزئ في غيرهما⁽⁷⁾.

(1) المصدر السابق .

(2) طرح الشرب: (120/2).

(3) ينظر: الأم: ج: 1، ص: 6. فتح الباري: (276/1).

(4) ينظر: الإبهاج: (203/2). طرح الشرب: (119/2).

(5) التمهيد للأسنوي: (423/1 - 426). وينظر: .

(6) القواعد والفوائد الأصولية: (285، 286/1).

(7) الأشباه والنظائر: (148/2). رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب: (377/3).

وتُعقب بأن قول الشافعي "ولا يطهره غير ذلك" ليس المقصود به تعيين الأولى والأخيرة .

قال الرملي: ولا يطهره غير ذلك؛ أي غير التسييع والترتيب، لا تعين إحدى الغسلتين، كما توهمه بعض المتأخرين⁽¹⁾.

والقاعدة أن المطلق إذا قيد بقيدتين متنافيين طرحا وبقي العمل بالإطلاق، إذ لا مقيد له حينئذ، فالقول أنه يبقى التحخير بين ما وقع فيه التعارض فقط لا وجه له⁽²⁾.

وأجابوا على التقييد بإحداهن:

وقال الأسنائي: وجواز التعفير في غير الأولى والأخيرة مردود للدليل، وهو أن رواية (إحداهن) مطلقة وقيدت بالأولى أو الأخيرة، فلا يجوز العدول إلى غيرها لاتفاق القيدتين على نفيه⁽³⁾.

استشكل ابن دقيق العيد أجزاء الترتيب في أي غسلة شاء من الغسلات السبع بأن رواية إحداهن على تقدير ثبوتها مطلقة وقد قيدت في بعضها بـ(أولاهن) وفي بعضها بـ(السابعة) فلا يجزي الترتيب في غيرهما لاتفاق القيدتين على نفيه⁽⁴⁾.

المذهب الخامس: التقييد بالثامنة:

ظاهر حديث عبد الله بن مُعْقَلٍ أن الترتيب خارج عن الغسلات السبع؛ لأن قوله: (وَعَقَّرُوهُ الثَّامِنَةَ فِي التُّرَابِ) أي في الغسلة الثامنة، فظاهر الحديث وجوب غسلة ثامنة، وأن غسله بالتراب غير الغسلات السبع بالماء⁽⁵⁾.

قال ابن دقيق العيد: قوله صلى الله عليه وسلم (وَعَقَّرُوهُ الثَّامِنَةَ فِي التُّرَابِ) يقتضي زيادة غسلة ثامنة ظاهرا، والحديث قوي فيها، ومخالفة هذا الظاهر إن كان سببها الرواية التي فيها السبع فلا معارضة بينهما لحصول الزيادة في هذا الحديث⁽⁶⁾.

وقال العيني: " صريح الحديث يدل على أن يكون الغسل بالماء سبع مرات، ويكون التعفير بالتراب مرة ثامنة"⁽⁷⁾.

(1) حاشية الرملي على أسنى المطالب: ج:1، ص:21 .

(2) ينظر: شرح تنقيح الفصول: ص:212. التحجير شرح التحرير: 2736/6 . شرح الكوكب المنير: 406/3 .

(3) كفاية الأختيار في حل غاية الاختصار : ج:1، ص:72 .

(4) إحكام الأحكام : (29/1) .

(5) ينظر: كشف اللثام شرح عمدة الأحكام : ج:1، ص:87 .

(6) ينظر: شرح الإمام : (414/1) . إحكام الأحكام لابن دقيق : (29/1) .

(7) شرح أبي داود للعيني : (219/1) .

وقال العراقي: " فيه حجة على من ذهب إلى اشتراط الغسل من نجاسة الكلب ثمانيا"⁽¹⁾.
وقال الشوكاني بعد ذكره رواية(وَعَفْرُوهُ الثَّامِنَةُ فِي التُّرَابِ):"فَتَعَيَّنَ حَمْلُ الْمَطْلُوقِ عَلَى الْمُتَقَيَّدِ"⁽²⁾. لهذا يكون الترتيب غسل ثمانية منفصلة عن السبع.

ثم إن أصحاب التثمين قالوا: الأخذ برواية ابن المغفل أولى لأمر :
الأول : رواية ابن المغفل أولى؛ لأنه أفقه من أبي هريرة، ورواية الفقيه أولى من رواية غير الفقيه .

قال الحسن البصري : كان ابن المغفل أحد العشرة الذين بعثهم عمر بن الخطاب إلينا يفقهون الناس . ولهذا ذهب إليها، وهو من أصحاب الشجرة، والأخذ بروايته أحوط⁽³⁾.
رد عليه: القول بأن أبا هريرة غير فقيه غير صحيح، بل الصحيح أنه من الفقهاء الذين كانوا يفتون في زمان النبي صلى الله علي وسلم كما صرح به ابن الهمام في تحرير الأصول وابن حجر في الإصابة⁽⁴⁾. وأنه قد ورد السبع برواية ابن عمر⁽⁵⁾ أيضاً، وهو فقيه بلا ريب⁽⁶⁾.

الثاني : الزيادة في حديث ابن المغفل :

حديث عبد الله بن مُغْفَلٍ فيه زيادة علم؛ لأنه زاد الغسلة الثامنة، والزيادة من الثقة مقبولة، يَتَعَيَّنُ الْمَصْبِيُّ إِلَيْهَا إِذَا لَمْ تَقْعْ مُنَافِيَةً، وَلَا سِيَمَا إِذَا كَانَتْ الزِّيَادَةُ مِنْ صَحَابِي فَقِيهٍ، وَتَرَكَهَا لَا وَجْهَ لَهُ، فَالْحَدِيثَانِ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ كَالْوَاحِدِ، وَالْعَمَلُ بِبَعْضِ الْحَدِيثِ وَتَرْكُ بَعْضِهِ لَا يَجُوزُ⁽⁷⁾.

قال ابن التركماني في (الجواهر النقي): " بل رواية ابن مغفل أولى؛ لأنه زاد الغسلة الثامنة، والزيادة مقبولة، خصوصاً من مثله"⁽⁸⁾.

- (1) طرح التثريب : (123/2) .
- (2) نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار : ج:1، ص:46 .
- (3) ينظر: الإصابة في تمييز الصحابة : ج:4، ص:242(رقم4975) . تهذيب الكمال : ج:16، ص:174 عمدة القاري : (41/3) .
- (4) تيسير التحرير: (53/3) . الإصابة في تمييز الصحابة: (425/7، رقم10674) .
- (5) رواية ابن عمر أخرجها ابن ماجه في كتاب الطهارة وسننها، باب غسل الإناء من ولوغ الكلب، وإسناده صحيح كما في إرواء الغليل . ينظر: سنن ابن ماجه : ج:1، ص:130(رقم366) . إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل : ج:1، ص:62 .
- (6) ينظر : السعاية في كشف ما في شرح الوقاية : ج:1، ص:510 .
- (7) ينظر:الإعلام بفوائد عمدة الأحكام: ج:1، ص:315،314. عمدة القاري: 42/3 . نيل الأوطار:46/1 .
- (8) الجواهر النقي: ج:1، ص:60 .

وقال ابن حجر في (تلخيص الحبير) نحوه، ونص كلامه " وهي زيادة ثقة؛ فيتعين المصير إليها "(1). وقال ابن دقيق: ويقوي القول به - يعني حديث ابن المغفل - بأنه يقتضي زيادة على ما في حديث أبي هريرة، والأخذ بالزائد متعين(2). وقال الطحاوي: ما روي عن عبد الله بن مغفل في ذلك عن النبي، عليه الصلاة والسلام، أولى مما رواه أبو هريرة، لأنه زاد عليه (وعفروه الثامنة في التراب)، والزائد أولى من الناقص(3).

وجنح بعضهم إلى ترجيح رواية أبا هريرة على رواية ابن المغفل بكثرة الطرق:

وردّ بأن الترجيح لا يصار إليه مع إمكان الجمع والأخذ بحديث ابن المغفل يستلزم الأخذ بحديث أبي هريرة دون العكس، والزيادة من الثقة مقبولة(4). ولو سلكتنا الترجيح في هذا الباب لم نقل بالترتيب أصلاً؛ لأن رواية مالك بدونه أرجح من رواية من أثبته(5). ومحاولة بعض الشافعية الجمع بين الحديثين بتنزيل التراب المصاحب للسابعة منزلة الثامنة، أو حمل الثامنة على من نسي استعمال التراب في السبع.

تعبه ابن دقيق العيد فقال: وأما التأويلان فمستكرهان مخالفان للظاهر مخالفة ظاهرة؛ لأن قوله صلى الله عليه وسلم: (فاغسلوه سبع مرات) ذكر السبع فيه لبيان عدد الغسلات التي دل عليها قوله (فاغسلوه) وقوله (عفروه الثامنة في التراب) ظاهر في كونها غسلة ثامنة كما هو في السبع غسلات.

وأما التأويل الثاني فبعيد جداً؛ لأنه حمل اللفظ العام الوارد في غير سبب خاص لأجل تأسيس قاعدة شرعية على أمر نادر عارض، وهو من التأويلات المردودة(6).

ردود أصحاب التسييع على حديث ابن مغفل والجواب عنها:

قالوا: تردّ رواية ابن المغفل لوجوه وهي:

الأول: ما نقل عن الشافعي رحمه الله أنه قال: "هذا حديث - يعني حديث ابن المغفل - لم أقف على صحته"(7).

وأجيب عنه بأن الحديث وقف على صحته جماعة كثيرون.

(1) تلخيص الحبير: ج:1، ص:24.

(2) شرح الإمام: ج:1، ص:413.

(3) شرح معاني الآثار: ج:1، ص:23.

(4) ينظر: عون المعبود: (97/1). كشف اللثام: (92/1). شرح السيوطي لسنن النسائي: (54،55/1).

(5) ينظر: فتح الباري: 277/1. شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك: 110/1. السعاية للكنوي: 502/1.

(6) ينظر: شرح الإمام: (414/1 - 416).

(7) الحاوي الكبير: (309/1).

قال ابن منده: إسناده مجمّع على صحّته⁽¹⁾.

واعتذار الشافعي بأنه لم يقف على صحة هذا الحديث، لا يثبت العذر لأصحابه الذين وقفوا على صحته، لا سيما مع وصيته بأن الحديث إذا صح مذهبه، قاله ابن حجر، والشوكاني⁽²⁾.

ولا يلزم من عدم ثبوته عند الشافعي ترك العمل به عند غيره⁽³⁾.

وقد ألزم الطحاوي الشافعية بإيجاب ثمان غسلات، عملاً بظاهر حديث عبد الله بن مغفل، حيث قال: ولو وجب العمل برواية السبع، لكان ما روي عن عبد الله بن مغفل في ذلك أولى مما رواه أبو هريرة، وكان ينبغي لهذا المخالف أن يقول لا يطهر إلاّ بأن يغسل ثمان مرات الثامنة بالتراب، ليأخذ بالحديثين جميعاً، فإن ترك حديث ابن مغفل فقد لزمه ما ألزمه خصمه في ترك الحديث الوارد بالسبع⁽⁴⁾.

وردّ بأنه لا يلزم من كون الشافعية لا يقولون بظاهر حديث عبد الله بن مغفل أن يتركوا هم العمل بالحديث أصلاً ورأساً؛ لأن اعتذار الشافعية عن ذلك إن كان متجهاً فذاك، وإلا فكل من الفريقين ملوم في ترك العمل به. قاله بن دقيق العيد⁽⁵⁾.

الثاني: لم يعمل بحديث ابن المغفل لأنه وقع الإجماع على خلافه في العمل⁽⁶⁾.

وعورض بأن الإجماع ممنوع لثبوت القول بذلك عن الحسن البصري.

قال ابن حجر: وفيه نظر؛ لأنه ثبت القول بذلك عن الحسن البصري⁽⁷⁾.

وقال ابن عبد البر: وبهذا الحديث كان يفتي الحسن أن يغسل الإناء سبع مرات والثامنة بالتراب، ولا أعلم أحداً كان يفتي بذلك غيره⁽⁸⁾.

وأجيب: بأن مخالفة الأقل لا تمنع انعقاد الإجماع، وهو مذهب كثير من الأصوليين⁽⁹⁾.

(1) ينظر: البدر المنير: (547/1). تلخيص الحبير: (24/1).

(2) ينظر: فتح الباري: (277/1). نيل الأوطار: (46/1).

(3) ينظر: عمدة القاري: (42/3). شرح السيوطي لسنن النسائي: (54/1).

(4) شرح معاني الآثار: (23/1).

(5) شرح الإمام لابن دقيق: (409/1).

(6) ينظر: السعادية: (ص: 502). عمدة القاري: (42/3). العدة على شرح العمدة: (121/1).

(7) فتح الباري: (277/1).

(8) التمهيد لابن عبد البر: (266/18). وينظر: شرح أبي داود للعيني: (219/1).

(9) ينظر: المستصفي: (146/1). البحر المحيط في أصول الفقه: (523/3).

وردّ بأنه قد ذهب إليه أحمد بن حنبل أيضاً، كما حكاه عنه الرافعي وحكاه عنه أيضاً صاحب المفهم من المالكية⁽¹⁾.

وروي عن مالك أيضاً، ذكره ابن حجر⁽²⁾، والشوكاني، ثم قال: وأما قول ابن عبد البر فلا يقدح في صحة الحديث، وتحتّم العمل به⁽³⁾.

وقال ابن دقيق: به قال الحسن البصري، وقيل: لم يقل به غيره، ولعله يراد بذلك من المتقدمين⁽⁴⁾. أي: لأنه رواية عن مالك وأحمد بن حنبل.

وقال به العجلي من متأخري الشافعية في شرح الوسيط "الأولى أن يغسل ثمان غسلات إحداهن بالتراب لهذا الحديث"⁽⁵⁾.

وما يقال أن الإجزاء بالسبع معارض لوجوب الثامنة فهذا مثله لازم لمن يقول بوجوب الترتيب؛ لأن الروايات التي فيها الأمر بالسبع دون الترتيب تقتضي الاكتفاء بها دون التراب⁽⁶⁾.

(1) الشرح الكبير (فتح العزيز بشرح الوجيز): ج:1، ص:66 . المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم: ج:1، ص:540 .

(2) تلخيص الحبير: (24/1) . وينظر: حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء للقفال: (246/1) .

(3) نيل الأوطار: (46/1) .

(4) إحكام الأحكام لابن دقيق: (29/1) .

(5) نقله ابن الملقن، ينظر: الإعلام بفوائد عمدة الأحكام: (314/1) .

(6) شرح الإمام: (415/1) .

الفصل الثاني: أثر الاطلاق والتقييد على اختلاف الفقهاء في المسألة

اختلفت أقوال الفقهاء في مسألة ولوغ الكلب بناء على اختلافهم في حمل المطلق على المقيد وعدمه وذلك على النحو التالي :

فقهاء الأحناف لم يعملوا بوحدة من هذه الروايات سواء كانت مطلقة أو مقيدة، وذهبوا إلى نجاسة سؤر الكلب⁽¹⁾، وغسل الإناء بولوغه فيه ثلاث مرات وجوباً، وسبعاً مع التراب استحباباً⁽²⁾. وروي عن أبي حنيفة عدم اعتبار العدد، بل يجب غسل الإناء حتى يغلب على الظن نقاؤه وطهارته من النجاسة، ولو حصل ذلك بمرة أجزأه، كسائر النجاسات⁽³⁾.

قال ابن نجيم : " يُحْمَلُ ما زاد على الثَّلاث على الاستحباب"⁽⁴⁾.

وقال الشرنبلالي في مراقي الفلاح : " ويطهر محل النجاسة غير المرئية بغسلها ثلاثاً وجوباً، وسبعاً مع الترتيب ندباً في نجاسة الكلب، خروجاً من الخلاف"⁽⁵⁾.

وقال الطحطاوي في حاشيته على مراقي الفلاح : " ويندب عندنا التسبيع، وكون إحداهن بالتراب"⁽⁶⁾.

وقال التهانوي : لم يترك الحنفية العمل بحديث التسبيع أصلاً ورأساً، بل حملوا أمر التسبيع والترتيب على الندب، وأمر الثلاث على الوجوب⁽⁷⁾.

(1) اختلف الحنفية في نجاسة الكلب ، فيرى الإمام أبو حنيفة أن الكلب ليس بنجس العين وهذا هو الصحيح من المذهب عند الحنفية وهو الذي عليه الفتوى . ويرى بعض الحنفية أن الكلب نجس العين ، واختار هذا القول السرخسي ، أما إذا ولغ الكلب في الماء فإنه ينجسه باتفاق الحنفية .

ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ج:1، ص:64،63 . درر الحكام شرح غرر الأحكام: ج:1، ص:97 . العناية شرح الهداية : ج:1، ص:127.

(2) ينظر: المبسوط للسرخسي: ج:1، ص:48 . الهداية شرح بداية المبتدي: ج:1، ص:23 . مجمع البحرين وملتقى النيرين في الفقه الحنفي: ص:82 . رد المختار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين): ج:1، ص:204،222.

(3) نقله ابن قدامة والنووي، المغني لابن قدامة: ج:1، ص:46 . المجموع شرح المذهب: (533/2). وينظر: التحريد للقدوري: ج:1، ص:269 .

(4) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ج:1، ص:135.

(5) مراقي الفلاح للشرنبلالي: ص:64،65 .

(6) حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح: ص:21 .

(7) إعلاء السنن للتهانوي: ج:1، ص:307 .

واستدلوا بالآتي : استدلووا على النجاسة بما يلي:

أولاً: الأمر بغسل ما ولغ فيه الكلب أو شرب سبع مرات، دليل على نجاسة الإناء والماء.
ثانياً: قوله صلى الله عليه وسلم في أول الحديث عند مسلم وغيره (طَهُورٌ إِنَاءٌ أَحَدِكُمْ)، قالوا: لفظه (طهور) تستعمل إما عن حدث أو عن خبث، ولا حدث على الإناء بالضرورة فتعين الخبث . وتطهير الأواني في الأصل لا يجب إلا من النجاسات، لأنها لا عبادة عليها.
ثالثاً: ويؤكد القول بالتَّنجَسِ قوله صلى الله عليه وسلم في بعض روايات الحديث: (إذا ولغ الكلب في إناءٍ أَحَدِكُمْ فَلْيَرِّقْهُ ...)، قالوا: الأمرُ بِالْإِرَاقَةِ دليلُ التَّنَجُّسِ؛ إذ لو كان ما ولغ فيه طاهر لم يؤمر بإرقيقته⁽¹⁾.

نوقش الأول: بأنه يجوز أن يؤمر بغسل الطاهر مراراً لمعنى، كغسل أعضاء الوضوء حيث أمر بتكرار الغسل فيها مرتان وثلاث وليست بنجاسة؛ فتكرار الغسل لا يدل على النجاسة. أو أن الأمر بالغسل لتشديد المنع من اقتنائها، أو للقذارة .

ونوقش الثاني : بمنع الحصر للفظه (طهور)⁽²⁾؛ لأن التيمم لا يرفع الحدث وقيل له طهور المسلم، أجيب بأن التيمم ناشئ عن حدث، فلما قام مقام ما يظهر الحدث سمي طهوراً.
ونوقش أيضاً بأن الطهارة تطلق على النجس وعلى غير النجس كقوله تعالى ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا ﴾⁽³⁾، وقوله عليه الصلاة والسلام (السواك مطهرةٌ للضم)⁽⁴⁾. أجيب بأن ألفاظ الشرع إذا دارت بين الحقيقة اللغوية والشرعية حملت على الشرعية، إلا إذا قام الدليل على خلافها⁽⁵⁾. ورد بأن الأحكام معلقة على الأسماء اللغوية حتى يقوم الدليل على نقلها، وليس إذا نقلت في موضع بدليل ينبغي أن تنقل في كل موضع . ولا دلالة في هذا الموضع أنه أريد به غير اللغوي .

(1) ينظر الأدلة في: المبسوط للسرخسي: (48/1) . بدائع الصنائع: (64/1) . شرح فتح القدير: ج:1، ص:78، 109. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: ج:1، ص:32. البناية شرح الهداية: ج:1، ص:435. شرح مختصر الطحاوي : ج:1، ص:49. فتح باب العناية: (196/1).

(2) الطهور اسم مشترك يصلح لإزالة النجس كالثوب عليه نجاسة يظهر بإزالته بالماء، ويصلح لتمييز الشيء من الأشياء الدنيّة كقوله في أزواج النبي عليه السلام الطاهرات، ويصلح للتعبّد كغسل الجنابة فلا يجوز الاحتجاج به حتى يُعلم أي ذلك أريد به . ينظر: عيون الأدلة : (599/2).

(3) سورة التوبة : آية 103 .

(4) صحيح البخاري: كتاب الصيام ، باب السواك الرطب واليابس للصائم (682/2).

(5) ينظر: عمدة القارئ: (39/3 - 41) . السعاية في كشف ما في شرح الوقاية: (ص:501) . المسالك لابن العربي: (123/2) . الأوسط لابن المنذر: (307/1) . إكمال إكمال المعلم للأبي: (58،59/2) .

ونوقش الثالث : بأن لفظة (فَلْيَرْقُهَا) غير محفوظة، تفرد بها علي بن مُسْنَهْرٍ، ولا تُعرف عن النبي صلى الله عليه وسلم بوجه من الوجوه إلا من هذه الرواية⁽¹⁾. وأجاب ابن الملتن بأنه لا يضرّ تفرد به، فإنّ علي بن مُسْنَهْرٍ إمام حافظ، متفق على عدالته والاحتجاج به⁽²⁾.

ونوقش أيضا: بأن الأمر بإراقتة؛ لأن النفس تعافه لا لنجاسته؛ لأن التنزه من الأقدار مندوب إليه، أو تغليظا عليهم، لأنهم نهبوا عن اقتناء الكلاب، فلما لم ينتهوا عن ذلك غلظ عليهم في الماء، لقلته عندهم في البداية حتى يشتد عليهم فيمتنعوا من اقتنائها⁽³⁾.

واستدلوا على الغسل ثلاثا بما يلي :

الدليل الأول : الأحاديث الواردة في غسله ثلاث مرات، وهي :

الأول : ما رواه عبد الوهاب بن الضحاك، عن إسماعيل بن عياش، عن هشام بن عروة، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة، عن النبي صلى الله عليه وسلم: (فِي الْكَلْبِ يَلْعُ فِي الْإِنَاءِ أَنَّهُ يَغْسِلُهُ ثَلَاثًا أَوْ خَمْسًا أَوْ سَبْعًا)⁽⁴⁾.

الثاني: ما رواه الحسين الكرابيسي، قال: حدثنا إسحاق الأزرق، حدثنا عبد الملك، عن عطاء، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إِذَا وَلَعَ الْكَلْبُ فِي إِنَاءٍ أَحَدِكُمْ فَلْيُغْرِقْهُ وَيُغْسِلْهُ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ)⁽⁵⁾.

الثالث: ما رواه عبد الملك، عن عطاء، عن أبي هريرة قال: إِذَا وَلَعَ الْكَلْبُ فِي الْإِنَاءِ فَاهْرِقْهُ ثُمَّ اغْسِلْهُ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ⁽⁶⁾.

(1) جزم ابن عبد البر والنسائي وابن منده وحمزة الكنايني بتفرد علي بن مسنهر بزيادة فليرقه . ينظر: التمهيد لابن عبد البر: (273/18). سنن النسائي: (53/1). تلخيص الحبير: (23،40/1). كشف اللثام: (83/1).

(2) البدر المنير: (545/1) .

(3) ينظر: الجامع لأحكام القرآن: ج:13، ص:46.

(4) أخرجه الدارقطني في السنن كتاب الطهارة، باب: ولوغ الكلب في الإناء، وقال : تفرد به عبد الوهاب عن إسماعيل وهو متروك الحديث وغيره يرويه عن إسماعيل بهذا الإسناد (فاغسلوه سبعا) وهو الصواب. والبيهقي في المعرفة، كتاب الطهارة، باب ولوغ الكلب، وقال: "هذا ضعيف بمرة، عبد الوهاب بن الضحاك متروك الحديث" . سنن الدارقطني : (65/1،رقم14،13) . معرفة السنن والآثار: (309/1،رقم361) .

(5) أخرجه ابن عدي في ترجمة الحسين الكرابيسي. الكامل في ضعفاء الرجال: ج:2، ص:366، رقم: 495 .

(6) أخرجه الدارقطني في السنن كتاب، الطهارة باب: ولوغ الكلب في الإناء . والطحاوي في شرح معاني الآثار، باب سؤر الكلب . سنن الدارقطني: (66/1، رقم17،16) . شرح معاني الآثار: (23/1) .

قوله (يَغْسِلُهُ ثَلَاثًا أَوْ خَمْسًا أَوْ سَبْعًا) استدل به من لا يعتبر العدد، قالوا: التخيير بين الأعداد المختلفة ينفي اعتبار العدد؛ ولو كانت السبع واجبة لم يخير بينها وبين الثلاث. كقوله في حديث الميتة اغسلنها ثلاثا أو خمسا أو أكثر من ذلك⁽¹⁾.

ونوقش بأنه مناقض لظاهر الأحاديث الصحيحة الدالة صريحا على وجوب اعتبار العدد فكأنها لم تبلغه⁽²⁾.

قوله في الرواية المرفوعة (وَلْيَغْسِلُهُ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ) استدلوا به على الغسل ثلاث مرات، ومما يدل على تقويتها أن أبا هريرة راويها أفتى بثلاث غسلات كما في رواية عبد الملك، والعبارة بما رأى الراوي لا بما روى، لاستحالة عدوله عن القطعي إلى رأيه الظني، إذ ظنية خبر الواحد إنما بالنسبة إلى غير راويه، وأما بالنسبة إلى من سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم فقطعي، وأيضا كونه الراوي لحديث السبع روى وأفتى وعمل بخلافه دليل على أن رواية السبع إما أنها منسوخة أو أنها محمولة على الندب⁽³⁾.

قال الطحاوي: "لأننا نحسن الظن به - يعني أبو هريرة - فلا نتوهم عليه أنه يترك ما سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم إلا إلى مثله، وإلا سقطت عدالته فلم يقبل قوله ولا روايته"⁽⁴⁾.

واستدلوا لهم بالأحاديث نوقش بالآتي:

الحديث الأول: بأنه حديث ضعيف جداً؛ لأن في سنده عبد الوهاب بن الضحاك عن ابن عياش، وهما متروكان⁽⁵⁾.

ولو تنازلنا على صحته ففيه لفظة (أو) وهي محتملة للشك والتخيير، ولعلها للشك من الراوي فيجب التوقف عن العمل به، والعمل بما لا شك فيه وهو حديث التسييع⁽⁶⁾.

(1) ينظر: شرح مختصر الآثار للجصاص: (51/1) . التجريد للقدوري : (271/1) .

(2) الإعلام لابن الملتن: (301/1) .

(3) ينظر: شرح فتح القدير: (109/1) . نخب الأفكار للعيني: ج:1، ص:175،182 . مرقاة المفاتيح:

(179/2) . إعلاء السنن: (302/1) . العرف الشذي شرح سنن الترمذي: ج:1، ص:124 .

(4) شرح معاني الآثار : (23/1) . وينظر: فتح باب العناية : (198/1) .

(5) ينظر: العلل الواردة في الأحاديث النبوية للدارقطني: ج:8، ص:102 . سنن البيهقي الكبرى: (240/1) .

الأباطيل والمناكير والصحاح والمشاهير: ج:1، ص:548 . الجوهر النقي: (59/1) .

(6) ينظر: الشرح الكبير لابن قدامة : (286/1) . رياض الأفهام : (101/1) .

الحديث الثاني : تُعقب بأنه منكر، قاله: ابن عدي، وأنه لا يصح؛ لم يرفعه غير الكرابيسي وهو ممن لا يحتج بحديثه، قاله ابن الجوزي، وقال ابن حجر: وهم الكرابيسي في رفعه عن إسحاق الأزرق، والصحيح أنه موقوف⁽¹⁾.

وأيضاً في حديث الثلاث اضطراباً، فإن منهم من يرويه موقوفاً على أبي هريرة، ومنهم من يرويه مرفوعاً⁽²⁾.

الحديث الثالث : نوقش من وجهين :

الأول : أن رواية عبد الملك عن عطاء، عن أبي هريرة موقوفاً بلفظ (ثلاث) شاذة؛ لمخالفتها رواية الثقات عن أبي هريرة موقوفاً بلفظ: (سبع) .

فقد روى حماد بن زيد، عن أيوب، عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة - في الكلب يبلغ في الإناء - قال: يهراق، ويغسل سبع مرات. وهذا أصح الأسانيد، أخرجه الدارقطني، وقال: صحيح موقوف⁽³⁾. ثم إن رواية من روى عنه موافقة لروايته، أرجح من رواية من روى عنه مخالفتها، أما الموافقة وردت من رواية حماد بن زيد، وأما المخالفة فمن رواية عبد الملك بن أبي سليمان، وهو دون الأول في القوة بكثير⁽⁴⁾.

الثاني: بأنها متروكة بروايته، لأن الصحيح عند الأصوليين أن مذهب الراوي إذا خالف روايته لا يمنع التمسك بها؛ فالعبرة بما رواه لا ما رآه⁽⁵⁾. فلا يلزم منه النسخ لاحتمال مخالفة ذلك برأي واجتهاد رآه، أو يكون أفتي بذلك لاعتقاده أن الأمر بالسبع على الندب لا على الوجوب، أو تكون الفتوى محمولة على إناء غسل أربعاً، وبقي من السبع ثلاث، فأفتى بالثلاث استكمالاً للسبع، أو كان نسي ما رواه، ومع الاحتمال لا يثبت النسخ⁽⁶⁾.

(1) الكامل لابن عدي: (366/2) . العلل المتناهية في الأحاديث الواهية: ج:1، ص:333 . فتح الباري : (275/1) .

(2) ينظر: معرفة السنن والآثار : (312/1) .

(3) سنن الدارقطني: كتاب الطهارة، باب: ولوغ الكلب في الإناء، (64/1)، رقم (3) .

(4) ينظر : نصب الراية : (131/1) . كشف اللثام: (91/1) . سبل السلام : (22/1) .

(5) عمل الراوي وفتواه بخلاف حديث رواه ليس بقادح في صحته، ولا مانع من الاحتجاج به عند الجمهور من الفقهاء والمحدثين والأصوليين، ينظر: المجموع : (535/2) .

(6) ينظر: الحاوي الكبير: (308/1) . فتح الباري: (277/1) . نيل الأوطار: (42/1) . الإعلام لابن الملتن: (303/1) . شرح الإمام: (399/1).

وردّ بأن هذا إساءة الظن بأبي هريرة، والاحتمال الناشئ من غير دليل لا يعتد به⁽¹⁾.

الدليل الثاني: القياس على سائر النجاسات :

إن أحاديث التطهير من العذرة والبول والدم وغيرها من النجاسات المغلظة الإنسانية، وأيضاً ما يصيب بول الكلب وقذارته تدل على تطهيرها بمرة واحدة أو ثلاث، فيكون سور الكلب وهو اخف منها أولى أن يطهر بثلاث .

نوقش: بأن القياس على سائر النجاسات لا يصح؛ لأنه قياس شبه، وفي قبوله خلاف بين الأصوليين، ثم إذا تنزلنا على قبوله، وهو هاهنا في مقابلة نص الخبر الواحد، والصحيح عند أهل الأصول تقديم نص الخبر الواحد على القياس المظنون، وإن كان جلياً، ثم لو رجحنا بين الأمارتين لكان ظن الخبر أرجح من ظن القياس، لقلة احتمالات ظن الخبر وكثرة احتمالات ظن القياس . وأيضاً لا يلزم من كون النجاسات المغلظة الأشد استقذاراً أن تكون أشد في تغليظ الحكم⁽²⁾.

قال النووي: وأما قياسهم على سائر النجاسات فلا يلتفت إليه مع هذه السنن الصحيحة المتظاهرة على مخالفته⁽³⁾.

وقال الأحناف أيضاً: لا حاجة إلى الترتيب؛ لاضطراب رواية الترتيب؛ فقد جاء: أولاهن، وأخراهن، وإحداهن، والسابعة، والثامنة، قالوا: وهذا اضطراب في الرواية فيسقط الترتيب⁽⁴⁾.

نوقش: بأن تعدد الروايات لا يدل على نفي الترتيب بالكلية، بل يؤكد وجوده؛ ولكن الخلاف في الأولى أو في الأخيرة هذا شيء آخر، ولكن تلك الروايات تثبت الترتيب؛ فيتعين الترتيب⁽⁵⁾.

واستدلوا أيضاً على عدم الترتيب بأن أبا هريرة، الذي روى السبع، روي عنه غسل الإناء من ولوغ الكلب ثلاثاً فعلاً وقولاً مرفوعاً وموقوفاً من غير ذكر التراب . كما في رواية عبد الملك عن عطاء⁽⁶⁾.

(1) عمدة القاري : (41/3) .

(2) ينظر: إعلاء السنن: (307/1) . بذل المجهود في حل سنن أبي داود: ج:1، ص:187 . شرح مختصر الطحاوي للحصاص: (50/1) . فيض الباري على صحيح البخاري: ج:1، ص:367 . رياض الأفهام: (102/1) . شرح الإمام : (409/1) .

(3) المجموع : (535/2) .

(4) ينظر : فتح باب العناية: (197/1) . نخب الأفكار: (173/1) .

(5) حاشية البجيرمي: (142/1) .

(6) عمدة القاري: (41/3) .

نوقش: بأن ذكر التراب قد ثبت من طريق هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة مرفوعاً وهذا أولى من حديث عبد الملك عن عطاء؛ لوجوه :

الأول: أن إسناده أصح من إسناده عبد الملك .

الثاني: أنه قد جاء مرفوعاً من طريق هشام به .

الثالث: أن له شاهداً من حديث عبد الله بن مغفل مرفوعاً .

قال الألباني : وخلاصة القول: " إن الذي روي عن أبي هريرة مرفوعاً وموقوفاً من التثليث مع ترك ذكر الترتيب لا يصح من قبل إسناده، بل هو باطل؛ لمخالفته ما ثبت عنه يقيناً مرفوعاً من التسبيع والترتيب، مع ثبوت ذلك عنه موقوفاً، فهو الذي يجب الاعتماد عليه في هذه المسألة"⁽¹⁾.

وأجاب الأحناف عن الروايات التي ورد فيها الأمر بالسبع سواء كانت مطلقة أو مقيدة بأنها محمولة على ابتداء الإسلام حيث كان التشديد في أمر الكلاب في أول الإسلام، حتى أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقتلها، والتشديد في سؤرها بالغسل سبعا، وذلك للتغليظ عليهم وقلعا لهم عما ألفوه من مخالطتها، فلما نهي عن قتلها ورخص في كلب الصيد وفي كلب الغنم، نُسخ الأمر بالغسل، لأن الحكم بالغسل سبعاً يناسب حكم قتل الكلاب، ثم صار منسوخاً بنسخه⁽²⁾.

وهذا يجمع جميع الروايات المختلفة في الباب وذلك أن التشديد كان أولاً ثم رخص فيه، ووقع التيسير فيه تدريجاً، فتحمل روايات الثمانية والترتيب على زمان أشد الشدة، ثم بعد ذلك نزل الأمر إلى السبع مع الترتيب، ثم إلى السبع بدونه، ثم صار مثل سائر النجاسات⁽³⁾.

نوقش: بأن الأمر بقتل الكلاب كان في أوائل الهجرة والأمر بالغسل متأخر جداً؛ لأنه من رواية أبي هريرة وعبد الله بن مغفل وكان إسلامهما سنة سبع . وروى ابن المغفل حديث النهي عن قتل الكلاب، والأمر بغسل الإناء منها سبعا في خبر واحد سياقه ظاهر في أن الأمر بالغسل كان بعد الأمر بقتل الكلاب⁽⁴⁾.

(1) سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة للألباني: ج:1، ص:132 .

(2) ينظر: بدائع الصنائع: (87/1) . المحلى : (115/1) . شرح أبي داود للعيني : (212/1) . بذل المجهود: (186/1) . فتح باب العناية : (198/1) . فيض الباري : (368/1) .

(3) أوجز المسالك إلى موطأ مالك: ج:1، ص:427 .

(4) ينظر: فتح الباري : (277/1) . شرح الإمام : (410/1) . كشف اللثام : (91/1) .

وأجاب العيني بأن كون الأمر بقتل الكلاب في أوائل الهجرة يحتاج إلى دليل قطعي، ولكن سلمنا ذلك فيمكن أن يكون أبو هريرة وابن المغفل قد سمعا ذلك من صحابي آخر فاخبرا عن النبي صلى الله عليه وسلم لاعتمادهما صدق الراوي عنه لأن الصحابة كلهم عدول⁽¹⁾.

وردّه اللكنوي فقال: هذا احتمال مردود لورود سماع أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم وشهادته على ابلغ وجه بسماعه كما مر من رواية ابن ماجه وكذا ابن المغفل سمع أمر قتل الكلاب كما أخرجه الترمذي عنه وحسنه، فهذا يدل على أنهما سمعا بلا واسطة نسخ عموم القتل والرخصة في كلب الصيد ونحوه⁽²⁾.

أما فقهاء المالكية: فلم يأخذوا بالروايات المطلقة أو المقيدة التي ورد فيها الترتيب، ورجعوا إلى أصل الحديث الوارد في الباب، فذهبوا على المشهور في المذهب إلى طهارة الكلب، وسؤره، وغسل الإناء من ولوغه سبعاً تعبداً⁽³⁾، استحباباً لا إيجاباً، كما أنهم لم يقولوا بالترتيب أصلاً؛ لأنه لم يثبت في كل الروايات وإنما ثبت في بعضها وذلك الذي وقع فيه اضطراب⁽⁴⁾. ووافقهم داود في طهارة سؤر الكلب غير أنه قال: وغسل الإناء منه سبعاً فرض⁽⁵⁾.

وللمالكية قول ثاني: أنه نجس، وسؤره نجس؛ كغيره من السباع. رواه ابن وهب عن مالك⁽⁶⁾ وحكي هذا عن سحنون، وعبد الملك ابن الماجشون⁽⁷⁾.

ومن ذهب إلى طهارة الكلب وسؤره استدل بالآتي :

الدليل الأول: الحياة والانتفاع دليل على الطهارة:

(1) عمدة القاري : (42/3) .

(2) السعاية في كشف ما في الوقاية : (505/1) .

(3) التعبد : معنى ذلك: الحكم الذي لا تظهر له حكمة بالنسبة إلينا، مع أننا نجزم أنه لا بد لكل حكم حكمة؛ لأن الأحكام مربوطة بالمصالح ودر المفاسد، فالله تعالى إذا شرع حكماً علمنا أنه شرعه لحكمة؛ ثم إن ظهرت لنا حكمته نقول هو معقول المعنى، وما لم تظهر لنا مصلحته ومفسدته اصطلاحاً أن يسموه تعبداً . ينظر: إكمال الإكمال للأبي: (58/2) التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب لخليل: ج:1، ص:73 .

(4) ينظر: المدونة الكبرى: ج:1، ص:5 . النوادر والزيادات لأبي زيد: ج:1، ص:71،72 . مواهب الجليل لشرح مختصر خليل : ج:1، ص:175 .

(5) ينظر قول داود في: المحلى: (112/1) . حلية العلماء: (243/1) . الاستذكار: ج:1، ص:208 .

(6) ينظر: النوادر والزيادات: (73/1) . المنتقى للبايجي: (326/1) . المقدمات المهمات : ج:1، ص:89 . مناهج التحصيل للجرجاني: ج:1، ص:95 .

(7) ينظر : شرح التلقين : ج:1، ص:232 . التنبيه لابن بشير: ج:1، ص:240 . جامع الأمهات لابن الحاجب: (32/1) . الذخيرة للقراي: ج:1، ص:181 .

قالوا : أن الحياة علة في الطهارة؛ للاتفاق على طهارة الشاة والبعير إذا كانا حيين، فإذا ماتا نجسا؛ لأن كل حي نجسا بعد الموت، فدل ذلك على أن الحياة علة الطهارة، والعلة يجب طردها، وطردها يقتضي أن الحيوان كله طاهر، وإذا كان طاهرا كان سوره طاهرا .

نوقش: بأنه لو كانت الحياة علة في الطهارة لوجب نجاسة الشاة الذكية لفقد الحياة؛ لأن العلة إذا فُقدت فقد حكمها .

أجيب بأنه خلفتها علة أخرى وهي الذكاة، وهي علة مطهرة إجماعا؛ فيتعلق الحكم بها، فالشاة الذكية طاهرة؛ لأن التذكية خلفت الحياة فاقتضت الطهارة⁽¹⁾.

وتعقب بأنه لما كان في بعض الأموات طاهراً جاز أن يكون في بعض الأحياء نجسا⁽²⁾.

والدليل على طهارة الكلب أيضاً أنه حيوان يجوز الانتفاع به من غير ضرورة فكان طاهرا كالأنعام؛ وما أبيض الانتفاع به فقد ثبت في الشرع أنه طاهر؛ لأن النجاسات أمرنا بتركها واحتناجها، وأيضا لأنه حيوان يصح ملكه وتصح الوصية به وكل حيوان يصح ملكه وتصح الوصية به كان طاهرا .

والأخبار الدالة على جواز الانتفاع به كاتخاذه للصيد ولحفظ الزرع والمواشي، تدل على طهارة سوره؛ لأن اتخاذه مستلزم غالبا لاختلاط سوره بالأواني وغيرها، فلولا طهارته لم يرخص لذلك⁽³⁾ .

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ الآية⁽⁴⁾.

قالوا: الحديث معارض لظاهر القرآن؛ لأن الآية تدل على جواز أكل ما صاده الكلب من غير غسل، ومعلوم أنه إذا أمسك علينا فلا بد من وصول لعابه إلى جسم الصيد، فلو كان لعابه نجساً لتنجس الصيد بمماسته، فلما لم نؤمر بغسل ما أصاب لعابه من الصيد، دل ذلك على طهارته، ولهذا قال مالك: يؤكل صيده فكيف يكره لعابه⁽⁵⁾.

الدليل الثالث: دخول عدد السبع والتراب فيه دليل على الطهارة

(1) ينظر: المعونة للقاضي عبد الوهاب : (180/1) . شرح صحيح البخاري لابن بطال: (269/1) . عارضة الاحوذى : (126/1) . إكمال المعلم : (102/1) . الذخيرة : (179/1) .

(2) الحاوي الكبير: (305/1) .

(3) ينظر: التفريع لابن الجلاب: ج:1، ص:214 . عيون الأدلة في مسائل الخلاف للقصار: 580/2 . المنتقى : (352/1) . انتصار الفقير السالك للراعي: (ص:259) .

(4) سورة المائدة : آية :4 .

(5) ينظر: المدونة: (6/1) . الإشراف لعبد الوهاب: (177/1) . البيان والتحصيل: (188/1) . بداية المجتهد: (21/1) .

قالوا: عدد مرات غسل الإناء من ولوغ الكلب وتثريبه يدل على عدم نجاسة سؤره، لأن النجاسات لا يشترط في غسلها العدد ولا مدخل للتراب فيها، ولو كان للنجاسة لكان المطلوب الإنقاء، أو الاكتفاء فيه بمرة واحدة كسائر النجاسات، فدل إن هذا الغسل إنما هو عبادة لا للنجاسة .

نوقش: بأن زيادة العدد دليل على زيادة الغلظ في نجاسة الكلب، والتثريب يتعذر الاستدلال به مع كونهم لا يقولون به⁽¹⁾.

الدليل الرابع: استدلوا على طهارته بحديث أبي قتادة في المرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (إِنَّهَا لَيْسَتْ بِنَجَسٍ إِنَّهَا مِنَ الطَّوَّافِينَ عَلَيْكُمْ وَالطَّوَّافَاتِ)⁽²⁾.

الاستدلال به من وجهين:

الأول: أنه عليه السلام أثبت طهارة الهرة التي هي سبع من السباع بلا خلاف، لأنه يفترس ويأكل الميتة، فكذلك الكلب وما كان مثله من السباع؛ لأنه إذا جاء نص في أحدهما كان نصا في الآخر وهذا من أقوى أنواع القياس.

الثاني: أنه عليه السلام علل طهارة الهرة بكونها من الطوافين عليهم، وهذه علة يشاركها الكلب فيها لكونه طواف، بل أشد طيافة على العرب من الهر، خاصة للزرع والضرع والصيد فينبغي أن تجري العلة في الكلب كهي في الهر، فكان حكمه حكمها، ولهذا قال مالك: إنما هذه - يعني كلاب الصيد والماشية - مثل الهرة التي يقتنيها الناس⁽³⁾.

القول الثالث للمالكية: التفصيل بين الكلب المأذون في اتخاذه وغير المأذون في اتخاذه، فسؤر المأذون طاهر، وغيره نجس:

قال سحنون: كل كلب لم يؤذن في اتخاذه نجس، وإن كان مأذونا في اتخاذه فهو طاهر وقال به ابن المعدل⁽⁴⁾. وقال ابن رشد هو أظهر الأقوال⁽⁵⁾.

(1) ينظر: المعلم بفوائد مسلم: ج:1، ص:125 . المسالك لابن العربي: (123/2) . إكمال إكمال المعلم للأبي: (58/2) . شرح الإمام: (388/1) .

(2) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الطهارة، باب الطهور للوضوء، وأبو داود في السنن، كتاب الطهارة، باب سؤر الهرة، موطأ مالك: (22/1، رقم42) سنن أبي داود: (19/1، رقم75) .

(3) ينظر: عيون الأدلة في مسائل الخلاف: (586/2) . التمهيد لابن عبد البر: (320/1) . شرح التلقين للمازري: (233/1) . بداية المجتهد: (21/1) . شرح التلقين لابن بزينة: (239،240/1) . الطهور لأبي عبيد: (212/1) .

(4) ينظر: النوادر والزيادات: (72/1) . الكافي لابن عبد البر: (ص:17) . التبصرة للحمي: ج:1، ص: 58 .

(5) المقدمات الممهيات: (89/1) .

وعليه يختص وجوب غسل الإناء من ولوغ الكلب المنهي عن اتخاذه، دون المأذون فيه؛ أي أن الغسل ليس عام في جميع الكلاب.

ومنشأ الخلاف بين من يفرق بين المأذون فيه وغيره، وبين من أطلق، التعبد أو التعليل؛ فمن رأى أن الغسل للتعليل بالإبعاد يُخرج منه المأذون في اتخاذه، أما من رأى أن الغسل للتعبد فهو عام في كل الكلاب⁽¹⁾.

وقيل: سبب اختلافهم في الألف واللام من قوله (إذا ولغ الكلب) هل هي للعهد أو للجنس؛ فمن حمل الألف واللام على العهد، خصص الحكم بالكلب المنهي عن اتخاذه دون المأذون في اتخاذه؛ ومن حمل الألف واللام على الجنس أو تعريف الماهية وكلاهما يدل على العموم؛ ترتب الحكم على ولوغ كل كلب⁽²⁾.

ومن قال بهذا القول صرف الألف واللام إلى المعهود المعين؛ لأن سبب الأمر بالغسل التغليظ عليهم لينتھوا عن اتخاذاها .

قال الباجي: "الأمر بغسل الإناء من ولوغ الكلب، إنما كان على وجه التغليظ والمنع من اتخاذاها، وذلك يختص بالمنهي عنه لا بالمباح"⁽³⁾.

وفي ذلك نظر أصولي؛ فإن هذا يؤدي إلى تخصيص العموم بالمعنى المستنبط من محل النص، وفيه خلاف بين الأصوليين؛ الأكثرون على المنع منه؛ لأن الاستنباط إنما شرع لتوسيع مجاري الأحكام، وهذا الاستنباط يؤدي إلى تضييقها، وإخراج بعض ما تناوله اللفظ⁽⁴⁾.

قال القرطبي: "وذهب بعض أصحابنا إلى أن ذلك لكون الكلب مستفدراً منهياً عن مخالطته؛ وقصر هذا الحكم على الكلب المنهي عن اتخاذه؛ وهذا ليس بشيء؛ لأنه استنبط من اللفظ ما خصصه من غير دليل منفصل عنه"⁽⁵⁾.

واستدلوا بالأخبار الدالة على جواز اتخاذه الكلب للصيد وغيره باعتبارها قرينة صرفت الأمر من العموم في كل كلب إلى الخصوص في الكلب المنهي عن اتخاذه .

(1) ينظر: التنبيه لابن بشير: (240/1) . شرح صحيح البخاري لابن بطلال (269/1) .
(2) ينظر: إكمال المعلم: (101/2) . الذخيرة: (181/1) . التوضيح لخليل: (74/1) . مناهج التحصيل: (95/1) . شرح الإمام: (375/1) .
(3) المنتقى: (351/1) .
(4) ينظر: البحر المحيط: (509/2) . التحرير شرح التحرير: (3265/7) . الإعلام لابن الملقن: (304/1) .
(5) المفهم: (539/1) .

قال الزرقاني في شرح أحد هذه الأخبار: استدل به على طهارة الكلب الجائز اتخاذه؛ لأن في ملابسته مع الاحتراز عنه نوع مشقة شديدة، فالإذن في اتخاذه إذن في مكملات مقصوده، كما أن المنع من لوازمه مناسب للمنع منه⁽¹⁾.

أي أن الأمر بالغسل مع المخالطة عقوبة تناسبها الاختصاص بمن ارتكب النهي في اتخاذ ما منع من اتخاذه، وأما من اتخذ ما أبيض له اتخاذه، فإيجاب الغسل عليه مع المخالطة عسر وحرَج، ولا يناسبه الإذن والإباحة في الاتخاذ، عليه فلا يغسل من ولوغ الكلب المأذون في اتخاذه، ويغسل من اتخذ ما نهي عنه⁽²⁾.

نوقش: بمعارضة الأحاديث الواردة في الأمر من غسل ما ولغ فيه الكلب سبع مرات عموماً، من غير تخصيص بكلب دون كلب، فإنها دالة صريحاً على التنجس .

وأجيب أنه يجوز أن يخص ذلك العموم بهذه الأخبار؛ لأن تخصيص العموم غير مستنكر إذا سوغه الدليل؛ يعني تخصيص عموم حديث الولوغ المقتضى لنجاسته عندهم، بغير ما أذن في اتخاذه، لأحاديث الإذن المسوَّغة لتخصيصه⁽³⁾.

وتعقب أيضاً بأن في هذا الحديث دليل على أن الكلب الذي أبيض اتخاذه هو المأمور فيه بغسل الإناء من ولوغه سبعا، وهذا يشهد له النظر والمعقول؛ لأن ما لم يبيح اتخاذه وأمر بقتله، محال أن يتعبد فيه بشيء؛ لأنه معدوم لا موجود؛ وما أبيض لنا اتخاذه للصيد والماشية، أمرنا بغسل الإناء من ولوغه⁽⁴⁾.

رده ابن العربي فقال: جاء الحديث بالأمر بقتل الكلاب ثم رخص في كلب الصيد والغنم وقال: إذا ولغ الكلب . فيحتمل أن يرجع الأمر بالغسل عند الولوغ إلى المنهي عنه أولاً ويحتمل إلى المأمور باتخاذه وهذا يعارضه قوله تعالى: ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ ولم يؤمر بغسل، وعارضه تعليقه في المرة للحاجة إليه في قوله (إنها من الطوافين عليكم) فيسقط الاحتمال ويتبين أنه في المنهي عنه على الوجه المتقدم بيانه⁽⁵⁾.

واستدل من فرق بين سور المأذون باقتنائه وبين سور غيره بأنه عليه السلام علل طهارة الهر بالتطواف علينا، وهي موجودة في الكلب المأذون في اتخاذه، بخلاف الذي لم يؤذن في اتخاذه، وبما أن

(1) شرح الزرقاني: (4/475) .

(2) ينظر: العدة للصنعاني: (1/124) .

(3) ينظر: فتح الباري : (7/5) . شرح الزرقاني : (4/475) . السعاية: (ص:494) .

(4) التمهيد: (18/266) .

(5) عارضة الأحوذى: (1/127) .

هذه علة يشاركها الكلب فيها، فكان حكمه حكمها، أما غير المأذون في اتخاذه فلا تمس الحاجة إليه فلم يعف عنه⁽¹⁾.

ولأن علة الطهارة التي نص عليها النبي صلى الله عليه وسلم عليها في الهر موجودة في الكلب المأذون في اتخاذه بخلاف الذي لم يؤذن في اتخاذه .

القول الرابع: الفرق بين البدوي والحضري :

كلب البدوي غير نجس، وسؤره طاهر، وكلب الحضري نجس، وسؤره نجس .

قال به عبد الملك بن الماجشون⁽²⁾.

قال في الإكمال : الثلاثة الأول لملك، ورابعها لعبد الملك⁽³⁾.

واستدل على التفصيل بين البدوي والحضري

أنه أذن للبدوي في اتخاذه، فسؤره طاهر، ولم يؤذن للحضري؛ فسؤره نجس. وأن البدوي له ضرورة إلى اقتنائه؛ فاتخاذه له مباح، خلافاً للحضري لأنه خاص في اتخاذه⁽⁴⁾.

قال ابن العربي: إذا احتيج إليه في البادية التحق بالهرة وسقط اعتبار غسله وغير ذلك من أمره⁽⁵⁾.

واستدل أيضاً بما ثبت أنه عليه السلام أباح سؤر الهرة، وغُلب بتطوافها علينا، وهذا تنبيه منه صلى الله عليه وسلم على أن ما يشق التحرز منه ولا يمكن إبعاده فإنه معفو عنه، والكلب في البدو بهذه المنزلة⁽⁶⁾.

واختلف قول مالك في الأمر بغسل الإناء سبعاً من ولوغ الكلب، هل يحمل على الوجوب أو

على الندب⁽⁷⁾؟

(1) شرح التلقين للمازري : (233/1) . المقدمات الممهديات: (89/1) .

(2) ينظر: التبصرة للحمي : (59/1) . المقدمات الممهديات : (89،90/1) . التوضيح لخليل : (22،75/1) .

مواهب الجليل : (176/1) . إكمال المعلم : (103/2) .

(3) إكمال إكمال المعلم للأبي: (58/2) .

(4) مناهج التحصيل : (95/1) .

(5) عارضة الأحودي : (128/1) .

(6) شرح التلقين : (232/1) .

(7) منشأ الاختلاف في مسألة أصولية؛ وهي أن صيغة الأمر المطلقة هل تحمل على الوجوب أو على الندب؟ أو أن الأمر عنده للوجوب، لكن ههنا قرائن صرفته عنه للندب . ينظر: المنتقى شرح الموطأ: (351/1) . مواهب الجليل: (175/1) .

فحمله مرة على الوجوب⁽¹⁾ ووجه الوجوب قوله (فاغسلوه سبعا) والأمر يقتضي مطلقه الوجوب عند جمهور الفقهاء.

وحمله مرة على الندب⁽²⁾؛ ويمكن توجيهه بأن الأمر يصرف عن ظاهره إلى الندب بقرينة، أو أمر خارج، فالأمر للوجوب لكن ههنا قرائن صرفته عنه للندب⁽³⁾ منها:

قيام الدليل عنده على طهارة الكلب :

قال ابن دقيق : وفي مذهب مالك قول أنه للندب، وكأنه لما اعتقد طهارة الكلب - بالدليل الذي دله على ذلك - جعل ذلك قرينة صارفة للأمر عن ظاهره من الوجوب إلى الندب، والأمر قد يصرف عن ظاهره لدليل⁽⁴⁾.

فوجه الندب أنه حيوان طاهر، ولذلك لم يطلب الغسل في الخنزير، فلم يجب غسل الإناء من ولوغه، وإنما أمر بذلك تشديدا ليكفوا عن اتخاذه⁽⁵⁾.

تضعيف الحديث صرف الأمر من الوجوب إلى الندب:

قال مالك : جاء هذا الحديث وما أدري ما حقيقته؛ أي أن ذلك على الوجوب أو الندب.

وقال ابن القاسم وكان مالك يضعف الحديث لمعارضة الكتاب؛ أي يضعف وجوب الغسل لأنه بمنزلة غيره من الحيوان، أو بتضعيف الحديث⁽⁶⁾.

ندب الغسل لعدم توفقه الأقدار ولكثرة ملابسته للنجاسة:

(1) اقتصر صاحب الإرشاد على القول بالوجوب، وبه جزم صاحب الوافي وقال القرابي إنه ظاهر المذهب . ينظر: إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك: ص: 17 . جامع الأمهات لابن الحاجب: ج: 1، ص: 40 . القوانين الفقهية: ص: 26 . الذخيرة : ج: 1، ص: 181 .

(2) قال ابن بشير: والذي في المدونة الندب، أحذه من قول مالك في المدونة، حيث جعل المعنى يضعف الوجوب . وقال ابن عبد البر على هذا القول: أنه الذي استقر عليه مذهب مالك عند أصحابه .

ينظر: المدونة الكبرى: (5/1) . التنبيه لابن بشير: (240/1) . التلقين لعبد الوهاب: (85/1) . عيون المجالس: ج: 1، ص: 189 . مواهب الجليل: (175/1) . مختصر خليل: ص: 12 . التلقين في الفقه المالكي: ج: 1، ص: 58 . التمهيد لابن عبد البر: (269/18) .

(3) رياض الأفهام: (103/1) .

(4) إحكام الأحكام لابن دقيق: (31/1) .

(5) المنتقى شرح الموطأ: (351/1) . الإشراف لعبد الوهاب: (178/1) . مواهب الجليل: (175/1) .

(6) المدونة الكبرى: (5/1) . التنبيه لابن بشير: (240/1) . مناهج التحصيل: (96/1) . المسالك: (124/1) . مقدمات: (92/1) . التوضيح لخليل: (73/1) .

أمر بغسل الإناء من ولوغه؛ لأنه مما يستقذر وتعافه النفس، وتوقي ما يستقذر وتعافه النفس غير واجب، فالندب معلل بقذارة الكلب واستعماله النجاسات⁽¹⁾.

الأمر بالغسل سبعا من باب التداوي، وهو أمر مندوب إليه:

ذهب ابن رشد إلى أن ذلك معلل بما يتقى من أن يكون الكلب كلبا، فيُتضرر بما يصيب الماء من لعبه المسموم، ويدل على صحة هذا التأويل تحديده بالسبع؛ لأن هذا العدد قد جاء في مواضع من الشرع استحبابه على جهة الطب والتداوي، لا سيما فيما يتوقى منه السم⁽²⁾.

واختلف المالكية هل غسل الإناء الذي ولغ فيه الكلب تعبدي لا يُعقل معناه، أو معلل؟

المشهور في المذهب أن الأمر بالغسل تعبدي غير معلل⁽³⁾. وقال به داود الظاهري⁽⁴⁾.

ووجه التعبد أنه غسل مقيد بعدد مخصوص؛ فتحديد الغسل سبعا دل على إن هذا الغسل عبادة، ولو كان لعله كالنجاسة مثلا لكان الإنقاء، وقد يحصل بمرة واحدة. وبما أنه أمر به مقيدا بطلب عدد مخصوص، فأشبهه الوضوء. وأيضاً لأن للتراب مدخلا فيه؛ وكل معنى أمر فيه بالماء وحصل للتراب مدخلا فيه، فإنه للعبادة لا للنجاسة كطهارة الحدث⁽⁵⁾.

وعندهم قول آخر أنه معقول المعنى⁽⁶⁾، واختلفوا في التعليل على أقوال:

ف قيل: للنجاسة وهو قول عبد الملك وسحنون⁽⁷⁾، إلا أن الماء لما لم يتغير قالوا بعدم وجوب الغسل، فلو تغير لوجب⁽⁸⁾.

(1) شرح التلقين للمازري: (232/1). إكمال المعلم: (102/2). حاشية الدسوقي: (83/1). الإكمال للأبي: (58/2).

(2) المقدمات الممهدة: (90/1). بداية المجتهد: (22/1).

(3) ينظر: البيان والتحصيل لابن رشد: ج:1، ص:216. التبصرة للحمي: (58/1). الخرشي على مختصر خليل: ج:1، ص:118. المسالك في شرح موطأ مالك: ج:2، ص:123.

(4) ينظر نسبة هذا القول إليه في: عيون الأدلة في مسائل الخلاف لابن القصار: ج:2، ص:109. الاستدكار: (208/1). التحقيق في أحاديث الخلاف لابن الجوزي: ج:1، ص:70. حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء: ج:1، ص:243.

(5) المعونة: (181/1). الإكمال للأبي: (58/2). انتصار الفقير السالك للراعي: (ص:264). الإشراف لعبد الوهاب: (177/1). المعلم للمازري: (125/1). إكمال المعلم: (101/2). عارضة الأحوذى: (126/1). الذخيرة: (181/1). التوضيح لخليل: (72/1).

(6) الاستدكار: (211/2).

(7) شرح التلقين: (232/1). عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: ج:1، ص:13.

(8) حاشية الدسوقي: (83/1). بلغة السالك: (61/1).

وقيل: تشديدا للمنعم، ليكفوا عن اتخاذه؛ لأن في اتخاذه مخالفة دأب أهل المروءات، ولما فيه من ترويع للمسلمين، لهذا غلظ عليهم في الماء بوجوب غسل الإناء من ولوغه سبعا، لقلة المياه عندهم في البادية، حتى يشتد عليهم، فيمتنعوا من اقتنائها⁽¹⁾.

وقيل: إنما أمر بذلك لأنه مما يستقدر وتعافه النفس، فالعلة استقذاره لكثرة ملابسته للنجاسة، وعلى هذا فالسبع تعبد؛ لأن القذارة لا تقتضي هذا العدد المخصوص⁽²⁾.

وذهب ابن رشد إلى أن ذلك معلل بما يُتقى من أن يكون الكلب كلبا، ويدل على صحة هذا التأويل تحديده بالسبع؛ لأن هذا العدد قد جاء في مواضع من الشرع استحبابه على جهة الطب والتداوي لا سيما فيما يتوقى منه السم⁽³⁾.

أما فقهاء الشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾ فذهبوا إلى نجاسة الكلب، ونجاسة سؤره، ووجوب غسل الإناء الذي ولغ فيه مع الترتيب .

واختلفوا في عدد الغسلات، ومحل الترتيب منها:

فذهب الشافعية⁽⁶⁾، والإمام أحمد في رواية عنه⁽⁷⁾ إلى غسل الإناء الذي ولغ فيه الكلب سبع مرات .

-
- (1) شرح البخاري لابن بطال: (267/1) . الإعلام لابن الملقن: (300/1) . الإكمال للأبي: (58/2) .
 (2) رياض الأفهام: (103/1) . جامع الأمهات: (ص:40) . الإكمال للأبي: (58/2) .
 (3) المقدمات الممهدة: (90/1) . الذخيرة: (181،182/1) . الإكمال للأبي: (58/2) .
 (4) ينظر: الأم: (5/1)، (209/7) . الحاوي الكبير: (307 - 304/1) . المهذب في فقه الإمام الشافعي: ج:1، ص:47،48 . الوسيط في المذهب للغزالي: ج:1، ص:204 . روضة الطالبين وعمدة المفتين: ج:1، ص:33 . فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب: ج:1، ص:39 .
 (5) ينظر: الشرح الكبير لابن قدامة: ج:1، ص:284 . شرح الزركشي على مختصر الخرقى: ج:1، ص:20 . معونة أولي النهى شرح المنتهى: ج:1، ص:400،407 . كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي: ج:1، ص:181،182 .
 (6) ينظر: مختصر المزني في فروع الشافعية: ج:1، ص:8 . بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي: ج:1، ص:243 . الشرح الكبير للرافعي: (66/1) . المجموع: (533/2) .
 (7) نقلها عبد الله في المسائل، وهو اختيار الخرقى في المختصر، وأبي الخطاب في الهداية، والسامري في المستوعب، وابن قدامة في المغني، والمجد في الحرر، وصححها القاضي في الروايتين والمرداوي في الإنصاف .
 ينظر: مسائل أحمد بن حنبل رواية ابنه عبد الله: ص:9 . مختصر الخرقى من مسائل الإمام أحمد بن حنبل: ص:16 . الروايتان والوجهان لأبي يعلى: ج:1، ص:64 . الهداية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لأبي الخطاب: ص:64 . المستوعب: ج:1، ص:343 . المغني لابن قدامة: ج:1، ص:46 الحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: ج:1، ص:4 . الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: ج:1، ص:310 .

وذهب الحسن البصري⁽¹⁾، والإمام أحمد في رواية أخرى عنه⁽²⁾، إلى أنه يُغسل ثمان مرات .
واختلفوا في الغسلة التي يكون فيها التراب بناءً على الاختلاف في حمل المطلق على المقيد : فمن ذهب إلى تساقط القيود لم يحمل الرواية المطلقة على إحدى الروايات المقيدة لوجود الاضطراب فيها، ولم يرحح بين الروايات المقيدة، فقال يكون التراب في إحدى الغسلات مطلقاً، سواء كان في أولاهن أو أخراهن أو غيرهما؛ لأن هذا الاضطراب يدل على أن محل التراب من الغسلات غير مقصود وإنما المقصود هو حصول الترتيب في مرة من المرات . وهذا قال به الشافعي⁽³⁾، وأحمد في رواية عنه⁽⁴⁾ . ومن ذهب إلى الترجيح بين الروايات المقيدة قال بترجيح رواية أولاهن بالتراب على باقي روايات الترتيب، فيكون التراب في الغسلة الأولى، وهو قول ثاني للشافعي⁽⁵⁾، ورواية عن أحمد⁽⁶⁾، وقال به الظاهرية⁽⁷⁾ . ومن حمل المطلق على المقيد قال تحمل الرواية المطلقة على المقيد المذكورين على سبيل البدل، فيجعل التراب في الأولى أو الأخيرة على سبيل التخيير⁽⁸⁾ .

- (1) ينظر قول الحسن في: التمهيد لابن عبد البر: 266/18. مختصر اختلاف العلماء للطحاوي: ج:1، ص: 118.
- (2) نقلها إسماعيل بن سعيد وحرب، ينظر: الروايات والوجهان: (65/1). مختصر ابن تميم على مذهب الإمام أحمد: ج:1، ص: 76، 77. الفروع وتصحيح الفروع لابن مفلح: ج:1، ص: 203. شرح الزركشي: (21/1).
- (3) ينظر: التنبية في الفقه الشافعي: ص: 23. نهاية المطلب في دراية المذهب: ج:1، ص: 241. أسنى المطالب في شرح روض الطالب: ج:1، ص: 21. الإقناع للشريبي: (93/1). حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب: ج:1، ص: 141.
- (4) ينظر بالإضافة للمصادر السابقة: شرح العمدة في الفقه: ج:1، ص: 85. المنع لابن قدامة: (ص: 19). الرعاية الصغرى في الفقه على مذهب الإمام أحمد: ج:1، ص: 56. الوجيز في الفقه على مذهب الإمام أحمد: ص: 59.
- (5) نقل القاضي أبو الطيب أن الشافعي نص في حرمة أنه يستحب جعل التراب في الأولى . ينظر: مختصر المزني: (8/1). بحر المذهب: 244/1. المجموع: (535/2). الإقناع للشريبي: (93/1). فتح الباري: (276/1).
- (6) هو اختيار ابن قدامة في الكافي، وقال المرادوي في الإنصاف هو الصحيح، واعتمدها صاحب الإقناع، ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل: ج:1، ص: 89. الإنصاف للمرادوي: (311/1). الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج:1، ص: 58. شرح منتهى الإرادات: (103/1).
- (7) ينظر: المحلى: (109/1). سبل السلام: (23/1).
- (8) نص عليه الشافعي في البويطي و كذا في الأم، وتبعه الزبيري، والمرعشي، وابن جابر، ينظر: الأم: (6/1) كفاية الأختيار: (ص: 72، 73). النجم الوهاج للدميري: (423/1). الإبهاج: (203/2). التمهيد للأسنوي: (426 - 423/1). القواعد والفوائد الأصولية: (285، 286/1). رفع الحاجب: (377/3). طرح الشريب: (119/2).

ومن ذهب إلى غسل الإناء الذي ولغ فيه الكلب ثمان مرات قال: يجب إفراد التراب عن السبع بثامنة، قال به الإمام أحمد في رواية⁽¹⁾، وهو قول الحسن البصري⁽²⁾، وروي عن داود الظاهري⁽³⁾.

الترجيح

يظهر مما ذكر في المسألة أن الراجح غسل الإناء الذي ولغ فيه الكلب سبع مرات وجوباً، والترتيب في إحدى الغسلات السبع استحباباً، وكونه في الأولى أولى للآتي:

1 - وجوب غسل الإناء سبعا قال به الشافعية والحنابلة والمالكية في رواية لقوله صلى الله عليه وسلم: (فاغسلوه سبعا) والأمر يقتضي مطلقه الوجوب عند جمهور الفقهاء.

2 - الترتيب في إحدى الغسلات السبع قال به الشافعية والحنابلة وجوباً وقال به الأحناف استحباباً ولم يقل به المالكية، فكونه استحباباً هو الراجح لاضطراب الروايات في الترتيب، وكونه لم يثبت في كل الروايات . ولأنه من باب التداوي وهو أمر مندوب إليه، فقد ثبت طبياً واكتشف بالآلات المكبرة والمجاهر الحديثة أن في لعاب الكلب ميكروبات وأمراض فتاكة لا يزيلها الماء وحده ما لم يستعمل معه التراب خاصة .

3 - وجعل التراب في إحدى الغسلات وعدم تقييده بإحداهن لوجود الاضطراب في رواياته وهذا يدل على أن محل التراب من الغسلات غير مقصود وإنما المقصود هو حصول الترتيب في مرة من المرات ثم أنه لم يحمل هنا المطلق على المقيد لعدم تحقق وجود شرط من شروط حمل المطلق على المقيد وهو كون المطلق دائراً بين قيدين متضادين فيبقى المطلق على إطلاقه لأن حمله على أحد القيدين ليس بأولى من حمله على القيد الآخر .

4 - وكون الترتيب في الغسلة الأولى أولى لقوله عليه السلام (أولاهن بالتراب) فترجح لكثرة رواها ولحفظهم ولتخريج أحد الشيخين لها، وليأتي الماء عليه بعده فينظفه . والله أعلم .

(1) نقلها عنه إسماعيل بن سعيد، وحرب، ينظر : الروايتان والوجهان: (65/1) . المغني: (46/1) . مختصر ابن تميم: (77/1) . الفروع: (203/1) . شرح الزركشي: (21،22/1) .

(2) ينظر: التمهيد لابن عبد البر : (266/18) . مختصر اختلاف العلماء : (118/1) . شرح معاني الآثار : (23/1) .

(3) المجموع : (533/2) .

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد: فقد منّ الله تبارك وتعالى عليّ بإتمام هذا البحث، وإخراجه على هذه الصورة متمنياً أن أكون قد وفقت لدراسة موضوعه وإكمالاً لعمله في هذا البحث فإني أحاول أن أقدم في هذه الخاتمة أهم النتائج وهي كما يلي :

- اختلفت العلماء في الترجيح والجمع بين الأحاديث الواردة في المسألة بناء على اختلاف الروايات الواردة فيها، فقد ورد غسل الإناء الذي ولغ فيه الكلب في بعض الروايات سبعا، وفي بعضها ثلاثا بدون ترتيب، وورد في روايات أخرى تعفير الإناء بالتراب داخل الغسلات السبع مطلقاً من غير تقييده بإحداها، وورد تقييد محل الترتيب من الغسلات السبع على حسب اختلاف الروايات، وورد في رواية أخرى الترتيب خارجا عن الغسلات السبع .
- وهذا الاختلاف كان له أثر على الأحكام الفقهية في المسألة، حيث اختلف الفقهاء فيها على النحو التالي :

فقهاء الأحناف والمالكية قالوا باستحباب غسل الإناء الذي ولغ فيه الكلب سبعا وعللوا عدم حمله على الوجوب لوجود قرائن صرفت الأمر عن ظاهره من الوجوب إلى الندب منها : ورود غسله ثلاثاً في بعض الروايات، وقياسه على سائر النجاسات، أو حمل السبع غسلات على ابتداء الإسلام حيث كان التشديد في أمر الكلاب، قيام الدليل عند المالكية على طهارة الكلب، معارضة حديث الغسل سبعا للكتاب، أو أن الغسل سبعا من باب التداوي؛ لأن هذا العدد قد جاء في مواضع من الشرع استحبابه على جهة الطب والتداوي .

أما بالنسبة للترتيب فالمالكية لم يأخذوا به لكونه لم يثبت في كل الروايات، والروايات التي ثبت فيها مضطربة في محله من الغسلات، وهذه الأسباب جعلت الأحناف يحملوه على الندب وعدم الوجوب .

فقهاء الشافعية والحنابلة قالوا بوجوب غسل الإناء الذي ولغ فيه الكلب سبعا مع الترتيب، ولكنهم اختلفوا في محل الترتيب من الغسلات بناء على الاختلاف في حمل المطلق على المقيد في المسألة، فالشافعية أخذوا بالرواية المطلقة في محل الترتيب من الغسلات ولم يحملوها على إحدى الروايات المقيدة لأسباب وهي:

1. اظطراب الروايات المقيدة، وهذا يدل على أن محل التراب من الغسلات غير مقصود .

2. تساقط القيود؛ لأن المطلق دائر بين قيدين متضادين وبهذا يمتنع الحمل .
- أما فقهاء الظاهرية فقالوا بترجيح رواية أولاهن على باقي روايات الترتيب .
- وذهب بعض الفقهاء إلى وجوب غسلة ثامنة مع الترتيب حملاً للرواية المطلقة على المقيدة بثماني غسلات .
- إن الاختلاف في القواعد الأصولية المتعلقة بالمطلق والمقيد له أثر كبير على اختلاف الفقهاء في الأحكام الفقهية المستنبطة من الأحاديث المطلقة والمقيدة .
 - إن الاختلاف في قابلية نص الحديث المقيد للتأويل، أدى إلى الاختلاف في بعض الأحكام،
 - إن الاختلاف في تصحيح الأحاديث، أدى إلى الاختلاف في حمل الحديث المطلق على المقيد،
 - فعدم ثبوت الرواية التي ورد فيها التقييد جعل بعض الفقهاء يأخذون بالإطلاق .
 - تبين من خلال دراسة هذا النموذج من المسائل التطبيقية منهج العلماء في استنباط الأحكام الشرعية، ودور القواعد الأصولية وضوابطها في ضبط الاجتهاد والإفتاء، والمسائل التطبيقية كثيرة في الفقه الإسلامي يحتاج استقصاؤها إلى العديد من الأبحاث العلمية .



هذا والله أعلم وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

قائمة بأهم المصادر والمراجع

- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم .
- 1. إعلاء السنن: ظفر أحمد العثماني التهانوي، دار الفكر، بيروت، ط1، 1421هـ .
- 2. الإعلام بفوائد عمدة الأحكام: أبو حفص، عمر بن علي بن أحمد الأنصاري الملقب ب(ابن الملقن)، تحقيق: عبد العزيز بن أحمد المشيخ، دار العاصمة، الرياض، ط1، 1417هـ .
- 3. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: محمد الشريبي الخطيب، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، ط1415هـ .
- 4. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: أبو النجا، موسى بن أحمد الحجاوي، تحقيق: عبد اللطيف محمد السبكي، دار المعرفة، بيروت .
- 5. إكمال إكمال المعلم: أبو عبد الله، محمد بن خلفه الوشتاني الأبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 .
- 6. إكمال المعلم بفوائد مسلم: أبو الفضل، عياض بن موسى اليحصبي، تحقيق: يحي إسماعيل، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 1419هـ .
- 7. الأم: أبو عبد الله، محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1393هـ .
- 8. الإمام في معرفة أحاديث الأحكام: أبو الفتح، تقي الدين محمد بن علي بن وهب المشهور بابن دقيق العيد، تحقيق: سعد بن عبد الله آل حميد، دار المحقق للنشر والتوزيع .
- 9. انتصار الفقير السالك لترجيح مذهب مالك: شمس الدين محمد بن محمد الراعي الأندلسي، تحقيق: محمد أبوأجفان، دار الغرب، بيروت، ط1، 1981م .
- 10. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: أبو الحسن، علي بن سليمان المرادوي، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت
- 11. البناية شرح الهداية: أبو محمد، محمود بن أحمد الغيتابي، المعروف ببدر الدين العيني، دار الفكر، بيروت، ط1، 1411هـ .
- 12. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة: أبو الوليد، ابن رشد القرطبي، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1408هـ .

13. التبصرة : أبو الحسن علي بن محمد اللخمي، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1433هـ .
14. جامع الأمهات: أبو عمرو جمال الدين عثمان بن عمر الكردي المعروف بابن الحاجب، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخصري، اليمامة للنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1419هـ .
15. العلل الواردة في الأحاديث النبوية : أبو الحسن، علي بن عمر الدارقطني، تحقيق : محفوظ الرحمن زين الله، دار طيبة، الرياض، ط1، 1405هـ .
16. عمدة القاري شرح صحيح البخاري : بدر الدين محمود بن أحمد العيني، دار إحياء التراث العربي، بيروت،
17. الفروع وتصحيح الفروع: أبو عبد الله، محمد بن مفلح المقدسي، تحقيق: حازم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ .
18. فيض الباري على صحيح البخاري : محمد أنور شاه الكشميري، تحقيق: محمد بدر عالم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1426هـ .
19. الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل : أبو محمد، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المكتب الإسلامي، بيروت .
20. الكامل في ضعفاء الرجال: أبو أحمد، عبد الله بن عدي الجرجاني، تحقيق: يحيى مختار غزاوي، دار الفكر، بيروت، ط3، 1409هـ .
21. كشاف القناع عن متن الإقناع : منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى، دار الفكر، بيروت، 1402هـ .
22. مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح : علي بن سلطان محمد القاري، تحقيق : جمال عيتاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1422هـ .
23. المسالك في شرح موطأ مالك : أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي، تحقيق: محمد وعائشة ابني الحسين السليمان، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1428هـ .
24. مسائل أحمد بن حنبل رواية ابنه عبد الله : عبد الله بن أحمد بن حنبل، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 1401هـ .

25. المستوعب: نصير الدين محمد بن عبد الله السامري، تحقيق: مساعد بن قاسم الفالح، مكتبة المعارف، الرياض، ط1، 1413هـ .
26. المسند : أبو بكر، عبد الله بن الزبير الحميدي، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، دار الكتب العلمية، بيروت، مكتبة المتنبي، القاهرة .
27. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: أبو عبد الله، محمد بن عبد الرحمن المغربي، المعروف بالخطاب، دار الفكر، بيروت، ط2، 1398هـ .
28. النجم الوهاج في شرح المنهاج : أبو البقاء، محمد بن موسى بن عيسى الدميري، تحقيق: لجنة علمية، دار المنهاج، جدة، ط1، 1425هـ .

دلالات النهي عند الإمام مسلم
نماذج من كتاب الصحيح دراسة أصولية تحليلية
د. عبدالله حسن علي
محاضر بقسم الدراسات الإسلامية / كلية التربية/جامعة بنى وليد

المقدمة

الحمد لله وحده ، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله - صلى الله عليه وعلى آله وصحبه أجمعين .

أما بعد: فقد قام لعلم الحديث ثلة من العلماء الأجلاء الذين تعهدوه بالجمع والتدوين، ووضع أسسه وإرساء قواعده، وجعلوه أداة قوية لاستنباط الأحكام الشرعية، وشرعوا يبحثون في نصوص الكتاب والسنة ودراسة ما فيهما من نصوص لفهم فحواه، وليعرفوا منها الخاص والعام والمطلق والمقيد...، لضبط أفعال المكلفين بضوابط الشرع، وقد كان لمبحث دلالة الألفاظ حظوا فر من البحث عند الأصوليين فوضعوا له تعريفات محددة كالمراد منها عند إطلاقها أو تقييدها أو حملها على أكثر من معنى، لأن القرآن الكريم والسنة النبوية من أبلغ النصوص العربية ويحتاج فهمها لسعة نظر، وقوة فهم وحدة ذكاء، لا تتوافر إلا عند من قرأ وتفقه في علوم القرآن والسنة النبوية وتفقه فيهما، وقد لقيت السنة النبوية عناية كبيرة من العلماء فمنهم من جمع حديث رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وبين الصحيح منها والضعيف، وهم علماء الحديث الذين جمعوا الحديث وصنفوه في كتب من أشهرها ما يعرف بالكتب الستة، وقد اتبعوا طرقاً مختلفة في ترتيب الأحاديث من حيث موضوعاتها وكذلك الترجمة لكل باب بعنوان يدل على الأحاديث المدرجة تحته.

ومن خلال اطلاعي على تراجم الإمام مسلم في كتابه وجدت العديد من التراجم التي تحمل طابع معرفة عظيمة لقواعد أصول الفقه وأسسها، فبينت تراجمه وأراءه الأصولية في التخصيص أو القياس أو دلالة الألفاظ، والأخير هو ما كان غاية بحث الباحثاهتدى أن يتوسع في هذا الموضوع ويبحث فيه فجمع بعض الأبواب التي ترجم لها الإمام مسلم وقام بدراسة الأحاديث الموجودة تحتها ليعرف مدلول هذه الألفاظ، وذكر الباحث الأحاديث المدرجة تحت هذه الأبواب إذا كانت ثلاثة أحاديث أو أقل، أما إذا زادت عن ذلك فيختار منها ما يُبين مدلول اللفظ.

مشكلة البحث:

إنّ دلالة النهي عند الأصوليين تشمل التحريم إذا لم توجد قرينة تصرفها إلى الكراهة إذ دلالة النهي عندهم إمّا للتحريم أو للكراهة ، وبالنظر في تراجم أبواب صحيح الإمام مسلم وجدته يطلق لفظ النهي أحياناً ولفظ الكراهة أحياناً أخرى، وهذا موافق لمدلول النهي عند الأصوليين، وبالنظر في تراجم أبواب الإمام مسلم، وجدته يطلق لفظ النهي في ترجمته لبعض الأبواب فأردت دراسة الأحاديث المدرجة تحت هذه الأبواب لمعرفة النهي الوارد فيها من خلال صيغ النهي المستخدمة في الحديث، وأقوال العلماء في المسألة لمعرفة هل النهي للتحريم أو للكراهة؟

الفصل الأول التمهيدي: تعريف النهي وصيغته، ودلالات النهي

المبحث الأول: تعريف النهي وصيغته

المطلب الأول: تعريف النهي لغةً واصطلاحاً.

عرف العلماء النهي بعدة تعريفات، وذلك تبعاً للمعنى المراد من النهي حيث إنَّ النهي يرد بعدة صيغ مختلفة عن بعضها في مدلولاتها اللغوية، ولمعرفة معنى النهي اصطلاحاً وحب التقديم بمعرفة تعريفه لغةً أولاً.

الفرع الأول: تعريف النهي لغةً: اتفق علماء اللغة على أنَّ التَّهْيِيَّ: خلاف أو ضد

الأمر أي بمعنى المنع أو الكف عن الفعل، وهو من مادة تهي ينهو فهو ناهٍ، ورد في لسان العرب من معان النهي أنه: "نَهَاهُ يَنْهَاهُ نَهْيًا فَانْتَهَى وَتَنَاهَى: كَفَّ؛ أَنْشَدَ سَيْبَوَيْهِ لِرِيَادِ بْنِ عَبْدِ الْعُذْرِيِّ:

إِذَا مَا انْتَهَى عِلْمِي تَنَاهَيْتُ عِنْدَهُ، ... أَطَالَ فَأَمَلِي، أَوْ تَنَاهَى فَأَقْصَرَا⁽¹⁾، وَقَالَ فِي الْمُعْتَلِّ بِالْأَلْفِ: نَهَوْتَهُ عَنِ الْأَمْرِ بِمَعْنَى تَهَيْتَهُ. وَنَفْسٌ نَهَاءٌ: مُنْتَهِيَةٌ عَنِ الشَّيْءِ. وَتَنَاهَوْا عَنِ الْأَمْرِ وَعَنِ الْمُنْكَرِ: تَهَى بَعْضُهُمْ بَعْضًا وَفِي التَّنْزِيلِ الْعَزِيزِ: ﴿كَانُوا لَا يَتَنَاهَوْنَ عَنِ مُنْكَرٍ فَعَلُوهُ﴾ (سورة المائدة، الآية: 79)⁽²⁾.
ويأتي النهي لعدة معان تدور أغلبها عن الكف وطلب الترك⁽³⁾ ("التَّهْيِيَّ) ضِدُّ الْأَمْرِ، وَ (نَهَاهُ) عَنْ كَذَا يَنْهَاهُ (نَهْيًا)، وَ (انْتَهَى) عَنْهُ، وَ (تَنَاهَى) أَي كَفَّ⁽³⁾ فالنهي في اللغة: ضد الأمر، وهو قول القائل لمن دونه: "لا تفعل"⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: تعريف النهي اصطلاحاً: عرف علماء الأصول النهي بأذنه: "استدعاء

الترك بالقول ممن كان دون من طلب"⁽⁵⁾، ومعنى استدعاء الترك: يراد به الطلب، ومعناه طلب الترك لا الفعل لأنَّ طلب الفعل هو الأمر. وبالقول: قيد خرج به الفعل، لأن طلب الترك بالفعل يسمى المنع لا النهي، "لأن من قيد عبده، أو أغلق بابه فقد منعه، وليس ذلك بنهي"⁽⁶⁾.

(1) عبد القادر بن عمر البغدادي، خزانة الأدب، ط4، (170/11).

(2) ابن منظور، لسان العرب، ط3، (344-343/1).

(3) الرازي، مختار الصحاح، ط5، (321-320).

(4) الجرجاني، التعريفات، ط1، (248).

(5) ينظر أبو يعلى، العدة في أصول الفقه، ط2، (159/1)، جلال الدين، شرح الورقات، ط1، (116).

(6) أبو يعلى، العدة في أصول الفقه، (159/1).

المطلب الثاني: صيغ النهي ومدلولاته:

الفرع الأول: معنى صيغ النهي والتي هي مجموع الألفاظ الدالة على الكف عن الفعل والترك،

وهي تأتي بعدة أساليب لغوية منها:

1- صيغة النهي (لا تفعل): وهي من أشهر صيغ النهي وهي لا الناهية مع الفعل المضارع مثال ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ سورة الأنعام، الآية: (151) فالله سبحانه وتعالى قد طلب في هذه الآية الكريمة الكف والامتناع عن فعل هو قتل النفس التي حرم الله قتلها إلا بالحق، كالقصاص والردة، نعوذ بالله من الارتداد عن الدين صيغة الفعل المضارع تسبقه لا الناهية كما نهي بهذا الصيغة عن العديد من الكبائر مثل الزنا في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّانَةَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ (سورة الإسراء، الآية: 32).

2- مادة حرم ومشتقاتها: وهي من الصيغ الصريحة في النهي، مثلها قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الزَّانَةَ﴾ (سورة البقرة، الآية: 275)، وقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالِدَمُّ وَالْحِمُّ الْحَنِزِيرُ﴾ (سورة المائدة، الآية: 3)، كذلك الحال في الجملة الخبرية المثبتة التي استعملت فيها مادة التحريم كقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ﴾ (سورة النساء، من الآية: 23)، ففي هذه الآية الكريمة طلب الكف عن نكاح الأمهات وما ذكر معهن من المحرمات بجملة خبرية مثبتة، مشتقة من مادة التحريم وهي قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ الآية.

3- مادة نهى ومشتقاتها في سياق الإثبات: مثاله قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَاكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ﴾ (سورة الممتحنة، الآية: 9)، فهى الله سبحانه وتعالى موالاة الكافرين الذين عادوا المؤمنين وأخرجوهم من ديارهم.

4- نفي الحل: فكما تفيد صيغة أحل التحليل فإنه إذا نفيت تفيد النهي، ومن أمثلتها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا﴾ (سورة النساء، الآية: 19)، وكذلك ما جاء عن عبد الله بن عمر، عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: «لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ، تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ، تُسَافِرُ مَسِيرَةَ ثَلَاثِ لَيَالٍ، إِلَّا وَمَعَهَا ذُو مَحْرَمٍ»⁽¹⁾، ففي هذين النصين إخبار بنفي الحلل عن الارث بالكراهة وسفر المرأة من غير محرم فوق ثلاث ليال، وفي ذلك تأكيد لطلب الكف عن الفعل.

5- فعل الأمر الدال على الترك: ومن أمثلتها لفظ اجتنبوا أو ذروا كما جاء في قوله تعالى: ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾ (سورة الحج، الآية: 30)، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ (سورة البقرة، الآية: 279)، وهذه الألفاظ تدل على الترك وعدم الإقبال على الفعل مما يدل على أنه منهي عنه.

(1) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحجاب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره، (875/2)، برقم: (1338).

الفرع الثاني: صيغة النهي المجرد ودلالاتها: اختلف العلماء في صيغة النهي "لا تفعل"

- إذا تجردت عن القرائن- على دلالتها على التحريم على ثلاث مذاهب:

المذهب الأول: وهو مذهب الجمهور حيث يقولون إنّ صيغة النهي تدل على التحريم عند تجردها عن قرينة تصرفها إلى غير التحريم، ويستدلون على قولهم بأدلة منها:

الدليل الأول: بالعقل حيث يكون المعنى المتبادر إلى الذهن عند إطلاق النهي هو التحريم فلو قال سيد لعبده: لا تخرج من الدار وخرج وعاقبه سيده فلا شيء عليه؛ لأنّ المعنى المفهوم من النهي هو حرمة الخروج من الدار.

الدليل الثاني: أفعال الصحابة والتابعين، حيث كانوا ينتهون عن الفعل بمجرد سماعهم للنهي، ولا يسألون عن كونه للكراهة أو للتنزيه أو لغيرها من معاني النهي المجازية.

المذهب الثاني: وأصحاب هذا المذهب يقولون: بأنّ النهي إن ورد مطلقاً، يكون للتحريم أو للكراهة ولا يحمل على أحد المعنيين إلاّ بقرينة دالة، وحثهم في ذلك هو كون تعريف التحريم والكراهة هو طلب الترك وفي الكراهة مع عدم المنع عن الفعل، أمّا التحريم فبالمنع، إذ المنع زيادة والزيادة تحتاج إلى دليل.

ورد عليهم صاحب المذهب أنّ المطالبة بدليل ليست بدليل، ولو افترضنا أنّها دليل فالدليلان اللذان ذكرهما الجمهور يكفیان لإثبات أنّ النهي إذا ورد مطلقاً ينصرف إلى التحريم.

المذهب الثالث: يقول: أنّ صيغة النهي المجرد "لا تفعل" لفظ مشترك بين التحريم والكراهة، ولا يثبت كونه للتحريم أو للكراهة إلاّ بقرينة دالة على أحد المعنيين، ويعللون لقولهم بكون صيغة النهي المجردة استعملت للتحريم وللکراهة، والأصل في الاستعمال الحقيقية، فتكون حقيقة فيهما إلى أنّ ترد قرينة ترجح أحد المعنيين على الآخر.

ويرد على قولهم هذا بأنّ التردد بين المعنيين يبطل قولهم بالاشتراك اللفظي، لأنّ الاشتراك اللفظي يستوجب تبادر أحد المعنيين إلى الذهن فيكون هو الحقيقة والمعنى الآخر مجازاً، وما يتبادر إلى الذهن عند إطلاق النهي بصيغة "لا تفعل" التحريم والأدلة التي أوردها الجمهور كافية لإثبات ذلك، انتهى من كان يمارس الزنا عن فعله عندما نزل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّانَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ (سورة الإسراء، الآية: 32)، مثلاً؛ لأنّه تبادر إلى ذهنهم التحريم، فهذا دليل على أنّه هو المعنى الحقيقي لصيغة النهي عند إطلاقها.

المبحث الثاني: دلالة النهي على الفور والتكرار واقتضائه للفساد ووروده بعد أمر: عرفنا في المبحث السابق تعريف النهي وصيغته، ودلالة لفظ النهي على التحريم عند إطلاقه، فهل لو ورد النهي هل يستوجب الانتهاء على الفور والتكرار؟ وهل يقتضي فساد المنهي عنه؟ ولورد النهي بعد أمر فماذا يراد به التحريم أم الكراهة؟ والجواب عن هذه المسائل سيتناوله الباحث كل مسألة بشكل مختصر ومفيد بإذن الله.

المطلب الأول: دلالة النهي على الفور والتكرار:

اختلف العلماء في دلالة النهي على الفور والتكرار على مذهبين: **المذهب الأول:** وهو مذهب جمهور العلماء⁽¹⁾ ويقولون إنّ النهي يقتضي الفور والتكرار ويوردون عدة أدلة منها:

الدليل الأول: أنّ صيغة النهي يراد بها استدعاء ترك الفعل عند توافر شروط التكليف، في كل زمن يتواجد فيه النهي، وتأخير الامتثال بعد الاستدعاء يعد عصياناً كما يعد الممثل بعد الاستدعاء مباشرة طائعاً، فيثبت هنا أن النهي للفور والتكرار في كل زمان.

الدليل الثاني: أنّ الصيغة استدعاء للترك، وليس معها قرينة تدلّ على التوسعة والتسحّح في التراخي، فهي بكونها استدعاء جازمة على المكلف بترك ما نهى عنه، ودوامه.

الدليل الثالث: أن الشارع الحكيم لا ينهى إلا عن فعل قبيح، والقبيح يجب تركه على الفور وفي كل وقت.

المذهب الثاني: يقول: أنّ النهي لا يدل على الفور⁽²⁾ والتكرار وهو مذهب أبي بكر الأشعري، ورجحه الفخر الرازي في المحصول⁽³⁾، واستدل أصحاب هذا المذهب بكون النهي قد يأتي على الدوام كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّانَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ (سورة الإسراء، الآية: 32)، وقد يكون مؤقتاً كقول الطبيب للمريض: لا تأكل السمك، وقد فرقوا هنا بين النهي المطلق والنهي المقيد، وهما واحد عند أصحاب المذهب الأول، فيكون الخلاف بين المذهبين لفظياً لا معنوياً⁽⁴⁾.

(1) الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ط1، (370/3-371)

(2) حيث ذكر صاحب كتاب الواضح أن الأكثرين من أصحاب الشافعي، والأقلين من أصحاب أبي حنيفة ذهبوا إلى أنه على التراخي، وهو مذهب المعتزلة، واختيار القاضي الإمام أبي بكر الباقلاني وقد ذكر ذلك في مبحث الأمر وذكر في مبحث النهي أنّ ما قيل في الأمر ينطبق على النهي في هذه المسألة، ينظر البغدادي، الواضح في أصول الفقه، ط1، (18/3).

(3) ينظر الرازي، المحصول، ط3، (281/2-282).

(4) البغدادي، الواضح في أصول الفقه، (235/3-236)، ينظر النملة، المهذب، ط1، (1441/3-1442).

المطلب الثاني: اقتضاء النهي فساد المنهي عنه:

انقسم العلماء في هذه المسألة إلى مذاهب وذلك لعدة اعتبارات منها: كون النهي في العبادات أو في المعاملات، وهل النهي يقتضي الفساد في المنهي عنه لعينه أو لمعنى أو وصف لغيره، فهل يقتضي النهي فساد المنهي عنه لغة أو شرعاً، أو لا يقتضي الفساد مطلقاً.

المذهب الأول: أنّ النهي يقتضي فساد المنهي عنه مطلقاً، أي سواء أكان المنهي عنه عبادة، أم معاملة، والمراد بالفساد: عدم ترتب الآثار، فأثر النهي في العبادات: عدم براءة الذمة، وأثر النهي في المعاملات: عدم إفادة الملك والحل، فإذا ورد النهي عن أمر اقتضى فساده حكماً، سواء كان النهي في العبادات أو المعاملات، كان النهي عنه لغيره أو لسبب في نفسه وبه قال أكثر أصحاب أبي حنيفة ومالك والشافعي وأحمد بن حنبل⁽¹⁾، وأدلتهم على ذلك كثيرة منها:

الدليل الأول: قول النبي -صلى الله عليه وسلم-: "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"⁽²⁾، فالمنهي عنه ليس من أمر الشارع فهو مردود إذاً، فإذا اعترض هذا القول بقولهم إنّ الردود هي عدم قبول العمل والإثابة عليه وليس معناه فساد وبطلان العمل، فيجاب بأنّ لفظ الرد كما يستعمل لعدم القبول يستعمل للبطلان والفساد، فيقال رد فلان كلام فلان أي أفسده، ويقال: في إفساد كتب المخالفين الرد على فلان، إذاً فيستعمل في المعنيين.

فإن قيل إنّ المقصود في الحديث هو ما ليس من الدين كالزنا وشرب الخمر وغيرها، والخلاف في ما هو من الدين على صفة مكروهة كالبيع وقت النداء، أو الصلاة في الثوب المغصوب.

قيل: البيع على صفة منهي عنها والقيام بالصلاة مع أفعال تبطلها ليس من الدين ولا يثاب فاعله، فهو مردود أي فاسد لا يقبل.

الدليل الثاني: أنّ الصحابة -رضي الله عنهم- استدلوا على فساد العقود بالنهي، من ذلك قول ابن عمر -رضي الله عنه-: "لا يصح نكاح المشركات"⁽³⁾، لأن الله تعالى قال: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ﴾ (سورة البقرة، الآية: 221)، واحتجاجهم على (فساد عقود الربا) بقوله -صلى الله عليه وسلم-: "لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل"⁽⁴⁾

(1) ينظر، الشوكاني، إرشاد الفحول، ط1، (280/1-282).

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الاقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، (3\1343) برقم: (1718).

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، ط1، كتاب الطلاق، باب ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن، (7/48) برقم: (5285).

(4) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب الربا، (3/1208)، برقم: (1584).

فإن قيل: لعلهم رجعوا إلى فساد ذلك بقرينة، يقال: لو كانت قرينة لذكرت ولذكرها بعضهم عند الاحتجاج، فلما قنعوا بمجرد اللفظ وظاهره دل على أنهم عقلوا منه الفساد.

المذهب الثاني: وهو عكس الأول أي أنّ النهي عن الفعل يقتضي صحة المنهي عنه، وقيل هو اختيار أبي حنيفة، ومحمد بن الحسن⁽¹⁾، وأيضاً الكرخي من الحنفية وأبو بكر القفال من الشافعية، وعمامة المتكلمين⁽²⁾.

الفصل الثاني: دلالة النهي في تراجم صحيح الإمام مسلم

المبحث الأول: صيغ النهي المستفاد منها التحريم في تراجم صحيح الإمام مسلم.

المبحث الثاني: صيغ النهي المستفاد منها الكراهة في تراجم صحيح الإمام مسلم.

تنبيه: اعتمدت في تقسيمي لهذا الفصل معرفة لفظ النهي هل هو للتحريم أو للكراهة على عدة معايير هي:

1- من خلال استقراء الباحث لتراجم صحيح الإمام مسلم لاحظ أنّ التراجم المحتوية على أحكام تنقسم إلى:

أ- تراجم صرح الإمام مسلم بالحكم فيها منسوبة لقائله.

ب- تراجم لم يصرح فيها بحكم منسوباً لقائله مما يرجح للباحث أنّ هذا الحكم وصل إليه باجتهاده أو أنّه يرى الحكم فيها على هذا النحو، وهذه هي التراجم المستهدفة كنماذج في هذا الفصل.

2- أنّ الإمام مسلم في تراجمه يرى أنّ النهي العام بجميع صيغه يفيد التحريم، ولاحظ الباحث هذا من خلال تتبع الصيغ والمسائل الواردة تحت أبواب النهي العام أنّ جمهور الأصوليين يحملون هذه الصيغ على التحريم وكذلك وافقهم جمهور الفقهاء في الحكم على هذه المسائل.

3- أنّ الإمام مسلم لم يصرح بلفظ التحريم في جميع تراجم أبواب كتبه، مما يرجح للباحث أنّ معظم النهي العام كان يقصد به التحريم، وذلك لتصريحه بلفظ الكراهة في بعض تراجم أبواب كتبه.

(1) النملة، المذهب، (1451/3).

(2) ابن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، د. ط، (370/1).

المبحث الأول: صيغ النهي المستفاد منها التحريم في تراجم صحيح مسلم

المطلب الأول: تعريف الحرام:

تعريف الحرام: عرف علماء اللغة الحرام بأنه: (المتنع فعله، من حرم من بابي قرب وتعب، وسمع: أحرمته بمعنى حرّمته، والممنوع يسمى حراماً تسمية بالمصدر)⁽¹⁾.

أما شرعاً فقد عُرفاته: (ما ثبت النهي فيه بلا عارض، ويقتضي العقل قبحة ويذم فاعله شرعاً، ويعاقب بفعله، ويكفر باستحلاله)⁽²⁾.

حكمه: يثاب تاركه ويعاقب فاعله، فالله حرم أكل الميتة، فمن أكل الميتة فهو يستحق العقاب، ومن ترك أكل الميتة فإنه يثاب. وحرم الله أكل الخنزير، فمن أكل الخنزير فإنه يستحق العقاب، ومن تركه فإنه يثاب على تركه ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَحُلْمُ الْخِنْزِيرِ﴾ (سورة المائدة، الآية:3) إلى آخر الآية، ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ وَحُلْمَ الْخِنْزِيرِ﴾ (سورة البقرة، الآية:173).

وقد يأتي المحرم بصورة الأمر، كقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ (سورة المائدة، الآية:90)، و﴿ذَلِكَ وَمَنْ يُعْظَمْ خُرْمَاتِ اللَّهِ فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ عِنْدَ رَبِّهِ وَأُحِلَّتْ لَكُمْ الْأَنْعَامُ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾ (سورة الحج، الآية:30)، فهذه الصيغ تدل على التحريم.

أقسام المحرم: ينقسم المحرم إلى نوعين، محرم لذاته ومحرم لغيره:

المحرم لذاته: وهو ما حرّمه الشارع ابتداءً وأصالةً، ويكون منشأ الحرمة فيه ذات الفعل أو عين المحل، ولأنه غير مشروع أصلاً، ويترتب عليه مضرة ومفسدة في ذاته فيكون باطلاً ولا يترتب عليه أي أثر شرعي، ومن أمثله الزنا، وشرب الخمر وأكل الميتة ونكاح المحارم، فكل هذه الأفعال لا يترتب عليها حكم، لعدم صلاحية المحل لظهور الحكم الشرعي.

المحرم لغيره: وهو ما كان مشروعاً وغير محرم في ذاته، ولكن اقترن به سبب آخر فيه مفسدة ومضرة للعباد فجعله الشارع محرماً، ومثال ذلك الصلاة في الثوب المغصوب، والبيع وقت النداء، فالصلاة في ذاتها مشروعة وواجبة على المكلف ولكنها اقترنت بما هو محرم، وهو الثوب المغصوب فصارت غير مشروعة، والبيع كذلك مباح شرعاً ولكنه اقترن بما هو منكر وهو الانشغال عن الصلاة فصار محرماً⁽³⁾.

(1) ينظر الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ط1، (94/4)، الفيومي، المصباح المنير، د.ط، (180/1).

(2) ينظر الجرجاني، التعريفات، (217)، الإسنوي، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، ط1، (58)، والسبكي، الإبهام في شرح المنهاج، د.ط (58/1).

(3) ينظر الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، ط1، (355/1).

المطلب الثاني: صيغ النهي الدالة على التحريم في صحيح مسلم:

الصيغة الأولى: لفظ النهي الصريح فقد اتفق العلماء على أن مادة نهي ومشتقاتها كلا تفعل ونحوها تفيد التحريم، وذلك كقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ (سورة النحل، الآية: 90). وقد ترجم الإمام مسلم للأحاديث الواردة فيها لفظ النهي، بالنهي المطلق ويبدو أنه أراد به التحريم، وكره إطلاق لفظ التحريم كعادة معظم المتقدمين حيث كانوا يتحرزون من إطلاق لفظ التحريم خوفاً من الوقوع في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِّتَقْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَقْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ﴾ (سورة النحل، الآية: 116)⁽¹⁾، ومن أمثلة ذلك:

المثال الأول: ترجم لأحاديث البول في الماء الراكد بالنهي عن البول في الماء الراكد، معقبا عنوان الباب

بثلاث أحاديث أحدها بصيغة النهي الصريح واثنان منها بصيغة لا تفعل وهي:

- 1- حديث عن جابر، عَنِ رَسُولِ اللَّهِ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ-، أَنَّهُ نَهَىٰ عَنِ أَنْ يُبَالَ فِي الْمَاءِ الرَّائِدِ⁽²⁾
- 2- عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ-: «لَا يَبُولَنَّ أَحَدُكُمْ فِي الْمَاءِ الدَّائِمِ ثُمَّ يَغْتَسِلُ مِنْهُ»⁽³⁾.

اتخذ العلماء في البول في الماء الراكد عدة اعتبارات ترتب على إثرها اختلافهم في الحكم، وهذه الاعتبارات منها: كون الماء مملوكاً أو غير مملوك، وكونه قليلاً أو كثيراً، فالمالكية حرّموا البول في الماء القليل الراكد غير المسيل، أو المملوك ولم يأذن صاحبه في استعماله أو أذن باستعماله، ولم يأذن بالبول فيه، فإن كان الماء كثيراً أو مبحراً كالبحيرات والأحواض الواسعة في الحدائق أو لم يكن مملوكاً أو مملوكاً وأذن صاحبه في البول فيه فإنّ المالكية يقولون بالكراهة بالبول فيه⁽⁴⁾

وبهذا التفصيل قال الحنابلة⁽⁵⁾، والحنفية⁽⁶⁾، أما الشافعية⁽⁷⁾ فقد زادوا شرطاً آخر وهو كون البول

في الليل أو النهار، فقالوا يكره البول في الماء الراكد في الليل مطلقاً سواء أكان قليلاً أم كثيراً.

(1) ينظر السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، (59/1).

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطهارة، باب النهي عن البول في الماء الراكد، (235/1)، برقم: (281)

(3) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطهارة، باب النهي عن البول في الماء الراكد، (235/1)، برقم: (282)

(4) (ينظر للحمي، التبصرة، ط1، (43/1).

(5) ينظر ابن قدامة، المغني، د.ط، (122/1).

(6) ينظر ابن نجيم، البحر الرائق، ط2، (87/1-90).

(7) ينظر النووي، المجموع شرح المهذب، د.ط، (93/2).

وبهذا فإن النهي في ترجمة الإمام مسلم في هذا الباب يفيد التحريم، على ما ذهب إليه العلماء من أصوليين وفقهاء في هذه المسألة.

المثال الثالث: ومن الأمثلة الواردة في هذه الصيغة وهي صيغة النهي الصريح الدال على التحريم، ترجم الإمام مسلم باباً بعنوان باب: تَحْرِيمُ ثَمَنِ الْكَلْبِ، وَحُلْوَانِ الْكَاهِنِ، وَمَهْرِ الْبَغِيِّ، وَالتَّهْيِ عَنْ بَيْعِ السَّنُورِ، وجمع في هذا الباب ثلاثة أحاديث كلها بصيغة النهي الصريح الدال على التحريم، منها:

- 1- عن أبي مسعود الأنصاري: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ، وَمَهْرِ الْبَغِيِّ، وَحُلْوَانِ الْكَاهِنِ. (1)
- 2- عن جابر، قال: نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ ثَمَنِ السَّنُورِ. (2)

أقوال العلماء في مسألة ثمن الكلب:

اقتصرت على أقوال الفقهاء عن ثمن الكلب؛ لأن باقي المذكورات في الحديث ينطبق عليهم نفس الحكم بمعنى إن كان النهي للتحريم كان لمن نفس الحكم، وكذلك إن كان للكرهية.

حكى الفقهاء أن ثمن الكلب من النجاسات التي لا يجوز بيعها، ويحرم الاستفادة من ثمن الكلب كما ويحرم اقتناؤه، وقد استثنى المالكية كلب الصيد والحراسة وأجازوا ثمنه، أما بقية الفقهاء فقد أجازوا اقتناء كلب الصيد والحراسة دون ثمنه للنهي الوارد في الأحاديث السابقة. (3)

وبهذا يكون مقصود النهي في ترجمة الإمام مسلم لهذا الباب هو التحريم، موافقاً بهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء من أصوليين وفقهاء.

الصيغة الثانية: فعل الأمر الدال على الترك:

ذهب جمهور الأصوليين (4) إلى أن فعل الأمر الدال على الترك يفيد التحريم، وقد أورد الإمام مسلم في باب النهي عن الخلاء على قارعة الطريق حديثاً بصيغة فعل الأمر الدال على الترك:

- 1- أَخْبَرَنِي نَافِعُ بْنُ يَزِيدَ، عَنْ حَيَّوَةَ بْنِ شَرِيحٍ، أَنَّ أَبَا سَعِيدٍ الْخَمِيرِيَّ حَدَّثَهُ، قَالَ: كَانَ مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ يَتَحَدَّثُ بِمَا لَمْ يَسْمَعْ أَصْحَابَ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -، وَيَسْكُتُ عَمَّا سَمِعُوا، فَبَلَغَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَمْرٍو مَا يَتَحَدَّثُ بِهِ، فَقَالَ: وَاللَّهِ، مَا سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَقُولُ هَذَا، وَأَوْشَكَ مُعَاذٌ أَنْ يَفْتِيَكُمْ فِي الْخَلَاءِ. فَبَلَغَ ذَلِكَ مُعَاذًا، فَلَقِيَهُ، فَقَالَ مُعَاذٌ: يَا عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَمْرٍو، إِنَّ

(1) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن وحلوان الكاهن ومهر البغي والنهي عن بيع السنور، (1199/3) برقم: (1569).

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن وحلوان الكاهن ومهر البغي، (1199/3) برقم: (1569).

(3) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، د.ط، (146/3).

(4) الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، (288/3-290).

التَّكْذِيبِ بِحَدِيثِ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - نِفَاقًا، وَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى مَنْ قَالَهُ، لَقَدْ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَقُولُ: اتَّقُوا الْمَلَاعِينَ الثَّلَاثَ: الْبِرَّازَ فِي الْمَوَارِدِ، وَالظَّلَّ، وَقَارِعَةَ الطَّرِيقِ".⁽¹⁾

الملاعن: جمع ملعنة قارعة الطريق ومنزل الناس.⁽²⁾

للعلماء في مسألة الخلاء على قارعة الطريق رأيان:

الرأي الأول: حمل فيه أصحاب هذا الرأي النهي الوارد في الحديث على التحريم، وذلك لأن الصيغة الواردة في هذه الأحاديث وهي صيغة اللعن تستوجب التحريم، وأيضاً لما في هذا الفعل من إيذاء شديد للناس، من انتشار للأمراض وعدم قدرتهم على استخدام الطريق، فذهب المالكية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾ وهم أصحاب هذا الرأي إلى تأييم من يقضي حاجته على قارعة الطريق إن لم يكن عالماً بجرمه ذلك.

الرأي الثاني: وهو مذهب الشافعية⁽⁵⁾ والأحناف⁽⁶⁾ قالوا بحمل النهي الوارد في الحديث على الكراهة التنزيهية.

والحكم بالتحريم أو الكراهة يكون تبعاً للأثر المترتب على الفعل فإن كان فيه إيذاء شديد للناس، أو كان فيه تأثير على الصحة العامة؛ فهو حرام بالإجماع، لأن إيقاع الضرر بالناس منهي عنه نهياً غليظاً، والقائلين بالكراهة نظروا إلى الطرق المهجورة والأماكن الخلوية الواسعة⁽⁷⁾.

والقول بالتحريم هو الأرجح لأن هذا الفعل فيه مجلبة للعن وإيذاء شديد للناس كما قلنا سابقاً، ولهذا قال صاحب كتاب النجم الوهاج: "وقال المصنف: ينبغي أن يكون حراماً؛ للنهي الصريح والإيذاء القبيح، وسبقه إلى هذا البغوي في (شرح السنة) وحكى الرافعي في (كتاب الشهادات) عن صاحب (العدة) تحريم التغوط في الطريق. وعن الخطابي: تحريمه في الظل، وهذا هو الصواب"⁽⁸⁾.

فتكون دلالة النهي في ترجمة هذا الباب تفيد التحريم، وفقاً لأقوال جمهور الأصوليين في الصيغ الواردة في الأحاديث المروية في هذا الباب، وكذلك رأي جمهور الفقهاء في هذه المسألة.

⁽¹⁾ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطهارة، باب النهي عن التحلي في الطرق والظلال، (1/226)، برقم: (269).

⁽²⁾ الرازي، مختار الصحاح، (283).

⁽³⁾ المازري، شرح التلقين، ط1، (244).

⁽⁴⁾ برهان الدين، المبدع في شرح المقنع، ط1، (1/62).

⁽⁵⁾ النووي، المجموع شرح المذهب، (2/87).

⁽⁶⁾ بداماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الابجر، د.ط، (1/67).

⁽⁷⁾ ينظر المازري، شرح التلقين، (1/246)، والشافعي، الأم، د.ط، (7/306).

⁽⁸⁾ أبو البقاء، النجم الوهاج في شرح المنهاج، ط1، (1/294).

الصيغة الثالثة: ترتيب العقوبة على الفعل:

اتفق الأصوليون على أنّ ترتيب العقوبة على الفعل من القرائن التي تدل على تحريم الفعل، حيث عرف كثيرٌ من الأصوليين الحرم بأنه ما استحق فاعله العقوبة⁽¹⁾ وقد أورد الإمام مسلم حديثاً بهذه الصيغة وترجم له بلفظ باب التَّهْيِ عَنْ بِنَاءِ الْمَسَاجِدِ، عَلَى الْقُبُورِ وَاتِّخَاذِ الصُّورِ فِيهَا وَالتَّهْيِ عَنْ اتِّخَاذِ الْقُبُورِ مَسَاجِدَ، وهو:

عَنْ عَائِشَةَ، أَنَّ أُمَّ حَبِيبَةَ، وَأُمَّ سَلَمَةَ ذَكَرْنَا كَنِيْسَةً رَأَيْتُهَا بِالْحَبَشَةِ فِيهَا تَصَاوِيرُ لِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّ أَوْلَيْكَ، إِذَا كَانَ فِيهِمُ الرَّجُلُ الصَّالِحُ، فَمَاتَ، بَنَوْا عَلَى قَبْرِهِ مَسْجِدًا، وَصَوَّرُوا فِيهِ تِلْكَ الصُّورَ، أَوْلَيْكَ شِرَارُ الْخَلْقِ عِنْدَ اللَّهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»⁽²⁾

الصيغة الخامسة: نفي الحل: من المعلوم أنّ من صيغ النهي الدالة على التحريم نفي الحل عن الشيء، بمعنى جعله حراماً، وقد ذكر الإمام مسلم صيغة نفي الحل بالنهي باب النهي عن النهبة حيث أورد أحاديث قرنت في أحدها النهبة بكبائر منهي عنها كالزنا وشرب الخمر والسرقه منها:

-عن أبي هريرة: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «لَا يَزْنِي الرَّأْيِي حِينَ يَزْنِي وَهُوَ مُؤْمِنٌ، وَلَا يَسْرِقُ السَّارِقُ حِينَ يَسْرِقُ وَهُوَ مُؤْمِنٌ، وَلَا يَشْرَبُ الْخَمْرَ حِينَ يَشْرَبُهَا وَهُوَ مُؤْمِنٌ» قَالَ ابْنُ شَهَابٍ: فَأَخْبَرَنِي عَبْدُ الْمَلِكِ ابْنُ أَبِي بَكْرٍ بِنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ كَانَ يُحَدِّثُهُمْ هَؤُلَاءِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، ثُمَّ يَقُولُ وَكَانَ أَبُو هُرَيْرَةَ يُلْحِقُ مَعَهُنَّ: «وَلَا يَنْتَهَبُ نُهْبَةً دَاتَ شَرَفٍ يَرْفَعُ النَّاسُ إِلَيْهِ فِيهَا أَبْصَارَهُمْ حِينَ يَنْتَهَبُهَا وَهُوَ مُؤْمِنٌ»⁽³⁾ «وَلَا يَنْتَهَبُ نُهْبَةً دَاتَ شَرَفٍ يَرْفَعُ النَّاسُ إِلَيْهِ فِيهَا أَبْصَارَهُمْ حِينَ يَنْتَهَبُهَا وَهُوَ مُؤْمِنٌ»⁽³⁾

اتفق الأئمة الأربعة: "أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد"، على تحريم النهبة، ونهوا عن ثمن المنهوب واعتبروا الناهب كالسارق مع عدم ترتب عقوبة السرقة عليه وهي قطع اليد لنقص في أركان تطبيق الحد، وهو كون السارق يسرق خلسةً في الخفاء عن أعين الناس، والناهب ينهب أمام أعين الناس⁽⁴⁾.
فيكون النهي الوارد في ترجمة هذا الباب هو للتحريم لأنّ صيغة نفي الحل من الصيغ التي تنفي التحريم، وكذلك اتفاقاً مع ما ذهب إليه جمهور العلماء من حمل النهي الوارد في الأحاديث على التحريم.

(1) خلاف، علم أصول الفقه، ط8، (114).

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب التَّهْيِ عَنْ بِنَاءِ الْمَسَاجِدِ، عَلَى الْقُبُورِ وَاتِّخَاذِ الصُّورِ فِيهَا وَالتَّهْيِ عَنْ اتِّخَاذِ الْقُبُورِ مَسَاجِدَ، د. ط (375/1)، برقم: (528).

(3) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب، بيان نقصان الإيمان بالمعاصي، (76/1)، برقم: (57).

(4) ينظر الملطي، المعتصر من المختصر من مشكل الآثار، د. ط، (389/3)، ابن رشد، البيان والتحصيل، ط2، (253/17)، وابن الرفعة، كفاية النبيه في شرح التنبيه، ط1، (348/17)، والكلوذاني، الهداية، ط1، (539).

المبحث الثاني: صيغ النهي المستفاد منها الكراهة في تراجم الإمام مسلم

المطلب الأول: تعريف المكروه، وحكمه، وإطلاقاته:

المكروه لغةً: كره: يقال فَعَلْتُهُ عَلَى كُرْهِهِ وَفَعَلْتَهُ كُرْهًا، إِذَا ضَمَّوْا وَخَفَّفُوا قَالُوا: كُرْهُ وَإِذَا فَتَحُوا قَالُوا: كُرْهُ. وَالْكُرْهُ: الْمَكْرُوهُ، وَالْكُرَيْهَةُ: الشَّدِيدَةُ فِي الْحَرْبِ.⁽¹⁾

وإصطلاحاً: ما يثاب على تركه امتثالاً، ولا يعاقب على فعله،⁽²⁾ وقيل: "ما نهي عنه الشارع لا على وجه الإلزام بالترك"⁽³⁾.

شرح التعريف:

ما يثاب على تركه: خرج بهذا القيد الواجب والمندوب والمباح، فلا يثاب تاركها. امتثالاً: أي إذا تركه المكلف امتثالاً لنهي الشارع، وليس لأي داعٍ آخر كأن يتركه لخوف مخلوق أو حياءٍ منه أو لعجز فلا يثاب على تركه لذلك، كما هو مذهب جمهور الأصوليين. ولا يعاقب على فعله: خرج بهذا القيد الحرام؛ لأن فاعله يعاقب⁽⁴⁾.

إطلاقات المكروه يطلق المكروه ويراد به أمران:

1- كراهة تنزيهية: وهو الأمر الغالب عند إطلاق لفظ الكراهة أنها يراد بها التنزيه كما هو واضح في التعريف.

2- كراهة تحريمية: وهو ما ذهب إليه المتقدمون من العلماء منهم الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد - رحمهم الله جميعاً - حيث كانوا يطلقون لفظ المكروه ويريدون من إطلاقه التحريم، وذلك حذراً منهم من الوقوع تحت معنى قوله تعالى: ﴿ثُمَّ إِنَّ رَبَّكَ لِلَّذِينَ عَمِلُوا السُّوءَ بِجَهَالَةٍ ثُمَّ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا إِنَّ رَبَّكَ مِنْ بَعْدِهَا لَعَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (سورة النحل، الآية: 116)⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: صيغ النهي التي تفيد الكراهة في صحيح مسلم.

الصيغة الأولى: (كره) ومشتقاتها:

فالتصريح بكراهة الفعل وعدم استحسانه يدل على كراهته دون تحريمه عند معظم الأصوليين، إلا إذا جاء دليلٌ مستقلاً صريحاً بحريم هذا الفعل، فيكون معنى الكراهة التحريمية، لورود لفظ الكراهة بمعنى التحريم في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿كُلُّ ذَلِكَ كَانَ سَيِّئُهُ عِنْدَ رَبِّكَ مَكْرُوهًا﴾ (سورة الإسراء،

⁽¹⁾ الفراهيدي، كتاب العين، د.ط، مادة (ك.ر.ه) (376/3).

⁽²⁾ ينظر جلال الدين، شرح الورقات، (76).

⁽³⁾ المنيوي، الشرح الكبير، ط1، (119).

⁽⁴⁾ المارديني، الأنجم الزاهرات، ط3، (93).

⁽⁵⁾ ينظر النملة، الجامع لمسائل أصول الفقه، ط1 (46-47).

(الآية:38)، وقد جاء في صحيح مسلم من صيغة الكراهة ومشتقاتها كجذب بمعنى زجر، وترجم لها بالنهي عن النوم قبل صلاة العشاء والحديث بعدها، وأورد تحت هذا الباب عدة أحاديث وهي:

1- عن أبي برزة الأسلمي، قال: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يُؤَخِّرُ الْعِشَاءَ إِلَى ثُلُثِ اللَّيْلِ، وَيَكْرَهُ النَّوْمَ قَبْلَهَا، وَالْحَدِيثَ بَعْدَهَا.⁽¹⁾

2- عن سيار بن سلامة، قَالَ: سَمِعْتُ أَبِي، يَسْأَلُ أَبَا بَرَزَةَ، عَنْ صَلَاةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: قُلْتُ: أَنْتَ سَمِعْتَهُ؟ قَالَ: فَقَالَ: كَأَنَّمَا أَسْمَعُكَ السَّاعَةَ، قَالَ: سَمِعْتُ أَبِي يَسْأَلُهُ عَنْ صَلَاةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: "كَانَ لَا يُبَالِي بَعْضَ تَأْخِيرِهَا - قَالَ: يَعْني الْعِشَاءَ - إِلَى نِصْفِ اللَّيْلِ، وَلَا يُحِبُّ النَّوْمَ قَبْلَهَا، وَلَا الْحَدِيثَ بَعْدَهَا."⁽²⁾

اتفق الفقهاء على كراهية النوم قبل صلاة العشاء وعللوا ذلك بخوف فوات وقتها، أن يترخص الناس في ذلك فيناموا عن إقامة جماعتها، وأجازوها لمن جعل لنفسه أحداً يوقظه لئلا يفوت عليه وقت الصلاة. واختلف العلماء في السمر بعد العشاء على رأيين فكره بعضهم السمر بعد العشاء، ورخصه البعض الآخر إذا كان مجالس العلم أو للتشاور في أمور المسلمين، فقد سمر النبي -ﷺ في شؤون المسلمين، وأكثر الحديث على الرخصة⁽³⁾.

قال النووي: "واتفق العلماء على كراهة الحديث بعدها إلا ما كان في خير قيل: وعلة الكراهة ما يؤدي إليه السمر من مخافة غلبة النوم آخر الليل عن القيام لصلاة الصبح في جماعة أو الإتيان بها في وقت الفضيلة والاختيار، أو القيام للورد من صلاة أو قراءة في حق من عادته ذلك، ولا أقل لمن أمن من ذلك من الكسل بالنهار عما يجب من الحقوق فيه والطاعات"⁽⁴⁾.

وبهذا يكون النهي الوارد في ترجمة الإمام مسلم يفيد الكراهة وذلك على ما ذهب إليه الأصوليون من جعل الألفاظ الصريحة في الكراهة ومشتقاتها تدل على الكراهة التنزيهية دون التحريمية، ويوافق أيضاً ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من كراهية النوم قبل صلاة العشاء والحديث بعدها.

الصيغة الثانية: صيغة التحريم المقرونة بقريضة تصرفها إلى الكراهة:

⁽¹⁾ أخرجه مسلم، في صحيحه، ب كتاب الْمَسَاجِدِ وَمَوَاضِعِ الصَّلَاةِ، باب اسْتِحْبَابِ التَّبَكُّيرِ بِالصُّبْحِ فِي أَوَّلِ وَقْتِهَا، وَهُوَ التَّغْلِيْسُ، وَبَيَانِ قَدْرِ الْقِرَاءَةِ فِيهَا. ط، (447/1)، برقم: (647).

⁽²⁾ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الْمَسَاجِدِ وَمَوَاضِعِ الصَّلَاةِ، باب اسْتِحْبَابِ التَّبَكُّيرِ بِالصُّبْحِ فِي أَوَّلِ وَقْتِهَا، وَهُوَ التَّغْلِيْسُ، وَبَيَانِ قَدْرِ الْقِرَاءَةِ فِيهَا (447/1)، برقم: (647).

⁽³⁾ ينظر الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ط1، (84/1)، وينظر العيني، البناية شرح الهداية، ط1 (49/2)، وينظر زروق الفاسي، شرح زروق على متن الرسالة، ط1، (202/1)، وينظر البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، ط1، (143/1).

⁽⁴⁾ النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط2، (147/5).

وتعد هذه الصيغة من أكثر الصيغ وروداً في الأحاديث، حيث يأتي الحديث بصيغة النهي الدال على التحريم ويقرن بما يصرفه إلى الكراهة في الحديث نفسه أو في حديث آخر في الموضوع نفسه. ومن أمثلة هذه الصيغة:

المثال الأول: ترجم الإمام مسلم النهي عن أن يقال صلاة العتمة، والمقصود بها صلاة العشاء، وأورد تحت هذا الباب حديثين نهي فيهما عن إطلاق لفظ العتمة على صلاة العشاء، ولكن النهي لم يكن صريحاً في التحريم، وعند الأصوليين إن لم يكن النهي صريحاً في التحريم فيحمل على التحريم أو على الكراهة، وهذين الحديثين هما:

1- عن ابن عمر، قال: سمعت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يقول: "لا تغلبنكم الأعراب على اسم صلاتكم، فإنها العشاء، وإنهم يعتمون بالإبل"⁽¹⁾.

2- عن عبد الله بن عمر، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم، يقول: «لَا تَغْلِبَنَّكُمْ الْأَعْرَابُ عَلَى اسْمِ صَلَاتِكُمْ، أَلَا إِنَّهَا الْعِشَاءُ، وَهُمْ يُعْتَمُونَ بِالْإِبِلِ»⁽²⁾.

أقوال العلماء في مسألة النهي عن إطلاق العتمة على صلاة العشاء:

اتفق أئمة المذاهب الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد على كراهية إطلاق اسم العتمة على صلاة العشاء مع جواز ذلك، ولكن إطلاق اسم العشاء أولى لورودها بهذا الاسم في القرآن الكريم حيث قال تعالى: ﴿وَمَنْ بَعْدَ صَلَاةِ الْعِشَاءِ﴾ (سورة النور، الآية: 58)، وفي الحديث عن السيدة عائشة-رضي الله عنها-: "كانوا يصلون العتمة فيما بين أن يغيب الشفق إلى ثلث الليل" رواه البخاري والعتمة في اللغة: شدة الظلمة والأفضل أن تسمى العشاء⁽³⁾، وتسميتها بالعتمة مكروه عند جماعة من العلماء منهم مالك من رواية ابن القاسم، وأما ما ورد في الصحيحين من تسميتها بذلك فمؤول بوجوه منها أن ذلك لبيان الجواز ابن العربي سميت بالعتمة لطلوع نجم يطلع في وقتها يسمى العاتم، وقيل غير ذلك⁽⁴⁾. وعلى ضوء أقوال الفقهاء فإن النهي الوارد في الحديثين قد صرف من التحريم إلى الكراهة، فيكون المقصود من النهي الوارد في ترجمة هذا الباب هو الكراهة لا التحريم.

⁽¹⁾ أخرجه مسلم، في صحيحه، د.ط، كتاب المسجد ومواضع الصلاة، باب وقت العشاء وتأخيرها، (445/1) برقم: (644).

⁽²⁾ أخرجه مسلم، في صحيحه، د.ط، كتاب المسجد ومواضع الصلاة، باب وقت العشاء وتأخيرها، (445/1) برقم: (644).

⁽³⁾ ينظر البهوتي، كشف القناع، د.ط، (1/ 254)، والخطاب، مواهب الجليل، ط3، (3/ 139).

⁽⁴⁾ العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، د.ط، (1/ 249).

المثال الثاني: أورد الإمام مسلم أحاديث عن النهي عن إنشاد الضوال في المساجد، كان أحد الأحاديث بصيغة النهي الصريح، وباقي الأحاديث زجر من النبي ﷺ لمن ينشد ضالته في المسجد، وترجم لهذه الأحاديث بقوله: **بَابُ النَّهْيِ عَنِ نَشْدِ الضَّالَّةِ فِي الْمَسْجِدِ وَمَا يَقُولُهُ مَنْ سَمِعَ النَّاشِدَ:**

1- عن سليمان بن بريدة عن أبيه قال: صلى رسول الله ﷺ، فقال رجل: من دعا إلى الجمل الأحمر؟ فقال النبي ﷺ: "لا وجدته، إنما بنيت المساجد لما بنيت له"⁽¹⁾.

2- عن أبي عبد الله مولى شداد بن الهاد أنه سمع أبا هريرة يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "من سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد فليقل: لا رد الله عليك، فإن المساجد لم تبين لهذا"⁽²⁾.

أقوال العلماء في مسألة إنشاد الضوال في المسجد:

ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية⁽³⁾ في المشهور عندهم إلى كراهية إنشاد الضوال في المساجد، وحرمة الشافعية إذا ما وجد فيه تشويش على المصلين في صلاتهم، ويستثنى من عموم المساجد المسجد الحرام حيث يجوز إنشاد اللقطة فيه، لأن إنشادها في غيره قد تعرض صاحبها للاتهام أنه يفعل ذلك من أجل أن يتملك اللقطة بعد تعريفها.

الخاتمة

يتضح من خلال هذه الدراسة لدلالة النهي الذي ذكره الإمام مسلم نظرتة الأصولية العميقة ومدى إحاطته بقواعد ومصطلحات علم أصول الفقه، كما هو شأن معظم علماء عصره ومن سبقه، حيث كانوا لا يقتصرون على النهل من علم واحد بل كانت لهم صولات وجولات في معظم العلوم الشرعية

وتتلخص نتائج هذه الدراسة في عدة نقاط أبرزها:

1- أن اختلاف الأصوليين في فروع بعض المسائل الأصولية، ينتج عنه مرونة في الأحكام الشرعية وإيجاد أحكاماً فقهية لما يستجد من نوازل لاختلاف الأزمنة والعصور، وهذا هو مقصد الشريعة الإسلامية، ومن المسائل التي تبرز ما ذكر مسألة اختلاف الأصوليين في كون النهي يقتضي الفساد في المنهي عنه أو لا؟

⁽¹⁾ أخرجه مسلم، في صحيحه، د.ط، كتاب المسجد ومواضع الصلاة، باب النهي عن إنشاد الضالة في المسجد وما يقوله من سمع الناشد، (397/1) برقم: (568).

⁽²⁾ أخرجه مسلم، في صحيحه، د.ط، كتاب المسجد ومواضع الصلاة، باب النهي عن إنشاد الضالة في المسجد وما يقوله من سمع الناشد، (397/1) برقم: (569).

⁽³⁾ ينظر ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على المقنع، ط1، (3/119)، والجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، (262/1)، والخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، د.ط، (7/72).

- 2- أن النهي المجرد عن القرائن يفيد التحريم عند الإمام مسلم، موافقا بذلك مذهب جمهور علماء أصول الفقه.
- 3- إذا أخذت إحدى المسائل حكم التحريم واستثني منها بعض الصور فإن الإمام مسلم يدرج المسألة في باب النهي عن كذا، ويدرج يليها بابا للصور المستثنية يطلق عليه عنوان باب الترخيص أو الرخصة في كذا.
- 4- من خلال الأمثلة محل الدراسة من التراجم الوارد فيها لفظ النهي، لم يخالف الإمام مسلم علماء أصول الفقه ولا الفقهاء في حكم المسائل المدرجة في تراجم هذه الأبواب.
- 5- لم يطلق الإمام مسلم لفظ التحريم في تراجم سننه، بل كان يطلق النهي المجرد ويورد بعد أحاديث بصيغة التحريم، أو يطلق لفظ الكراهة ويقصد به التحريم كما هو عادة معظم المتقدمين من العلماء.

قائمة المصادر والمراجع

- 1- القرآن الكريم برواية الإمام حفص عن عاصم.
- 2- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وسننه وأيامه، تحقيق محمد زهير، ط1، (دار طوق النجاة، 1422هـ).
- 3- بداماد أفندي، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، د.ط، (دار إحياء التراث العربي، د.ت)
- 4- برهان الدين، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، المبدع في شرح المقنع، ط1، (دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1418 هـ - 1997 م)
- 5- أبو البقاء، محمد بن موسى كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميمري الشافعي، النجم الوهاج في شرح المنهاج، تحقيق اللجنة العلمية، ط1، (جدة: دار المنهاج، 1425هـ- 2004م).
- 6- البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي ، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح الإرادات، ط1، (عالم الكتب 1414هـ-1998م)
- 7- البهوتي، منصور بن يونس منصور بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي ، كشف القناع على متن الإقناع، (دار الكتب العلمية).
- 8- البيهقي، أحمد بن حسين بن علي بن موسى الحُسْرُوْجْردي الخراساني، أبو بكر، السنن الكبرى، تحقيق عبد القادر عطا، ط3، (بيروت: دار الكتب العلمية 1424هـ-2003م).

- 9- الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف ، **التعريفات**، ط1، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1403هـ-1983).
- 10- الجزيري، عبد الرحمن بن محمد عوض ، **الفقه على المذاهب الأربعة**، ط2، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ-2033م).
- 11- أبو حسين البصري، محمد بن علي الطيب المعتزلي ، **المعتمد في أصول الفقه**، تحقيق خليل الميس، ط1، (بيروت: دار الكتب).
- 12- الخطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، الرعيي المالكي، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، ط3، (دار الفكر، 1412هـ-1992م).
- 13- الخرخشي، محمد بن عبد الله المالكي أبو عبد الله، **شرح مختصر خليل للخرشي**، د.ط، (بيروت: دار الفكر).
- 14- خلاف، عبد الوهاب، **علم أصول الفقه**، ط8، (مكتبة الدعوة)
- 15- الرازي، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيميخطيب الري ، **المحصول**، تحقيق جابر فياض، ط3، (مؤسسة الرسالة، 1418-1997م).
- 16- الرازي، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي، **مختار الصحاح**، تحقيق يوسف الشيخ، ط5، (بيروت: المكتبة العصرية، 1420هـ-1999م).
- 17- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير الحفيد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، د.ط، (دار الحديث - القاهرة، 1425هـ - 2004م)
- 18- ابن الرفعة، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، **كفاية النبيه في شرح التنبيه**، تحقيق مجدي محمد سرور باسلوم، ط1، (دار الكتب العلمية، 2009م).
- 19- الزحيلي، محمد مصطفى، **الوجيز في أصول الفقه**، ط1، (دمشق: دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، 1427هـ-2006).
- 20- الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر، **البحر المحيط**، ط1، (دار الكتي، 1414هـ-1994م).
- 21- زروق الفاسي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرنسي، **شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني**، ط1، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1427هـ-2006م).
- 22- الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الحنفي، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي**، ط1، (القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية، 1313هـ)

- 23- السبكي، تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيى وولده تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب ، **الإبهاج في شرح المنهاج**، د.ط، (بيروت: دار الكتب العلمية).
- 24- الإسنوي، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الشافعي، أبو محمد، جمال الدين، **نهاية السؤل شرح منهاج الوصول**، ط1، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1420هـ-1999م).
- 25- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، الأم، (بيروت: دار المعرفة، 1410هـ-1990م).
- 26- الشوكاني، محمد بن علي بن عبد الله اليماني ، **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**، تحقيق أحمد عز، ط1، (دار الكتاب العربي، 1419هـ-1999م).
- 27- ابن الصلاح، عثمان بن عبد الرحمن أبو عمرو، تقي الدين، **شرح مشكل الوسيط**، تحقيق الدكتور عبد المنعم خليفة أحمد بلال، ط1، (الرياض: دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، 1432هـ-2011م).
- 28- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عاصم النمري القرطبي ، **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**، تحقي مصطفى بن أحمد، محمد عبد الكبير، د.ط، (المغرب: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1387هـ).
- 29- العدوي، أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي، **حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني**، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، د.ط، (بيروت: دار الفكر، 1414هـ-1994م).
- 30- العيني، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين، **البنية شرح الهداية**، ط1، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1420هـ-2000م).
- 31- فراء، أبو يعلى ، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف، **العدة في أصول الفقه**، تحقيق أحمد بن علي، ط2، (د.ن، 1410هـ-1990م).
- 32- الفراهيدي، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم البصري، **كتاب العين**، تحقيق الدكتور مهدي المخزومي، والدكتور إبراهيم السامرائي، (دار ومكتبة الهلال).
- 33- الفيروز آبادي، مجد الدين أبوظاهر محمد بن يعقوب، **القاموس المحيط**، مكتب التحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط1، (بيروت: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، 1426هـ-2005م).
- 34- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي ثم الحموي، أبو العباس ، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، د.ط، (بيروت: المكتبة العلمية).

- 35- ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشرح الكبير، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، ط1، (مصر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، 1415هـ-1995م).
- 36- ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، المغني، د.ط، (مكتبة القاهرة، 1388هـ-1968م).
- 37- القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، شرح تنقيح الفصول، تحقيق طه عبد الرازق، ط1، (شركة الطباعة الفنية المتحدة، 1393هـ-1973م).
- 38- القرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق محمد حجي وآخرون، ط2، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1408هـ-1988م).
- 39- القزويني، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم أبو القاسم الرافعي، التدوين في أخبار قزوين، تحقيق عزيز الله العصري، د.ط، (دار الكتب العلمية، 1408هـ-1987م).
- 40- الكلوزاني، محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني، تحقيق عبد اللطيف هميم، ماهر ياسين الفحل، ط1، (مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، 1425هـ-2994م).
- 41- اللحمي، علي بن محمد الربيعي، أبو الحسن، التبصرة، تحقيق أحمد عبد الكريم، ط1، (قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1432هـ-2011م).
- 42- المارديني، شمس الدين محمد بن عثمان بن علي الشافعي، الأنجم الزاهرات على حل ألفاظ الورقات في أصول الفقه، تحقيق عبد الكريم بن علي النملة، ط3 (الرياض: مكتبة الرشد، 1999م).
- 43- المازري، أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المالكي، شرح التلقين، تحقيق محمد المختار، ط1، (دار العرب الإسلامية، 2008م).
- 44- المحلى، جلال الدين، شرح الورقات في أصول الفقه، تحقيق حسام الدين بن موسى، ط1، (فلسطين: جامعة القدس، 1420هـ-1999م).
- 45- مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله -صلى الله عليه وسلم، تحقيق محمد فؤاد، د.ط، (بيروت: دار إحياء التراث العربي).
- 46- الملطى، يوسف بن موسى بن محمد، أبو المحاسن جمال الدين الحنفي، المعتصر من المختصر من مشكل الآثار، د.ط، (بيروت: عالم الكتب).

- 47- ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين الأنصاري الرويفعي الإفريقي، لسان العرب، ط3، (بيروت: دار صادر، 1414هـ).
- 48- المنياوي، أبو المنذر محمود بن محمد بن مصطفى بن عبد اللطيف، الشرح الكبير لمختصر الأصول من علم الأصول، ط1، (مصر: المكتبة الشاملة، 1432هـ-2011م)
- 49- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، (دار الكتاب الإسلامي، د.ت)
- 50- النملة، عبد الكريم بن علي بن محمد، الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقاتها على المذهب الراجح، ط1، (الرياض: مكتبة الرشد، 1420هـ-2000م)
- 51- النملة، عبد الكريم بن علي بن محمد، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، ط1، (الرياض: مكتبة الرشد، 1420هـ-1999).
- 52- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، د.ط، (دار الفكر).
- 53- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط2، (دار إحياء التراث العربي - بيروت)، 1392هـ
- 54- أبو الوفاء، علي بن عقيل بن محمد بن عقيل البغدادي الظفري، الواضح في أصول الفقه، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن، ط1، (بيروت: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، 1420هـ-1999م).

عقوبة الإعدام بين الرفض والتأييد

د. مفتاح محمود اجبارة

الأستاذ المشارك بكلية القانون/ قسم القانون الجنائي/

جامعة بنى وليد

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

إن عقوبة الإعدام تعد من أقسى العقوبات التي توقع على مرتكبي الجريمة¹، ذلك أنها تأتي على حقه في الحياة الذي يعتبر أساس وجود الإنسان، فهو حق ملازم لكل أنسان، وهو أثن ما يملك².

ولأن الجريمة أمر شخصي يختلف من أنسان لآخر، على اعتبار أن الركن الهام في الجريمة هو الركن المعنوي (الفصد الجنائي) لدى مرتكب الجريمة، ولا يمكن للعقوبة أن تكون عادلة إلا اذا كانت مساوية للقصد الاجرامي لدى الجاني، وهو يختلف من جان الى آخر على الرغم من اتحاد الجريمة بينهم³.

وعقوبة الإعدام قديمة قدم الانسانية، فكان يقتص من القاتل بمقتل المعتدى بأن يقتل⁴، فالانتقام المنظم "القصاص" يرمي إلى أرضا شهوة المعتدى عليه أو جماعته في الانتقام والاخذ بالتأثر، وإلي أنزال عقوبة بجماعة المعتدى تتعادل مع ما أصاب جماعة المجني عليه من ضرر⁵، وتطورت هذه العقوبة حسب العصور التي مر بها الانسان، إلى أن نزلت تشريعات الديانات السماوية التي اشتملت على التواب والعقاب، لا أنها تتعامل مع بشر فيقال "كل ابن آدم خطاء" وطالما وجدت الأخطاء وجد العقاب، ولقد أخذت الديانة اليهودية بطابع الانتقام الفردي، فأخذت بتوقيع العقوبات على الاشياء والحيوانات، كما أجازت للشخص أن يقوم بإعدام نفسه في حالة التلبس بالزنا، والشريعة اليهودية قررت عقوبة الإعدام على مرتكبي الجرائم ذات الجسامة كالقتل، والزنا، أو الضرب الى حد الموت، أو سب أحد الوالدين، أو الكفر بالرب، والسرقه في أوقات معينة كالليل⁶، إلى ان جاءت الديانة المسيحية، ورغم أنها تدين عقوبة الإعدام في بعض تعاليمها التي منها "من ضربك على خدك الايمن

¹ - راجع / ايمان السيد عرفة، سلطة النظم العقابية واثرها في المجتمعات القديمة، دار النهضة العربية، 2012 م، ص 115.

² - راجع / فوزية عبدالستار، الاسلام وحقوق الانسان، مؤسسة الاهرام للطباعة، 2007 م، ص 15. وراجع / محمد عنجرين، حقوق الانسان بين الشريعة والقانون - نصا ومقارنة وتطبيقاً، دار الشهاب - دار الفرقان، 2005 م، ص 21.

³ - راجع / أحمد الحجي الكردي، المدخل الفقهي - القواعد الكلية - والمؤيدات الشرعية، منشورات جامعة دمشق، 1994-1995 م، ص 142.

⁴ - راجع / عبدالغني عمرو الرومي، تاريخ النظم القانونية، دار الكتاب الوطنية طرابلس، 2011 م، ص 63.

⁵ - راجع / محمد اللافي - منصور ميلاد يونس، مذكرات في مادة تاريخ النظم القانونية، منشورات الجامعة المفتوحة، 1198 م، ص 35.

⁶ - راجع / ايمان السيد عرفة، المرجع السابق، ص 202 - 206.

فادر له خدك الايسر " وقول المسيح عيسى عليه وعلى امه السلام مدافعا عن المرأة الزانية " من كان بلا خطئة فليرجمها بحجر " ، لكنها اعتبرت عقوبة الإعدام إجراء رادعا ضروريا ولكن لا يمكن استغلاله كوسيلة للثأر والانتقام ¹ .

أما الدين الاسلامي فلقد كان له أثر كبير في تطور نظام الجريمة والعقوبة لدى العرب، وقد وضعت الشريعة الاسلامية مبادئ عامة وأحكاماً تشكل النظرية العامة للقانون الجنائي الاسلامي ، تم انطلقت بعد ذلك في بيان الأفعال التي قررت تجريمها وإنزال عقوبة محددة لها، وهي الحدود وتركت باقي الأفعال للتعزير ، فالعقوبة في الشريعة الاسلامية مؤيد شرعي ، الغاية منه ضمان نفاذ الاحكام الشرعية الاصلية التي شرعت لتحقيق مصالح العباد على وجه يوفر العدالة بينهم ، ولا بد للعقوبة لكي توتي أكلها وتثمر ثمارها المرجوة منها من أن تتضمن أوصافا معينة بحيث تكون العقوبة على قدر المخالفة ، أي مناسبة مع حجم الجريمة التي قررت العقوبة منعاً لها ، وأن تكون رادعة أي كافية لإقلاع المذنب عن ذنبه ، وكذلك ضمان عدم أنتشارها في المجتمع عامة ، وان تكون متدرجة فلا يعاقب مجرم بعقوبة ما مع غناء عقوبة أذني منها وإلا أدى ذلك إلى الإخلال بمبدأ ضرورة العقوبة، إلا ان تفويض أمر العقوبة مطلقاً إلى القاضي له محاذير كثيرة بالنظر لخطورته ، وذلك أن القاضي قد يخطئ في التقدير فيفرض عقوبة أدنى من الحد المطلوب فتعم الجريمة في المجتمع أو يفرض عقوبة أشد من الحد المطلوب فيظلم الجاني بتأثره بطبيعته البشرية ، أو بتحيزه لجهة دون أخرى بدافع شخصي أو غير ذلك ، وكل ذلك يجر على المجتمع وعلى أفرادهم ظلماً وعنتاً لا يقبل به ، ولا يرتضيه تشريع عادل مثل التشريع الاسمي ² .

ولهذا وتحقيقاً للعدالة وضماناً لقطع دابر الجريمة وأخذاً بمبدأ التدرج في العقوبة ، قسمت الجرائم والمخالفات لأمر الشارع إلى كبيرة وصغيرة ، وجرائم تأتي خطورتها في الدرجة الثانية ، فالجرائم الاولى هي الجرائم المعاقب عليها بالقصاص ، وهي القتل وأتلاف الأطراف والجرح العمد³ ، وإعمالاً لمبدأ "لا جريمة ولا عقوبة الا بنص" فالتسليم بشرعية عقوبة الإعدام مسألة ليس محل نقاش من منظور إسلامي ، فمحل النقاش هو تقرير عقوبة الإعدام قصاصاً أو حداً ، ولكن من المتيقن والضروري في عقوبة الإعدام وفقاً لأحكام الشريعة الاسلامية ، هو الحكم بقتل القاتل قصاصاً أو حداً في جرمي القتل العمد

¹ - راجع / ايمان السيد عرفه ، المرجع السابق ، ص 219.

² - راجع / احمد الحجي الكردي ، المرجع السابق ، ص 191-192.

³ - راجع / عبدالقادر عودة ، التشريع الجنائي الاسلامي - مقارنة بالقانون الوضعي ، الطبعة الاولى ، دار الحديث ، 2009 م ، ص 99 .

والعدوان ، والقتل في الحراية¹ . ولذا سوف نتناول هذا البحث في مطلبين ، المطلب الاول سنخصصه للأحكام القانونية لعقوبة الإعدام ، وهو ما سنقسمه إلى فرعين ، الفرع الاول سنتحدث فيه عن الاحكام الموضوعية لعقوبة الإعدام ، بينما نخصص الفرع الثاني للأحكام الاجرائية لعقوبة الإعدام ، وسوف نتناول عقوبة الإعدام بين الرفض والتأييد في المطلب الثاني ، وهو ما سنقسمه بدوره إلى فرعين ، الفرع الاول سنخصصه لبيان أسانيد المعارضين لعقوبة الإعدام ، اما الفرع الثاني سنخصصه لبيان أسانيد المؤيدين لعقوبة الإعدام .

المطلب الأول

الأحكام القانونية لعقوبة الإعدام

الإعدام هو ازهاق روح انسان "الجاني" ، وهو أكثر العقوبات قسوة ، إذ يعني استئصال الفرد نهائيا من المجتمع ، ويزيد من خطورة عقوبة الإعدام استحالة الرجوع فيها متى تبين أن الإجراءات السابقة على الحكم الذي نفذ قد شابها بطلان على عكس سائر العقوبات الاخرى .

ويثير الإعدام مناقشات متنوعة بعضها من طبيعة قانونية مثل تلك المتعلقة بتحديد حالات تطبيق العقوبة وباديتها ، وكيفية تنقيدها وضمانات الحكم فيها ، ولذا سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين ، الفرع الاول نخصصه لبيان الاحكام الموضوعية ، ونخصص الفرع الثاني للأحكام الاجرائية.

الفرع الأول

الأحكام الموضوعية لعقوبة الإعدام

عقوبة الإعدام عقوبة أصلية: - الإعدام كما سبق القول أشد العقوبات الأصلية ، اذ يترتب عليها سلب حياة الانسان ، والتشريع الليبي يندرج بين التشريعات التي تعمل بمهدة العقوبة على مرتكبي بعض الجرائم التي تعد من الجنايات ، فنجد المشرع الليبي ينص في المادة "52" عقوبات على أن " الجرائم أنواع ثلاثة جنائيات وجنح ومخالفات حسب العقوبة المقررة في هذا القانون" ، وينص في المادة "53" من نفس القانون على ان "الجنايات هي الجرائم المعاقب عليها بالإعدام ، والسجن المؤبد " كما أن قانون العقوبات العسكري ينص على عقوبة الإعدام ، وهناك بعض القوانين المستوحاة

¹ - راجع / سعيد الجليدي ، عقوبة الإعدام في الشريعة الاسلامية ، مجلة المعهد العالي للقضاء ، العدد الثاني ، 2008 ، ص 55.

من أحكام الشرعية الاسلامية¹ وكذلك الحال فإن القانون رقم 7 لسنة 1990 بشأن المخدرات والمؤثرات العقلية²، والقانون رقم 17 لسنة 72 بشأن تجريم الحزبية³، والقانون رقم 2 لسنة 1979م بشأن الجرائم الاقتصادية⁴.

عقوبة الإعدام اختيارية :- معظم التشريعات تذهب إلى الابتعاد عن الصفة الاجبارية لعقوبة الإعدام ، فلا يلزم المشرع القاضي بتطبيقها ، بل يقرر له سلطة تقديرية في الخيار بين عقوبة الإعدام وعقوبة أخرى أخف منها في الحالات المختلفة⁵، ولا يفرض المشرع تطبيق عقوبة الإعدام الا في احوال نادرة في التشريع الليبي بأن يقررها القانون رقم (6) لسنة 1423 م ، بشأن أحكام القصاص والدية⁶، على جرائم من اختصاص محاكم كالعسكرية⁷.

تخفيف عقوبة الإعدام:- هناك نظامين للظروف المخففة ، الاول هو نظام الظروف المخففة القضائية ويترك للقاضي وفقا لهذا النظام حرية تحديد ما يعد ظرفا مخففا في حالة على حدة ، وهو ما يتطلب عدم النطق بعقوبة الإعدام تلقائياً ، أما النظام الثاني فهو الأعدار المخففة القانونية ، وفي هذا النظام فإن الامر لا يترك للقاضي ، بل أن المشرع هو من يحدد ما يعد ظرفاً مخففاً ، ويلزم القاضي إزاءه بتخفيف العقوبة إلى حد معين⁸.

والظروف المخففة تبدو اهميتها في الأحوال التي تكون العقوبة فيها عقوبة الإعدام عقوبة وجوبية ، فإذا كانت العقوبة اختيارية يكون أمام القاضي حرية اختيار العقوبة الأخرى البدنية التي هي أخف من عقوبة الإعدام .

¹ - القانون رقم 13 لسنة 1425 م.ر بشأن أحكام القصاص والدية .

² - صدر هذا القانون بالجريدة الرسمية رقم 32 لسنة 1990 .

³ - صدر هذا القانون بالجريدة الرسمية رقم 29 لسنة 1992.

⁴ - صدر هذا القانون بالجريدة الرسمية رقم 23 لسنة 1979.

⁵ - فنجد المادة "2" من القانون رقم 6 لسنة 23 بشأن احكام القصاص والدية تنص على انه " يعاقب بالإعدام كل من قتل نفساً عمداً ، وفي حالة عفو من له الحق فيه تكون العقوبة السجن المؤبد"

⁶ - تنص الفقرة الاولى من المادة الأولى من هذا القانون علي أنه (يعاقب بالإعدام كل من قتل نفساً عمداً ، وفي حالة العفو ممن له الحق في العفو ، تكون العقوبة السجن المؤبد). هذا القانون منشور بالعدد رقم (5) في الجريدة الرسمية لسنة 1423 ميلادية ،

⁷ - راجع / يسري انور ، دراسات في الفقه العقابي مع التعمق ، دار النهضة العربية ، 1995 م ، ص 3.

⁸ - راجع / يسري انور ، شرح قانون العقوبات - النظرية العامة ، دار الثقافة الجامعية ، 1995 ، ص 620 .

ونجد المشرع الليبي قد أخذ بنظام الظروف المخففة القانونية عندما نص في المادة " 29 " من قانون العقوبات على أن " يجوز للقاضي إذا استدعت ظروف الجريمة رأفته أن يستبدل العقوبة أو يخففها على الوجه التالي :-

السجن المؤبد بدلاً من الإعدام.

السجن بدلاً من السجن المؤبد.

الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر بدلاً من السجن.

وعلى كل حال يجوز للقاضي إذا توافرت الظروف المذكورة أن ينزل بالعقوبة في مواد الجنائيات والجنح إلى نصف الحد الأدنى الذي يعينه القانون. " ، كما أخذ بنظام الظروف المخففة القضائية عندما نص في المادة "375" عقوبات ليبي في جريمة القتل صيانة للعرض بأن نص على انه " كل من فوجئ بمشاهدة زوجته أو ابنته أو أخته أو أمه في حال تلبس بالزني أو جماع غير مشروع ، فقتلتهما في الحال هي أو شريكها أو هما معا ردا للاعتداء الماس بشرفه أو شرف أسرته يعاقب بالحبس " وفي هذه الحالة لا يكون امام القاضي الا الحكم بعقوبة واحدة وهي عقوبة الجنحة "الحبس"¹ ، وهو ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة "237" عقوبات مصري بان نص على عقوبة الحبس لنفس الجريمة المنصوص عليها في المادة "375" عقوبات ليبي .

عقوبة الإعدام والأهلية النفسية :- تنص المادة :1/79" على أنه " ولا يعاقب على فعل

يعتبر جريمة قانونا إذا لم تجز مسألة الفاعل وقت ارتكاب الجريمة " ووفقا لنص المادة السابقة فإنه لا يترتب على توافر العيب العقلي أي أثر قانوني ، فيما يتعلق بانتفاء مسؤولية الجاني عما يكون قد اقترفه ، إلا إذا كان هذا العيب الذي افقده قوة الشعور والارادة ، والتي تنص عليه المادة "83" عقوبات ليبي التي تنص على أنه "لايسأل جنائيا من كان وقت ارتكاب الفعل في حالة عيب عقلي كلي ناتج عن مرض أفقده قوة الشعور والإرادة"².

¹ - راجع / محمد رمضان بارة ، القانون الجنائي الليبي ، القسم الخاص ، جرائم الاعتداء على الاشخاص ، الجزء الاول ، بدون دار نشر ، 1998 ، ص 98 .

² - راجع / موسي مسعود ارحومة ، الاحكام العامة لقانون العقوبات الليبي ، الجزء الاول ، النظرية العامة للجريمة ، الطبعة الاولى ، منشورات جامعة قاريونس ، ص 597. وراجع / محمد رمضان بارة ، شرح قانون العقوبات الاحكام العامة ، الجزء الاول ، الطبعة الثالثة ، المؤسسة للورق والطباعة ، بدون دار نشر ، ص 306

وعلى الدفاع ان يتمسك بإصابة المتهم بجنون أو عاهة عقلية وقت ارتكاب الجريمة لأثبات حالة العيب العقلي¹.

العقوبة البديلة لعقوبة الإعدام:- اتجه المشرع في أغلب التشريعات إلى احلال عقوبة سالبة للحرية كبديل لعقوبة الإعدام ، اذا ماتقرر إلغاؤها ، غير أن مناهج التشريعات تختلف في نوع العقوبة البديلة لعقوبة الإعدام².

وقد ذهب المشرع الليبي في المادة "29" من قانون العقوبات الليبي الى أن " يجوز للقاضي إذا استدعت ظروف الجريمة رأفته أن يستبدل العقوبة أو يخفضها على الوجه التالي :-

السجن المؤبد بدلاً من الإعدام.

السجن بدلاً من السجن المؤبد.

الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر بدلاً من السجن.

وعلى كل حال يجوز للقاضي إذا توافرت الظروف المذكورة أن ينزل بالعقوبة في مواد الجنايات والجنح إلى نصف الحد الأدنى الذي يعينه القانون". وقد قضي بأن " ان تقدير العقوبة في الحدود المقررة لها من اطلاقات محكمة الموضوع حسبما يبين لها من خطورة الجريمة ومرتكبها والظروف التي وقعت فيها ولها من منطلق ذلك أن تأخذ متهما بالشده ومتهما آخر بأقل من ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد فرق بين تقدير العقوبة بين الطاعنين الثالث والرابع عن اشتراكهما في جريمة الواقعة بالرضا....."³ كما قضي بأن " أن تقدير عوامل تخفيف العقوبة أو تشديدها هو مما يستقل به قاضي الموضوع بلا رقابة عليه في ذلك من محمة النقض ، متي كانت تدخل ضمن الحدين الأعلى والأدنى المقررين للعقوبة"⁴

¹ - راجع / يسري انور ، دراسات في الفقه العقابي مع التعمق ، مرجع سابق ص 9.

² - عقوبة الاشغال الشاقة في بلجيكا والمانيا وايطاليا ، وفي دول اخرى تكون عقوبة الحبس مدى الحياة كما في النمسا وسويسرا والارجنتين والاكوادور ، وقد تكون مدى الحياة كما في الدانمرك وفلندا والنرويج وهولندا والسويد ، ولمزيد من الايضاح راجع د: يسرى انور المرجع السابق ص 12 .

³ - راجع / طعن جنائي ليبي رقم 750 / 32 ق ، جلسة 19 مارس 1986 م ، مجلة المحكمة الليبية ، السنة 24 ، العددان الاول والثاني ، ص 274 . 275.

⁴ راجع / نقد جنائي ليبي ، جلسة 26 أكتوبر 1976م ، مجلة المحكمة العليا الليبية ، س 13 ، ع 3 ، ص 154 ، وجلسة 11 ابريل 1978 م ، مجلة المحكمة العليا الليبية ، س 15 ، ع 2 ، ص 136 .

المطلب الثاني

الأحكام الإجرائية لعقوبة الإعدام

الهيئة المختصة بإصدار حكم الإعدام :- الجهة المختصة بإصدار الحكم بالإعدام في القانون الليبي هي محكمة الجنايات ، وهو ماتقضي به المادة "189" إجراءات جنائية ليبي بأن نصت على أن " تحكم محكمة الجنايات في كل فعل يعد بمقتضى القانون جناية ، وفي الجرائم الأخرى التي ينص القانون على اختصاصها بها" لذلك تخضع العقوبة الجنائية فيها لذات القواعد المتبعة في الجنايات بصفة عامة ، فلا تقدم الدعوى إلى محمة الجنايات إلا من قبل غرفة الاتهام ، فتنص المادة "1/153" إجراءات ليبي على أن " إذا رأت غرفة الاتهام عند إحالة الدعوى من قاضي التحقيق طبقا للمادة "136" أو من النيابة العامة ، أن الواقعة جنائية وأن الدلائل كافية على المتهم ، وترجحت لديها إدانته تأمر بإحالتها إلى محكمة الجنايات "فمن المقرر أن الأمر الصادر من غرفة الاتهام بإحالة الدعوى إلى محكمة الجنايات أمر نهائي لم يجز القانون للمتهم أن يطعن فيه ، كما أن حضور المتهم وجوبي أمام محكمة الجنايات وحضور محام للمتهم ضروري¹ ، وهو ما نصت عليه المادة "162" إجراءات جنائية ليبي بأن " تعين غرفة الاتهام من تلقاء نفسها مدافعا لكل متهم بجناية صدر امر بإحالته إلى محكمة الجنايات إذا لم يكن قد انتخب من يقوم بالدفاع عنه " فلقد قضي بأن " من المقرر أن القانون لا يوجب في مواد الجرح والمخالفات أن يحضر مع المتهم أثناء محاكمته محام يتولى المرافعة عنه ، فإذا كان المتهم قد أعلن إعلاناً صحيحاً وفقاً للقانون وحضر الجلسة ، فليس له أن يطلب تأجيل الدعوى "2، وفي حالة عدم حضور المتهم في جلسات الحكم بالإعدام فأن الإجراءات تعاد من جديد ، وقد نص المشرع الليبي على ذلك في المادة "358" بقولها "إذا حضر المحكوم عليه في غيبته أو قبض عليه قبل سقوط العقوبة بمضي المدة يبطل حتما الحكم السابق صدوره سواء فيما يتعلق بالعقوبة أو التضمينات ويعاد نظر الحكم في أقرب جلسة ":

إثبات الجريمة المعاقب عليها بالإعدام يخضع إثبات الجريمة المعاقب عليها بالإعدام للأحكام العامة ، فيجب أن تكون المداولة سرية ، بحيث لا يجوز أن يشارك في المداولة أحد خلاف القضاة الذين سمعوا المرافعة ، فلاتتم في حضور احد الخصوم³ ، كما أنه يجب أن تكون كافة أوراق الدعوى تحت بصر

¹ - راجع / مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي ، الجزء الثاني ، منشورات الجامعة الليبية ، 1974 / ص 109 .

² - راجع نقد جنائي ليبي تاريخ 18 فبراير 1983م ، مجلة المحكمة العليا الليبية ، رقم 27/379 ، س 20 العدد 3 ، ص 158 .

³ - راجع / مأمون سلامة ، المرجع السابق ، ص 235 .

المحكمة أثناء المداولة ، وكذلك يجب أن يصدر الحكم بناء على أغلبية الآراء، ورغم أن المشرع الليبي لم ينص على ذلك إلا انه ونتيجة لخطورة حكم الإعدام من ثم كان من المفترض اشتراط الإجماع زيادة في الحيلة والحد¹.

عرض الحكم على المحكمة العليا:- ففي حالة حكم محكمة الجنايات الحكم الحضوري بإعدام المتهم فإنه توجب على النيابة العامة عرض القضية على محكمة العليا "النقض" خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الحكم ، وهو ما نصت عليه المادة "385" مكرر وقد قضى بان " من واجب المحكمة العليا طبقاً للمادة 385 مكرر من قانون الإجراءات الجنائية مراجعة الحكم الصادر حضورياً بعقوبة الإعدام ، وكذلك إجراءات المحكمة للتحقيق من أن الحكم لم يبن على مخالفة للقانون ، أو على خطأ في تطبيقه أو تأويله ، أو أنه لم يقع في بطلان ، وأن إجراءات المحكمة لم يقع فيها بطلان أثر في الحكم سواء طعن المحكوم عليه في الحكم أم لم يطعن ، ذلك أن عرض القضية الصادر فيها الحكم حضورياً بعقوبة الإعدام على المحكمة العليا وطبقاً للمادة سالف الذكر واجب في جميع الأحوال"².

إجراءات تنفيذ حكم الإعدام:- لقد حددت المواد "430 ، 433 ، 434 ، 435 ، 437" إجراءات جنائية ، إجراءات تنفيذ عقوبة الإعدام ، فنصت المادة "430: إجراءات جنائية على أن "متي صار الحكم بالإعدام نهائياً وجب رفع أوراق الدعوى فوراً إلى الأمانة العامة لمؤتمر الشعب العام بواسطة أمين العدل " ولا ينفذ الحكم إلا بموافقة الأمانة العامة لمؤتمر الشعب العام ، هذا في ظل النظام السابق ، وهذا يعني بأن موافقة السلطة التشريعية أمر ضروري ، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة المذكورة وذلك بأن يعطى المحكوم عليه فرصة أخيره بأن يقوم رئيس المجلس التشريعي بإصدار عفو أو تخفيف العقوبة ، وبذلك لا تنفذ عقوبة الإعدام إلا بموافقة راسة السلطة التشريعية .

وتنص المادة "433" إجراءات جنائية ليبي على أن " تنفذ عقوبة الإعدام داخل السجن ، أو في مكان آخر مستور بناء على طلب بالكتابة من النائب العام ، يبين فيه استيفاء الإجراءات المنصوص عليها في المادة "430" .

ويجب أن يكون تنفيذ الإعدام بحضور أحد أعضاء النيابة العامة ، ومأمور السجن وطبيب السجن ، أو طبيب آخر تندبه النيابة العامة ، ولا يجوز لغير من ذكروا أن يحضروا التنقيذ إلا بإذن من النيابة العامة ، ويجب دائماً أن يؤذن للمدافع عن المحكوم عليه بالحضور .

¹ - إذا لم تتوافر الاغلبية وتشعبت الآراء إلى أكثر من رأيين فالفريق الاقل عدد ، أو الفريق الذي يضم احداث القضاة يجب ان ينظم لاحد الرأيين الصادرين من الاكثر عدداً وذلك بعد احد الآراء مرة ثانية "272" مرافعات ليبي .

² راجع نقض جنائي ليبي تاريخ 6 يونيو 1978م ، مجلة المحكمة العليا الليبية ، س 5 العدد3 ، ص 205 . -

ويجب أن يتلي الحكم الصادر بالإعدام منطوقة والتهمة المحكوم من أجلها على المحكوم عليه ، وذلك في مكان التنفيذ بمسمع من الحاضرين ، وإذا رغب المحكوم عليه في إبداء أقواله ، حرر عضو النيابة العامة محضراً بها ، وعند التنفيذ يحرر عضو النيابة محضراً بذلك ويثبت فيه شهادة الطبيب بالوفاة وساعة حصولها المادة " 434 " اجراءات جنائية ليبي .

ولايجوز تنفيذ عقوبة الإعدام في أيام الأعياد الرسمية أو الاعياد الخاصة بديانة المحكوم عليه المادة "345" اجراءات جنائية ليبي ، وتدفن الحكومة على نفقتها جثة المحكوم عليه بالإعدام ، ما لم لم يكن له أقارب يطلبون القيام بذلك " م 437" اجراءات جنائية ليبي .

تأجيل تنفيذ الأحكام الصادرة بالإعدام:- تنص المادة (436) " اجراءات جنائية ليبي على أنه " يوقف تنفيذ عقوبة الإعدام على الجاني إلى مابعد شهرين من وضعها " وبهذا فقد أوجب المشرع الليبي وقف تنفيذ عقوبة الإعدام على المحكوم عليها الحامل إلى ما بعد شهرين من وضعها .

وأرى بانه وتمشيا مع شخصية العقوبة ، والتي تقضي عدم تعدي أثر العقوبة إلى غير الجاني ، فانه بالنسبة للمرأة الحامل لو نفذت العقوبة عليها قبل وضع حملها ، فأن هذه العقوبة سوف تطال الجنين ، كما أن المشرع أعطى فترة الشهرين أيضا حفاظا على الوليد حديث الولادة حتى يتم إرضاعه خلال فترة الشهرين التي حددها المشرع في المادة المذكورة .

المطلب الثاني

عقوبة الإعدام بين الرفض والتأييد

إلى يومنا هذا لم يقدم الباحثون في علم الإجرام الدليل القاطع على صحة اسانيد الداعمين لعقوبة الإعدام ولا لفريق المعارضين لها ، ولهذا ظل الجدل مشوقاً بين الفريقين¹ ، سوف نعمل على تقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، الفرع الأول سنخصصه لبيان حجج وأسانيد المعارضين لعقوبة الإعدام ، بينما نخصص الفرع الثاني لحجج وأسانيد المؤيدين لعقوبة الإعدام .

الفرع الاول

أسانيد المعارضين لعقوبة الإعدام

إن الدولة لم تمنح الحق في الحياة :- يذهب انصار هذا الرأي إلى أن كل التشريعات في ماضيها وحاضرها تذهب نحو تحريم فعل القتل ، فالحياة يجب حمايتها ، ولا يجوز حرمان الفرد منها ، وهناك واجب يقع على الدولة قبل غيرها يتمثل في الالتزام بحماية حياة الإنسان ، ذلك بان الدولة من خلال قوانينها تحرم قتله ، كما أن الدولة وهي تضع القوانين التي تنظم المجتمع حفاظاً على كيانها من خلال معاقبة الجاني² ، ليس لها الحق في إبادة الافراد أو المواطنين ، على اعتبار ان الإعدام ليس فيه إزالة لآثار الجريمة ، بل يتضمن جريمة جديدة ، واخيراً فإن الدولة لم تمنح الإنسان الحق في الحياة حتى يجوز لها أن تسلبها³.

ويذهب إلي ان القصاص لا يليق بمجتمع متحضر ، باعتباره احد المبادئ التي كانت تطبق في عابر الزمان ، والذي كان يطبق على كافة المجرمين دون تمييز سواء كانوا معتوهين أم حيوانات بالإضافة إلى أنه قد تؤدي إلي خلق طبقة من الساديين الذين يتلددون بعذاب الاخرين ، والحاق أكبر الاذى وأشدّه بهم ، فقد تكمن هذه الفئة في القضاء ، أو وكلاء النيابة العامة ، فيلجؤون إلى تلفيق التهم وجمع الأدلة للإيقاع بأكبر عدد من الناس في حبائل الموت⁴.

¹ - راجع / ساسي سالم الحاج ، عقوبة الإعدام بن ابقاء والالغاء ، مقال منشور في المجلة القانونية ، العدد الاول ،

السنة الاولى ، ناصر - الفاتح 1987 م ، ص 103

² - راجع / يسرى انور ، شرح قانون العقوبات النظرية العامة ، دار الثقافة الجامعية ، 1995 م ، ص 626 .

³ - راجع / يسرى انور ، دراسات في الفقه العقابي مع التعمق ، مرجع سابق ، ص 31 .

⁴ - راجع / ساسي سالم الحاج ، عقوبة الإعدام بين الإبقاء والالغاء ، الطبعة الاولى ، معهد الإنماء العربي ، 1998

م ، 110 - 111 .

بالإضافة إلى أن العدالة كقيمة أخلاقية يقتضي أعمالها إعدام الإنسان المجرم ، فطالما أن فعالية هذه العقوبة في حفظ النظام الاجتماعي محل شك ، فإن تطبيقها باسم العدالة كفكرة معنوية خالية من المنفعة لا يمكن التسليم بها، فالقتل لا يمكن اعتباره هدفا لتحقيق العدالة ، وفي هذا يقول "لا مارنين" لماذا نستمر في المطالبة بالإبقاء على عقوبة الإعدام كأنها عقيدة ، ومنصة الإعدام باعتبارها آلة التنفيذ والجلاد باعتباره مكفراً عاماً للذنوب ، إن القوانين تصبغ الأخلاق بلون الدم ، فمنصة الإعدام ليست ولن تكون آخر دليل على العدالة " ¹.

عقوبة الإعدام وشخصية العقوبة :- أن تكون العقوبة شخصية من الخصائص الأساسية للعقوبة ، ويقصد بذلك أن لا تنال العقوبة إلا المحكوم عليه ، ونجد أن عقوبة الإعدام تتعارض مع هذه الخاصة من حيث إنها وإن كانت تنصب على الجاني نفسه ، إلا إن أثرها يمتد إلى غيره من أفراد أسرة الجاني ، فالألم النفسي الذي يلحق أفراد الأسرة يجب عدم إغفاله ، بالإضافة إلى الأثر الذي يترتب على تنفيذ عقوبة الإعدام من خلال الأضرار المالية ، التي تصيب أفراد الأسرة خصوصا إذا ما كان المحكوم عليه بالإعدام هو العائل الوحيد للأسرة ².

عقوبة الإعدام والأخطاء القضائية :- يقدم أنصار هذا الرأي حجة أخرى تتمثل في حصول أخطاء قضائية ، تؤدي بالمتهمين إلى حبل المشنقة دون أن يكون قد ارتكبوا فعل الجرم المسند إليهم ³ ، وفي عقوبة الإعدام يستحيل إصلاح أثر الخطأ القضائي بعد التنفيذ ⁴ ، فإذا ظهرت براءة المحكوم عليه بعد تنفيذ عقوبة الإعدام ، ذلك أن الأخطاء القضائية ليست نادرة ، والعدالة نسبية ، وهو ما بني عليه أن أغلب التشريعات تعمل على إعادة النظر الذي بمقتضى هذا النظام يجوز إعادة النظر في الحكم بالعقوبة في أحوال معينة ، كما لو حكم على شخص بتهمة القتل ووجد المدعى قتله حياً ، وواضح أنه إذا حكم بالإعدام ونفذ فلا سبيل لإنقاذ مواطن برئ ، على عكس ما إذا كان الحكم صادر بعقوبة أخرى ، يمكن إيقاف تنفيذ العقوبة ومنح هذا المواطن حريته ⁵.

¹ - راجع / عبدالنواب معوض محمد الشوربجي ، دراسات في علم العقاب ، دار مينا للطباعة والنشر والتوزيع ، 1996 - 1997م ، ص 103 .

² - راجع / يسري انور ، الفقه العقابي مع التعمق ، مرجع سابق ، ص 31 ، 32 .

³ - راجع / ساسي سالم الحاج ، مرجع سابق ، ص 112 .

⁴ - راجع / عبد النواب معوض ، مرجع سابق ، ص 104 .

⁵ - راجع / يسري انور ، قانون العقوبات ، مرجع سابق ، ص 614 .

عقوبة الإعدام لا تحقق الردع العام :- فيشكك هذا الفريق في أن عقوبة الإعدام لا تحقق الأغراض النفعية ، بحيث ان معظم المجرمين لم تردعهم عقوبة الموت عن ارتكاب جرائمهم ، حيث ان هناك دوافع عديدة قادتهم إلى ارتكابها ، دون أن يحسبوا للعقوبة التي تنتظرهم بعد ارتكاب الجريمة حساباً، فقد مضى العهد الذي كان الهدف من العقوبة الانتقام ،وبات الهدف الردع والإصلاح ، والإصلاح لا يمكن ان يتحقق بإعدام المتهم¹ ، إذ إن إصلاح المتهم وإعادة تأهيله لا يستقيم مع عقوبة الإعدام ، كما أن العقوبة التي تقطع باب الأمل أمام الفرد لا يمكن أن تكون عادلة²، كما أن عقوبة الإعدام تحول دون تحقيق الهدف الأساسي للعقوبة وهو الوقاية الخاصة ، وإعادة التكييف الاجتماعي ، وأخيراً فإن الإعدام يحول دون أن يتمكن المحكوم عليه تحت توجيه وإشراف الدولة من أن يعمل على نحو أثر الجريمة وإصلاح ماترتب عليها من ضرر بقدر الإمكان³، وأن هناك احصائيات تشير إلى أن الظاهرة الإجرامية لم تزد بل انخفضت في البلاد التي ألغت عقوبة الإعدام⁴.

عقوبة الإعدام غير مشروعة :- إذ إنها تتعدى عالمنا وتحتاج مجال القدرة الإلهية ، فالله سبحانه وتعالى خلق الإنسان وزرع فيه الحياة ، ويأتي المشرع الوضعي ليقرر عقوبة الموت ، أو نزع الحياة من الفرد ، وفي حقيقة الامر أنه يعتدي على قدرة الله سبحانه وتعالى ، وحتى الدولة التي تتمتع بسلطة تنظيم الحياة الاجتماعية عن طريق مؤسساتها واجهزتها لحفظ الأمن والاستقرار، الا إنه لايجق لها سلب الحياة التي هي هبة من الله لمخلوقاته ، ولها بدل ذلك أن تطبق بعض العقوبات المعنوية كالتى كانت تطبق في المجتمعات البدائية ، كطرد الجاني والمقاطعة ، وعدم التعامل معه⁵.

عقوبة الإعدام ليس لها مايررها :- ويذهب اصحاب هذا الرأي إلى أن عقوبة الإعدام ليس لها مايررها من الناحية المنطقية ، إذ ان رد الفعل يحدث بعد تمام الجريمة وتُحقق الضرر ، وعقوبة الإعدام لا تزيل ضرر الجريمة ، وحتما لايجوز هنا قياس عقوبة الإعدام على حالة الدفاع الشرعي فلاتشابه بين الحالتين⁶ ، فالجتمتع لايمكن أن يسلك مسلك المجرم بحجة الانتقام من بعض أفراده الخارجين عن قوانينه⁷، كما أن المجني عليهم في جرائم القتل التي تمثل أكثر الجرائم المعاقب عليها بالإعدام ، لايشعرون برد

¹ - راجع / ساسي سالم الحاج ، مرجع سابق ، ص 120.

² - راجع / يسري انور ، قانون العقوبات ، مرجع سابق ، ص 624.

³ - راجع /عبد التواب معوض ، مرجع سابق ، ص 103 .

⁴ - راجع / يسري انور ، قانون العقوبات ، مرجع سابق ، ص 624.

⁵ - راجع / ساسي سالم الحاج ، مرجع سابق ، ص 122.

⁶ - راجع / يسري انور ، دراسات في الفقه العقابي مع التعمق ، مرجع سابق ، ص 37 .

⁷ - راجع / ساسي سالم الحاج ، مرجع سابق ، ص 111.

الفعل بل إن الأثر يقتصر على الأحياء ، كما انه لا يجوز الاستناد إلى حالة الضرورة لتطبيق عقوبة الإعدام كوسيلة لحماية المجتمع من بعض الأفعال التي تهدده ، حيث إن شروط حالة الضرورة التي تبرر القتل ليست متوافرة في الدولة¹ ، كما أن عقوبة الإعدام غير قابلة للتدرج وفقاً لمسؤولية الجاني ، أو مدى خطورته أو مدى ما خصه من ضرر² .

تردد القضاء في توقيع عقوبة الإعدام :- فالمعارضون لعقوبة الإعدام يذكرون دليلاً على ندرة تطبيقها من جانب القضاء لصالح العقوبات السالبة للحرية³ ، لتحقيق مصالح اجتماعية⁴ ، فالقضاة يلتمسون الظروف المخففة لإفلات الجاني من قسوة حبل المشنقة⁵ ، فالجاني يأمل دائماً في النجاة من عقوبة الإعدام أكثر أمله من النجاة من العقوبات السالبة للحرية ، وذلك لأن عقوبة الإعدام عقوبة تستبعد من قبل الجميع ، ولا تلجأ إليها المحاكم إلا نادراً ، كما تتطلب إجراءات مطولة وأدلة أثبات مؤكدة ، واجماع من قبل الأعضاء ، فيحس الجاني أنه غير مهدد بالتطبيق تجاهه⁶

المطلب الثاني

الآراء المؤيدة لعقوبة الإعدام

أثر الإعدام في الردع :- كون عقوبة الإعدام تهدد بسلب الحياة ، وهي أعلى ما يمتلكه الانسان ، ولذا فإن كثيراً ممن يفكرون في ارتكاب الجرائم المعاقب عليها بالإعدام يترددون في الإقدام على هذه الأفعال ، بل قد يمتنعون تماماً عنها⁷ ، فبديهيات الأشياء تؤكد خشية الإنسان مما يؤلمه ، وكلما اشتد ألم العقوبة كلما مارست أثرها الردعي العام⁸ ، غير أنه وجب التسليم بما قاله "بكاريا" بأن " مبدأ يقينية تطبيق العقوبة أساس لأثرها الردعي ، إذ أنه لما لم يكن تطبيق العقوبة نيه مؤكد في ذهن المجرم المحتمل ، فلن تردعه عن الإقدام على الجريمة ، إلا أن يقيني التطبيق المعتبرة" ، معطاه لأثر العقوبة الردعي لاتغني عن معطاة أخرى هو تفوقها المسماة على لذة ثمرة الجريمة ، فطبيعة الإنسان تدفعه إلى ما يحقق

¹ - راجع / يسري انور ، دراسات في الفقه العقابي مع التعمق ، مرجع سابق ، ص 37 .

² - راجع / يسري انور ، قانون العقوبات ، مرجع سابق ، ص 615 .

³ - راجع / عبد التواب معوض ، مرجع سابق ، ص 104 .

⁴ - راجع / ساسي سالم الحاج ، مرجع سابق ، ص 125 .

⁵ - راجع / عبد التواب معوض ، مرجع سابق ، ص 104 .

⁶ - راجع / ساسي سالم الحاج ، مرجع سابق ، ص 125 .

⁷ - راجع / يسري انور ، الفقه العقابي مع التعمق ، مرجع سابق ، ص 29 .

⁸ - راجع / عبد التواب معوض ، مرجع سابق ، ص 104 .

نفعاً له ، فإن تواضع ألم العقوبة اليقينية بالقياس لثمرة الجريمة تخلف أثرها الردعي¹ ، فإنه وأن كان الغرض من العقوبة ليس فقط الردع في حد ذاته ، إلا أنها تبقى دوماً أحد أنواع العقوبات التي لا يضاهاها عقوبة أخرى في منع ارتكاب الجرائم الخطيرة ، لا أنها تنتزع من المرء أغلى شيء لديه وهو حياته كما سبق القول ، وأن كل المجرمين يخشون تطبيق الإعدام عليهم ، وتثير في نفوس الكثير منهم الفرع والرعب الشديدين ، بل ونرى العديد منهم يصرخون من أنهم ودو عدم ارتكاب الجرائم لو علموا مسبقاً أنهم مهددون بعقوبة الموت² .

عقوبة الإعدام مناسبة للجريمة :- يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن عقوبة الإعدام هي الجزاء المناسب مع الجرائم الكبرى كالقتل³ ، فهناك اعتقاد كبير لدى العامة وبعض المتخصصين بأن عقوبة اعدام الجاني وإزهاق روحه أحداً بنظرية التناسب بين الجريمة والعقوبة مناسبة لجريمة القتل⁴ ، ذلك أن التناسب بين العقوبة والجريمة يقتضيه المنطق والعدالة ، وأن هذا التناسب قد يكون في النوع والقدر ، وفي القصاص عدالة قائمة على تماثل في النوع والقدر بين الجريمة والعقوبة ، وفي العقوبات الأخرى تتحقق العدالة بمراعاة التناسب في الكم بين أذى الجريمة والم العقوبة ، والعقوبة البدنية "القصاص" تحقق العدالة في صورتها المطلقة ، وهي خارج نطاق القصاص مثل غيرها من العقوبات تحقق العدالة في صورتها الثانية⁵

عقوبة الإعدام مقبولة لدى الراي العام :- ويذهب أنصار هذا الرأي إلى أن الهدف الحقيقي للعقوبة هو التكفير عن الجريمة⁶ ، فهي وسيلة صالحة لتحقيق الدفاع الاجتماعي وهي غاية العقاب ، فضرورة انقضاء الجانب السليم من البنيان الاجتماعي تحتم بتر واستئصال الجانب المريض⁷ .

ولذا فإن الرأي العام في أغلب الدول مؤيد في مجموعه للأخذ بعقوبة الإعدام ، خاصة العاملين في مجال الأمن العام وإدارة المؤسسات العقابية ، فهناك اعتقاد بأن عقوبة الإعدام لها فعلية خاصة وأنه لا يحل محلها أية عقوبة أخرى في تحقيق الاغراض المطلوبة⁸ ، ورغم أن عقوبة الإعدام ذات صفة استتصاليه

¹ - راجع / عبدالقادر عودة ، التشريع الجنائي الاسلامي . مقارناً بالقانون الوضعي ، الجزء الاول ص 612 .

² - راجع / ساسي سالم الحاج ، عقوبة الإعدام بين الابقاء والالغاء ، مرجع سابق ، ص 98 .99.

³ - راجع / يسري انور قانون العقوبات ، المرجع السابق ، ص 623 .

⁴ - راجع / ساسي سالم الحاج ، مرجع سابق ، ص 97 .

⁵ - راجع / احمد عوض بلال ، علم العقاب ، دار النهضة العربية ، الطبعة الاولى 1983 م ، 142.

⁶ - راجع / ساسي سالم الحاج ، المرجع السابق ، ص 98 .

⁷ - راجع / يسري انور ، شرح قانون العقوبات ، المرجع السابق ، ص 624 .

⁸ - راجع / يسري انور ، دراسات في الفقه العقابي مع التعمق ، مرجع سابق ، ص 40 . 41 .

إلا أن مردودها العام على السلم الاجتماعي يفوق مساوئها¹، ولذا فإن تجنب تنفيذ عقوبة الإعدام في كثير من الجرائم قد يؤدي إلى صدور ردود أفعال من الرأي العام².

عقوبة الإعدام والأخطاء القضائية: - استحالة إصلاح الأخطاء القضائية في عقوبة الإعدام مأخذ صحيح عليها، لكنه ليس حكراً عليها فالعقوبات السالبة للحرية إذا ما نفذت تم اكتشاف عدم استحقاقها فإنه يستحيل إعادة الحرية إلى المحكوم عليه بأثر رجعي، ويجب الإقرار بان المال لا يعوض فقد الحرية عند سواد الناس³، ويمكن تجنب الأخطاء القضائية بزيادة الضمانات في الإجراءات المتبعة، كما أن هذا العيب ليس مستعصياً على العلاج من خلال كما سبق القول بتنوع وتدعيم ضمانات صحة أحكام الإدانة، ولا شك ان نتيجة الضمانات ليس مطلقة، فالخطأ القضائي يتصل بقابلية العمل الإنساني لمجانبة الصواب، وهو ما لا يمكن تفاديه بصقعة كلية، وإن أمكن الحد منه على نحو ملموس⁴.

على أي حال أن احتمال الأخطاء القضائية يجب ألا تحول دون تنفيذ عقوبة الإعدام مادامت وسيلة للدفاع عن النظام الاجتماعي، فلا مانع من التضحية بيريء في سبيل تحقيق المصلحة العامة، كما أن الدولة تبيح القتل في أحوال الدفاع الشرعي والضرورة تغليباً لمصالح المعتدى عليه، فكذلك يمكن تبرير الإعدام تغليباً للمصلحة العامة.

وحشية العقوبة ووحشية الاعتداء: - لقد نسب إلى عقوبة الإعدام وحشيتها، وعدم أدميتها لينيلها من الحق في الحياة، أحد الحقوق في سلامة الجسم، وهو ما لم ينكره أحد، غير أن السؤال كيف يمكن أن يتحقق للعقوبة أثرها التهديدي، وبث الخشية في نفس مجرم المستقبل إن لم تكن مخيفة؟، والأهم من ذلك أن أحداً لا يتذكر وحشية الاعتداء الذي يبرر وجوب التسليم بقسوة العقوبة⁵، فوحشية العقوبة تستهدف الوقاية من وحشية الاعتداء "الجريمة"، وقد رد على ذلك بأن التشديد في العقوبة لتحقيق الردع العام فيه ظلم للمحكوم عليه، إلا أنه يجب ملاحظة أن شدة العقوبة لتحقيق الردع العام لا يجب استهدافها للعدالة، فعقوبة الإعدام أو غيرها يجب أن تكون عادلة أرضاً لمشاعر

¹ - راجع / ساسي سالم الحاج، مرجع سابق، ص 98.

² - راجع / يسري انور، دراسات في الفقه العقابي مع التعمق، مرجع سابق، ص 41.

³ - راجع / عبدالنواب معوض، مرجع سابق، ص 110.

⁴ - راجع / يسري انور، دراسات في الفقه العقابي مع التعمق، مرجع سابق، ص 41.

⁵ - راجع / احمد عوض بلال، المرجع السابق، ص 142.

المجني عليه والضمير العام للمجتمع ، فإذا كان الإعدام هو الوسيلة لدريء الاعتداء ويجب التسليم بها ، والقول بغير ذلك محاباة لوحشية الاعتداء على حساب ضرورة الردع¹ .

الإعدام حقاً للدولة :- من حق الدولة حماية النظام الاجتماعي ، وإعدام أي فرد يصدر منه مايدل على أنه أصبح خطر يهدد هذا النظام ، ولا يجوز الاعتراض على ذلك بأنه ليس من حق الدولة سلب حياة الجاني ، بأنها لم تمنح تلك الحياة ، فيرد على ذلك أن الدولة لم تهب الإنسان حريته حتى يجوز لها أن تسلب حريته في العقوبات السالبة للحرية لمدة طالت أم قصرت²

الخاتمة

الجدل مازال علي أشده بين المؤيدين والرافضين لعقوبة الإعدام ، وفي هذا البحث (عقوبة الإعدام بين الرفض والتأييد) حاولت أن أتناول حجج وأسانيد كل من الفريقين ، ولأجل ذلك قدمت لهذا الموضوع بمقدمة ، وقسمت هذا البحث الي مبحثين، المبحث الأول خصصته لبيان الأحكام العامة لعقوبة الإعدام ، وهو ما قسمته بدورة الي مطلبين، المطلب الأول قسمته إلى مطلبين ، المطلب الأول خصصته لبيان الاحكام الموضوعية لعقوبة الإعدام ، وفي المطلب الثاني تناولت الأحكام الإجرائية لعقوبة الإعدام ، وخصصت المبحث الثاني من بحثي هذا لحجج وأسانيد الفريق الرفض لعقوبة الإعدام ، والفريق المؤيد لها ، وبغض النظر عن وجهة حجج أيا من الفريقين ، إلا أن عقوبة الإعدام بالنسبة لمجتمعنا العربي الليبي ، على اعتبار أنه مجتمع مسلم ، فإن عقوبة الإعدام هي احد العقوبات التي نصت عليها أحكام الشريعة الإسلامية، خصوصاً في جرائم الحدود ، وعلية فإن عقوبة الإعدام لا يمكن إلغاؤها ، خصوصاً بعد أن تبني المشرع الليبي إصدار بعض القوانين ، التي استمدت أحكامها من الشريعة الإسلامية ، ولعل أهمها قانون رقم (6) بشأن أحكام القصاص والدية الصادر 29 / أي النار / 1423 ميلادية ، وكذلك قانون السرقة والحراقة رقم (148) لسنة 1972 بشأن السرقة والحراقة ، ومع ذلك فإن المشرع الليبي وعند نعدر تنفيذ أحكام قانون القصاص والدية والسرقة والحراقة ، فإن أحكام قانون العقوبات تكون واجبة التنفيذ.

وعلي ذلك فإن عقوبة الإعدام تظل من العقوبات الاصيلة الواجبة التنفيذ في مجتمعنا الليبي العربي المسلم .

والله ولي التوفيق

¹ - راجع / يسري انور دراسات في الفقه العقابي مع التعمق ، مرجع سابق ، ص 12 ، .

² - راجع / ساسي سالم الحاج ، مرجع سابق ، ص 101 .

قائمة أهم المراجع

أحمد الحجى الكردي ، المدخل الفقهي - القواعد الكلية - والمؤيدات الشرعية ، منشورات جامعة دمشق، 1994-1995م .،

احمد عوض بلال ، علم العقاب ، دار النهضة العربية ، الطبعة الاولى 1983 م ،

إيمان السيد عرفة ، سلطة النظم العقابية واثرها في المجتمعات القديمة ، دار النهضة العربية ، 2012 م.

ساسى سالم الحاج ، عقوبة الإعدام بين الإبقاء والإلغاء ، الطبعة الاولى ، معهد الإنماء العربي ، 1998 م.

سعيد الجليدي ، عقوبة الإعدام في الشريعة الاسلامية ، مجلة المعهد العالمي للقضاء ، العدد الثاني ، 2008.

عبدالنواب معوض محمد الشوريجي ، دراسات في علم العقاب ، دار مينا للطباعة والنشر والتوزيع ، 1996 - 1997م ،

عبدالغني عمرو الرومي ، تاريخ النظم القانونية ، دار الكتاب الوطنية طرابلس ، 2011م .،

عبدالقادر عودة ، التشريع الجنائي الاسلامي - مقارنا بالقانون الوضعي ، الطبعة الاولى ، دار الحديث ، 2009 م

فوزية عبدالستار ، الاسلام وحقوق الانسان ، مؤسسة الاهرام للطباعة ، 2007 م ،

مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي ، الجزء الثاني ، منشورات الجامعة الليبية ، 1974 م .

محمد اللافي - منصور ميلاد يونس ، مذكرات في مادة تاريخ النظم القانونية ، منشورات الجامعة المفتوحة ، 1198م ،

محمد رمضان بارة ، القانون الجنائي الليبي ، القسم الخاص ، جرائم الاعتداء على الاشخاص ، الجزء الاول ، بدون دار نشر ، 1998.

محمد رمضان بارة ، شرح قانون العقوبات الاحكام العامة ، الجزء الاول ، الطبعة الثالثة ، المؤسسة للورق والطباعة ، بدون تاريخ نشر ،

محمد عنجرين ، حقوق الانسان بين الشريعة والقانون - نصا ومقارنة وتطبيقاً ، دار الشهاب - دار الفرقان ، 2005 م.

موسي مسعود ارحومة ، الاحكام العامة لقانون العقوبات الليبي ، الجزء الاول ، النظرية العامة للجريمة ، الطبعة الاولى ، منشورات جامعة قاريونس

يسرى انو، شرح قانون العقوبات النظرية العامة ، دار الثقافة الجامعية ، 1995 م.

يسري انور، دراسات في الفقه العقابي مع التعمق، دار النهضة العربية، 1995 م.

حجية الدليل الرقمي في مجال الإثبات الجنائي

وموقف المشرع الليبي

د. حكيم محمد عثمان

محاضر / قسم القانون الجنائي / كلية القانون

جامعة بني وليد

المقدمة

من القواعد المستقرة في مجال الإثبات الجنائي أن القاضي لا يمكنه أن يقضي بعلمه الشخصي، فإحاطته بوقائع الدعوى يجب أن يتم من خلال ما يطرح عليه من أدلة، ومن هنا يبدو الدليل هو الوسيلة التي ينظر من خلالها القاضي للواقعة موضوع الدعوى، وعلى أساس يبيني قناعته، ولهذه الأهمية التي يتمتع بها الدليل عموماً حظي باهتمام المشرع في مختلف الأنظمة القانونية من حيث تحديد شروط مشروعيته وتقدير قيمته الإثباتية، مع اختلاف النظم القانونية في الاتجاه الذي تتبناه بين موسع ومضيق. ونتيجة لتسارع إيقاع التقدم التكنولوجي والتقني الهائل؛ وظهور الفضاء الإلكتروني ووسائل الاتصال الحديثة كالفاكس والإنترنت وسائر صور الاتصال الإلكتروني عبر الأقمار الصناعية استغله مرتكبو الجرائم الإلكترونية⁽¹⁾ في تنفيذ جرائمهم التي لم تعد تقتصر على إقليم دولة واحدة، بل تجاوزت حدود الدول، وهي جرائم مبتكرة ومستحدثة تمثل ضرباً من ضروب الذكاء الإجرامي، وبذلك اختلف الوسط الذي ترتكب فيه الجريمة، من وسط مادي إلى وسط معنوي أو ما يعرف بالوسط الافتراضي، وهو ما استتبع ظهور طائفة جديدة من الأدلة تتفق وطبيعة الوسط الذي ارتكبت فيه الجريمة وهي الأدلة الرقمية، أو ما يسمى بالأدلة الإلكترونية، ولقد أثارت هذه الأدلة الكثير من الإشكاليات التي يمكن إرجاعها إلى ما يتمتع به الدليل الرقمي الإلكتروني بصفة الحداثة، فهو إفراز التطور التقني وذو طبيعة خاصة من حيث الوسط الذي ينشأ فيه والطبيعة التي يبدو عليها، وهذا يثير التساؤل حول مشروعية الأخذ به، ومدى إمكانية البحث عن الدليل الرقمي في الوسط الافتراضي وضبطه وفقاً للقواعد التي تحكم التفتيش، وكذلك صفة الشخص الذي يقوم بجمع هذا الدليل.

وكذلك يثير التساؤل حول مقبولية الدليل الرقمي في إثبات الوقائع الجنائية، وخصوصاً إن نظام الإثبات الجنائي تحكمه قرينة البراءة والتي على أساسها يتعين دائماً الحكم بالبراءة كلما تطرق للدليل الشك، لاسيما إذا علمنا بأن مقدار التطور في مجال تقنية المعلومات يتيح العبث بالمرجحات الرقمية بما يجعل مضمونها مخالفاً للحقيقة دون أن يتسنى لغير المتخصص إدراك ذلك.

(1) من أمثلتها قرصنة واختراق غير مشروع لأنظمة الغير وبرامجهم وتدميرها بواسطة ما يعرف بالفيروسات المعلوماتية، وتقليد برامج الغير ونسخها وكذلك جرائم السرقة الإلكترونية والنصب والتزوير وتسهيل الدعارة وانتهاك حشمة الحياة الخاصة وعرض المواد الإباحية للأطفال وانتهاك خصوصية الغير، والمعلومات المشوهة والإعلانات الكاذبة والأفلام المخلة بالأداب العامة وعمليات التجسس والإرهاب والابتزاز والسطو على أموال البنوك.

لذلك سنحاول من خلال ما سيأتي أن نبين هذه الإشكاليات التي يثيرها الدليل الرقمي وكيفية التعامل التشريعي مع هذه المسألة والتطبيقات القضائية بها ومحاولة الاستفادة من تجارب بعض الدول المتقدمة وموقف المشرع الليبي في ضوء القواعد العامة، وذلك وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: ماهية الدليل الرقمي وأقسامه وخصائصه .

المطلب الأول: التعريف بالدليل الجنائي بشكل عام.

المطلب الثاني: تعريف الدليل الرقمي.

المطلب الثالث: تقسيمات الدليل الرقمي.

المطلب الرابع: خصائص الدليل الجنائي الرقمي.

المبحث الثاني: مدى قبول وإجازة الأدلة الرقمية في الإثبات الجنائي .

المطلب الأول: مشروعية استخدام الأدلة الرقمية كوسيلة للإثبات الجنائي.

المطلب الثاني: حجية الدليل الرقمي أمام القضاء الجنائي.

المطلب الثالث: الصعوبات التي تواجه عملية الإثبات الجنائي في جمع الأدلة الرقمية.

المطلب الرابع: تفعيل التعاون الدولي ودور المعاهدات الدولية ومبدأ المساعدة القانونية والقضائية المتبادلة.

المبحث الأول

ماهية الدليل الرقمي وأقسامه وخصائصه

تمهيد وتقسيم:

نظراً للطبيعة الخاصة للجرائم الرقمية فإن دليل إثباتها يختلف ويتميز عن الدليل الجنائي التقليدي، فالدليل الرقمي يعيش في بيئة متطورة بطبيعتها وتشمل على أنواع متعددة من البيانات الرقمية تصلح مجتمعة أو منفردة لكي تكون دليلاً للإدانة أو البراءة، فيعتبر الدليل الإلكتروني الوسيلة الوحيدة والرئيسية في الإثبات الجنائي بجرائم الحاسوب والإنترنت، لذلك تركز عملية الإثبات الجنائي للجرائم الرقمية على الدليل الجنائي الرقمي باعتباره الوسيلة الوحيدة والرئيسية لإثبات هذه الجرائم، وهو محور اهتمام بحثنا هذا، لذا سنتناول في هذا المبحث توضيح ماهية هذا الدليل وخصائصه وأقسامه، وكذلك في مطلب مستقل نسبقهم بمطلب نوضح فيه مفهوم الدليل الجنائي بشكل عام، وسنتناول ذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

الدليل في اللغة:

هو المرشد، وما يتم به الإرشاد، وما يستدل به، والدليل: الدال، والجمع: أدلة⁽¹⁾، وكذلك الحق بالبيئة، والبيئة هي الدليل أو الحجة.

الدليل في المصطلح القانوني:

يقصد بالدليل: الوسيلة التي يستعين بها القاضي للوصول إلى الحقيقة التي ينشدها، والمقصود بالحقيقة في هذا الصدد: هو كل ما يتعلق بالإجراءات والوقائع المعروضة عليه لأعمال حكم القانون عليها⁽²⁾، كما يقصد بالدليل أو العمل الإجرائي: كل إظهار لنشاط عام أو خاص داخل الخصومة أو من أجلها يؤدي مباشرة إلى التأثير في تطور رابطة الخصومة، أو بمعنى آخر: هو كل عمل يجري في الخصومة أو يهدف إلى إعدادها أو له قيمة في الخصومة، أيا كانت طبيعته أو معناه، نظمه القانون بقصد الوصول إلى تطبيق القانون الموضوعي فيها⁽³⁾، وهو الوسيلة الإثباتية المشروعة التي تسهم في تحقيق حالة اليقين لدى القاضي بطريقة سائغة يطمئن إليها⁽⁴⁾ وهو أداة الإثبات عموماً.⁽⁵⁾

كما أن الدليل هو: الوسيلة المتحصلة بالطرق المشروعة لتقديمها للقاضي لتحقيق حالة اليقين لديه والحكم بموجبها.⁽⁶⁾

والدليل هو النشاط الإجرائي الحال والمباشر من أجل الحصول على اليقين القضائي وفقاً لمبدأ الحقيقة المادية، وذلك عن طريق بحث أو تأكيد الاتهام أو نفيه.⁽⁷⁾

(1) د. جميل صليبا، المعجم الفلسفي، بيروت، دار الكتاب اللبناني، الطبعة الأولى، 1970م، ص23.

(2) د. ناصر إبراهيم محمد زكي، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، 1987م، ص211.

(3) أحمد ضياء الدين، مشروعية الدليل في المواد الجنائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1983م، ص473 وما بعدها.

(4) عميد د. عبدالحافظ عبدالمهدي عابد، الإثبات الجنائي بالقرائن، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة 1989م، ص198.

(5) مفهوم الإثبات أوسع من كلمة (دليل) فالإثبات أكثر عمومية، ويشمل مجموعة من الإجراءات الشكلية والموضوعية والقواعد اللازمة لكشف الحقائق وتحقيق العدالة، والدليل: مجموعة من الحقائق التي تقدم للمحكمة ويتم استخدامها لتبرئة أو إدانة المتهم.

(6) د. محمد عبيد سعيد يوسف، مشروعية الدليل في المجالين الجنائي والتأديبي، دراسة مقارنة بالتطبيق على تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة، أطروحة دكتوراه في علوم الشرطة، أكاديمية مبارك للأمن، كلية الدراسات العليا، مصر.

(7) لواء د. أحمد ضياء الدين محمد خليل، قواعد الإجراءات الجنائية ومبادئها في القانون المصري، مطبعة كلية الشرطة، 2004م، ص316.

المطلب الثاني

تعريف الدليل الرقمي

بعد أن عرفنا الدليل بشكل عام والدليل الجنائي بشكل خاص، يمكن لنا أن نعرف الدليل الجنائي الرقمي باعتباره نوعاً متميزاً من أنواع الدليل الجنائي.

فيعرف البعض⁽¹⁾ الدليل الرقمي Digital evidence بأنه: الدليل المأخوذ من أجهزة الحاسب الآلي ويكون في شكل مجالات أو نبضات مغناطيسية أو كهربائية يمكن تجميعها وتحليلها باستخدام برامج وتطبيقات وتكنولوجيا خاصة، ويتم تقديمها في شكل دليل يمكن اعتماده أمام القضاء. وهو مكون رقمي لتقديم معلومات في أشكال متنوعة مثل: النصوص المكتوبة أو الصور أو الأصوات والأشكال والرسوم، وذلك من أجل الربط بين الجريمة والجاني عليه وبشكل قانوني يمكن الأخذ به أمام أجهزة تطبيق وتنفيذ القانون.⁽²⁾

أو هو: معلومات يقبلها المنطق والعقل ويعتمدها العلم، يتم الحصول عليها بإجراءات قانونية وعلمية بترجمة البيانات الحاسوبية المخزنة في أجهزة الحاسب الآلي وملحقاتها وشبكات الاتصال، ويمكن استخدامها في أي مرحلة من مراحل التحقيق أو المحاكمة لإثبات حقيقة فعل أو شيء أو شخص له علاقة بجريمة أو جانٍ أو مجني عليه.⁽³⁾

في حين عرفه البعض الآخر⁽⁴⁾ بأنه: الدليل الذي يجد له أساس في العالم الافتراضي ويقود إلى الجريمة.

والذي يلاحظ على هذه التعريفات أنه اقتصر على مفهوم الدليل الرقمي الذي يتم استخراجها من الحاسب الآلي، ولاشك أن ذلك فيه تضيق لدائرة الأدلة الرقمية، فهي كما يمكن أن تستمد من

(1) د. ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، البحث والتحقيق الجنائي الرقمي في جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2006م، ص 88.

أيضاً راجع: د. خالد ممدوح إبراهيم، الدليل الإلكتروني في جرائم المعلوماتية، بحث منشور على الإنترنت ص 2
<http://www.f-law.net>

(2) خبير، عبدالناصر محمد محمود فرغلي، د. محمد عبيد سيف سعيد المسماري، الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية من الناحيتين القانونية والفنية، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، الرياض، 2007/11/12، 14، ص 13.

(3) اللواء د. محمد الأمين البشري، التحقيق في الجرائم المستحدثة، الطبعة الأولى، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2004م، ص 234.

(4) د. عمر محمد بن يونس، مذكرات في الإثبات الجنائي عبر الإنترنت، ندوة الدليل الرقمي عبر جامعة الدول العربية، مصر، في الفترة 5-8 مارس 2006م، ص 5.

الحساب الآلي، فمن الممكن أن يتحصل عليها من أية آلة رقمية أخرى، فالهاتف وآلات التصوير وغيرها من الأجهزة التي تعتمد التقنية الرقمية في تشغيلها يمكن أن تكون مصدراً للدليل الرقمي، فضلاً عن ذلك فإن هذا التعريف يخلط بين الدليل الرقمي ومسألة استخلاصه، حيث عرفه بأنه الدليل المأخوذ من الحاسب الآلي أو الكمبيوتر... إلخ، وهذا يعني أن الدليل الرقمي لا تثبت له هذه الصفة إلا إذا تم أخذه أو استخلاصه من مصدره، وهذا برأينا ليس صحيحاً، وهو ما يصف هذا التعريف بالقصور لكونه لا يعطي تعريفاً جامعاً للدليل الرقمي.

ولذا فإننا بالاستفادة مما سبق نرى تعريف الدليل الرقمي بأنه : ((هو ذلك الدليل المشتق بواسطة النظم البرمجية المعلوماتية الحاسوبية، وأجهزة ومعدات وأدوات الحاسب الآلي، أو شبكات الاتصالات من خلال إجراءات قانونية وفنية، لتقديمها للقضاء بعد تحليلها علمياً أو تفسيرها في شكل نصوص مكتوبة، أو رسومات أو صور وأشكال وأصوات، لإثبات وقوع الجريمة ولتقرير البراءة أو الإدانة فيها)).

المطلب الثالث: خصائص الدليل الجنائي الرقمي

يتميز الدليل الجنائي الرقمي عن الدليل الجنائي التقليدي بالخصائص التالية:

- 1- الأدلة الرقمية تتكون من بيانات ومعلومات ذات هيئة إلكترونية غير ملموسة، لا تدرك بالحواس العادية، بل يتطلب إدراكها الاستعانة بأجهزة ومعدات وأدوات الحاسبات الآلية Hardware واستخدام نظم برمجية حاسوبية Software.⁽¹⁾
- 2- الأدلة الرقمية ليست أقل من الدليل المادي فحسب، بل تصل إلى درجة التخيلية في شكلها وحجمها ومكان تواجدها غير المعلن⁽²⁾، وذلك لأن مصطلح الدليل الرقمي يشمل كافة أشكال وأنواع البيانات الرقمية الممكن تداولها رقمياً، بحيث يكون بينها وبين الجريمة رابطة من نوع ما، وتتصل بالضحية على النحو الذي يحقق هذه الرابطة بينها وبين الجاني.⁽³⁾
- 3- يمكن استخدام نسخ من الأدلة الجنائية الرقمية مطابقة للأصل ولها ذات القيمة العلمية والحجية الثبوتية الشيء الذي لا يتوافر في أنواع الأدلة الأخرى (التقليدية) مما يشكل ضماناً شديدة الفعالية للحفاظ على الدليل ضد الفقد، والتلف، والتغيير، عن طريق عمل نسخ طبق الأصل من الدليل.⁽⁴⁾

(1) انظر، خبير عبدالناصر محمد محمود فرغلي، د. محمد عبيد سيف سعيد المسماري، الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية، مرجع سابق، ص14.

(2) للمزيد انظر: د. محمد الأمين البشري، التحقيق في الجرائم المستحدثة، مرجع سابق، ص237 وما بعدها.

(3) رشيد بوكر، الدليل الإلكتروني ومدى حجته في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير منشورة في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27 العدد الأول.

(4) وهذا ما فعله المشرع البلجيكي، ومقتضى قانون 28 نوفمبر 2000م تعديل قانون التحقيق الجنائي وإضافة المادة (39 bis) التي سمحت بضبط الأدلة الرقمية، مثل نسخ المواد المخزنة في نظم المعالجة الآلية للبيانات بقصد عرضها على الجهات القضائية. انظر: عمر محمد بن يونس، مذكرات في الإثبات الجنائي عبر الإنترنت، ندوة الدليل الرقمي، مرجع سابق، ص12.

- 4- الأدلة الرقمية يمكن استرجاعها بعد محوها، وإصلاحها بعد إتلافها، وإظهارها بعد إخفائها، مما يؤدي إلى صعوبة الخلاص منها وهي خاصية من أهم خصائص الدليل الرقمي، بالمقارنة بالدليل التقليدي، فهناك العديد من البرامج الحاسوبية التي وظيفتها استعادة البيانات التي يتم حذفها أو إلغائها، سواء تم ذلك بالأمر Delete وحتى لو تم عمل إعادة تهيئة أو تشكيل للقرص الصلب أو hard Disk باستخدام الأمر format والبرامج التي تم إتلافها أو إخفائها، سواء كانت صوراً أو رسوماً أو كتابات أو غيرها، مما يعني صعوبة إخفاء الجاني لجريمته أو التخفي فيها عن أعين الأمن والعدالة، طالما تم علم رجال البحث والتحقيق الجنائي بوقوع الجريمة.
- 5- الأدلة الجنائية الرقمية ذات طبيعة ديناميكية فائقة السرعة تنتقل من مكان لآخر عبر شبكات الاتصال متعددة لحدود الزمان والمكان.
- 6- يمكن من خلال الدليل الرقمي رصد المعلومات عن الجاني وتحليلها في ذات الوقت، فالدليل الرقمي يمكن أن يسجل تحركات الفرد، كما أنه يسجل عاداته وسلوكياته وبعض الأمور الشخصية عنه، لذا فإن البحث الجنائي قد يجد غايته بسهولة أيسر من الدليل المادي.⁽¹⁾
- هذه الخصائص أكسبت الدليل الرقمي طابعاً مميزاً جعلته الأفضل لإثبات الجرائم الإلكترونية مثل جرائم الاعتداء على نظم المعالجة الآلية؛ لأنه من طبيعة الوسط الذي ارتكبت فيه، وكذلك يصلح لأن يكون دليل إثبات في الجرائم التقليدية، ففي الجرائم المرتكبة بواسطة الحاسوب مثل جرائم غسل الأموال أو تهريب المخدرات وعلى الرغم من عدم وجود صلة بين هذه الجرائم وبين الجرائم المرتكبة عن طريق الحاسوب إلا من حيث الوسيلة أي أنه الوسيلة لارتكاب الجريمة، وعدم اتصال الجريمة بالحاسوب في مثل هذه الحالات فإن الدليل الرقمي يصلح ليكون دليلاً لإثباتها.⁽²⁾

(1) انظر: د. ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، استخدام بروتوكول (TCP IP) في بحث وتحقيق الجرائم على الكمبيوتر، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية منظم المؤتمر أكاديمية شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات، رقم العدد 4، المحور الأمني والإداري، تاريخ انعقاد 26 أبريل 2003م، والانتهاه 28 أبريل 2003م دبي، الإمارات العربية المتحدة، ص 649-650.

(2) سهى إبراهيم داود عريقات، الطبيعة القانونية للدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير، قسم القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة دن، ص 18.

المطلب الرابع

تقسيمات الدليل الرقمي

نتناول في هذا المطلب أنواع الدليل الرقمي والأشكال التي يبدو عليها، وكذلك الجرائم التي يصلح الدليل الرقمي ليكون دليلاً لإثباتها، وذلك على النحو التالي:

أولاً: أنواع الدليل الرقمي وأشكاله: إن الدليل الرقمي ليس له صورة واحدة بل يوجد له العديد من الصور والأشكال، وقد قسمها البعض إلى الأقسام الرئيسية التالية⁽¹⁾:

1_ أنواع الدليل الرقمي :

أ- أدلة أعدت لتكون وسيلة إثبات:

وهذا النوع من الأدلة الرقمية يمكن إجماله فيما يلي:

- 1- السجلات التي تم إنشاؤها بواسطة الآلة تلقائياً، ويعتبر هذه السجلات من مخرجات الأدلة التي لم يساهم الإنسان في إنشائها مثل سجلات الهاتف وفواتير أجهزة الحاسب الآلي.⁽²⁾
- 2- السجلات التي جزء منها تم حفظه بالإدخال وجزء يتم إنشاؤه بواسطة الآلة ومن أمثلة ذلك البيانات التي يتم إدخالها إلى الآلة وتتم معالجتها من خلال برنامج خاص كإجراء العمليات الحسابية على تلك البيانات.

ب- أدلة لم تعد لتكون وسيلة إثبات:

وهذا النوع من الأدلة الرقمية نشأ دون إرادة الشخص، أي أنها أثر يتركه الجاني دون أن يكون راعياً في وجوده، ويسمى هذا النوع من الأدلة بالبصمة الرقمية، وهو ما يمكن أن نسميه أيضاً بالآثار المعلوماتية الرقمية، وهي تتجسد في الآثار التي يتركها مستخدم الشبكة المعلوماتية بسبب تسجيل الرسائل المرسله منه أو التي يستقبلها وكافة الاتصالات التي تمت من خلال الآلة أو شبكة المعلومات العالمية.⁽³⁾

(1) انظر: د. ممدوح عبدالحמיד عبدالمطلب، البحث والتحقيق الجنائي الرقمي في جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، مرجع سابق، ص 88.

(2) راجع: د. ممدوح عبدالحמיד عبدالمطلب، زبيدة محمد قاسم، عبدالله عبدالعزيز، نموذج مقترح لقواعد اعتماد الدليل الرقمي للإثبات في جرائم الكمبيوتر، منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية والإلكترونية، نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة وغرفة التجارة والصناعة دبي في الفترة من 10-12/5/2003م، ص 2238.

(3) حيث يتم الاعتماد في ضبط هذا النوع من الأدلة على ما يعرف بروتوكول IP والذي يمكن من ضبط تحركات مستخدم الشبكة تحدى الجهاز الذي يستعمله من خلال بيانات الجهاز عند مزود الخدمة. راجع في ذلك: د. عبدالفتاح بيومي حجازي، الدليل الرقمي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دراسة معمقة في جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، بمجلات للطباعة والتجليد، مصر، 2009م، ص 108-109. وهذا النظام لا يحدد شخصية مرتكب الجريمة وإنما يحدد الجهاز الذي استعملت منه، ويرى البعض إن ذلك يصلح كقرينة لاعتبار صاحب الجهاز مرتكب الجريمة إلى أن يثبت العكس. راجع: د. ممدوح عبدالحמיד عبدالمطلب، البحث والتحقيق الجنائي في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، مرجع سابق، ص 108.

والواقع أن هذا النوع من الأدلة لم يعد أساساً للحفاظ من قبل من صدر عنه، غير أن الوسائل الفنية الخاصة تمكن من ربط هذه الأدلة ولو بعد فترة زمنية من نشوتها، فالاتصالات التي تجري عبر الإنترنت والمراسلات الصادرة عن الشخص أو التي يتلقاها كلها يمكن ضبطها بواسطة تقنية خاصة بذلك.⁽¹⁾

وتبدو أهمية التمييز بين هذين النوعين من الأدلة.

- إن النوع الأول من الأدلة قد أُعدَّ كوسيلة إثبات لبعض الوقائع فإنه عادة ما يعتمد إلى حفظه للاحتجاج به لاحقاً وهو ما يقلل من إمكانية فقدانه، وعلى عكس النوع الثاني حيث لم يُعدَّ ليحفظ ما يجعله عرضة لفقدان الأسباب ومنها فصل التيار الكهربائي عن الجهاز مثلاً.

- يكون الحصول على النوع الثاني من الأدلة باتباع تقنية خاصة لا تخلو من الصعوبة والتعقيد بينما يتميز النوع الثاني من الأدلة الرقمية بسهولة الحصول عليه لكونه قد أُعدَّ أصلاً لأنَّ يكون دليلاً على الوقائع التي يتضمنها.

- نجد أن النوع الثاني من الأدلة الرقمية هو الأكثر أهمية لكونه لم يُعدَّ أصلاً ليكون أثراً لمن صدر عنه، ولذا فهو في العادة تتضمن معلومات تفيد في الكشف عن الجريمة ومرتكبها.

ويلاحظ أن التنوع في الدليل الرقمي يفيد بالضرورة أنه ليس هناك وسيلة واحدة للحصول عليه، وإنما تتعدد وسائل التوصيل إليه، وفي كل الأحوال يظل الدليل المستمد منه رقمياً، حتى وإن اتخذ هيئة أخرى، ففي هذه الحالة فإن اعتراف القانون بهذه الهيئة يكون مؤسساً على طابع افتراضي مبناه أهمية الدليل الرقمي ذاته وضرورته إلا أنه لكي يحدث تواصل بين القانون وبين الدليل المذكور - نتيجة لنقص توافر الإمكانية الرقمية في المحاكم - فإنه يلزم اتخاذ مسلك الافتراض من حيث اعتباره دليلاً أصلياً.⁽²⁾

2 _ أشكال الدليل الرقمي:

أما عن أشكال الدليل الرقمي فيمكن إيجازها في ثلاث أشكال رئيسية هي:

- الصورة الرقمية: وهي عبارة عن تجسيد الخصائص حول الجريمة ، وفي العادة تقدم الصورة إما في شكل ورقي أو في شكل مرئي باستخدام الشاشة المرئية، والواقع أن الصورة الرقمية تمثل تكنولوجيا بديلة للصورة الفوتوغرافية التقليدية وهي قد تبدو أكثر تطوراً ولكنها ليست بالصورة الأفضل من الصورة التقليدية.

⁽¹⁾ خالد ممدوح إبراهيم، زبيدة قاسم، عبدالله عبدالعزيز، مرجع سابق، ص2.

⁽²⁾ انظر: د. عمر محمد بن يونس ، مذكرات في الإثبات الجنائي عبر الإنترنت، ندوة الدليل الرقمي، مرجع سابق، ص12.

- ب- التسجيلات الصوتية: وهي التسجيلات التي يتم ضبط وتخزينها بواسطة الآلة الرقمية، وتشمل المحادثات الصوتية على الإنترنت والهاتف ... إلخ.
- ج- النصوص المكتوبة: وتشمل النصوص التي يتم كتابتها بواسطة الآلة الرقمية ومنها الوسائل عبر البريد الإلكتروني، والهاتف المحمول (النقال) والبيانات المسجلة بأجهزة الحاسب الآلي... إلخ.

ثانياً : نطاق العمل بالدليل الرقمي:

إن الاهتمام الذي يحظى به الدليل الرقمي قياساً بغيره من الأدلة الأخرى هو زياده و انتشار استخدام تقنية المعلومات الرقمية، والتي تعاضم دورها مع دخول الإنترنت شتى مجالات الحياة، وأصبح بذلك هذا الوسط مرتعاً لطائفة من الجناة يطلق عليهم اسم الجرمين المعلوماتيين، فالجرائم التي يرتكبها هؤلاء تقع في الوسط الافتراضي أو ما يمكن تسميته بالعالم الرقمي، ولذا كان الدليل الرقمي هو الدليل الأفضل لإثبات هذا النوع من الجرائم؛ لأنه من طبيعة الوسط الذي ارتكبت فيه، ومن هنا بدت أهمية هذا النوع من الأدلة، ولكن أعني ذلك أن الدليل الرقمي ينحصر مجاله كدليل إثبات فقط على جرائم المعلوماتية؟

يجب التنويه إلى أنه لا تلازم بين نطاق العمل بالدليل الرقمي ومشكلة إثبات الجريمة المعلوماتية، فمن ناحية فإن الدليل الرقمي مثلما يصلح لأثبات الجريمة المعلوماتية وهو الدليل الأفضل لإثباتها، فإنه من ناحية أخرى يصلح لإثبات الجرائم التقليدية إن جاز التعبير، حيث يميز الفقه في هذا الشأن بين نوعين من الجرائم⁽¹⁾:

أ- الجرائم المرتكبة بواسطة الآلة: وهذا النوع من الجرائم يستخدم فيه الحاسب الآلي والإنترنت كوسيلة مساعدة لارتكاب الجريمة، مثل استخدامه في الغش أو الاحتيال أو غسل الأموال أو تهريب المخدرات، وهذا النوع من الجرائم لا صلة له بالوسط الافتراضي إلا من حيث الوسيلة - وبكلمة أوضح فإن الجريمة في هذه الحالة هي جريمة تقليدية استعملت في ارتكابها أداة رقمية، فبرغم عدم اتصال هذه الجريمة بالنظام المعلوماتي فإن الدليل الرقمي يصلح كدليل لإثباتها.

ب- جرائم الإنترنت والآلة الرقمية: وهذا النوع من الجرائم يكون محله جهاز الحاسب الآلي أو الآلة بصفة عامة، بحيث يكون الاعتداء واقعاً إما على الكيان المادي للآلة وهذه يمكن اعتبارها جريمة تقليدية تلحق النوع الأول وإما يكون الاعتداء واقعاً على الكيان المعنوي للحاسب أو الآلة أو على قاعدة البيانات التي قد تكون على شبكة المعلومات العالمية، مثل انتهاك الملكية الفكرية،

(1) د.مدوح عبدالحميد عبدالمطلب، زبيدة محمد قاسم، عبدالله عبدالعزيز، مرجع سابق، ص 2237.

وجرائم القرصنة وغيرها، وهذا النوع من الجرائم هو ما يمكن تسميته بجرائم المعلوماتية، والتي يكون الدليل الرقمي هو الدليل الأفضل لإثباتها إن وجد.⁽¹⁾

ولذلك نجد أن الجريمة المعلوماتية رغم ارتباطها بالدليل الرقمي إلا أن إثباتها لا يقتصر عليه، فمن الممكن إثباتها بأدلة الإثبات التقليدية كالشهادة والاعتراف وغيرها.⁽²⁾

ولذلك يمكن القول إنه لا تلازم بين مشكلة الدليل الرقمي وإثبات الجريمة المعلوماتية، فلهذه الأخيرة إشكاليات قانونية أخرى لا شأن لها بالدليل الرقمي، فإذا كانت غاية الدليل عموماً هي إثبات الجريمة ونسبها إلى مرتكبها، فإن هذا الدليل لا يكون قاصراً في تقديرنا إذا اقتصر على مجرد إثبات وقوع الجريمة دون تحديد مقترفها؛ إذ مع ذلك تصح تسميته كدليل، وتبدو أهمية هذا النوع من الأدلة بالنسبة للجريمة المعلوماتية لصعوبة إثبات وقوعها عادة.

المبحث الثاني

مدى قبول وإجازة الأدلة الرقمية في الإثبات الجنائي

تمهيد وتقسيم:

مجرد وجود دليل يثبت وقوع الجريمة وينسبها لشخص معين لا يكفي للتعويل عليه لإصدار الحكم بالإدانة؛ إذ يلزم أن تكون لهذا الدليل قيمة قانونية، وهذه القيمة للدليل الجنائي تتوقف على عدة مسائل، الأولى مشروعية هذا الدليل وكيفية استخدامه، والثانية حجية واليقين في دلالاته على الوقائع المراد إثباتها، والثالثة معرفة الصعوبات التي تواجه عملية الإثبات في الأدلة الرقمية، ولذلك سنحاول في هذا المبحث الإجابة على كل ذلك من خلال المطالب التالية:

(¹) هناك خلاف في الفقه حول تحديد مفهوم الجريمة المعلوماتية وليس في نيتنا التعرض لهذا الخلاف . راجع بشأن ذلك راشد بن حمد البلوشي، الدليل في الجريمة المعلوماتية، بحث مقدم للمؤتمر الدولي الأول حول حماية المعلومات والخصوصية في قانون الإنترنت، الفترة 2-4 يوليو 2008م، منشور على الإنترنت، ص 5 <http://www.f-law.net>

(²) مع الملاحظ أن بعض الأدلة التقليدية تحتاج لتطوير مناسب مع الطبيعة الخاصة لهذه الجرائم، فالخبرة مثلاً تصلح لإثبات الجريمة المعلوماتية إلا أنها تحتاج إلى أن يكون الخبير متمتعاً بمستوى عالٍ من العلم والمهارة الفنية التي تمكنه من شق طريقه بنجاح في مجال إثبات هذه الطائف من الجرائم . د.علي محمود حمودة، الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية في إطار نظرية الإثبات الجنائي، بحث مقدم ضمن أعمال المؤتمر العلمي حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية ونظمه، أكاديمية شرطة دبي في الفترة من 26-28/4/2003م، ص 22 منشور على الإنترنت [.http://www.f-law.net](http://www.f-law.net)

المطلب الأول

مشروعية استخدام الأدلة الرقمية كوسيلة الإثبات الجنائي

أولاً: مشروعية وجود الدليل الرقمي:

فالقيمة القانونية للدليل الرقمي في مجال الإثبات الجنائي تتمثل في مشروعية وجود الدليل الرقمي وأن يكون الدليل معترف به، وبمعنى آخر أن يكون القانون يجيز للقاضي الاستناد إليه لتكوين عقيدته للحكم بالإدانة، ويمكن القول إن النظم القانونية تختلف في موقفها من الأدلة التي تقبل كأساس بالإدانة، فهناك اتجاهان رئيسيان، الأول: نظام الأدلة القانونية، والثاني: نظام الإثبات الحر.

1- نظام الأدلة القانونية (المقيد):

ويسمى أيضاً بنظام الأدلة المحدد وفيه تكون الأدلة محصورة سلفاً من قبل المشرع⁽¹⁾، بل إن قوتها التدليلية محددة ولا يجوز للقاضي أن يخرج عليها أو يبني عليها حكمه على خلافها، فلا سبيل للاستناد إلى أي دليل لم ينص القانون عليه صراحة ضمن أدلة الإثبات، كما أنه لا دور للقاضي في تقدير القيمة الإقناعية للدليل، حيث إن القانون قيّد القاضي بقائمة من الأدلة التي حددت قيمتها الإثباتية، وهذا النظام ينتمي للنظام ذات الثقافة الأنجلوسكسونية، مثل المملكة المتحدة (بريطانيا) والولايات المتحدة الأمريكية، ولذا فإن النظم التي تتبنى هذا النظام لا يمكن في ظلها الاعتراف للدليل الرقمي بأنه قيمة إثباتية، ما لم ينص القانون عليه صراحة ضمن قائمة أدلة الإثبات، ومن ثم فإن خلو القانون من النص عليه يهدر قيمته الإثباتية مهما توافرت فيه شروط اليقين، فلا يجوز للقاضي أن يستند إليه لتكوين عقيدته.⁽²⁾

ويعاب على هذا النظام تقييد القاضي على نحو يفقده سلطته في الحكم بما يتفق مع الواقع فيحكم بما يتفق مع الواقع، فيحكم بما يخالف قناعته التي تكونت لديه من أدلة لا يعترف بها ذلك النظام، فسيصبح القاضي كآلة في إطاعته لنصوص القانون، فإن هذا النظام بدأ ينحصر نطاقه حتى في الدول التي تعتبر الأكثر اعتناقاً له.⁽³⁾

(1) د. هلال عبد الإله أحمد، حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية دراسة مقارنة، د. ط، د. ن، 1999م، ص 49.

(2) وتطبيقاً لهذا الفهم نص قانون الإثبات في المواد الجنائية البريطاني على قبول الدليل الرقمي وحدد قيمته الإثباتية وطبيعة النظام القانوني في بريطانيا. راجع: علي محمود علي حمودة، الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية، مرجع سابق، ص 30.

(3) د. هلال عبد الإله أحمد، حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 91.

2- نظام الإثبات الحر (الاقتناعية):

ويعرف بحرية الاقتناع، وفيه لا يحدد المشرع أدلة الإثبات ووسائله، بل يترك للقاضي الحرية في أن يؤسس حكمه على أي دليل وفقاً لاقتناعه الشخصي دون أن يفرض عليه دليلاً بعينه، والاعتراف للقاضي بسلطة تقدير قيمة الدليل، فهو يقوم على أساس أن القوة الإثباتية (المقنعة) لكل دليل ليست مفروضة على القاضي مقدماً من المشرع، وإنما هي مرتبطة بما ترتبه من إقناع القاضي بحقيقة واقعة معينة، وبما يمليه عليه وجدانه وضميره، ويسود هذا النظام في ظل الأنظمة اللاتينية.⁽¹⁾

وعليه فإنه في مثل هذا النظام لا تتور مشكلة مشروعية الدليل الرقمي من حيث الوجود على اعتبار أن المشرع لا يعهد عنه سياسة النص على قائمة الأدلة والإثبات، ولذلك فمسألة قبول الدليل الرقمي لا ينال منها سوى مدى اقتناع القاضي به إذا كان هذا النوع من الأدلة يمكن إخضاعه للتقدير القضائي.

3- موقف المشرع الليبي من الدليل الرقمي:

قد تبنت بعض التشريعات نظام الإثبات المقيد أو ما يعرف بنظام الأدلة القانونية مع تمتع القاضي بسلطة واسعة في تقدير الدليل ((الاتجاه المختلط))⁽²⁾ فالبعض الآخر من التشريعات تبني نظام الأدلة القانونية الحرة، وقد أخذ المشرع الليبي بنظام الجمع بين النظامين، ويستند هذا الرأي إلى أن المشرع الليبي قد نص في قانون الإجراءات الجنائية على مجموعة من الأدلة ونظم طرق الحصول عليها، ومن ثم فإن هذا المسلك يعني أن المشرع لا يحظى بغيرها في مجال الإثبات الجنائي، فالنص على تلك الأدلة دليل على أن المشرع أراد اعتماد نظام للأدلة يجب أن يتقيد به القاضي، غير أن هذا النظام يعطيه - أي للقاضي - سلطة في تقدير الأدلة بموجب المادة 275 من قانون الإجراءات الجنائية⁽³⁾، وكأن المشرع الليبي أراد أن يجمع بين النظامين، ولذا فإنه وفقاً لهذا الرأي لا يمكن للقاضي أن يبني قناعته على غير الأدلة المنصوص عليها، فإن استند على دليل غير منصوص عليه كان حكمه باطلاً لمخالفة القانون.

وخلافاً لذلك يرى البعض إلى أن المشرع الليبي قد تبني نظام الإثبات الحر، ولا يمكن القول إنه قد أخذ بنظام الإثبات المقيد لكونه قد نص على طائفة من الأدلة دون سواها لأن ذلك يتناقض وما قرره المادة 275 من قانون الإجراءات الجنائية، ومضمون هذه المادة هو الذي يستند إليه للقول أن المشرع

(1) وهذا النظام هو السائد في التشريعات الجنائية المعاصرة كالتشريع المصري في المادة 302 من قانون الإجراءات الجنائية، والتشريع العماني في المادة 215 من قانون الإجراءات الجزائية العماني، والقانون السوري واللبناني والفرنسي.

(2) وهي التي تجمع ما بين النظامين اللاتيني والأنجلوسكسوني.

(3) أستاذنا د. أحمد الصادق الجهاني، محاضرات ألقى على الطلبة الدراسات العليا، جامعة قارونس، 2003-2004م، غير منشورة، وتنص المادة 275 على أنه: ((يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته))، ومع ذلك لا يجوز له أن يبني حكمه على أي دليل لم يطرح أمامه في الجلسة.

الليبي قد تبني نظام الإثبات الحر لا المقيد⁽¹⁾، ولذلك فإن هذا الرأي يؤدي إلى القول إن كل الأدلة تتساوى من حيث قبولها قانوناً أمام القضاء بما في ذلك الدليل الرقمي.

الأشكال المختلفة للدليل الرقمي في ضوء الأدلة المعتمدة في قانون الإجراءات الجنائية وتحديد موقف المشرع الليبي من ذلك:

1- **الصور والتسجيلات الرقمية:** لم ينص المشرع الليبي على الدليل في شكل صور أو تسجيلات أو رسائل نصية مثل الوارد على المختلفات تطبيقات الهواتف الذكية وصفحات التواصل الاجتماعي (الدردشة) فردية أو جماعية، ولكن يمكن اعتبارها من قبيل القرائن على أن يتم الحصول عليه بطريقة مشروعة لا تنطوي على انتهاك لحرمة الحياة الخاصة وإن كانت قيمته أدنى من قيمة الدليل في الإثبات.⁽²⁾

2- **المستندات الرقمية:** قد يكون الدليل الرقمي في شكل نص مكتوب على دعامة أو أي وسائط إلكترونية حديثة ثابتة أو متحركة أو محمولة، وما يمكن أن يستخرج ويسترد من بيانات أو صور ورسائل نصية من مختلف أجهزة الحاسوب والهواتف الذكية في شكل أو هيئة ورقية وهناك إشارة يستفاد منه قبول المشرع للدليل المكتوب أو ما يسمى المحررات كدليل إثبات، وهو ما نصت عليه المادة 274 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي بشأن محاضر المخالفات ويمكن القول إن الدليل الرقمي إذا ما أخذ شكل النص المكتوب فإنه يستمد مشروعيته من أن يأخذ حكم المحررات والتي يعترف المشرع الليبي بها كوسيلة إثبات أمام القضاء الجنائي.

تطبيقات على اعتراف المشرع الليبي بالدليل الرقمي في عدة قانونين خاصة:

هناك بعض النصوص التي وردت في تشريعات خاصة اعتمد فيها المشرع بالدليل الرقمي صراحة كدليل إثبات لبعض الجرائم.

نص المادة (67) من قانون رقم (1) لسنة 2005م بشأن المصارف فقرة (2-3) على الآتي:

- يعتد بالمستندات والتوقيعات الإلكترونية التي تتم في إطار المعاملات المصرفية وما يتصل بها من معاملات أخرى، وتكن لها الحجية في إثبات ما تتضمنه من بيانات.

(1) د.مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في القانون الليبي، ج2، ط الأولى، منشورات الجامعة الليبية، بنغازي، 1970م، ص170.

(2) د.مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في القانون الليبي، مرجع سابق، ص217-218.

- تعتبر مخرجات الحاسوب المتعلقة بالمعاملات المصرفية وفقاً للمنصوص عليه في الفقرة السابقة بمثابة الدفاتر القانونية المنصوص عليها في القانون التجاري والقوانين المكملة له .
- للمصارف أن تحتفظ للمدة المقررة في القانون بنسخ مصغرة على أقراص صلبة أو مرنة أو مضغوطة أو غير ذلك من أحداث التقنية الحديثة في مجال حفظ البيانات أو المعلومات بدلاً من أصول الدفاتر والسجلات والكشوفات والوثائق والمراسلات والبرقيات والإشعارات وغيرها من الأوراق المتصلة بأعمالها وتكون لهذه النسخ المصغرة حجية الأصل في الإثبات.⁽¹⁾

نص المادة (6) مكرر من القانون رقم (10) لسنة 1428 هـ بإضافة مادة للقانون رقم 70 لسنة 1973م بشأن إقامة حد الزنى وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات على أنه ((تثبت جريمة الزنى ... باعتراف الجاني أو بشهادة أربع شهود أو بأية وسيلة إثبات علمية أخرى وهي تحليل الحامض النووي DNA وكذلك الدليل الرقمي بوصفه من الأدلة العلمية الحديثة))⁽²⁾.

نص المادة (62) فقرة (1) من قانون الاتصالات الليبي لسنة 2013م حيث نصت المادة على الآتي: ((مزودو خدمات شبكة المعلومات الدولية "الإنترنت" غير مسئولين عن الأخطاء التي يرتكبها المستفيدون إلا في الحالات الآتية:

- إذا ساهم مع المستفيدة بالخدمة في ارتكاب مخالفة أو تسبب في الإضرار بالغير أو إذا سهل للمستفيد بالخدمة إجراء ذلك)).

ثانياً : مشروعية حصول واستخدام وسائل جمع الأدلة الرقمية:

إن التطور التقني في شبكة الإنترنت سوف يقود دون شك إلى تغير كبير، وإن لم يكن كلياً في المفاهيم السائدة حول الدليل، ويقود مثل هذا القول في الحقيقة إلى إعلان انضمام الخبرة التقنية إلى علم الخبر المتميزة بتصنيف التعامل مع موضوع الدعوى ، من حيث ضرورة الاستعانة بالمختصين في مجال النزاع.⁽³⁾

(1) يلاحظ على هذا النص أنه متعلق بالمعاملات المصرفية وما يتصل بها وما يدخل في حكمها دون سواها، ولقد ذكرنا سابقاً إلى عدم وجود موانع قانونية عن العمل بالدليل الرقمي المكتوب لإثبات أي جريمة وفقاً للقواعد العامة.

(2) فاستعمال مصطلح بأية وسيلة إثبات علمية فيه دلالة على العموم، ولذلك يجب العمل بهذا النص على عمومه، والقول بغير ذلك هو تخصيص للنص، فتكتسب كل الأدلة العلمية الحجية في مجال إثبات جريمة الزنى، ويدخل في ذلك الدليل الرقمي بوصفه من ضمن الأدلة العلمية.

(3) د. هشام فريد رستم، الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية، دراسة مقارنة، مكتبة الآلات الحديثة، أسيوط، مصر، 1994م، ص 141 وما بعدها.

ويعد كل من المعاينة التفتيش والشهادة أحد وسائل جمع الأدلة ولكل منها قواعد ويتم اتباعها.

المعاينة:

يرى البعض⁽¹⁾ أن أهمية المعاينة تتضاءل في الجريمة المعلوماتية وذلك لندرة تخلف آثار مادية عند ارتكاب الجريمة المعلوماتية، لذلك عند إجراء المعاينة بعد وقوع الجريمة في المجال الإلكتروني يجب مراعاة الضوابط التالية:

- 1- تصوير الحاسب والأجهزة الطرفية به، على أن يتم تسجيل وقت وتاريخ ومكان التقاط كل صورة.
- 2- إخطار الفريق الذي سيتولى المعاينة قبل موعدها بوقت كافٍ حتى يستعد من الناحية الفنية العملية، وذلك لكي يضع الخطة المناسبة لضبط أدلة الجريمة.
- 3- العناية بالطريقة التي تم بها إعداد النظام.
- 4- عدم نقل أي مادة معلوماتية من مسرح الجريمة قبل إجراء اختبارات للتأكد من خلو المحيط الخارجي لموقع الحاسب من أي مجال مغناطيسية يمكن أن يتسبب في محو البيانات المسجلة.
- 5- التحفظ على معلومات سلة المهملات من الأوراق الملقاة أو الممزقة.
- 6- التحفظ على مستندات الإدخال والمخرجات الورقية للحاسب ذات الصلة بالجريمة.

ندب الخبراء:

الخبرة هي إجراء يتعلق بموضوع يتطلب إماماً بعلم أو فن معينة لإمكان استخلاص الدليل منه، لذلك فإن الخبرة تفترض وجود شيء مادي أو واقعة يستظهر منه الخبير رأيه، وإذا كان لندب الخبراء أهمية في الجرائم التقليدية، فإن أهميتها أكثر وضرورتها أشد في إجراءات جمع أدلة المكونات المعنوية في كل وحدات التخزين وتحليلها وكشف أي تلاعب في البرامج والمعلومات.⁽²⁾

والخبير في سبيل أداء مهمته مقيد في اللجوء إلى الأساليب والوسائل المشروعة التي يمكن من خلالها الحصول على الدليل العلمي دون إخلال بما يحفظ للإنسان حقوقه الأساسية ويكفل له عدم إهدار كرامته.

والمتتبع لأحكام القضاء الجنائي يلمس توسعاً في الاعتماد على الخبرة ورأي الخبراء، فقد قضت المحكمة العليا الليبية في الطعن الجنائي رقم 18/66 ق ((ليس لمحكمة الاستئناف أن تخوض في صميم المسائل الفنية التي أبدى فيها الخبير رأيه الفني؛ لأنّ استعانة القاضي بأهل الخبرة في المسائل الفنية التي

(1) المرجع نفسه، ص 59.

(2) علي محمود علي حمودة، الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية، مرجع سابق، ص 285.

يتعذر عليه إدراكها يتطلب منه أن يضع في الاعتبار أي رأي الخبراء فيما يتعلق بالمسائل الفنية وألا يطرح رأيهم إلا لأسباب سائغة مقبولة ((.

التفتيش:

وفقاً لنص المادة (39) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي التي تنص على أنه : ((لا يجوز التفتيش إلا للبحث عن الأشياء الخاصة بالجريمة... إلخ))، فما يفهم من ذلك أن التفتيش يقتصر على ما يمكن اعتباره شيئاً لذلك هل يعتبر الوسط الافتراضي شيئاً يمكن تفتيشه ولذا فإن لفظ شيء يشير إشكالية من حيث مدى اعتبار البيانات المخزنة بالوسط الافتراضي أشياء يمكن ضبطها. وعليه فإنه من الممكن أن يكون الوسط الافتراضي محلاً للتفتيش كما يمكن أن يكون محتوياته محلاً للضبط، ولا يعترض على ذلك بأن القانون يوجب تحريم المضبوطات وهو ما يتفق وطبيعة المخرجات الرقمية، فهذا ليس صحيحاً من وجهة نظرنا، ذلك أن هذه المخرجات يمكن تحريمها بطريقة تتفق وطبيعتها بوضعها في حالة فصلها عن مصدرها في قرص مضغوط ((CD)) وتحريم هذا القرص بالطريقة المنصوص عليها قانوناً، كما يمكن تحريمها إذا كانت في شكل نصوص بعد طباعتها وتحويلها للشكل المادي الملموس.⁽¹⁾

وما تقدم نخلص إلى أن الكيان المعنوي أو الوسط الافتراضي والبيانات المتحصلة فيه ينطبق عليه لفظ الشيء ، ولذا فإن تفتيش ذلك الوسط يعد صحيحاً وفقاً للقانون كما تعد البيانات الموجودة بذلك الوسط أشياء مما يصح ضبطها. ولكن المشكلة تكمن في حالة ارتكاب الجريمة بواسطة منظومة من الحواسيب تتوزع في أكثر من دولة، والسؤال الذي يطرح هنا هل يمكن تفتيش تلك الحواسيب للبحث عن أدلة تتعلق بتلك الجريمة بما في ذلك الأجهزة الموجودة في إقليم ودولة أخرى.

يجب أن نشير هنا إلى أن الوسط الافتراضي لشبكة الإنترنت لا يرتبط بنطاق إقليم دولة ما، فإن مكان تفتيش الحاسوب هو المكان الذي يتواجد فيه، فإن اختصاص الدولة بالتحقيق في جريمة ما وإن كان يحولها تطبيق قانون إجراءاتها بشأن هذا التحقيق بصرف النظر عن مكان وقوع الجريمة ما دامت خاضعة لقانون العقوبات الخاصة بها، إلا أن ذلك لا يعني أن تباشر الدولة هذه الإجراءات خارج إقليمها⁽²⁾؛ لأن ذلك من مظاهر السيادة، لذلك فمن المتعذر قانوناً مباشرة الدولة المختصة بالتحقيق

(1) تنص المادة 44 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي على أنه ((توضع الأشياء والأوراق التي تضبط في حوز مغلقة وترتبط كلما أمكن، ويختم عليه ويكتب على شريط داخل الختم تاريخ المحضر المحرر بضبط تلك الأشياء ويشار إلى الموضوع الذي حصل الضبط من أجله)).

(2) خالد عياد الحلبي، إجراءات التحري والتحقيق في جرائم الحاسوب والإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ج1،

لأي إجراء بشأن الجريمة خارج إقليمها على الرغم من اختصاصها بالتحقيق فيها، ولكن تستطيع الدولة حل هذه الإشكالية في حال وجود دليل على جهاز خارج إقليمها من خلال الإنابة القضائية للدولة الأخرى، بحيث تقوم بتفويض تلك الدولة بالقيام ببعض إجراءات البحث وجمع الأدلة وإرسالها لها.⁽¹⁾ ولكن ماذا لو كان النظام المعلوماتي المراد تفتيشه يمتد لمسكن آخر غير منزل المتهم فهل يمكن تفتيشه في هذه الحالة؟

لقد حسمت بعض القوانين هذه المسألة بحيث أجازت التفتيش بهذه الحالة دون الحاجة لأذن مسبق من أي جهة ولكن بشرط أن لا يكون النظام المعلوماتي يمتد لدولة أخرى، ومن هذه الأنظمة القانونية قانون جرائم الحاسوب الهولندي بالمادة (25/أ)⁽²⁾ ولكنني أرى عدم إمكانية تطبيق هذه الحالة في ضوء نصوص القانون الليبي؛ لأنّ هذا النوع من التفتيش ينطوي في الواقع على معنى تفتيش غير المتهم ولذلك لا يمكن للقائم بالتفتيش تطبيق هذه الحالة إلا في الحالات التي يسمح له القانون بتفتيش غير المتهم أو منزله.⁽³⁾

المطلب الثاني: حجية الدليل الرقمي أمام القضاء الجنائي

إن حجية المخرجات المتحصلة من الحاسوب هي قوتها الاستدلالية على صدق نسبة الفعل إلى شخص معين أو كذبه، أو هي قيمة ما يتمتع به المخرج المتحصل من الكمبيوتر بأنواعه المختلفة الورقية والإلكترونية والمصغرات الفيلمية من قوة الاستدلالية في كشف الحقيقة.⁽⁴⁾ فإن مجرد الحصول على الدليل الرقمي وتقديمه للقضاء لا يكفي لاعتماده كدليل للإدانة؛ إذ الطبيعة الفنية الخاصة للدليل الرقمي تمكن من العبث بمضمونه على نحو تحرف الحقيقة دون أن يكون في قدرة غير المتخصصين إدراك ذلك العبث، ولذلك تشور فكرة الشك في مصداقيتها كأدلة للإثبات الجنائي، فهل من شأن ذلك استبعاد الدليل الرقمي من دائرة أدلة الإثبات الجنائي لتعارضه وقرينة البراءة؟ لقد اختلفت أنظمة الإثبات في تقديرها لحجية المخرجات ففي القوانين ذات الصياغة اللاتينية ومنها النظام الليبي، فإن حجية الأدلة الرقمية لا تثير صعوبات لمدى حرية تقديم هذه الأدلة لإثبات

(1) وبهذا الشأن قضت إحدى المحاكم الألمانية في جريمة غش ارتكبت في ألمانيا بأن الحصول على البيانات الخاصة بهذه الجريمة والمخزنة بشبكات اتصال موجودة في سويسرا لا يتحقق إلا بطلب المساعدة من الحكومة السويسرية، وفي واقعة نشر فيروس Love bug عام 2000م الذي تسبب في إتلاف المعلومات في أجهزة الحاسب الآلي، فعندما الخبراء الأمريكيون بأن هذا الفيروس أرسل من الفلبين فإن تفتيش منزل المشتبه فيه تقتضي تعاون السلطات الفلبينية والحصول على إذن من قاضي التحقيق بالفلبين.

(2) نقلاً عن د. علي حسن الطوالبة، مشروعية الدليل الرقمي المستمد من التفتيش الجنائي، دراسة مقارنة، جامعة العلوم التطبيقية، البحرين، كلية الحقوق، بحث منشور على الإنترنت من قبل مركز الإعلام الأمني، ص 13-14 www.policemc.gov.

(3) راجع المادتين 78 و180 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي.

(4) د. هلال عبد الإله أحمد، حجية المخرجات الكمبيوترية، مرجع سابق، ص 22، راجع أيضاً: د. علي حسن الطوالبة، مشروعية الدليل الإلكتروني، مرجع سابق، ص 25.

جرائم الحاسوب والإنترنت ، ولا مدى حرية القاضي الجنائي في تقدير هذه الأدلة ذات الطبيعة الخاصة باعتبارها أدلة إثبات في المواد الجنائية، وهذا المعنى هو ما نصت عليه المادة 275 من قانون الإجراءات الجنائية، فهل يمكن للقاضي الجنائي وفقاً لهذا النظام أن يعمل سلطته التقديرية لقبول هذا الدليل أو رفضه بما يمكنه من استبعاد تلك الصور؟

يقال إن هذه السلطة تمتد لتشمل الأدلة العلمية، فالقاضي بثقافته القانونية لا يمكنه إدراك الحقائق المتعلقة بأصالة الدليل الرقمي ، فضلاً عن ذلك فإن هذا الدليل يتمتع من حيث قوته التدليلية بقيمة إثباته قد تصل إلى حد اليقين، فهذا هو شأن الأدلة العلمية عموماً. فالدليل الرقمي من حيث تدليله على الواقع تتوافر فيه شروط اليقين، مما لا يمكن معه القبول بممارسة القاضي لسلطته في التأكد من ثبوت تلك الوقائع التي يعبر عنها ذلك الدليل، ولكن هنا لا يناقض ما سبق أن قدمناه من أن الدليل الرقمي هو موضع شك من حيث سلامته من العبث من ناحية وصحة الإجراءات المتبعة في الحصول عليه، من ناحية أخرى، حيث يشكك في سلامة الدليل الرقمي من ناحيتين:

- أن الدليل الرقمي هو موضع شك من حيث سلامته من العبث من ناحية وصحة الإجراءات المتبعة في الحصول عليه من ناحية أخرى⁽¹⁾، ومن ثم فقد يقوم هذا الدليل معبراً عن واقعة معينة صنع أساساً لأجل التعبير عنها خلافاً للحقيقة، وذلك دون أن يكون في استطاعة غير المتخصص إدراك ذلك العبث، فالتقنية الحديثة تمكن من العبث بالدليل الرقمي بسهولة بحيث يظهر وكأنه نسخة أصلية في تعبيرها عن الحقيقة.⁽²⁾

(1) محمد نافع فالح رشدان العدواني، حجية الدليل الإلكتروني كوسيلة من وسائل الإثبات في المسائل الجزائية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، تشرين الثاني، 2015م، ص 103.

(2) طارق محمد الجملي، الدليل الرقمي في مجال الإثبات الجنائي، كلية القانون، جامعة قارون، بحث منشور على الإنترنت.

وإن كانت نسبة الخطأ الفني في الحصول على الدليل الرقمي نادرة للغاية لا أنها تظل ممكنة، ويرجع الخطأ في الحصول على الدليل الرقمي لسببين:

- الخطأ في استخدام الأداة المناسبة في الحصول على الدليل الرقمي، ويرجع ذلك الخلل في الشفرة المستخدمة أو بسبب استخدام مواصفات خاطئة.

- الخطأ في استخلاص الدليل، ويرجع ذلك إلى اتخاذ قرارات الاستخدام الأداة تقل نسبة صوابها عن 100% ويحدث هذا غالباً بسبب اختزال البيانات أو بسبب معالجة البيانات بطريقة تختلف عن الطريقة الأصلية التي تم تقييمها.

- إن سلطة القاضي الجنائي في تقدير الدليل لا يمكن أن تتوسع في شأنها بحيث يقال إن هذه السلطة تمتد لتشمل الأدلة العلمية ومنها الدليل الرقمي، فالقاضي بثقافته القانونية لا يمكن إدراك الحقائق المتعلقة بأصالة الدليل الإلكتروني.⁽¹⁾

ومن ذلك فإننا نخلص إلى أن الشك في الدليل الرقمي لا يتعلق بمضمونه كدليل، وإنما بعوامل مستقلة عنه ولكنها تؤثر في مصداقيته، ولكن هل يمكن التثبت من سلامة الدليل الرقمي من حيث العيوب؟ وبكلمة أوضح هل من الممكن أن يُضفى على الدليل الرقمي اليقين من خلال إخضاعه للتقييم الفني الذي يمكن من تفادي تلك العيوب التي تشوبه وما موقف القاضي الجنائي من هذا الدليل إذا ما خضع لمثل ذلك التقييم؟

فإذا سلمنا سابقاً بإمكانية التشكيك في سلامة الدليل الرقمي بسبب قابليته للعبث ونسبة الخطأ في إجراءات الحصول عليه، فتلك مسألة فنية لا يمكن للقاضي أن يقطع في شأنها برأي حاسم وإن لم يقطع به أهل الاختصاص، ولذلك فإذا توافرت في الدليل الرقمي السلامة من العبث والخطأ، فإن هذا الدليل لا يمكن رده استناداً لسلطة القاضي التقديرية وفقاً لنص المادة (274) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي.

وهنا ننوه إلى عدم الخلط بين الشك الذي يشوب الدليل الرقمي بسبب إمكانية العبث به أو لوجود خطأ في الحصول عليه وبين القيمة الإقناعية لهذا الدليل، فالحالة الأولى لا يملك القاضي الفصل فيها لأنها مسألة فنية فالقول فيها هو قول أهل الخبرة، فإن سلم الدليل من العبث والخطأ، فإنه لن يكون للقاضي سوى القبول بهذا الدليل ولا يمكن التشكيك في قيمته التدلالية.

وخلاصة القول ووفقاً للقواعد العامة في القانون الليبي لا يوجد نص صريح بقبول الأدلة الرقمية ومع ذلك يحكم بها، حيث تستمد الأدلة الرقمية في شكل نصوص مشروعيتها باعتبارها تأخذ حكم المحررات التي يقبل بها القانون الليبي كأدلة إثبات.

(1) محمد نافع فالخ رشدان، المرجع السابق، ص 103.

المطلب الثالث

الصعوبات التي تواجه عملية الإثبات الجنائي في جمع الأدلة الرقمية

تتسم جرائم الكمبيوتر بصعوبة اكتشافها وإثباتها، فالجريمة المعلوماتية تتم في بيئة أو إطار لا علاقة له بالأوراق أو المستندات بل تتم بواسطة الحاسب الآلي أو الشبكة العالمية ويمكن للجاني عن طريق نبضات إلكترونية لا ترى العيث في بيانات الحاسب الآلي أو برامجها وذلك في وقت قياسي قد يكون جزءاً من الثانية، وهذه البيانات أو المعلومات التي يتم العيث بها يمكن محوها كذلك في زمن قياسي قبل أن تصل يد العدالة إليه، سيما وأن عملية الضبط لا تتم سوى بمعرفة خبير فني أو متخصص.⁽¹⁾

ولذلك فإن التحقيق في الجرائم الإلكترونية يظل يواجه صعوبات وتحديات متعددة من أجل جمع

الأدلة الرقمية من أجهزة الحاسب الآلي أو الشبكات الرقمية نذكر منها:

أولاً: صعوبات تتعلق بالحصول على الدليل:

إن إقامة الدليل على وقوع الجريمة ونسبتها إلى متهم معين تكثفه إشكاليات وصعوبات لا تتعلق فقط بتقديم الأدلة غير المادية، ومدى حجيتها أمام القضاء، وهي من المسائل المهمة في مجال تطوير الإثبات الجنائي في هذه الجرائم، وإنما تتعلق أيضاً بصعوبات الحصول على هذا النوع من الأدلة، وهو ما نعينه ونقتصر الإشارة إلى أهم هذه الصعوبات:

1- إخفاء الدليل:

نتيجة ضعف الأنظمة الرقابية يتمكن مرتكبو الجرائم الإلكترونية من التسلسل والبعث في النبضات والذبذبات الإلكترونية التي تسجل عن طريقها المعلومات والبيانات بغرض إحداث تغييرات في البيانات والمعلومات والتلاعب في منظومة الحاسب الآلي ومحتوياته، ومن ثم إخفاء ما قاموا به أو محو الدليل عليه، بحيث يتعذر إعادة عرض أعمال التسلسل والدخول، وهكذا يستطيع الجناة في الجرائم الإلكترونية إخفاء جرائمهم وطمس آثارها في وقت قياسي من القصر وقبل أن تصل إليه سلطة التحقيق الأمر الذي يؤدي إلى صعوبات تعيق إجراءات التحقيق الرامية إلى الوصول إلى دليل.⁽²⁾

(1) عبدالفتاح بيومي حجازي، القانون الجنائي والتزوير في جرائم الإنترنت والكمبيوتر، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2005م، ص24.

(2) ومن أمثلة سهولة محو الدليل المعلوماتي في وقت قصير، أنه أثناء إجراء المحاكمة للمسؤولين عن أحد المشروعات بألمانيا طلبت سلطات التحقيق المساعدة القضائية من السلطات السويسرية وأثناء سير الإجراءات تمكن الجناة من محو البيانات التي كانت من الممكن أن تستخدم كدليل، ولكن لحسن الحظ بعد ضبط الدعامات والأقراص الصلبة وأسطوانات الليزر، تمكن الخبراء بطرق فنية من استعادة البيانات التي كانت مسجلة عليها.

انظر: د. هشام حمد فريد رستم، الجوانب الإجرامية للجرائم المعلوماتية، مكتبة الآلات الحديثة، 1994م، هامش رقم (1) ص19.

انظر: د. مفتاح أبوبكر المطردي، الجريمة الإلكترونية والتغلب على تحدياتها، ورقة مقدمة إلى المؤتمر الثالث لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية بمجمهورية السودان المنعقد في 23-25/9/2012م، ص51.

2- غياب الدليل ضد متهم معين:

تختلف الجريمة الإلكترونية عن الجريمة التقليدية، بأن الجريمة الأولى لا تحتاج لارتكابها أي نوع من العنف إلا فيما نذر، وإنما هي معالجة بواسطة إدخال بيانات معلومات خاطئة أو محظورة ضمن البرامج، أو تعريف أو تعديل البيانات والمعلومات المخزنة أصلاً في الحاسب الآلي، أو إرسال برامج تخريبية أو التجسس على البيانات والمعلومات المخزنة ونسخها، وإذا ما صادف واكتشفت هذه الأفعال وجمعت الأدلة على وقوعها، فإن هذه الأدلة قد لا تفصح عن صلة شخص معين بالجريمة المرتكبة؛ نظراً لأن معظم نظم الحاسب الآلي لا تسمح للمراجعين والفنيين بالتتابع العكسي لمسار مخرجاتها، علاوة على صعوبة تتبع الآثار الإلكترونية ومراجعة وفحص الكم الهائل من البيانات والمعلومات المدربة بالأنظمة، وتعتمد الجناة إلى إخفاء هويتهم.⁽¹⁾

3- إعاقة الوصول إلى الدليل:

يضع الجاني في بعض الحالات عقبات فنية لمنع كشف جريمة وضبط أدلتها باستخدام تقنيات التشفير⁽²⁾، أو كلمة السر، وذلك بصد حجب المعلومة عن التداول العام، ومنع الغير بما فيه أجهزة الرقابة من الوصول غير المشروع إلى البيانات والمعلومات المخزنة أو التلاعب فيها، وقد أثبتت التحقيقات في بعض الجرائم الإلكترونية بألمانيا وجود صعوبات تواجه البعض من هذه التحقيقات نتيجة استخدام مرتكبي هذه الجرائم لتقنيات خاصة كالتشفير والتميز لإعاقة الوصول إلى الأدلة التي تدينهم.⁽³⁾

ثانياً : صعوبات تتعلق بالجانب الفني:

من المسائل التي تعوق عمليات البحث والتحقيق في الجرائم الإلكترونية نقص في المعرفة التقنية الحديثة والمتعددة لدى القائمين بالبحث والتحقيق في هذه الجرائم، مما يجعل منهم غير قادرين على أداء واجبهم على الوجه المطلوب؛ إذ نقص الخبرة والكفاءة، سواء في أجهزة الشرطة أو الادعاء يعد من الأسباب الرئيسية عن الإخفاق في كشف الجرائم الإلكترونية وجمع أدلتها، ويظهر ذلك بشكل واضح في الدول التي لا تزال تتعامل مع هذه الجرائم بإجراءات البحث والتحقيق التقليدية وتفتقر سلطاتها الضبطية والقضائية للأجهزة التقنية المتطورة في متابعة الجرائم الإلكترونية وضبط أدلتها، وبديهيًا أنه في حالة عدم توافر التأهيل والخبرة وشح الإمكانيات التقنية على وجه الخصوص، فلا يمكن أن نتصور أي وجه للتعامل مع هذه الجرائم، وبالتالي ستكون النتائج سلبية لا محالة، ما لم تضع الدول برنامج تدريب وتأهيل لرجال

⁽¹⁾ المرجع نفسه، ص52.

⁽²⁾ التشفير يعني: مناهج لحفظ البيانات من خلال لوغاريتمات أو خوارزميات بحيث لا يمكن لشخص ثالث قراءتها.

⁽³⁾ حسن طاهر داود، جرائم نظم المعلومات، أكاديمية نائف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض، 2000م،

الشرطة على أساليب الوقاية من جرائم الحاسب الآلي ووضع التدابير المانعة لوقوعها، والقيام بالتحري عما ارتكب منها وكشفها، وأيضاً كيفية التعامل مع الأدلة وضبطها، والاستعانة بدوي التخصصات الدقيقة المتعمقة في أنظمة الحاسب الآلي والإنترنت وشبكات الاتصال الخارجي.

المطلب الرابع

تفعيل التعاون الدولي ودور المعاهدات الدولية ومبدأ المساعدة القانونية والقضائية المتبادلة

أدركت الدول أهمية التعاون الدولي وأحست بأنه أمر مهم لتجاوز تحديات الجرائم الإلكترونية، فعمدت الكثير منها إلى عقد اتفاقيات ثنائية لتسهيل مهمة التحقيق في هذا النوع من الجرائم⁽¹⁾، وسوف نعرض فيما يلي الدور الذي لعبته كل من الأمم المتحدة والاتحاد الأوربي ومجلس وزراء العدل العرب في هذه المجال .

أولاً : دور الأمم المتحدة

ففي عام 1983م أجرت منظمة التعاون والإئماء الاقتصادي دراسة حول إمكان تطبيق القوانين الجنائية الوطنية وتكييف نصوصها لمواجهة تحديات الجرائم الإلكترونية وسوء استخدامه، وفي عام 1985م أصدرت هذه المنظمة تقريراً على تضمن قائمة بالحد الأدنى لعدد أفعال سوء استخدام الحاسب الآلي التي يجب على الدول أن تجرمها وتفرض لها عقوبات في قوانينها ومن أمثلة هذه الأفعال : الغش أو التزوير في الحاسب الآلي، تغيير برامج الحاسب الآلي أو المعلومات المخزنة فيه، سرقة الأسرار المدعمة في قواعد الحاسب الآلي، تفعيل التعاون الدولي في مجال مكافحة الجريمة كما عاجلت اتفاقية فيينا لسنة 1988م الموضوع ذاته وحثت الكثير من الدول على عقد اتفاقيات ثنائية لتسهيل مهمة التحقيق في هذه الجرائم، وكذلك لفت اللقاء التمهيدي الإقليمي لاسيا والباسفيك المنعقد 1989م الممهّد للمؤتمر الثامن للأمم المتحدة المنعقد في كوريا 1990م النظر إلى نتائج التطور والتقدم التكنولوجي فيما يتعلق بالجريمة الإلكترونية واقترح تشجيع اتخاذ إجراء دولي حيال هذه الجريمة.⁽²⁾

(1) د. حمد الأمين البشري، التحقيق في جرائم الحاسب الآلي، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت،

المنعقد في الفترة من 1-3 مايو 2000م، بكلية الشريعة والقانون بدولة الإمارات العربية، ص 1028.

(2) انظر في ذلك: د. محمد محيي الدين عوض، مشكلات السياسة الجنائية المعاصرة في جرائم نظم المعلومات

(الكمبيوتر) ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي المنعقد في القاهرة 25-28

أكتوبر 1993م، ص 362.

أما المؤتمر التاسع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين والمنعقد في القاهرة عام 1995 فقد أوصى بوجوب حماية الإنسان في حياته الخاصة وفي ملكيته الفكرية من تزايد مخاطر التكنولوجيا ووجوب التنسيق والتعاون بين أفراد المجتمع الدولي لاتخاذ الإجراءات المناسبة.⁽¹⁾

وقد أوصى المؤتمر العاشر المنعقد في بودابست بالجر عام 2000م بوجوب العمل الجاد على الحد من جرائم الحاسب الآلي المتزايدة والمعتبرة نمطاً من أنماط الجرائم المستحدثة والعمل على اتخاذ تدابير مناسبة للحد من أعمال القرصنة.⁽²⁾

ثانياً: دور المجلس الأوروبي:

لقد بدل وما زال المجلس الأوروبي يبذل جهوداً كبيرة في مواجهة جرائم المعطيات والحاسب الآلي عموماً، وفي 28 يناير 1981م تم توقيع اتفاقية تحت إشرافه، تعلقت بحماية الأشخاص في مواجهة المعالجة الإلكترونية للمعطيات الطبيعية الشخصية.⁽³⁾

ولقد أصدر المجلس العديد من القواعد التوجيهية في هذا المجال، تضمنت وجوب تجريم العديد من السلوكيات كالغش المعلوماتي وتزوير المعلومات وسرقة الأسرار المخزنة والتوصل غير المصرح به وسرقة منفذ الحاسب، كما تضمنت العديد من الإجراءات الفنية لتجنب الحصول غير المرخص به إلى المعلومات المخزنة كحماية كلمة السر المستخدمة في النهايات الطرفية وحماية الأوامر الخاصة بالتشغيل وترميز المعلومات الشخصية وأسماء من تتعلق بهم.⁽⁴⁾

وأهم ما قام به المجلس في هذا المجال هو إشرافه على اتفاقية بودابست الموقعة في 23 نوفمبر 2001م.

ثالثاً: الدور العربي:

يعتبر اعتماد مجلس وزراء العدل العرب للقانون الجزائي العدلي الموحد كقانون نموذجي بموجب قرار رقم 229 لسنة 1996م يعتبر الأهم عربياً في مجال مواجهة جرائم المعطيات والحاسب الآلي عموماً، وبالرجوع الي الباب السابع من القانون، والخاص بالجرائم ضد الاشخاص، نجد قد حوى فصلاً خاصاً بالاعتداء على حقوق الأشخاص الناتج عن المعالجات المعلوماتية، فعاقبت على الدخول بطريق الغش

(1) محمود أحمد عبانيه، جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005م، ص158.

(2) المرجع السابق، ص159.

(3) د.أسامة عبدالله قايد، الحماية الجنائية الخاصة وبنوك المعلومات، دار النهضة، القاهرة، ص83.

(4) أسامة عبدالله قايد، مرجع سابق، ص84.

إلى كامل أو جزء من نظام المعالجة لآلية المعلومات، وعرقلة أو إفساد نظام التشغيل عن أداء وظائفه المعتاد، وتغيير المعلومات داخل النظام، وتزوير وثائق المعالجة الآلية، وسرقة المعلومات.⁽¹⁾

وللجمعية المصرية للقانون الجنائي دوراً في هذا المجال، فقد عقدت مؤتمرها السادس بالقاهرة عام 1993م حول جرائم الكمبيوتر والجرائم الأخرى في مجال تكنولوجيا المعلومات والذي أكد على عالمية هذه الجرائم وضرورة تكاتف الجهود لمكافحتها، ووجوب تعديل نصوص قانون العقوبات التقليدية أو إضافة نصوص جديدة، نظراً لعجز النصوص القائمة عن مواجهة هذه الجرائم وأوصى المؤتمر بالتعاون الدولي في هذا المجال لاسيما في مجال الإنابة القضائية وتسليم المجرمين وتنفيذ الأحكام، كما أوصى بوجوب تدريب رجال الضبطية القضائية والنيابة العامة والقضاة على طرق وكيفية استخدام أجهزة المعلومات وطرق الاستدلال والتحقيق وجمع الأدلة في الجرائم المتعلقة بها.⁽²⁾

الخاتمة

أولاً : النتائج:

توصلنا من خلال هذه الورقة إلى عدة نتائج أهمها:

- 1- الدليل الرقمي مجموعة المجالات أو النبضات المغناطيسية أو الكهربائية التي يمكن تجميعها وتحليلها باستخدام برامج وتطبيقات خاصة تظهر في شكل صور أو تسجيلات صوتية أو مرئية.
- 2- يتميز الدليل الرقمي بصعوبة محوه أو تحطيمه، ويمكن كشف محاولة الجاني محو هذا الدليل لتتخذ بذاتها دليلاً ضده.
- 3- يتوقف مشروعية وجود الدليل الرقمي على طبيعة نظام الإثبات، ما إذا كان نظاماً مقيداً أم حراً ويتبنى القانون الليبي نظاماً مختلطاً بأخذ الأدلة القانونية مع إعطاء القاضي سلطة واسعة لتقدير القيمة.
- 4- لا يقتصر دور الدليل الرقمي في الإثبات على الجريمة المعلوماتية بالمفهوم الضيق فهو يصلح لإثبات أية جريمة قد تضمن معلومات عنها بأية طريقة.
- 5- وفقاً للقواعد العامة في القانون الليبي لا يوجد نص صريح بقبول الأدلة الرقمية، ومع ذلك يمكن العمل بها، حيث تستمد الأدلة الرقمية في شكل نصوص مشروعيتها باعتبارها تأخذ حكم

(1) محمود أحمد عبانية، مرجع سابق، ص 170.

(2) المرجع السابق، ص 172

المحررات التي يقبل بها القانون الليبي كأدلة إثبات، وتستمد الصور والتسجيلات مشروعيتها بوصفها قرائن قضائية.

- 6- يعتبر التفتيش عن الدليل الرقمي في الوسط الافتراضي وضبط محتوياته مشروعاً.
- 7- هناك تطبيقان خاصان لقبول الدليل الرقمي في القانون الليبي، وهما ما نص عليه في قانون المصارف من حيث الاعتراف بحجية المستندات الرقمية في المعاملات المصرفية وما يتصل بها طبقاً للمادة 97، وما ورد في قانون حد النزي بشأن جواز إثبات الجريمة الزني بالوسائل العلمية، فتدخل في ذلك الأدلة الرقمية بوصفها أدلة علمية.
- 8- لا يجوز امتداد التفتيش في الوسط الافتراضي خارج حدود الدولة احتراماً لمبدأ السيادة ومع ذلك يجوز الحصول على الأدلة الموجودة في وسط افتراضي خارج حدود الدولة تطبيقاً لاتفاقيات الإنابة القضائية، أو وفق لنظام تبادل المساعدات، ولا يجوز تفتيش النظام المعلوماتي الممتد لمنزل غير المتهم إلا في الأحوال التي يجوز فيها تفتيش منزل غير المتهم.
- 9- تتمتع الأدلة الرقمية بحجية قاطعة في الدلالة على الوقائع التي تتضمنها، ويمكن التغلب على مشكلة الشك في مصداقيتها من خلال إخضاعها لاختبارات تمكن من التأكد من صحتها.

ثانياً: التوصيات:

- 1- الدعوة الملحة للمشرع الليبي بسن تشريعات خاصة للجرائم الافتراضية والدليل الرقمي وحجتيه في مجال الإثبات الجنائي ومنح الإذن بالتفتيش الممتد في الجرائم الافتراضية من النيابة العامة.
- 2- الاهتمام بتأهيل العناصر البشرية العاملة في جهاز الضبطية ودعمهم مادياً ومعنوياً وكيفية التعامل مع النظام المعلوماتي بما يمكنهم من تفتيش الوسط الافتراضي وضبط محتوياته.
- 3- دعوة المؤسسات الأكاديمية المتخصصة في مجال تقنية المعلومات إلى التعاون والتنسيق وعقد الاتفاقيات الثنائية مع الأجهزة الضبطية المماثلة لها في التخصص.
- 4- التوسع في عقد الاتفاقيات الدولية للاستفادة من نظام الإنابة القضائية وتبادل المعلومات في المجال المعلوماتي لتفادي مشكلة البحث عن الدليل الرقمي خارج حدود الدولة، وإنشاء المعامل الرقمية.
- 5- المشاركة بحضور المؤتمرات والندوات وورش العمل المحلية الإقليمية والعالمية المتعلقة بجوانب الجرائم المعلوماتية للاستفادة منها وتبادل الخبرات والمعلومات بين هذه المؤسسات.

6- توفير المعامل الرقمية وأحدث البرمجيات والأجهزة والمعدات الحاسوبية والتي تساهم وبشكل تقني في استخراج واسترداد الأدلة الرقمية وإعادة بناء الأدلة الرقمية من جديد وذلك وفقاً للمعايير الدولية والسعي للحصول على شهادة الجودة العالمية (الأيزو).

أسأل الله - تعالى - أن يجد فيه من يطلع عليه الفائدة (وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين).

المصادر والمراجع

- (1) أسامة عبدالله قايد، الحماية الجنائية الخاصة وبنوك المعلومات، دار النهضة، القاهرة ، بدون طبعة ، وبدون سنة طبع.
- (2) خالد ممدوح إبراهيم، الدليل الإلكتروني في جرائم المعلوماتية، بحث منشور على الإنترنت <http://www.f-law.net>
- (3) خالد عياد الحلبي، إجراءات التحري والتحقيق في جرائم الحاسوب والإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ج1، 2011م .
- (4) حسن طاهر داود، جرائم نظم المعلومات، أكاديمية نائف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض، 2000م.
- (5) حمد الأمين البشري، التحقيق في جرائم الحاسب الآلي، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، المنعقد في الفترة من 1-3 مايو 2000م، بكلية الشريعة والقانون بدولة الإمارات العربية .
- (6) رشيد بوكر، الدليل الإلكتروني ومدى حجتيه في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير منشورة في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27 العدد الأول.
- (7) راشد بن حمد البلوشي، الدليل في الجريمة المعلوماتية، بحث مقدم للمؤتمر الدولي الأول حول حماية المعلومات والخصوصية في قانون الإنترنت، الفترة 2-4 يوليو 2008م، منشور على الإنترنت، <http://www.f-law.net>
- (8) سهى إبراهيم داود عريقات، الطبيعة القانونية للدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير، قسم القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة دن .
- (9) طارق محمد الجملي، الدليل الرقمي في مجال الإثبات الجنائي، كلية القانون، جامعة قاريونس، بحث منشور على الإنترنت.
- (10) عبدالحافظ عبدالمهدي عابد، الإثبات الجنائي بالقرائن، أطروحة دكتوراه، 1989م

- (11) عبدالناصر محمد محمود فرغلي، محمد عبيد سيف سعيد المسماري، الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية من الناحيتين القانونية والفنية، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، الرياض، 2007/11/1214 م .
- (12) عمر محمد بن يونس، مذكرات في الإثبات الجنائي عبر الإنترنت، ندوة الدليل الرقمي عبر جامعة الدول العربية، مصر، في الفترة 5-8 مارس 2006 م .
- (13) علي محمود حمودة، الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية في إطار نظرية الإثبات الجنائي، مقدم ضمن أعمال المؤتمر العلمي حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية ونظمه، أكاديمية شرطة دبي في الفترة من 26-28/4/2003م، منشور على الإنترنت <http://www.f-law.net>
- (14) علي حسن الطالبة، مشروعية الدليل الرقمي المستمد من التفتيش الجنائي، دراسة مقارنة، جامعة العلوم التطبيقية، البحرين، كلية الحقوق، بحث منشور على الإنترنت من قبل مركز الإعلام الأمني، <http://www.policemc.gov> -
- (15) عبدالفتاح بيومي حجازي، الدليل الرقمي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دراسة معمقة في جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، بهجات للطباعة والتجليد، مصر، 2009 م .
- (16) عبدالفتاح بيومي حجازي، القانون الجنائي والتزوير في جرائم الإنترنت والكمبيوتر، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2005م.
- (17) محمد عبيد سعيد يوسف، مشروعية الدليل في المجالين الجنائي والتأديبي، دراسة مقارنة بالتطبيق على تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة، أطروحة دكتوراه في علوم الشرطة، أكاديمية مبارك للأمن، كلية الدراسات العليا، مصر.
- (18) محمد عبدالحميد عبدالمطلب، البحث والتحقيق الجنائي الرقمي في جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2006 م .
- (19) محمد الأمين البشري، التحقيق في الجرائم المستحدثة، الطبعة الأولى، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2004 م .
- (20) محمد نافع فالح رشدان العدواني، حجية الدليل الإلكتروني كوسيلة من وسائل الإثبات في المسائل الجزائية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، تشرين الثاني، 2015م.
- (21) محمود أحمد عبايه، جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005م.

- (22) ممدوح عبدالحميد عبدالمطلب، استخدام بروتوكول TCP IP في بحث وتحقيق الجرائم على الكمبيوتر، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية منظم المؤتمر أكاديمية شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات ، رقم العدد 4 ، المحور الأمني والإداري، تاريخ الانعقاد 26 أبريل 2003م، والانتهاء 28 أبريل 2003م دبي ، الإمارات العربية المتحدة .
- (23) ممدوح عبدالحميد عبدالمطلب، زبيدة محمد قاسم، عبدالله عبدالعزيز، نموذج مقترح لقواعد اعتماد الدليل الرقمي للإثبات في جرائم الكمبيوتر، منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية والإلكترونية، نظمته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة وغرفة التجارة والصناعة دبي في الفترة من 10-12/5/2003م .
- (24) محمد محيي الدين عوض، مشكلات السياسة الجنائية المعاصرة في جرائم نظم المعلومات (الكمبيوتر) ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي المنعقد في القاهرة 25-28 أكتوبر 1993م .
- (25) مفتاح أبوبكر المطردي، الجريمة الإلكترونية والتغلب على تحدياتها، ورقة مقدمة إلى المؤتمر الثالث لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية بجمهورية السودان المنعقد في 23-25/9/2012م.
- (26) ناصر إبراهيم محمد زكي، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة ودراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، 1987م .
- (27) هشام فريد رستم، الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية، دراسة مقارنة، مكتبة الآلات الحديثة، أسيوط، مصر، 1994م .
- (28) هلاي عبد الإله أحمد، حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية دراسة مقارنة، د.ط، د.ن، 1999م .

القرار الإداري المضاد

أ.محمد عمر الجداع

محاضر مساعد / قسم العلوم الإدارية /المعهد العالي للعلوم والتقنية

بنات - طرابلس

ملخص البحث

بالنسبة لمفهوم القرار المضاد، فالفقه وإن تعددت تعريفاته واختلفت، فإنها تدور في النهاية حول توضيح أن القرار المضاد قرار مستقل ومنفصل عن القرار الأصلي، وهدفه إلغاء أو تعديل قرار إداري فردي نهائي وسليم، بالنسبة للمستقبل.

أما في الفقه الليبي فلم نجد لهذا القرار أي تعريف فقهي محدد، أو تطبيقات قضائية مباشرة، ما عدا ما تم استنتاجه ضمناً.

إن الاختصاص في إصدار القرار المضاد هو للسلطة القائمة وقت إصدار القرار المضاد، وليس للسلطة التي أصدرت القرار الملغى، لأن السلطات قد تتغير.

القرار الإداري المضاد ينطبق على القرارات الإدارية النهائية التي تنشئ حقاً، وترجع الحكمة من ذلك، إلى أن الإلغاء ينصب على القرار في ذاته، وليس على شخص من ينطبق عليه، مع خروج القرارات الإدارية غير النهائية، والقرارات الإدارية غير المشروعة خلال مدة السحب والطعن القضائي.

كما أن نطاق تطبيق القرار المضاد مقصور على القرارات الفردية، ويرجع ذلك إلى أنه بالنسبة للقرارات التي لا تولد حقوق، منها القرارات التنظيمية لا تؤدي إلى نشؤ حقوق مكتسبة لأحد، وعلة ذلك أنها تتضمن قواعد عامة موضوعية (أي غير شخصية)، ولذلك لا تكون مصدراً لإكساب أفراد بذواتهم حقوقاً، فتلك القرارات يمكن إلغاؤها أو تعديلها في أي وقت عن طريق إنهاء آثارها القانونية بالنسبة للمستقبل.

كما إن آثار القرار الإداري المضاد إنما تسري على المستقبل فقط، دون أن يكون له أي أثر على الماضي.

المقدمة:

القرار الإداري يمثل في ذاته أهم امتيازات الإدارة، تمارس من خلاله جل نشاطها، وعن طريقه ترتب الحقوق وتفرض الالتزامات بإرادتها المنفردة والملزمة.

ومن المعلوم أن القرار الإداري يمر بثلاث مراحل: وهي مرحلة الإصدار، ومن ثم مرحلة نفاذه وسريانه، وأخيراً مرحلة زواله وانقضائه، وهذا ما تحتمه مقتضيات الحياة الإدارية التي تتميز بالتطور والتغير المستمر، ويجب على كافة الأجهزة الإدارية، أن تواكب هذا التطور وتسايره، بل هي مطالبة بالنظر إلى المستقبل بشكل أوسع من كافة أجهزة المجتمع، بما لها من إمكانيات فنية وعلمية، وبالتالي القدرة على التنبؤ بالمستقبل والاستعداد له.

والقرار الإداري مثله مثل باقي الظواهر القانونية، مؤقَّت الأثر، ومهما طال مدة سريانه ونفاذه، فإن لهذا النفاذ حداً ينتهي إليه ويزول القرار، وزوال القرار يعني توقف جميع آثاره القانونية واختفائه من النظام القانوني، وتختلف الوسائل التي تحقق هذا الزوال، إلا أنه مهما اختلفت هذه الوسائل وتعددت فهي تهدف في نهاية المطاف إلى زوال آثار القرار من النظام القانوني.

ونهاية القرار الإداري قد تكون نهاية طبيعية، بانتهاء الأجل المحدد لسريانه، أو بنفاذه باستنفاد مضمونه، أو نتيجة تحقق الشرط الفاسخ أو الأجل الفاسخ إن اشتمل عليه القرار، وقد يكون نتيجة تغير الظروف الواقعية أو القانونية التي صدر القرار على أساسها، أو زوال المبررات التي أدت إلى إصداره، مما يدفع بالإدارة إلى التدخل لإلغاء القرار أو تعديله في ضوء تلك الظروف، وفي حالات أخرى، يكون زوال القرار نتيجة لتنازل أصحاب المصلحة على الحقوق، والمراكز القانونية التي تولدت لهم من القرار. وقد تكون نهاية القرار الإداري نهاية غير طبيعية، أي إنهاء آثار القرار قبل انقضائها بطريقة طبيعية، وذلك إما بعمل من جانب الإدارة، أو بواسطة القضاء عن طريق لجؤ صاحب الشأن إلى القضاء، بغية إلغاء القرار إذا شابه عيب يبرر ذلك.

وهذا الطريق الأخير يؤدي إلى انقضاء القرار الإداري، بأثر رجعي من لحظة صدوره، (طريق القضاء الإداري) الذي يلجأ إليه صاحب المصلحة بطريق دعوى الإلغاء، والتي شرعها القانون لحماية لحقوق الأفراد ومصالحهم.

أما نهاية القرار الإداري بعمل من جانب جهة الإدارة (النهاية الإدارية)، فتتمثل في ثلاث حالات

هي: -

الحالة الأولى / وفيها ينتهي القرار، ويزول أثره من وقت نشأته بأثر رجعي، فتمحى آثاره بالنسبة للماضي والمستقبل، ويعتبر القرار كأن لم يصدر قط (وهو ما يطلق عليه السحب الإداري).

الحالة الثانية/ وهنا ينتهي القرار وتمحى آثاره بالنسبة للمستقبل فحسب (وهذا ما يسمى بالإلغاء الإداري).

الحالة الثالثة/ وهي الحالة التي تتدخل فيها الإدارة وتنهي قراراً فردياً صدر سليماً، بإصدار قرار جديد مستقل عن القرار الأول (ويعرف هذا الطريق بالقرار المضاد) وهو عبارة عن قرار إداري، يهدف إلى تعديل أو إلغاء قرار إداري فردي سليم ونهائي بالنسبة للمستقبل.

وهذه الحالة الأخيرة التي يتم فيها إنهاء قرار إداري فردي سليم بإصدار قرار مضاد من جانب الإدارة، هي محل بحثنا بعنوان القرار الإداري المضاد، والذي يدور مضمونها حول سلطة الإدارة في إلغاء القرار الإداري الفردي السليم، بتصرف أحادي الجانب من جهة الإدارة وإصدارها قراراً مضاداً لإلغاء أو تعديل قرارها الفردي السليم السابق.

فالقرارات الإدارية المنشئة للحقوق، متى صدرت مطابقةً للقانون، فإنها تكتسب حصانة تامة من الإلغاء، والطريق الوحيد أمام الإدارة لإلغائها هو إصدارها لقرار إداري جديد مضاد للقرار الأول (عكس القرار الأول)، وذلك طبقاً للإجراءات والأوضاع المحددة قانوناً لإصدار القرارات الإدارية.

وهذا ما سيتم تناوله وفق الخطة المنهجية التالية:

المبحث الأول / ماهية القرار الإداري المضاد.

المطلب الأول / مفهوم القرار الإداري المضاد.

المطلب الثاني / نطاق تطبيق القرار الإداري المضاد.

المبحث الثاني / آثار إصدار القرار الإداري المضاد.

المطلب الأول / آثار إصدار القرار الإداري المضاد بالنسبة للمستقبل.

المطلب الثاني / آثار إصدار القرار الإداري المضاد بالنسبة للماضي.

المبحث الأول / ماهية القرار الإداري المضاد

ينتهي القرار الإداري، وتزول قوته القانونية من جانب الإدارة سواء بالسحب أو الإلغاء الإداري، أو بقرار آخر تصدره السلطة المختصة ليجرد القرار الأول من قوته القانونية بالنسبة للمستقبل فقط، وهذا ما يسمى بالقرار المضاد، لذلك يتناول هذا المبحث الآتي: -

المطلب الأول / مفهوم القرار الإداري المضاد

لا شك أن مفهوم (القرار المضاد) هو مركب من كلمتين (القرار) و (المضاد)⁽¹⁾ ومن هنا يقتضي الأمر التعرف (أولاً) على كل كلمة بمفردها، وحيث إن كلمة قرار هي الاسم في هذا المركب، وكلمة المضاد جاءت وصفاً لها، وعليه يقتضي الأمر بيان مفهوم القرار الإداري المضاد في اللغة والاصطلاح.

أولاً: مفهوم القرار الإداري المضاد في اللغة.

إن مفهوم القرار الإداري المضاد، مركب من ثلاث كلمات، لهذا يقتضي الأمر التعرف على كل كلمة بمفردها.

فالقرار لغة / ما قر (أي تبث) عليه الرأي من الحكم في مسألة، ويقال قر قراراً، وقروراً، وقرأً، وتقراراً وتقر في المكان أو على الأمر تبث وسكن، قره في المكان أو على العمل تبثه فيه.

القرار والقرارة المستقر والثابت المطمئن في الأرض، صار الأمر إلى قراره، أي انتهى وتبث⁽²⁾. والإداري فهو نسبة إلى الإدارة، وأصل الكلمة من مادة (د.و.ر)، وأصلها في اللغة أدار يدير إدارة، يقال أدرت فلاناً على الأمر إذا حاولت إلزامه إياه وأدرته عن الأمر إذا طلب منه تركه⁽³⁾.

وعندما يقتزن القرار بصفة (الإداري) فتتحدد صفة القرار، ويصبح قراراً إدارياً، وبهذا الاقتزان يحدث نوع من الحصر والتحديد، ذلك لأن كلمة قرار قبل مجيء كلمة إداري كانت عامة، ومطلقة تحتل أكثر من نوع آخر من القرارات. فجاءت كلمة الإداري، فمنعت التعميم والإطلاق، وبهذا الاقتزان (القرار الإداري) فإنه يصبح دلالة على (اتجاه إرادة الإدارة، واستقرارها على أمر ما لإحداث تغيير في الوضع القانوني بإرادتها المنفردة).

(1) كما يطلق عليه اصطلاح القرار العكسي أي عكس القرار السابق وهو في اللغة من أصل مادة (ع.ك.س) - عكسه عكسا من باب ضرب : (ردّ أوله على آخره) . عكس : العكس : قلب الكلام ونحوه وردّ آخر الشيء إلى أوله . أنظر في ذلك ، الطاهر أحمد الزاوي الطرابلسي ، مختار الصحاح .. مطبعة عيسى البايي الحلبي وشركاه ، سنة 1964 ، ص 432 . 433 .

(2) الصحاح في اللغة والعلوم / إعداد وتصنيف ندم وأسامة مرعشلي .. دار الحضارة العربية : بيروت، سنة 1974 .. المجلد الثاني ، ص 291.

(3) محمد كرم بن منظور، لسان العرب ، ط1 .. دار صادر ، سنة 1300 .. ج4 ، ص235 وما بعدها.

أما كلمة المضاد فهي من أصل مادة (ض.د) والضد، هو النظير والكف، والجمع (أضداد) وقال أبو عمرو: الضد مثل الشيء، والضد خلافه - وضاده مضادة والمتضادان اللذان لا يجتمعان كالليل والنهار، بمعنى ينسخ أحدهما الآخر ويحل محله⁽¹⁾.

وضادّه - خالفه وكان له ضدّاً وبين الشئين، جعل أحدهما ضدّ الآخر، والمتضادّان، اللذان لا يجتمعان وقد يرتفعان، كالسواد والبياض⁽²⁾.

وعندما يقتزن (القرار الإداري) مرة أخرى بكلمة المضاد، فهو بهذا الاقتزان يصبح أكثر تحديداً، لأنه تحول من صفة العموم بالنسبة للقرارات الإدارية إلى الصفة الخاصة به، باعتباره أحد أنواع القرارات الإدارية.

وتطبيق هذا المفهوم اللغوي على القرار الإداري المضاد، فيعني أن يكون القرار المضاد - ضد قرار سابق لا يمكن أن يبقيا معاً فيلغي اللاحق السابق ويحل محله لأنه يضاده في القوة والشرعية الإدارية. لهذا فإن القرار المضاد هو قرار لاحق يتعارض مع مضمون قرار سابق، ومن ثم فإن هذا القرار اللاحق أو الجديد هو قرار يصدر ضد قرار سابق.

ثانياً / مفهوم القرار الإداري المضاد في الاصطلاح⁽³⁾:

لم يتعرض التشريع والقضاء في ليبيا والأنظمة المقارنة، لمفهوم القرار الإداري المضاد بشكل صريح ومباشر، بعكس الفقه الذي اهتم بتحديد نطاقه وبيان معالمة الرئيسة، إلا أنه يمكن أن يفهم ضمناً من خلال بعض النصوص والأحكام القضائية التي تعرض لها من خلال تناول مفهوم القرار الإداري المضاد في الفقه.

فقد عرفه الفقيه (بونار) بأنه: "قرار بمقتضاه يحل محل قرار سابق ويقتصر أثره بالقياس للمستقبل"⁽⁴⁾. باعتباره قراراً معيناً ومحدداً وفقاً للاختصاصات والأشكال، ليحل محل قرار آخر، ويقتصر أثره على المستقبل.

(1) أحمد بن محمد بن علي المفري الفيومي، المصباح المنير.. مطبعة مصطفى الباي الحلبي وأولاده. ج2، كتاب الضاد، ص 4.

(2) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط.. القاهرة: مجمع اللغة العربية، ج 1، ص 538.

(3) إن المصطلح الدارج في الفقه والقضاء الفرنسي هو القرار المضاد، إلا أنه قد يستعمل بعض الفقه مصطلح القرار العكسي أو المقابل في بعض الأحيان.

(4) مشار إليه. حسني درويش عبد الحميد، بحث بعنوان (حدود سلطة الإدارة في إلغاء القرار الإداري الفردي السليم - دراسة مقارنة) مجلة العلوم الإدارية، تصدرها الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، السنة 24، العدد الأول (يونيو 1982) ص 141.

وذهب الفقيهان " أوبي، ودراجو" في تعريف القرار الإداري المضاد على أنه " قرار يتم بمقتضاه إنهاء (إلغاء) أو تعديل قرار فردي سليم، ويقتصر أثره بالنسبة للمستقبل".

وذهب الفقيه " Basset" في تعريفه للقرار الإداري المضاد وهو يحاول أن يحدد مجال تطبيق القرار المضاد فيعرفه - بأنه "القرار الذي ينهي أو يعدل آثار قرار سابق كلياً كان أم جزئياً بالنسبة للمستقبل" (1).

أما مجلس الدولة الفرنسي، فيرى في القرار المضاد، أنه القرار الصادر من الإدارة طبقاً لشروط محددة بالقانون، أو اللائحة ويضع نهاية لحالة أنشأها قرار فردي.

فالقرار المضاد (إذاً يخضع لشروط شكلية وموضوعية مختلفة ومستقلة عن القرار الأصلي، وبسبب تميزه واستقلالته عن القرار الأصلي، فإنه يحدث تعديلاً في النظام القانوني، معاكساً تماماً لما أحدثه القرار الأول، فالقرار الذي يقضي بفصل أحد الموظفين هو القرار المضاد لذلك الذي عين على أساسه في وظيفته) (2).

كما ذهب الدكتور " سليمان الطماوي " في تعريفه للقرار المضاد بأنه " إحلال قرار آخر محل القرار الأول، بحيث يكون من شأن القرار الثاني إلغاء القرار الأول كلياً أو جزئياً، وهذا هو الإلغاء الضمني". وتوضيح ذلك، أنه قد يكون إلغاء القرار الفردي إلغاءً مجرداً، بأن تقتصر الإدارة على مجرد إعدام القرار بالنسبة للمستقبل كلياً أو جزئياً، دون أن تحل محله قرار آخر كالاقتصاص على مجرد إلغاء الترقية أو التراخيص، وقد يكون الإلغاء بإحلال قرار محل القرار الأول، فالقرار الصادر بفصل موظف أو بتعيين آخر في وظيفته يقتضي إلغاء قرار التعيين (3).

ويعرفه المستشار " حمدي ياسين عكاشة " بأنه القرار الصادر من الإدارة بإلغاء قرار إداري فردي سليم قبل نهايته الطبيعية".

(1) مشار إليه. د. حسني درويش عبد الحميد، نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء (رسالة دكتوراه)، مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة عين شمس). ط 1. دار الفكر العربي: القاهرة، سنة 1981، ص 604 - 605.

(2) مشار إليه. رحيم سليمان الكبيسي، حرية الإدارة في سحب قراراتها. دراسة مقارنة في النظامين الفرنسي والمصري، والنظام العراقي (رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق. جامعة القاهرة)، ب ط، سنة 2000، ص 51.

(3) د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط 7. القاهرة: دار الفكر العربي. سنة 2006، ف، ص 689-690.

ووفقاً للقواعد التشريعية وقواعد القانون العام يمكن للإدارة أن تنهي القرار الفردي السليم قبل نفايته الطبيعية، وفقاً لشروط خاصة محددة، والقرار الإداري الصادر من الإدارة بإلغاء القرار الفردي هو ما يسمى (القرار المضاد)⁽¹⁾.

أما الدكتور " ثروت بدوي " فيذهب إلى أنه ليس معني مبدأ عدم جواز إلغاء القرار السليم الذي أنشأ حقوقاً أو مزايا لمصلحة فرد من الأفراد أن المركز الناشئ من هذا القرار يبقى دون إمكان المساس به إلى الأبد ، وإنما مؤدى ذلك أن إلغاء أو تعديل هذا المركز لا يكون إلا بقرار من نوع جديد ، يسمى (القرار المضاد) وفقاً للشروط والإجراءات التي نص عليها القانون، فمثلاً تعيين موظف إذا كان سليماً لا يمكن إلغاؤه ، ولكن رابطة التوظيف يمكن إنهاؤها بالفصل بسبب إلغاء الوظيفة أو بالعزل أو بالإحالة إلى المعاش في الأحوال ، ووفقاً للإجراءات التي ينص عليها القانون ولكن ذلك لا يكون بإلغاء التعيين في ذاته⁽²⁾.

ويعرف القرار المضاد الدكتور " حسني درويش " على أنه: "إجراء إداري يتم بمقتضاه إلغاء أو تعديل قرار سليم بالنسبة للمستقبل"⁽³⁾.

ويذهب الدكتور " رحيم الكبيسي وهو من الفقه العراقي " إلى أن القرار المضاد "هو وسيلة الإدارة لإنهاء قرارها السليم أو الذي أعتبر سليماً، بصورة كاملة أو جزئية، طبقاً للضوابط القانونية واتباعاً لضمائم إجرائية وذلك بالنسبة للمستقبل فقط"⁽⁴⁾.

أما عن الفقه الليبي فإن مفهوم القرار الإداري المضاد، فلم يتم التعرض له بصفة مباشرة، لا من الفقه الليبي ولا من شراح القانون الإداري الليبي، وإن كانت هناك إشارة للقرار الإداري المضاد، فتكون قد جاءت كنتيجة منطقية لدراسة موضوع نهاية القرارات الإدارية.

إلا أنه يمكن الوقوف على بعض الآراء والمحاولات الفقهية في تعريف القرار الإداري المضاد والتي تتمثل في الآتي: .

أ . تعرض الدكتور " محمد عبد الله الحراري " لفكرة القرار الإداري المضاد عندما تحدث عن صور النهاية غير الطبيعية للقرارات الإدارية في صورة الإلغاء الإداري وميز بين إلغاء القرارات الإدارية اللاتحجية والقرارات الفردية.

(1) د. حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، ب ط .. منشأة المعارف: الإسكندرية، سنة 1987 م ، ص 327.

(2) د. ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، دار النهضة العربية: القاهرة، سنة 2007م، ص 121.

(3) د. حسني درويش عبد الحميد، نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء(رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة عين شمس) القاهرة : دار الفكر العربي، سنة 1981م .. ص 605.

(4) د. رحيم سليمان الكبيسي ، حرية الإدارة في سحب قراراتها(الرسالة السابق ذكرها).. ص 54-55.

بالنسبة للقرارات الإدارية التنظيمية أو (اللوائح) كقاعدة عامة يجوز لجهة الإدارة أن تعدل في أحكامها أو أن تلغيها بالنسبة للمستقبل، أو تستبدلها بغيرها، وفقاً لمقتضيات الصالح العام.

أما بالنسبة للقرارات الفردية السليمة كقاعدة عامة لا يجوز لجهة الإدارة إلغاؤها بالنسبة للمستقبل، لأن جملها يكسب حقوقاً ومراكز قانونية شخصية للأفراد، مثل قرارات التعيين والترقية، ومنح التراخيص المهنية، فإلغاؤها يعتبر إهداراً لمبدأ عدم المساس بالآثار الفردية للقرارات الإدارية.

إلا أن هذا المبدأ لا يعني تحصيل القرارات الفردية السليمة في مواجهة الإدارة، وبقاؤها مفروضة عليها، إلى ما لا نهاية، إذ تستطيع الإدارة تعديلها أو إلغاؤها بالنسبة للمستقبل بشرط اتباع الإجراءات والضوابط القانونية المتعلقة بإصدار القرارات الإدارية المضادة.

فيجوز مثلاً إلغاء قرار التعيين بإصدار قرار آخر يقضي بفصل الموظف وإلغاء قرار الترقية بإصدار قرار آخر بتأديب الموظف وإنزال ترقيته⁽¹⁾.

ب - وذهب أحد شراح القانون الإداري الليبي⁽²⁾: وهو يطلق على الإلغاء (الإبطال) إلى أن الإدارة قد تقوم بإبطال القرار أو سحبه.

والإبطال / هو إنهاء مفعول القرار بالنسبة للمستقبل فقط، وقد يكون ضمناً، وذلك عندما تستبدل به الإدارة قراراً آخر يتعارض معه تماماً، فيستنتج الأبطال عندئذ ضمناً من تعارض أحكام القرار الجديد مع أحكام القرار القديم، وقد يكون الإبطال صريحاً، وذلك بأن تصدر الإدارة قراراً ينهي مفعول قرارها السابق صراحة.

والقرار لا يمكن أن يبطل إلا بقرار آخر يصدر من نفس السلطة التي أصدرت القرار المبطل، وبالشكل الذي صدر به ذلك القرار - وهذا ما يسمى بقاعدة الأشكال المتقابلة.

واختصاص الإدارة في إجراء الإبطال مقيد، لأنها إذا منحت الحرية في إنهاء مفعول قرارها أو إعدامها في أي وقت تشاء، فإن ذلك قد يؤدي إلى التعسف، كما أن إطلاق الحرية للإدارة في إنهاء المراكز القانونية التي أنشأتها سيؤدي إلى حرمان الأفراد من الطمأنينة القانونية، التي تعتبر ضرورية لكل حياة اجتماعية⁽³⁾.

(1) هذه القاعدة استقرت كذلك في فرنسا ومصر. أنظر سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية (المصدر السابق ذكره) - ص 665 وما بعدها. كما أن الدكتور محمد الحراري، قد استقر رأيه على عدم إخراج القرارات التنظيمية من نطاق قاعدة تقابل الشكليات. انظر مؤلفه، أصول القانون الإداري الليبي .. ط5، طرابلس: المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، سنة 2003. ج 2، ص 202201.

(2) شراح القانون الإداري الليبي هم الفقهاء العرب، وهو شرح الفقيه العراقي الدكتور خالد عبد العزيز عريم.

(3) د. خالد عبد العزيز عريم، القانون الإداري الليبي .. ب ط، بنغازي: منشورات الجامعة الليبية. كلية الحقوق، سنة 1971 .. ج 2، ص 282 وما بعدها.

ج . ويذهب رأي آخر إلى أن القرار المضاد هو إلغاء الإدارة لقرارها الفردي السليم بطريقة محددة، وإعدام لآثار القرار بالنسبة للمستقبل كلياً أو جزئياً دون أن يبدل بقرار جديد كإلغاء ترقية أو ترخيص، وقد يكون ذلك بإحلال قرار جديد محل القرار الأول، مثل حالة فصل موظف وتعيين موظف جديد مكانه.

والقرار الإداري المضاد لا يقوم إلا بصدور قرار إداري تتوفر فيه جميع العناصر والأركان، أما إذا خالفت الإدارة القرار الفردي السليم بأعمال مادية، فهذا لا يؤثر على القرار السليم حتى إذا طال ذلك، وتكون الإدارة ملزمة بتسبب القرار الذي أصدرته في مواجهة القرار السليم⁽¹⁾.

وهذا ما استقر عليه القضاء الإداري الليبي، حيث ذهبت المحكمة العليا إلى أن (القضاء الإداري قد استقر على التدخل في تقدير أسباب فصل الموظف بالطريق غير التأديبي ، تأسيساً على أنه وإن كان المراد بالحق المطلق للحكومة في فصل موظفيها بلا حاجة إلى محاكمة تأديبية، هو تفرد الحكومة بتقدير صلاحية الموظف واستمرار استعانتها به ، أو عدم استمرارها ، إلا أن هذا ليس معناه أن تستعمله على هواها ، لأن هذه السلطة التقديرية وإن كانت مطلقة من حيث موضوعها إلا أنها مقيدة من حيث غايتها التي يلزم أن تقف عند حد تجاوز هذه السلطة والتعسف في استعمالها، ولئن كانت الحكومة غير ملزمة ببيان أسباب الفصل إلا أنه متى كانت هذه الأسباب ظاهرة من القرار الصادر به ، فإنها تكون خاضعة لتقدير القضاء ، ورقابته ، فإذا ما تبين أنها لا ترجع إلي اعتبارات تقتضها المصلحة العامة ، ولا هي من الأسباب الجدية القائمة بذات الموظف المستغنى عنه أو المنازع في صحتها ، كان ذلك عملاً غير مشروع⁽²⁾.

وفي الفتوى الصادرة بشأن استطلاع الرأي حول ما إذا كان قرار تعيين الموظف – مديراً عاماً للشركة – يعتبر إنهاء لخدمته كموظف بالمؤسسة العامة – وتعيين جديد بالشركة.

فقد قضت بأن (القرارات الإدارية قد تُلغى بعمل مضاد من جهة الإدارة وهو ما يسمى بإلغاء القرارات الإدارية بطريق القرار المضاد، وهذا الإلغاء قد يكون صريحاً، وذلك بأن ينص القرار اللاحق (المضاد) على إلغاء القرار السابق وقد يكون ضمناً، وذلك بأن يتضمن القرار اللاحق حكماً يتعارض مع ما تضمنه القرار السابق، أو ينضم من جديد وضماً من الأوضاع سبق أن نظم بقرار سابق، ولو لم يكن

(1) د. عمر محمد السيوي، الرقابة الإدارية .. مجلة دراسات قانونية ، السنة الرابعة ، المجلد الرابع ، بنغازي : منشورات جامعة بنغازي . كلية الحقوق، سنة 1974 ف، ص 488 .

(2) طعن إداري رقم 10 لسنة 11 قضائية – جلسة بتاريخ 1965/3/6 ف . عمر عمرو، المجموعة المفهرسة (المبادئ الدستورية والإدارية والانتخابية في عشر سنوات (1964-1974) . . طرابلس: دار مكتبة النور، ج1، بند 268، ص 355.

متعارضا معه. وبناء على ذلك فإن صدور قرار بتعيين موظف في وظيفة معينة على درجة معينة، ثم صدور قرار بتعيين ذات الموظف في وظيفة أخرى فإن هذا القرار الأخير يعتبر إلغاء ضمنا لقرار التعيين الأول...⁽¹⁾.

لذلك إذا أرادت الإدارة أن تنهي قرار التعيين بعمل من جانبها، فإنها لا تستطيع أن تفعل ذلك وفقا لما تريد ومتى ما رأت ذلك، ولكن عليها أن تصدر قراراً آخر بإنهاء قرار التعيين في إحدى الحالات التي نصت عليها المادة (42) من القانون رقم (12) لسنة 2010 م، بشأن علاقات العمل والتي تنص على "تنتهي خدمة العامل أو الموظف لأسباب محددة"⁽²⁾.

ومعني هذا النص أن الإدارة لا تستطيع أن تنهي قرار التعيين بعمل مضاد من جانبها، إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة (42) وبالتالي لا يمكن للإدارة أن تفصل الموظف في غير تلك الحالات، وإلا كان قرارها معيباً.

كما يفهم من نص المادة السابقة أن سلطة الإدارة في إصدار القرار المضاد، هي سلطة مقيدة بما يفرضه عليها القانون من إجراءات، فهي ليست تقديرية تستطيع استعمالها متى تشاء وفي أي وقت، ولكنها مقيدة بنصوص القانون، فهي مثلا لا تملك سلطة إنهاء خدمة الموظف، إلا إذا توافرت حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة السابقة.

وعلى ضوء العرض السابق لمفهوم القرار الإداري المضاد يمكن تعريفه: "بأنه قرار إداري يصدر عن السلطة الإدارية، بما لها من سلطة عامة، بقصد إلغاء أو تعديل قرار إداري فردي سليم ونهائي بالنسبة للمستقبل وذلك في حدود الشروط والإجراءات التي ينص عليها القانون".

ومن أوضح الأمثلة على القرار المضاد: إذا صدر قرار بتعيين أحد الأفراد في وظيفة عامة، فليس للإدارة الحق في إلغائه متى صدر سليماً، طبقاً للقانون، ولكنها تستطيع إصدار قرار يسمي بالقرار المضاد لإنهاء خدمة الموظف. بذلك نكون أما قرارين:

- قرار أصلي بالتعيين، سليم من الناحية القانونية.
- قرار مضاد بإنهاء خدمة الموظف، سيتم أيضا طبقاً للقانون.

(1) إجماع أحمد بيبري، القوانين واللوائح والقرارات ذات العلاقة بالوظيفة العامة والموظف. رابطة الموظفين: ليبيا، الجزء الثاني، يوليو سنة 1978 م، ص 891. 892.

(2) تتمثل هذه الأسباب في الآتي :- 1- بلوغ السن المقررة قانونا لانتهاء الخدمة. 2- عدم اللياقة الصحية.

3 - الاستقالة. 4- الحكم عليه بعقوبة جنائية ... 5- الوفاء.

ومن خلال هذا التعريف يتضح أنه لإصدار القرار الإداري المضاد يجب توافر مجموعة من الشروط يمكن إجمالها في الآتي: -

- 1- أن يرد الإلغاء على قرار إداري فردي سليم ونهائي.
- 2- أن يكون القرار المراد إلغاؤه منشئ لحقوق ومؤثر في المراكز القانونية.
- 3- أن ينصرف أثر القرار المضاد إلى المستقبل فقط، دون أن يكون له أي أثر على الماضي.
- 4- أن تكون سلطة الإدارة في إصدار القرار المضاد مقيدة، بإلغاء أو تعديل القرار الأول، وفقاً للشروط والضوابط المحددة.

المطلب الثاني / نطاق تطبيق القرار الإداري المضاد

إن القرار المضاد - هو قرار إداري تصدره السلطة الإدارية بما لها من سلطة عامة بقصد إلغاء أو تعديل قرار إداري فردي سليم أنشأ حقوقاً أو مزايا لمصلحة أفراد معينين بدواتهم، وذلك وفقاً للشروط والإجراءات المحددة قانوناً.

وبهذا الوصف يصطدم بمبدأ أساسي، وهو استقرار الآثار الفردية للقرارات الإدارية، ويمنع القرار من أن ينتج آثاره بالنسبة للمستقبل.

لذلك تقتضي دراسة هذا الموضوع تحديد إطار هذا القرار عن طريق تحديد نطاقه، بحيث لا يتعداه إلى غيره من القرارات التي لا تشملها.

وقد استقر الفقه بالنسبة للقرارات التي تدخل في نطاق التطبيق أن تتوافر لها صفة القرارات الإدارية، أي يشترط لها مقومات القرارات بصفة عامة وأن يترتب عليها آثار قانونية قائمة بذاتها، حيث يشترط فيها أن تكون قرارات تامة ونهائية نتج عنها حقوق مكتسبة. وذلك على النحو الآتي: -

الفرع الأول / القرارات النهائية المشروعة

لقد اشترط الفقه بالنسبة للقرارات التي تدخل في نطاق تطبيق القرار الإداري المضاد أن تكون نهائية ومشروعة و نافذة في مواجهة الأفراد. بمعنى أن تتوافر لها جميع مقومات وأركان القرارات الإدارية.

لذلك يقتضي الأمر توضيح معني النهائية في القرارات الإدارية في الفقه والقضاء الإداري على النحو التالي: -

أولاً: معني النهائية في الفقه.

استقر الفقه⁽¹⁾ وأجمع على ضرورة توافر شرط النهائية في القرار الإداري حتى يكون قابلاً للطعن فيه بالإلغاء.

كما أن الفقه متفق حول معني النهائية وإن اختلفت الألفاظ المؤدية إليها التي يستخدمها في كتاباته.

(1) الفقه الفرنسي والمصري والليبي.

فالنهائية يقصد بها بصفة عامة، أن يكون القرار الإداري قابلاً للتنفيذ اتجاه الأفراد، ومنتجاً لآثار قانونية تمس المراكز القانونية للأفراد المخاطبين به.

فيذهب جانب من الفقه في تعريف نهائية القرار إلى أنه القرار الذي ينشئ حالة قانونية جديدة، أو يعدل في حالة قانونية سابقة، أو يرفض طلب تعديل حالة قانونية سابقة، أو ينهي هذه الحالة، بمعنى القرار الذي يحدث أثراً قانونية بصورها المختلفة.

كما إنه لا يقصد بالنهائية، استنفاد كل جهة من الجهات الإدارية لولايتها على حدة، وإنما استكمال القرار للخصائص اللازمة لوجوده قانوناً، فالمناطق فيما يعتبر نهائياً أو لا يعتبر كذلك، هو بانتهاج المرحلة التي يتولد عنها الأثر القانوني المعين، فالقرارات التي تحتاج لتصديق لا تعد نهائية، وإنما قرار التصديق هو المرحلة الأخيرة المحدثة للأثر القانوني⁽¹⁾.

وعرف الدكتور "عبد الغني بسيوني" نهائية القرار في صدوره من الجهة الإدارية المختصة قابلاً للتنفيذ، وبعد استنفاد جميع مراحل الإصدار، أي أن يكون قابلاً للتنفيذ بدون أي إجراء لاحق⁽²⁾.

لذلك فإن جميع القرارات التي تحتاج إلى تصديق أو اعتماد أو موافقة، أو تعقيب من سلطة أعلى من السلطة المصدرة في التدرج الإداري لا تعتبر قرارات إدارية نهائية.

والمناطق في نهائية القرارات الصادرة من الجهة الإدارية المختصة، حسب المعنى الذي استقر عليه الفقه والقضاء، هو عدم خضوع قراراتها لتصديق جهة إدارية أخرى، بمعنى آخر أن هذه القرارات لدى صدورها تحمل بذاتها عناصر قوتها التنفيذية الواجبة التطبيق، وتتعدى بذلك مرحلة الاقتراح والتحضير إلى مرحلة إنتاج الأثر القانوني تماماً ومباشراً⁽³⁾.

ويعرف القرار الإداري النهائي (بأنه القرار الذي يحدث أثراً قانونية تكون نافذة دون حاجة إلى تصديق من سلطة أعلى)⁽⁴⁾.

(1) د. رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري - دراسة مقارنة .. القاهرة: دار النهضة العربية، سنة 1999 .. ص 376. 373.

(2) د. ماجد الحلو، القضاء الإداري .. ط1 .. دار المطبوعات الجامعية: الإسكندرية، سنة 1977، ص230.

(3) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري - الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2005، .. ص25. 26.

(29) - انظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، وقف تنفيذ القرار الإداري. ط1. القاهرة: دار الفكر العربي، سنة 2008 ف، ص52. حيث يرى بأن القرار الإداري النهائي: هو القرار الأخير الصادر من الإدارة في الموضوع والذي ينفذ بغير حاجة إلى صدور قرار آخر تصدره سلطة أعلى، فهو إذا ذلك القرار الذي لا يحتاج نفاذه لتصديق أو اعتماد من سلطة تعلق جهة إصداره.

ويُعرف الدكتور " محمد عبد الله الحراري " النهائية في القرار الإداري (بأنها تكمن في قابلية القرار للتنفيذ تجاه الأفراد، وذلك بعد استكمال جميع المراحل اللازمة لوجوده.

والقرار الإداري يكون قابلاً للتنفيذ إزاء الأفراد، إذا لم يشترط القانون اعتماده أو التصديق عليه من جهة إدارية أعلى من الجهة التي أصدرته، أو إذا تم اعتماده والتصديق عليه في الحالات التي يشترط فيها القانون ذلك).

لذلك فإن القرار الإداري يكون نهائياً وقابلاً للتنفيذ في حالتين: -

الأولى / بمجرد صدوره إذا كان لا يحتاج إلى تصديق أو اعتماد جهة إدارية أعلى من الجهة التي أصدرته.
الثانية / بمجرد اعتماده والتصديق عليه إذا كان يحتاج لمثل هذا الإجراء⁽¹⁾.

ويذهب الدكتور " نصر الدين مصباح القاضي " إلى أن المقصود بالقرارات الإدارية النهائية: (بأنها القرارات الإدارية القابلة للتنفيذ، والتي لا تحتاج إلى تصديق من جهات إدارية عليا، أو تم التصديق عليها، وتؤثر في المركز القانوني للطاعن، بحيث تصير له مصلحة شخصية مباشرة في إغائه)⁽²⁾.

ولكي يكون القرار إدارياً، يجب أن يترتب آثاراً قانونية، وذلك بإنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني معين، فإذا لم يترتب على العمل الإداري ذلك فإنه لا يعد قراراً إدارياً⁽³⁾.

غير أن وصف القرار الإداري بأنه نهائي يجب ألا يخرج عن إحدى المدلولات التالية:

1. أن العمل الإداري لا يجوز الرجوع فيه.
2. أن العمل الإداري هو عمل مركب تتحقق نهائيته بتصديقه.
3. وتعني نهائية القرار الإداري أخيراً: أن القرار صادر من سلطة إدارية ذات اختصاص مانع بحيث لا يخضع لمراجعة السلطة الرئاسية.

خلاصة القول: أن المقصود بالنهائية، أن يكون القرار قد استنفذ جميع المراحل اللازمة لوجوده القانوني، غير أنه لا يكفي أن يكون القرار الإداري نهائياً، وإنما يجب أن يكون مؤثراً في المركز القانوني لصاحب الشأن⁽⁴⁾.

(1) د. محمد عبد الله الحراري ، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي (رقابة دوائر القضاء الإداري) .. ط3 .. المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية : طرابلس ، سنة 1999ف ، ص151.

(2) انظر د. نصر الدين مصباح القاضي، النظرية العامة التأديب في الوظيفة العامة (رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة عين شمس، سنة 1997م) القاهرة: دار الفكر العربي، سنة 2002م، ص497.

(3) د. مازن ليلو راضي ، القانون الإداري الليبي، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعة، سنة 2005م.. ص358 .

(4) د. صبيح بشير مسكوبي ، القضاء الإداري في الجمهورية العربية الليبية . دراسة مقارنة . منشورات جامعة بنغازي : كلية الحقوق ، سنة 1974ف ، ص 313. 309.

والخلاصة التي يمكن الخروج بها بعد عرض الآراء الفقهية في تحديد المقصود بالنهائية في القرار الإداري، أنها لم تضع تعريفاً جامعاً مانعاً وفقاً للمنهج المعروف في تحديد المفاهيم، إلا أنها جاءت تعاريف متقاربة، واتفقت على أن النهائية تكون متوافرة في القرار الإداري في حالات معينة وهي: -

الحالة الأولى: إذا كان القرار الإداري يولد بذاته آثاراً قانونية.

الحالة الثانية: إذا كان القرار الإداري من شأنه التأثير في المراكز القانونية.

الحالة الثالثة: صدور القرار من جهة إدارية دون حاجة إلى اعتماد أو تصديق جهة أخرى. أو إذا تم التصديق عليه، إذا كان في حاجة لهذا الإجراء.

ثانياً: معنى النهائية في القضاء الإداري.

بعد تناول معنى النهائية في الفقه، نتناول موقف القضاء الإداري على النحو التالي: .

يشترط مجلس الدولة الفرنسي لكي تقبل دعوى الإلغاء، أن يكون القرار مؤثراً في المركز القانوني لرافع الدعوى، أي من شأن القرار إلحاق أذى به، ويستلزم أن يكون من شأن القرار المطلوب إلغاؤه أن يولد آثاراً قانونية، بحيث لا يجوز توجيه دعوى الإلغاء ضد القرارات التي لا تحدث آثاراً قانونية، لأنها لا تعد في الواقع قرارات إدارية بحسب تعريف القرار الإداري في هذا المجال، كما يستلزم أن يكون القرار مولداً للآثار بدأتها⁽¹⁾.

لذلك فإن (نهائية القرار الإداري في النظام الفرنسي، تعتبر من شروط قبول الدعوى، لأن اختصاص المحاكم الإدارية في فرنسا ... هو اختصاص عام وشامل لجميع المنازعات الإدارية، إلا ما استثني بنص خاص، أما في مصر فإن الأمر يختلف، إذ أن محكمة القضاء الإداري هي محكمة ذات اختصاص محدود بنصوص القانون،)⁽²⁾.

ولقد حرص القضاء الإداري على تفسير شرط النهائية، وفقاً لصحيح القانون في كثير من أحكامه، واستقر على تعريف القرار الإداري النهائي. بأنه القرار الذي يصدر متخذاً صفة تنفيذية دون حاجة إلى تصديق سلطة أعلى، وصفة النهائية في القرارات الإدارية تنتفي إذا ما أوجب القانون الالتجاء بشأنها إلى سلطة أعلى، ولكنها لا تنتفي إذا أجاز القانون المنظم لها الالتجاء إلى نفس مصدر القرار أو سلطة أعلى للتظلم منه.

(1) د. محمود عاطف البنا، الوسيط في القضاء الإداري .. ط2 .. القاهرة: دار الفكر العربي، سنة 1999 م، ص270.

(2) طعن إداري رقم 12042 لسنة 8 قضائية، بجلسة 1955/3/27 ف، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في خمسة عشر عاماً (1946-1961 م) .. القاهرة: (المكتب الفني لمجلس الدولة): الشركة المصرية للتوزيع والنشر، سنة 1971 .. ج3، ص2312.

فالقرار النهائي هو القرار الذي لا يجب بحكم القواعد المنظمة له استئنافه أو مناقشته أمام سلطة إدارية أعلى، ولا يمنع من نهائية القرار أن يكون في استطاعة الجهة التي أصدرته أن تسحبه، أو أن يكون القرار موقوفاً، إذ أنه قد ينفذ في أي وقت دون حاجة إلى تصديق من سلطة أعلى، إذ أن القرار حينئذ لا يزال نهائياً بما يغدو معه توافر مصلحة حقيقية للطاعن في مهاجمته. ولا يمنع من النهائية أن يكون القرار ليس نهائياً عند رفع الدعوى، طالما اكتسب صفة النهائية أثناء سير الدعوى⁽¹⁾.

وقد حددت محكمة القضاء الإداري شرط النهائية في صدور القرار من جهة إدارية دون معقب عليها، حيث تقرر في الطعن الإداري رقم 1023 لسنة 6 قضائية بجلسته 1904/1/7 ف، (بأن العبرة في نهائية القرارات الإدارية هو بصورها من جهة إدارية يخولها القانون سلطة البث في أمر بغير حاجة لتصديق سلطة أعلى، والتظلم الإداري من القرار ليس شرطاً لازماً لقبول طلب إلغائه)⁽²⁾. ففي البداية نجد أن المشرع قد اشترط في القرار الإداري القابل للإلغاء أن يكون قراراً نهائياً، حيث نصت (المادة الثانية) من قانون رقم 88 لسنة 1971 م في شأن القضاء الإداري في فقرتها الخامسة على اختصاص دوائر القضاء الإداري . بالطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية.

وقد أشارت المحكمة العليا في العديد من أحكامها إلى أن قابلية القرار للتنفيذ هو معيار نهائيته في مجال دعوى الإلغاء.

وقد أكدت هذا المعنى في حكمها الصادر بتاريخ 8 / 3 / 1970 م، حيث قضت بأن (معنى نهائية القرار الإداري: عدم تعليق وجود القرار على تصديق سلطة أعلى، وتوقيت القرار أو احتمالته لا يمنعان من نهائيته. مثال: تعيين الموظف تحت الاختبار قرار نهائي رغم توقيته، قرار إدارة التجنيد بوضع شخص تحت الطلب نهائي، ولو أنه يقبل التأقيت والاحتمال . قرار فرض الحراسة قرار نهائي)⁽³⁾.

(1) د. حمدي ياسين عكاشة ، القرار الإداري أمام مجلس لدولة (المصدر السابق ذكره) .. ص25 وما بعدها. حيث أشار إلى العديد من الأحكام المتضمنة لقرارات نهائية.

(2) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، (المصدر السابق ذكره) .. ج3 ، ص2303 . كذلك قضية الطعن الإداري رقم 1507 لسنة 5 قضائية بجلسته 1953/3/9. حيث تقرر أن العبرة في نهائية القرار الإداري هو صدوره من سلطة إدارية تملك حق إصداره دون حاجة إلى تصديق سلطة إدارية أعلى.

(3) طعن إداري رقم 1 لسنة 3 قضائية . عمر عمرو ، المجموعة المفهومة لكافة المبادئ الدستورية والإدارية والانتخابية والشرعية والجنائية والمدنية التي قررتها المحكمة العليا بالجمهورية العربية الليبية في عشر سنوات (1964 . 1974).

وفي حكم آخر تقرر (يكفي لاعتبار القرار الإداري نهائياً قابلاً للطعن أن يكون قراراً تنفيذياً صادراً من سلطة إدارية مختصة بإصداره، ولا يتعلق وجوده على تصديق سلطة إدارية أعلى)⁽¹⁾. فهي تشترط في القرار الإداري أن يكون نهائياً لا يحتاج إلى إجراء آخر، وتنفيذياً أي قابلاً للتنفيذ تجاه الأفراد، فهي تربط صفة النهائي بالتنفيذي. أن يكون قراراً إدارياً نهائياً تنفيذياً. وتذهب المحكمة العليا إلى أن القضاء الإداري قد استقر على أن القرار الإداري الذي يجوز طلب إلغائه، (هو القرار الإداري النهائي الذي يؤثر في المركز القانوني لصاحب الشأن، فيجعل له مصلحة شخصية مباشرة للطعن فيه بهذا الطريق)⁽²⁾.

الخلاصة هي أن القضاء الإداري قد استخدم وصف النهائية في بعض أحكامه واستخدام في أخرى وصف النهائية مقروناً بوصف التنفيذ، لهذا فإن القضاء الإداري يأخذ بوصف " النهائي والتنفيذي" على أنهما مترادفان، وقد عرف النهائية في القرارات الإدارية في بعض الأحكام: بصورها ممن يملك إصدارها بدون معقب، وفي أحكام أخرى عرفها: بإحداث القرار للأثر القانوني بالإنشء أو التعديل أو الإلغاء للمراكز القانونية، وذلك كله بغية فصل القرار الإداري النهائي التنفيذي عن الأعمال السابقة واللاحقة عليه والإجراءات الداخلية.

الفرع الثاني / القرارات التي تنشئ حقوقاً مكتسبة

إن إلغاء القرارات التي تنشئ أو تولد حقوقاً، يكون عن طريق قرار مضاد منصوص عليه قانوناً، علي العكس من القرارات التي لا تولد حقوقاً، والتي يتم إلغاؤها عن طريق قرار مضاد غير منصوص عليه قانوناً، وهي بالتالي لا تندرج في نطاق القرار الإداري المضاد، والحكمة من ذلك تقوم علي أساس أن القرارات التي تنشئ حقوقاً ومزايا لأصحاب الشأن، جديدة بالحماية بعدم التعرض لها أو النيل منها، وإلا أدى ذلك إلي زعزعة المراكز والأوضاع القانونية المكتسبة بطريق مشروع، وبالتالي فقد الثقة والمصدقية بين الأفراد والإدارة، ذلك لأن الاستقرار القانوني هدف يسعى إليه كل نظام يرغب في تحقيق السكينة لأفراد المجتمع. لذلك فإن المشرع نص على ضرورة إلغائها بأسلوب القرار المضاد ومراعاة الضمانات المقررة في هذا الشأن.

لذي يتناول هذا الفرع تحديد مفهوم الحقوق المكتسبة ومصادرها، وكذلك الحكمة من خضوعها للقرار المضاد على النحو التالي: -

(1) طعن إداري رقم 1 لسنة 3 قضائية بجلسة 8 / 3 / 1970 م مجلة المحكمة العليا، السنة السادسة، الأعداد الأول والثاني والثالث، ص 64.

(2) طعن إداري رقم 4 لسنة 39 قضائية 6 / 11 / 1993 ف. حكم غير منشور، نقلاً عن الدكتور نصر الدين القاضي، النظرية العامة للتأديب (الرسالة السابق ذكرها) .. ص 497.

أولاً: مفهوم الحقوق المكتسبة.

إن مفهوم الحقوق المكتسبة لا يمكن حصره، وإنما يعرف بآثاره التي تمنع في أحيان معينة إعادة النظر في هذه الحقوق، أي القرارات التي أوجدت هذه الحقوق، ويقال إننا أمام حق مكتسب حينما نكون أمام قرار إداري منشئ، وهذا الأخير هو الذي يحدث الحقوق المكتسبة⁽¹⁾.

وذهب الفقيه ديجي⁽²⁾ إلى تحديد أصل عبارة الحقوق المكتسبة في محاضرة له ألقاها في 12 فبراير سنة 1926 م على محامي محكمة مصر حيث يقول (فقد وجدَّ عهد كانت تؤدي فيه معني خاصاً ، وذلك في القرنين السابع عشر والثامن عشر حيث سادت ما كانوا يسمونه بنظريات القانون الطبيعي وقانون الشعوب التي كان الفقيه جروتوس من أشهر دعاةها) وكانوا يفرقون آنذاك بين الحقوق الأصلية والحقوق المكتسبة ، حيث تعني **الأولي** : تلك التي تلازم طبيعة الإنسان باعتباره إنساناً ، **والثانية** : تلك الحقوق التي يجوزها الإنسان باعتباره فرداً في المجتمع ويحولها المجتمع له .

ويقصد بمبدأ الحقوق المكتسبة ، عدم المساس بالآثار التي رتبها القرارات الإدارية للأفراد ، وهذا المبدأ يقتضيه استقرار الأوضاع والمراكز القانونية ، فما دام قد صدر قرار من الإدارة أكسب الأفراد حقوقاً معينة ، فينبغي على الإدارة احترام تلك الحقوق ، التي لا يقصد بها حقوق شخصية بالمعنى الدقيق ، أو مراكز قانونية ذاتية ، بل المقصود منها الحقوق بالمعنى الواسع ، سواء منها ما نشأ عن أعمال شرطية أو أعمال ذاتية ، أي أن القرارات الإدارية الفردية سواء اتخذت صورة الأعمال الشرطية أو الذاتية فهي تنشئ مراكز قانونية، وبالتالي ترتب حقوقاً للأفراد . مثال ذلك القرار الصادر بتعيين موظف، فهذا العمل الشرطي يكسب الموظف الحقوق والمزايا المتعلقة بالوظيفة، كذلك القرار الصادر بالترخيص بالبناء فإنه يكسب صاحب الشأن حقاً في البناء طبقاً للمواصفات والرسوم التي وافقت عليها الإدارة⁽³⁾.

(1) د. إبراهيم محمد الحمود ، وسائل الإدارة في إنهاء قراراتها (مجلة الحقوق: الكويت، السنة الثامنة عشر، العدد الرابع) سنة 1994م .. ص173.

(2) لقد انتقد (ديجي) في مؤلفه المطول في القانون الدستوري ، باريس ، سنة 1926 ، ج 2 ، ص 308. عبارة الحقوق المكتسبة حيث قال ما نصه (أني لأعرف ما هو الحق، وإن لم أكن علي يقين مما أعلمه عنه، ولكنني لم أدر قط ما هو (الحق المكتسب) فإما أن يكون للإنسان حق أو لا يكون له شيء من ذلك ، وليس من شأن كلمة (المكتسب) أن تضيف شيئاً إلى مدلول كلمة (الحق) ويتعين لذلك نبد عبارة الحق المكتسب نبداً تاماً ، لأنها عديمة المعنى. انظر في هذا النقد. د. محمد زهير جرانه، الأمر الإداري ورقابة المحاكم القضائية في مصر (رسالة دكتوراه، كلية الحقوق . الجامعة المصرية، سنة 1935 م) .. ص187.

(3) د. توفيق شحاته ، مبادئ القانون الإداري (ط1- القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية، سنة 1954-1955- (ج 1 ، ص 693 وما بعدها .

ولما كانت الحقوق المكتسبة تنشأ عن نصوص مشروعة صادرة في شكل خاص، وبمراعاة إجراءات معينة، فإنه يجوز للسلطة العامة أن تلغيها أو تعدلها، بإصدارها نصوصاً مشروعة لاحقاً من نفس نوع النصوص التي تولدت عنها هذه الحقوق.

ويتحدد مصدر الحق من خلال القواعد القانونية التي تنشئ وتحدد نطاقه، ويترتب على ذلك نتيجتان:

-

الأولي: أن الحق لا يوجد خارج دائرة القانون، ولكي يبلغ المركز المادي مراتب الحقوق، يجب أن تحتويه قاعدة قانونية تنص على الأحكام الخاصة به. **الثانية:** أن تولد الحق عن القواعد القانونية، لا يجعل تحديد نطاقها تحديداً جامعاً مانعاً أمراً مستطاعاً. فقد تُرتب بعض النصوص القانونية في أحوال خاصة حقوقاً تعتبر في غيرها مصالح مجردة عن كل حق.

لذلك فإن القرارات الإدارية التي تنشئ وتولد حقوقاً بالمعنى الواسع، يجوز للسلطة العامة في حدود المصلحة العامة أن تعدلها، أو تلغيها، وفقاً للأحكام والقواعد الخاصة بها.

ثانياً: الحكمة من خضوعها للقرار المضاد.

إن القرارات التي لا تنشئ ولا تولد حقوق مكتسبة هي قرارات غير نهائية، ولا تزال تخضع لأحكام القضاء، فهي لا يترتب عليها أي تعديل أو إلغاء في المركز القانوني لأصحاب الشأن، لأنها مجردة من القيمة القانونية، مثل القرارات المنعومة والقرارات المعلقة علي شرط فاسخ تتجرد من كل قيمة قانونية بتحقيق الشرط الفاسخ وتنزل آثاره.

وعلى هذا الأساس، فإن إلغاء القرار السليم لا يكون إلا وفقاً للقرار المضاد المنصوص عليه، لذا فإن وجود الحق المكتسب، ودوامه مرتبط بوجود النص القانوني أيضاً.

والقاعدة المسلم بها في فقه القانون العام، (هي عدم جواز المساس بالآثار الفردية للقرارات الإدارية، متى صدرت سليمة، سواء كانت شرطية أم شخصية، وذلك احتراماً لفكرة الحقوق المكتسبة المتولدة عن القرارات، حيث تكون قد تترتب على تلك القرارات حقوق ومراكز قانونية لبعض الأفراد، ومع ذلك يجوز إلغاء أو تعديل هذه القرارات التي تولدت عنها حقوق مكتسبة لأصحاب الشأن، وفقاً لنص القانون وبإتباع الإجراءات المحددة بشأن إصدار هذه القرارات)⁽¹⁾.

وهذا يعني أن القانون هو الذي ينص على ذلك، وفقاً للإجراءات والأشكال المحددة بالنسبة للقرار الأول، فإذا صدر القرار، فإنه يكون قد تعلق به حق بالنسبة لأصحاب الشأن بالمعنى الواسع، ولا يجوز المساس به بالإلغاء أو التعديل إلا وفقاً لأحكام القرار المضاد.

(1) انظر د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، (المصدر السابق ذكره) .. ص 666.

بذلك تتضح الحكمة من خضوع القرارات التي تنشئ حقوقاً مكتسبة للقرار الإداري المضاد، حيث يترتب عليها حقوق، فلا يجوز إلغاؤها أو تعديلها إلا وفقاً لنصوص معينة تحدده، وذلك احتراماً لمبدأ عدم المساس بالآثار الفردية للقرارات الإدارية، ومبدأ المشروعية، وكذلك مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية.

والمعول عليه في الإلغاء هو القرار في ذاته وليس على آثاره، بمعنى أن الإلغاء بطريق القرار المضاد ينصرف إلى القرارات الإدارية الفردية السليمة.

المبحث الثاني / آثار إصدار القرار الإداري المضاد

إن فكرة القرار الإداري المضاد، تتعارض مع فكرة الحقوق المكتسبة، أو مع مبدأ استقرار الآثار الفردية للقرارات الإدارية بالنسبة للمستقبل، فالآثار التي رتبها القرار في الماضي تبقى سليمة وقائمة قانوناً، وينصرف أثر القرار المضاد بالنسبة للمستقبل، وهذا ما يتعارض مع مبدأ الحقوق المكتسبة للأفراد التي اكتسبوها بموجب قرارات إدارية سليمة، لذلك يقتضي الأمر توضيح آثار القرار الإداري المضاد بالنسبة للمستقبل والماضي، وذلك على النحو التالي: -

المطلب الأول / آثار القرار الإداري المضاد بالنسبة للمستقبل

يتفق الفقه الإداري على أن آثار القرار الإداري المضاد، تقتصر على المستقبل فقط. كما أنه من المستقر أن القرار الإداري المضاد يقتصر على تعديل أو إلغاء القرار السليم، كلياً أو جزئياً بالنسبة للمستقبل، بمعنى أن آثار القرار المضاد، تتجه إلى المستقبل، أما آثاره في الماضي تبقى سليمة. فقد أشار العميد "بونار" إلى هذه القاعدة التي تحكم آثار القرار المضاد بقوله: (إن القرار السابق على القرار المضاد يستمر نافداً ومنتجاً لآثاره كاملةً إلى وقت صدور القرار المضاد، وتبقى الآثار التي تمت قبل صدور القرار الأخير سليمة وقائمة قانوناً).

وقد ذهب الأستاذ "جيز" إلى أن كل تعديل يمس آثار القرارات الشخصية، يعتبر إجراء غير شرعي قابلاً للإلغاء القضائي، فقد ألغى مجلس الدولة الفرنسي قرار سحب قرار منح معاش للمتطوع البحري مستنداً إلى عيب الاعتداء على حق شخصي⁽¹⁾.

إن ارتباط فكرة الحق المكتسب في القانون الإداري بمبدأ عدم المساس والذي يتمثل في أن أي تصرف يؤدي إلى إنشاء آثار فردية لا يمكن إلغاؤها أو تعديله، إلا في إطار الأحوال المنصوص عليها قانوناً بقرار مضاد، ليس لإلغاء القرار الأول ولكن لوقف آثاره.

(1) مشار إليه. د. عبد القادر خليل، نظرية سحب القرارات الإدارية (رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة، سنة 1986م) طبعة سنة 2000م. ص 316.

وعمقتضى هذا المبدأ يجب احترام الآثار التي أنتجتها القرارات الإدارية الصحيحة، ولا يجب التعرض لتلك الآثار إلا طبقاً للأشكال والإجراءات الموضوعية لذلك⁽¹⁾.

فآثار القرار المضاد تقترب من آثار الإلغاء، وتبتعد عن آثار السحب الذي يزيل آثار القرار بأثر رجعي من وقت صدوره، ويعتبر كأنه لم يصدر قط⁽²⁾، وقد يكون إلغاء القرار الفردي السليم إلغاءً مجرداً، بأن تقتصر الإدارة على مجرد إعدام القرار بالنسبة إلى المستقبل كلياً أو جزئياً، دون أن تحل محله قراراً آخر، كالاقتصار على إلغاء الترقية أو الترخيص، وقد يكون الإلغاء بإحلال قرار آخر محل القرار الأول، بحيث يكون من شأن القرار الثاني إلغاء القرار الأول كلياً أو جزئياً، وهذا هو الإلغاء الضمني، فالقرار الصادر بفصل موظف أو بتعيين آخر في وظيفته، يقتضي إلغاء قرار التعيين، والقرار الصادر بنزع ملكية عقار يلغي القرار الصادر بالاستيلاء على ذات العقار. وفي جميع الأحوال يجب أن يكون ثمة قرار إداري مكتمل العناصر سواء كان صريحاً أم ضمناً⁽³⁾.

حيث أنه بصدور القرار المضاد تزول الآثار القانونية للقرار السابق إلى المستقبل، وقد يكون هذا الإلغاء مباشراً إذا تناول القرار برمته، وقد يكون غير مباشر إذا نتج عنه تعديل للقرار، فكل تعديل للقرار يتضمن إلغاء له، إذ أن التعديل سواء أكان كلياً أم جزئياً، من شأنه أن يلغي آثار القرار في مجموعه، أو في جزء منه، وأن ينشئ آثاراً جديدة تحل محلها⁽⁴⁾.

حيث يرى الفقيه "جيز" أن القرار المضاد باعتباره تصرفاً قانونياً، يتم بمقتضاه إلغاء الآثار القانونية التي تولدت من قرار مشروع بالنسبة للمستقبل، فإنه مما يخالف المنطق القانوني، إجازة إلغاء آثار القرار التي تولدت في الماضي سليمة، ولذلك تتجه آثار القرار المضاد للمستقبل.

فالقرار الملغى بموجب القرار المضاد، يتوقف على أن ينتج آثاره القانونية بالنسبة للمستقبل، وتبقى آثاره في الماضي سليمة، وهذا مما يدل على عدم المساس بالآثار التي رتبها القرار في الماضي، وعلى العكس إمكانية المساس بالآثار التي سيرتبها القرار في المستقبل.

وقد انتهى الفقيه "باسيت" إلى القول: بأن مبدأ استقرار الآثار الفردية للقرارات الإدارية في شأن القرار المضاد يغدو مبدأ نسبياً فيما يتعلق بإنهاء الآثار الفردية للمستقبل، ويبقى المبدأ مطبقاً في صورته المطلقة،

(1) د. محمد ماهر أبو العينين، ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي (ثلاث كتب) مطبعة كلية الحقوق: جامعة القاهرة، سنة 2007م.. الكتاب الأول، ص 550.

(2) د. حسني درويش عبد الحميد، نهاية القرار الإداري عن طريق القضاء (الرسالة السابق ذكرها) ص 658.

(3) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية (المصدر السابق ذكره) ص 689 - 690.

(4) د. محمد كامل ليلة، مبادئ القانون الإداري (مقدمة عامة) - القاهرة: دار الفكر العربي (بدون سنة نشر) ص 46.

فيما يتعلق بعدم المساس بالآثار الفردية التي رتبها القرار في الماضي سليمة، ويمتنع على الإدارة المساس بها في المستقبل⁽¹⁾.

فالقرار المضاد، هو عبارة عن قرار إداري ينصب على قرار إداري فردي سليم فيحدث فيه تعديلاً لبعض بنوده أو تغييراً له بأكمله، ويقتصر أثره بالنسبة للمستقبل، وبذلك يحل القرار المضاد محل القرار السابق مع انحصار أثره سواء في الإلغاء أو التعديل بالنسبة للمستقبل⁽²⁾.

كما يقصد بالقرار المضاد وضع حد لآثار القرار الإداري مستقبلاً، فيقصد بالإلغاء الذي يحدثه القرار المضاد، وقف القرارات الإدارية المشروعة عن إنتاج آثارها القانونية بالنسبة للمستقبل فقط، دون المساس بالآثار القانونية التي رتبها في الماضي، لهذا يتوقف القرار الإداري الملغى عن إنتاج آثاره القانونية مستقبلاً، وبذلك يتميز بانصراف آثاره التي رتبها القرار في الماضي.

ويتميز باختفاء القرار الملغى وزواله من النظام القانوني كلياً، فلا يمكن للقرار الاستمرار في إنتاج آثاره القانونية، فيتوقف بصفة نهائية عن إنتاج آثاره القانونية، فيتم بمقتضى قرار جديد غير القرار الأول الذي كان محلاً للإلغاء، فهو قرار جديد ولاحق للقرار الإداري الأول الملغى، لذا يأتي الإلغاء المستقبلي نتيجة لعمل قانوني آخر⁽³⁾.

وبذلك فإن القرار المضاد، سواء صدر لإلغاء القرار الأصلي صراحةً أو ضمناً، فإن أثره إنما ينصرف إلى المستقبل فقط، مع بقاء كافة الآثار التي ولدها القرار الملغى، سليمة ومنتجة لجميع آثارها، فالقرار الصادر بفصل الموظف لا أثر له على كافة الأعمال التي قام بها الموظف قبل قرار الفصل، وتظل هذه الأعمال سليمة وملزمة للموظف الذي يعين خلفاً له وللإدارة كلها، والقرار الصادر بإلغاء الترخيص بفتح محل عام لا يمس العلاقات التي تكون قد تمت قبل صدور القرار الأخير⁽⁴⁾.

فالقرار المضاد بناء على ذلك يترك جميع الآثار التي سبق أن أنشأها القرار الأول دون مساس، وبهذا يفترق القرار المضاد عن قرار السحب الذي يمتد أثره إلى الماضي، وينهي كافة الآثار التي ولدها القرار الأصلي، واعتبارها كأنها لم تكن، فالصفة الرجعية لقرار السحب تختلف عن الأثر المستقبلي الذي ينطوي عليه القرار المضاد، وانصراف أثر القرار المضاد إلى المستقبل فقط، يشبه في هذه الحالة الإلغاء الإداري الذي يمنع القرار من أن ينتج آثاراً جديدةً دون أن يمس ما أنتجه من آثار في الماضي⁽⁵⁾.

(1) مشار إليه. د. حسني درويش عبد الحميد، نهایة القرار الإداري عن طريق القضاء، (الرسالة السابق ذكرها). ص 659.

(2) د. محمد عبد الحميد أبوزيد، تخاصم أهل السلطة بشأن القرار الإداري. دراسة مقارنة.. سنة 2006، ص 188.

(3) د. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري.. ط1: دار وائل للنشر، سنة 2003، ص 680.

(4) د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية (المصدر السابق ذكره).. ص 692.

(5) د. رحيم سليمان الكبيسي، حرية الإدارة في سحب قراراتها (الرسالة السابق ذكرها).. ص 58.

والقرار المضاد يشبه إلغاء القرار الإداري من حيث أن آثار أي منهما ينصرف للمستقبل فقط لا إلى الماضي، إلا أن الإلغاء ينصب على القرارات التنظيمية السليمة أو المعيبة على السواء، كذلك القرارات الفردية السليمة أو المعيبة التي لا تولد حقوقاً، بينما القرار المضاد ينصب بصفة أساسية على القرارات الفردية السليمة التي تولد حقوقاً أو مزايا للأفراد أصحاب الشأن⁽¹⁾.

ولما كان القرار المضاد يستند إلى واقعة إلغاء أو تعديل القرار الإداري السليم الذي أنشأ حقوقاً أو مزايا لمصلحة الأفراد، فإن محله هو إلغاء أو تعديل هذه الحقوق أو المزايا دون أن يكون له أي أثر منشئ، لأنه قرار يتعرض لقرار سابق أو يتضاد معه، وبالتالي إما أن يلغيه نهائياً أو يدخل عليه بعض التعديلات وذلك وفقاً لأحكام القانون.

الخلاصة هي أن القرار المضاد يتعارض مع فكرة الحقوق المكتسبة، ومبدأ استقرار الآثار الفردية للقرارات الإدارية بالنسبة إلى المستقبل، لذلك وللتوفيق قيد القانون سلطة الإدارة في إصدار القرار الإداري، بأن تكون غايتها من إصداره هي تحقيق المصلحة العامة، فالآثار التي تنشئها القرارات الإدارية الفردية السليمة، تظل مشروعةً وقائمةً قانوناً إلى وقت صدور القرار المضاد، أما القرارات التي لا تولد حقوقاً مكتسبة فلا يكون للقرار المضاد أي تأثير، سواء بالنسبة للمستقبل أو الماضي.

لدى فإن إلغاء أو تعديل الآثار الفردية للقرارات الإدارية تتم في صورة قرار جديد (قرار مضاد) وبمقتضاه يمحو أثرها كلياً أو جزئياً مستقبلاً.

كما إن هناك أسباب عامة تحول الإدارة إلغاء القرارات الإدارية الفردية السليمة، بإصدار قرار مضاد لتلك القرارات دون تحمل الإدارة لأي آثار قد تنتج عن ذلك الإلغاء، تتمثل في الحالات الآتية:-

أولاً / تشريعات تبيح للإدارة الإلغاء المستقبلي.

أ- التشريع العام:

قد يصدر المشرع قانوناً للإدارة، يحدد فيه الأسباب والحالات والظروف التي تبرر للإدارة إلغاء القرار الإداري السليم بالنسبة للمستقبل.

ب- التشريع الخاص:

مثل هذه التشريعات تنظم أموراً عامة، ولكن يرد في نصوصها ما يفيد صراحة إمكانية إلغاء القرارات الإدارية السليمة، التي تصدرها الإدارة تطبيقاً لهذا التشريع الخاص، ومن أمثلة ذلك، تقييد حق الإدارة في إلغاء قرار تعيين الموظف، بأسباب معينة يجب توفرها، حتى تستطيع الإدارة إنهاء خدمة الموظف. من ذلك نص المادة (42) من قانون علاقات العمل.

(1) د. عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الإداري - إمتيازات الإدارة العامة. القاهرة: دار النهضة العربية، سنة 1999، ص 140.

ثانيا / رضاء صاحب المصلحة.

إن رضاء الأفراد - كقاعدة عامة - غير ذي أهمية كبيرة في علاقات القانون العام، وبالتالي فإن القضاء غالبا ما يلغي قرارات إدارية تصدر برضاء من وجهة إليهم، لأنها مخالفة للقانون.

ثالثا / عدم احترام المستفيد للالتزامات المفروضة عليه بمقتضى القرار (الإخلال بالالتزامات الإدارية).

المركز القانوني الذي يرتبه القرار الإداري قد يتضمن حقوقاً أو بعض الالتزامات، فكما للمستفيد الحق في المطالبة بحقوقه عليه تنفيذ الالتزامات، فإذا أحل بالتزاماته، فإن ذلك يعطي الحق للإدارة لأن تلغي القرار بالنسبة للمستقبل⁽¹⁾ فإذا تضمن القرار الصادر لصالح أحد الأفراد شروطاً أو التزامات معينة، فإن شرعية هذا القرار تكون معلقة صراحة أو ضمناً على احترامه لتلك الشروط وتنفيذه لتلك الالتزامات.

ومثال ذلك القرارات الصادرة بتحويل الأفراد فتح المجال العامة أو بمنحهم التراخيص بالبناء... الخ.

رابعا / تغيير الظروف المادية التي على أساسها صدر القرار.

إن السبب الأساسي لإلغاء القرار الإداري، هو تغيير الظروف المادية التي صدر فيها، فتضطر الإدارة إلى إلغائه أو تعديله لي مطابق للظروف الجديدة، بقاء الظروف المادية التي صدر فيها شرط لبقائه⁽²⁾.

خامسا / عدم مطابقة القرار للقانون.

إن خضوع الإدارة للقانون، من أهم المبادئ العامة، وأحد العناصر الأساسية للدولة القانونية كما أن القاعدة هي خضوع القرار للتشريع الساري وقت إصداره لذلك فإنه من الضروري أن تكون القرارات الإدارية متفقة مع القانون عند إصدارها، كما يجب أن تظل متفقة مع القانون طيلة مدة سريانها، فإذا صدر القرار غير متفق مع القانون، وجب سحبه خلال المدة المقررة لسحب القرارات الإدارية، وإذا تعذر سحبه بسبب فوات مدة السحب، فيجب على الإدارة أن تصدر قراراً بإلغائه للمستقبل، وإذا صدر القرار متفقاً مع القانون، ثم تغير القانون بعد ذلك، بحيث أصبح غير متفق معه بعد تعديله، فإن من واجب الإدارة أن تلغي القرار لعدم مشروعيته⁽³⁾ (وهذا ما يعرف بتبديل السند القانوني للقرار بعد إصداره)⁽⁴⁾.

(1) د. عبد الحكيم فوده، الخصومة الإدارية، دار المطبوعات الجامعية: الإسكندرية، سنة 2005م، ص 508.

- د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 684.

(2) د. محمود حلمي، سريان القرار الإداري من حيث الزمان (رسالة دكتوراه. كلية الحقوق. جامعة القاهرة، سنة 1962 م) .. ص 424.

(3) نفس المرجع السابق .. ص 123.

- د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 685.

(4) د. عبد الحكيم فوده، الخصومة الإدارية، مرجع سابق، ص 310.

سادسا / الإلغاء المستقبلي من أجل المصلحة العامة.

إن دواعي المصلحة العامة التي يجوز من أجلها إلغاء القرارات الإدارية السليمة بالنسبة للمستقبل عديدة: فقد تكون المحافظة على الصحة العامة، أو السكنية العامة، أو الأمن العام، أو الاقتصاد القومي أو سلامة المال العام.

سابعا / جواز إلغاء القرار الإداري لأي سبب آخر يحدده المشرع.

تستطيع الإدارة إلغاء أي قرار إداري في الحالات التي يسمح المشرع فيها بذلك، سواءً أكان هذا الإلغاء بأثر رجعي أو بأثر مستقبلي، وهذه الرخصة قد تكون صريحة ، بأن ينص في التشريع مثلا على تحويل الإدارة إلغاء جميع التراخيص الممنوحة للأفراد بمزاولة مهنة معينة ، بقصد تنظيمها من جديد ، وقد يكون التفويض ضمناً ، لأن ممارسة الاختصاص الجديد تقتضي بطبيعته إلغاء بعض القرارات الفردية القائمة ، وإعادة تخطيط حي من الأحياء تخطيطاً كاملاً يقتضي بطبيعته إعادة النظر في جميع القرارات السابقة والمتضمنة تراخيص بالبناء، أو بفتح محال عامة.

المطلب الثاني / آثار القرار الإداري المضاد بالنسبة للماضي

تقتصر آثار القرار المضاد على المستقبل، وبالتالي لا تنسحب آثاره على ما رتبته القرار الملغى في الماضي، ويتربط على إلغاء القرار الإداري اختفاؤه من النظام القانوني، وتوقفه عن إنتاج آثاره القانونية بالنسبة إلى المستقبل، فلا تملك الإدارة الاحتجاج بالقرار الملغى، أو تطبيقه، أو حتى الاستناد إليه لإصدار قرار إداري جديد، لهذا يتحلل الأفراد من التزامهم القانوني باحترام القرار الملغى ويتجرد هذا القرار من قيمته القانونية.

ويتعين على الإدارة في المقابل احترام جميع الآثار القانونية التي رتبها القرار الملغى في الماضي، فالإلغاء ينصرف إلى المستقبل فقط دون الماضي⁽¹⁾.

ويذهب الفقيه جيز إلى أن (سبب عدم انطباق أو انسحاب القرار الإداري المضاد على الماضي، يرجع إلى القرار ذاته، أي أن آثار القرار لا يمكن أن تنشأ وتتولد على الماضي، حيث أن القرار المضاد قرار بديل عن القرار الملغى ومنفصل عنه بصورة مطلقة).

وقد ذهب الفقيه باسيت إلى أن (القرار المضاد يحل محل القرار الأول الذي تم إلغاؤه أو تعديله ، وتقتصر آثاره للمستقبل ولا ينسحب على الماضي ، ذلك أن مبدأ عدم المساس بالآثار الفردية للقرارات الإدارية ، يطبق بصورة مطلقة فيما يتعلق بالآثار التي تولدت في الماضي سليمة ، وهذه النظرة تطبق في

(1) د. علي خطار شطناوي ، الوجيز في القانون الإداري (المصدر السابق ذكره).. ص 684.

شأن القرارات الفردية والشرطية⁽¹⁾، إلا أنه فيما يتعلق بالقرارات الشرطية فيرد عليها استثناءات تمس الآثار الفردية، التي ترتبت في الماضي سليمة، وذلك إذا ما ترتبت عليها مصلحة لصاحب الشأن، فعلى سبيل المثال: سحب قرارات فصل الموظفين والسحب الرجعي للقرار السليم بالإحالة إلى المعاش، ففي تلك الحالات تعدم الإدارة آثار قرارات الفصل أو إحالته إلى المعاش بأثر رجعي، ويعود الموظف إلى وظيفته الأولى، ويعتبر كأنه لم ينفصل عنها في أية لحظة، بصرف النظر عن هذه الاستثناءات، فالقاعدة أن احترام مبدأ عدم المساس بالآثار الفردية للقرارات الإدارية المشروعة، وهذا المبدأ مطلق فيما يتعلق بالآثار التي ترتبت في الماضي من خلال أعمال مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية⁽²⁾.

ومفهوم مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية: هو ذلك المبدأ الذي يقضي بعدم جواز سريان آثار التصرفات القانونية على الماضي، لعدم جواز مساس تلك الأعمال بالحقوق التي اكتسبها أصحابها في ظل عمل قانوني معين.

لذلك فإن القرار الإداري الذي يحدث مركزاً قانونياً معيناً، لا يجوز المساس به ما دام قد نشأ عنه مركز قانوني فردي، فقرار ترقية أحد الموظفين هو قرار فردي يسري تاريخ الترقية فيه من تاريخ صدوره⁽³⁾.

ويذهب الدكتور "محمود حلمي" إلى وصف الرجعية قائلاً: (إن القرار يوصف بالرجعية إذا ما عدل في الآثار الماضية لواقعة سابقة، أما إذا عدل القرار من الآثار المستقبلية لوقائع سابقة أو إذا رتب آثاراً مستقبلية لوقائع سابقة على صدوره فلا تكون هناك رجعية)⁽⁴⁾.

ويستند مبدأ عدم الرجعية إلى عدة اعتبارات:

أ- فكرة احترام الحقوق المكتسبة، ذلك أن الأفراد إذا ما اكتسبوا حقاً في ظل نظام قانوني معين، فإنه يتمتع المساس بهذا الحق إذا ما تغيرت الأوضاع القانونية التي تم في ظلها اكتساب ذلك الحق، فإذا ما اكتسب أحد الأفراد مركزاً قانونياً ذاتياً نتيجة قرار إداري، أو اتفاق مع الإدارة، فإنه لا يجوز المساس بهذا المركز إلا بالوسائل المشروعة.

ب- فكرة استقرار المعاملات، والتنظيم إنما يكون بالنسبة إلى المستقبل، مع ترك الآثار التي تمت في الماضي سليمة⁽⁵⁾.

(1) القرارات الفردية الذاتية (الشخصية): وهي تلك القرارات التي تخاطب فرداً أو أفراداً معينين بذاتهم، بمعنى يتولد عنها مراكز شخصية. القرارات الشرطية: هذه القرارات لا يتولد عنها حق شخصي، وإنما تسند مركزاً قانونياً عاماً إلى فرد من الأفراد.

(2) د. حسني درويش، نهاية القرار الإداري عن طريق القضاء (الرسالة السابق ذكرها) ص 660.

(3) الأستاذ. معمر مهدي صالح الكبيسي، مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية - دراسة مقارنة (رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة بغداد)، سنة 2000 ف، ص 13.

(4) د. محمود حلمي، سريان القرار الإداري من حيث الزمان (الرسالة السابق ذكرها) ص 69.

(5) د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، (المصدر السابق ذكره)، ص 561 - 562.

فمؤدى مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، أن القرارات الفردية تصير نافذة من وقت صدورها، ولا تنسحب على الماضي، وهذا المبدأ يقوم على فكرة استقرار المعاملات ومنطق العدالة، وهو بذلك مبدأ من المبادئ العامة للقانون.

لذلك فإن أي قرار إداري يمس بالمراكز القانونية الفردية التي تمت واستقرت في ظل القوانين السابقة، إنما ينطوي على رجعية توهم القرار عندها بعيب عدم المشروعية.

ويذهب اتجاه إلى أن مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية يضم مبدأ استقرار الآثار الفردية للقرارات الإدارية، وأنه من الأهمية بمكان التأكيد على الضمان القانوني لمبدأ استقرار المعاملات، ومن أبرز النتائج المترتبة على تطبيق مبدأ عدم الرجعية، عدم المساس بالآثار الفردية للقرارات أو التصرفات القانونية المشروعة التي تمت في الماضي، فهذا المبدأ الأخير مبدأ ضروري ومطلق آثاره التي ترتبت في الماضي سليمة (1).

وقضت المحكمة الإدارية العليا في ذلك بقولها: (أن المساس بالحقوق المكتسبة لا يكون إلا بقانون ينص على الأثر الرجعي طبقاً للأوضاع الدستورية، حتى ولو كانت تلك الحقوق مستمدة من قرارات تنظيمية عامة تصدرها الإدارة بما لها من سلطة عامة في حدود وظيفتها التنفيذية بمقتضى القوانين، ولم تكن تلك الحقوق مستمدة مباشرة من نصوص القوانين، لأن الأصل طبقاً للقانون الطبيعي هو احترام الحقوق المكتسبة، فهذا ما تقضي به العدالة الطبيعية، ويستلزمه الصالح العام، إذ ليس من العدل في شيء أن تهدر الحقوق، كما لا يتفق والمصلحة العامة أن يفقد الناس الثقة والاطمئنان على استقرار حقوقهم، لذلك كانت الأوضاع الدستورية مؤكدة، لذلك الأصل الطبيعي من حيث عدم جواز انعطاف أثر القوانين على الماضي) (2).

وقضت المحكمة الإدارية العليا أيضاً: (أن الأصل طبقاً للقانون الطبيعي هو احترام الحقوق المكتسبة، فهذا ما تقضي به العدالة ويستلزمه الصالح العام، إذ ليس من العدل في شيء أن تهدر الحقوق، كما لا يتفق والصالح العام أن يفقد الناس حقوقهم، لذلك جاء الدستور مؤكداً هذا الأصل العام، فحظر المساس بالحقوق المكتسبة أو المراكز القانونية إلا بقانون، بأن جعل تقدير الرجعية رهيناً بنص خاص في القانون، أي جعل هذه الرخصة التشريعية من اختصاص السلطة التشريعية وحدها، لما يتوافر فيها من ضمانات، ومن ثم لزم بحكم هذا الأصل ألا تسري القرارات الإدارية بأثر رجعي، حتى ولو نص فيها

(1) د. حسني درويش عبد الحميد، نهاية القرار الإداري عن طريق القضاء (الرسالة السابق ذكرها) .. ص 660-661.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 9 أبريل 1960 ف، س 5، ص 649. مشار إليه. المستشار حمدي عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة (المرجع السابق ذكره) .. ص 651.

على هذا الأثر، وإذا كان ثمة استثناء لقاعدة عدم الرجعية، فإنه استثناء لا يخل بحكمة هذا الأصل وعلته، فإذا كانت من المستثنيات حالة ما، فإذا كان القرار الإداري صادراً تنفيذاً لقانون، فإنه يشترط في هذه الحالة أن يكون هذا القانون قد نص فيه على الأثر الرجعي أو على الترخيص للإدارة بتقرير الرجعية⁽¹⁾.

الخلاصة هي أن أي تصرف قانوني يصدر من الإدارة، فإن الغاية منه هي تنظيم الحالات والوقائع التي تحدث بعد صدوره، والقرار الإداري كأني تصرف قانوني آخر يسري على الأوضاع التي تحدث بعد صدوره من الجهة المختصة بذلك، ولا يسري على الوقائع والتصرفات التي نشأت وتكاملت عناصرها في الماضي، وعلى هذا الأساس بنيت قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية، التي اعتبرها الفقه أحد المبادئ العامة للقانون⁽²⁾، وذلك احتراماً للحقوق المكتسبة أو المراكز القانونية الذاتية، واستقرار المعاملات.

ومتى ما صدر القرار الإداري فإنه يكون قابلاً للنفذ، إلا أن نفاذه يكون بالنسبة للمستقبل فقط، دون المساس بالوقائع والمراكز القانونية السابقة، والقرار المضاد ينطبق على القرارات الشخصية الفردية، والقرارات الشرطية التي يترتب عليها مركز قانوني عام، حيث أنه يجوز إلغاء أو تعديل القرار الفردي الشخصي أو الشرطي بقرار مضاد للقرار السابق، وتنصرف آثاره للمستقبل فقط، وعدم انسحاب آثاره على الماضي، وترجع الحكمة في ذلك إلى مبدأ استقرار وثبات الآثار الفردية للقرارات الإدارية، حيث يترتب عليها حقوق ومزايا لأصحاب الشأن، وذلك حفاظاً على فكرة استقرار المعاملات وضماناً لحقوق الأفراد.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن الإداري رقم 1050 لسنة 7 قضائية، بجلسة 21 نوفمبر، س1، ص17.

مشار إليه، د. حمدي عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة (المرجع السابق ذكره)، ص655.

(2) كما أن أساس مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية يجد أصله في المادة الثانية من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أن القوانين لا تسري إلا للمستقبل وليس لها أثر رجعي. د. محمد ماهر أبو العينين، ضوابط مشروعية القرارات الإدارية (المصدر السابق ذكره)، ص2، ص453 وما بعدها.

الخاتمة:

إن الأساس القانوني لحق الإدارة في إلغاء القرار الإداري الفردي السليم الذي أنشأ حقوقاً ومزايا لمصلحة الأفراد، وإصدار القرار الإداري المضاد، يكمن في فكرة السلطة العامة بصفة خاصة، بالإضافة إلى امتيازات القانون العام إلى جانب فكرة الصالح العام، واحتياجات المرافق العامة، باعتباره قراراً يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة العامة، دون حاجة إلى موافقة الأفراد الذين يعنيههم القرار، فالإدارة تعمل في هذا المجال عن طريق الامتيازات الممنوحة لها، باعتبارها الأمينة على المصلحة العامة.

وحيث إن القرار المضاد من القرارات الإدارية الماسة بالحقوق المكتسبة وهو الوسيلة القانونية لإلغاء أو تعديل القرار الإداري الفردي النهائي السليم الأمر الذي يتطلب من الإدارة التروي عند اتخاذ مثل هذا النوع من القرارات (القرار المضاد)، بحيث يكون الهدف منه هو المصلحة العامة، مع تحري جدية السبب الذي دعها إلى إصداره، حتى لا تتعرض حقوق الأفراد للإهدار دون وجه حق، وأن تكون قراراتها مدروسة مبنية على دراسة سليمة دون تسرع حتى توافق صحيح القانون، والالتزام بضرورة تسيب القرارات الإدارية ، خصوصاً تلك القرارات الضارة بالأفراد، فالتسيب له دور مهم في توجيه القرار للصالح العام، كما يجب على الإدارة حماية واحترام قواعد الشكل والإجراءات حيث يترتب عليها ضمان وحماية لأصحاب الشأن.

وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب

قائمة المراجع

● الكتب العامة:

- 1- توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري (ط1- القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية، سنة 1954-1955). ج. 1.
- 2- د. ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية. القاهرة: دار النهضة العربية، سنة 2007 م.
- 3- د. حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، ب ط، منشأة المعارف: الإسكندرية، سنة 1987 م، ص 327.
- 4- د. خالد عبد العزيز عريم، القانون الإداري الليبي. بنغازي: منشورات الجامعة الليبية. كلية القانون، سنة 1971 م.
- 5- د. سليمان محمد الطماوي، النظري العامة للقرارات الإدارية. القاهرة: دار الفكر العربي، سنة 2006 م.
- 6- د. صبيح بشير مسكوني، القضاء الإداري في الجمهورية العربية الليبية. منشورات جامعة بنغازي. كلية القانون، سنة 1974 م.
- 7- د. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري. دار وائل للنشر، سنة 2003 م.
- 8- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، وقف تنفيذ القرار الإداري. القاهرة: دار الفكر العربي، سنة 2008 م.
- 9- د. عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الإداري. القاهرة: دار النهضة العربية، سنة 1998-1999 م.
- 10- د. عبد الحكيم فوده، الخصومة الإدارية. دار المطبوعات الجامعية: الإسكندرية، سنة 2005 م.
- 11- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، سنة 1977 م.
- 12- د. محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، طرابلس: المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، سنة 1999 م.
- 13- د. محمد عبد الله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي (الجزء الثاني)، طرابلس: المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، سنة 2003 م.
- 14- د. محمود عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري. القاهرة: دار الفكر العربي، سنة 1999 م.
- 15- د. محمود فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر: الإسكندرية، سنة 2005 م.
- 16- د. محمد كامل ليلة، مبادئ القانون الإداري، القاهرة: دار الفكر العربي (بدون سنة نشر).

- 17-د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري الليبي، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2005م.
- 18-د. محمد ماهر أبو العينين، ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقا للمنهج القضائي (ثلاثة كتب). مطبعة كلية الحقوق: جامعة القاهرة، سنة 2007 م.
- الرسائل العلمية:
- 19-د. حسني درويش عبد الحميد، نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء (رسالة دكتوراه). كلية الحقوق. جامعة عين شمس). القاهرة: دار الفكر العربي، سنة 1981 م.
- 20-د. رحيم سليمان الكبيسي، حرية الإدارة في سحب قراراتها (رسالة دكتوراه). كلية الحقوق. جامعة القاهرة، سنة 1986 م). طبعة سنة 2000 م.
- 21-د. عبد القادر خليل، نظرية سحب القرارات الإدارية (رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة)، سنة 1964م.
- 22-د. محمود حلمي، سريان القرار الإداري من حيث الزمان (رسالة دكتوراه). كلية الحقوق. جامعة القاهرة، سنة 1962 م).
- 23-د. محمد زهير جرانة، الأمر الإداري ورقابة المحاكم القضائية له في مصر (رسالة دكتوراه). كلية الحقوق. الجامعة المصرية، سنة 1935 م).
- 24-الأستاذ. معمر صالح الكبيسي، مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية (رسالة ماجستير، كلية الحقوق. جامعة بغداد، سنة 2000 م).
- 25-د. نصر الدين مصباح القاضي، النظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة (رسالة دكتوراه). كلية الحقوق. جامعة عين شمس، سنة 1997). القاهرة: دار الفكر العربي، سنة 2002 م.
- البحوث العلمية:
- 26-د. إبراهيم محمد محمود، بحث بعنوان (وسائل الإدارة في إنهاء قراراتها) مجلة الحقوق: الكويت، السنة الثامنة عشر، العدد الرابع، سنة 1994 م.
- 27-د. حسني درويش عبد الحميد، بحث بعنوان (حدود سلطة الإدارة في إلغاء القرار الإداري الفردي السليم. دراسة مقارنة). مجلة العلوم الإدارية، تصدرها الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، السنة الرابعة والعشرون، العدد الأول، يونية 1982م.
- 28-د. عمر محمد السيوي، الرقابة الإدارية. مجلة دراسات قانونية، السنة الرابعة، المجلد الرابع، بنغازي: منشورات جامعة قاريونس. كلية القانون، سنة 1974 م.
- الأحكام القضائية والقوانين:

- 29- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في خمسة عشر عاما (1946).
1961 م). الجزء الثالث. المكتب الفني مجلس الدولة: الشركة المصرية للتوزيع والنشر: القاهرة، سنة
1971 م.
- 30- عمر عمرو، المجموعة المفهومة (المبادئ الدستورية والإدارية والانتخابية في عشر سنوات (1964-
1974)). طرابلس: دار مكتبة النور، ج1، بند 268، ص 355.
- 31- قضاء المحكمة العليا من تاريخ إنشائها في 10 نوفمبر 1953 إلى غاية 14 يونية 1958 م).
القضاء الإداري والدستوري - القضاء المدني (الجزء الأول والثاني) - الطبعة الثانية. المكتب الفني، سنة
1967 م.
- 32- مجلة المحكمة العليا.
- 33- القوانين واللوائح والقرارات ذات العلاقة بالوظيفة العامة والموظف. رابطة الموظفين، الجزء الثاني،
شعبان 1398 هـ - يوليو سنة 1978 م. إعداد: محمد أحمد بيري - رئيس مجلس إدارة رابطة الموظفين.
- 34- الجريدة الرسمية.

التنظيم القانوني لإعارة الموظف العام دراسة مقارنة

اعداد: أ. صالح عبدالقادر عماره

مقدمة

إن علاقة الموظف العام بالإدارة علاقة تنظيمية لائحية ، تحكمها القوانين واللوائح ، كما أن مركز الموظف العام هو مركز تنظيمي لائحي وليس مركزاً تعاقدياً يجوز تغييره في أي وقت وتملك الجهة الإدارية تعديله طالما كان ذلك متفقاً مع القوانين الدائمة ومراد ذلك أن الموظفين هم عمال المرافق العامة ، وبهذه المثابة يجب أن يخضع نظامهم القانوني للتعديل والتغيير لمقتضيات المصلحة العامة ؛ تحقيقاً لحسن سير تلك المرافق ، فالتعيين يرجع إلى السلطة التقديرية للإدارة التي تحدد الوظائف الشاغرة لديها وتختار طريقة شغلها وذلك دون قيد أو شرط يقع على عاتق الإدارة طالما أنها استهدفت من وراء تصرفها تحقيق الصالح العام . ولما كان الحق الوظيفي للموظف يرتبط بوظيفة معينة ، فإن هذه الرابطة لا تعني الأبدية والتحصين من تغييرها ، فقد يُنقل الموظف أو يُعار أو يُندب للعمل في جهة أخرى ، وهذه المفاهيم لها خصوصية لدى الإدارة والموظف ، فالإدارة تبتغي من خلال النقل أو الندب أو الإعارة تحقيق المصلحة العامة بضمان سير عمل المرفق بانتظام واستمرار مواكبته للتغيرات الاجتماعية والاقتصادية والتكنولوجية إلا أنها يجب أن تُراعي في ذلك أحقية الموظف في حقوقه ومزاياه المالية أو المظهرية أو المعنوية ، وأي قول غير ذلك يُجحف أو يُعطل أحقية الإدارة في الاستفادة بخدمات موظفيها في الأماكن التي تراها .

ويعد الموظف العام أداة الإدارة لتحقيق أهدافها وتسيير مرافقها، ومن هنا فقد حرصت التشريعات الوظيفية على ضرورة توافر مجموعة من الشروط لمن يلتحق بالوظيفة العامة وعلى نحو يضمن اختيار الأكفأ والأجدر من بين المتقدمين لها. ويطراً على الحياة الوظيفية للموظف بعد تعيينه تغييرات وأوضاع وظيفية متعددة تقتضيها المصلحة العامة، فقد ينقل، وقد ينتدب إلى وظيفة أخرى، وقد تتم إعارته إلى مواقع أخرى داخلية أو خارجية، وستتوقف الدراسة عند هذه المسألة الأخيرة – وما يحكمها من ضوابط وشروط، وما يترتب عليها من آثار، وفقاً لقانون العمل الليبي وقضاء المحكمة العليا ومن منظور مقارن.

وتتبع هذه الدراسة المنهج الوصفي من خلال معالجة الإطار النظري لضوابط وأحكام وآثار إعارة الموظف العام، والمنهج التحليلي وذلك بمحاولة لتحليل النصوص القانونية والمبادئ القضائية والآراء الفقهية ذات العلاقة، كما تتبع المنهج المقارن وذلك بمقارنة موقف التشريع والقضاء الليبي في هذا السياق مع ما يقابله في كل من مصر وفرنسا، بهدف الإفادة والاستفادة من تجارب هذه الأنظمة القانونية. وبذلك فإن مفهوم الإعارة من الموضوعات الهامة التي تثير العديد من الإشكاليات بين أحقية الإدارة في تسيير العمل وتحقيق المصلحة العامة وبين حقوق الموظف.

ويهدف هذا البحث المتواضع إلى دراسة النظام القانوني لإعارة الموظف العام في القانون الليبي، وذلك في ضوء الأحكام الواردة في نظام قانون علاقات العمل رقم 12 لسنة 2010 المتعلق بموضوع الإعارة، وقضاء المحكمة العليا في هذا السياق، وبالمقارنة مع التشريعات الوظيفية ذات العلاقة في كل من فرنسا ومصر.

وقد تم تقسيم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث نتناول فيها ما هي الإعارة وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها، المركز القانوني للموظف المعار، الرقابة القضائية على قرار إعارة الموظف العام، ثم تنتهي الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات التي نأمل أن يتم الأخذ بها.

المبحث الأول

ما هي الإعارة وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها

المطلب الأول

تعريف الإعارة في إطار الوظيفة العامة وأهدافها

لم يورد المشرع الليبي - وعلى غرار الأنظمة القانونية المقارنة - تعريفاً للإعارة في نظام قانون العمل وترك الأمر للفقهاء والقضاء الإداريين، مكتفياً بالإشارة في المادة (149) منه إلى الأحكام العامة للإعارة. وعلى صعيد الفقه الإداري نجد أن التعريفات الفقهية للإعارة تتفق في جوهرها، وإن تفاوتت في الإشارة للشروط الواجب توافرها في قرار الإعارة، وربما كان ذلك بسبب تفاوت التشريعات الوظيفية نسبياً في تعاملها مع هذه المسألة. ففي فرنسا يعرف جانب من الفقه الفرنسي الإعارة بأنها: " عمل قانوني مشروط يوضع الموظف العام بمقتضاه في مركز قانوني عام غير شخصي، ويأخذ هذا العمل القانوني المشروط شكل القرار الإداري الصادر بالإعارة"⁽¹⁾. وفي مصر تم تعريف الإعارة بأنها: " قيام الموظف تنفيذاً لقرار من السلطة المختصة بعد موافقته الكتابية بالعمل في وظيفة أخرى شاغرة في جهة عامة أجنبية غالباً، براتب يتقاضاه منها، مع احتفاظه بصلته بوظيفته الأصلية، والتي يجوز شغلها مع ذلك إذا كانت مدة الإعارة لا تقل عن سنة"⁽²⁾.

(1): عمرو بركات، " نظام الإعارة في الوظيفة العامة"، دراسة مقارنة، دون ط، دون ناشر، مصر، 1989، ص 13. وانظر بالفرنسي:

-A, plantey, Driot et pratique de le fonction publique internationale, .
paris, 1977.

(2) د. ماجد الحلوة، "القانون الإداري"، دون ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996م، ص 273.

وقريباً من ذلك يرى الفقه الليبي أن الإعارة هي عبارة عن " وضع وظيفي يسمح لجهة أخرى الاستفادة من خبرات الموظف العام مع بقاء علاقة الموظف المعار بوظيفته قائمة في أثناء مدة الإعارة وبذلك يؤدي الموظف المعار مهمات وظيفية أخرى غير وظيفته الأصلية ولدى الجهة التي أعير إليها رغم بقاء علاقته الوظيفية قائمة مع الوظيفة الأصلية".

وبما أن الآراء الفقهية كان مضمونها واحداً وهو قيام الموظف بناءً على قرار من السلطة المختصة وبعد موافقته بعمل لدى جهة أخرى غير الجهة الأصلية التي يعمل بها لمدة معينة مقابل اقتضاء مرتبه منها، كما أنها تعتبر طريق مؤقت لشغل الوظائف فهي بمثابة تعيين مؤقت في الوظيفة. وبما أن أحكام الإعارة أحكام استثنائية واردة على خلاف الأصل الذي يقتضى قيام الموظف بعمله الأصلي في الجهات التي عُين فيها دون غيرها.

ومن خلال النظام القانوني الذي يحكم الإعارة في الدول المقارنة يمكن تعريف الإعارة بأنها شغل وظيفة شاغرة لجهة ما بموظف من جهة أخرى وبناء على سلطتها التقديرية لمدة مؤقتة بموافقة مع خضوعه للقواعد المطبقة على الوظيفة المعار إليها ، وحصوله على مرتبتها واحتفاظه في نفس الوقت ببعض حقوقه من الجهة المعار منها ، وهذا ما جاءت به المادة (58) من قانون العاملين المدنيين بالدولة على أنه : "يجوز بقرار من السلطة المختصة بالتعيين بعد موافقة العامل كتابة إعارته للعمل في الداخل أو الخارج ويحدد القرار الصادر بالإعارة مدتها وذلك في ضوء القواعد والإجراءات التي تصدرها الجهة المستعيرة ، ومع ذلك يجوز منحه أجراً من حكومة جمهورية مصر العربية سواء كانت الإعارة بالداخل أو بالخارج ، وذلك بالشروط والأوضاع التي يحددها رئيس الجمهورية⁽¹⁾ .

وعلى هذا الأساس فإن شغل الموظف للوظيفة المعار إليها يكون على سبيل التأقيت ، حيث تظل علاقته الوظيفية بجهة عمله الأصلية قائمة ومتصلة ويبقى من عداد موظفيها ، وهذا أما أكدت عليه فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة في أحد فتاوها : "بأن الإعارة تعتبر تعييناً مؤقتاً بالوظيفة المعار إليها"⁽²⁾ ، كما أكدت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها : "بأن المادة (58) من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة الصادر بالقانون رقم 47 لسنة 1978م وإن أجاز المشرع للسلطة المختصة بالتعيين وبعد موافقة العامل كتابة إعارته للعمل في الداخل أو الخارج في

(1) كما نصت المادة (149) من قانون علاقات العمل الليبي على : "أن يجوز بقرار من الجهة المختصة بإعارة الموظف العام"، كما يشير القانون الكويتي رقم 15 لسنة 1979م في شأن نظام الخدمة المدنية في المادة (33) منه للتوضيح أكثر راجع : د. عادل الطبطبائي : "تعليق على النظم الوظيفية الجديدة في الكويت" ، مجلة الحقوق والشريعة ، 1994م ، العدد الثاني ، السنة الثالثة ، ص116.

(2) راجع : فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، فتوى رقم 82-4-327، جلسة 12/5/1965م ، د. محمد ماهر أبو العينين، ص828.

ضوء القواعد والإجراءات التي تصدرها السلطة المختصة فإن ممارسة جهة الإدارة لهذه السلطة إنما يكون وفقاً لما تراه محققاً للصالح العام ، وبما لا يعقب عليها ما دامت لم تخرج عن القواعد التي استنتجتها لنفسها في ممارسة سلطتها التقديرية وضبطت بها سلطتها التقديرية ومن ثم فهي إن خالفت القانون بمعناه الواسع أو إن بغيت غاية لا تمت إلى المصلحة العامة ، أو هدفت إلى الإضرار بعامل أو إفادة عامل دون حق فإنها تكون قد تنكبت وجه المصلحة العامة وانخرقت باستعمال سلطتها" (1)

ويحقق نظام الإعارة بهذا المعنى مجموعة من الأهداف، فعلى الصعيد الدولي تمثل الإعارة نوعاً من التعاون بين الدول والهيئات الدولية في مجال تبادل الموظفين، بحيث يمكن شغل كثير من الوظائف الشاغرة في الدول الناشئة التي لا يتوفر لها العدد الكافي من الموظفين من أبنائها (2). وعلى الصعيد القومي العربي وفرت الإعارة أعداداً كبيرةً من الموظفين لدى دول المغرب العربي لمساعدتها على تنفيذ برنامجها القومي بالإضافة إلى تنفيذ برامجها التنموية في كافة مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (3) أما على الصعيد الوطني فتكسب الإعارة موظفي الدولة خبرات جديدة تنعكس إيجاباً بالنتيجة على الجهة الإدارية المعار منها، كما تحقق له امتيازات مالية من شأنها تحسين ظروفه المعيشية، وبالنتيجة فإنها تساهم في إنعاش الاقتصاد الوطني ككل من خلال العملات الأجنبية وتوفير فرص العمل للمواطنين في العديد من الدول، وبخاصة الدول الفقيرة في مواردها الطبيعية.

المطلب الثاني

شروط الإعارة

من خلال تحديد مفهوم الإعارة، وفي ضوء نص المادة (149) من قانون علاقات العمل الليبي وما يقابلها في التشريعات الوظيفية المقارنة، فإن هنالك مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية الواجب توافرها لصحة إعارة الموظف العام.

(1) راجع : حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن 6180 لسنة 42 ق ، جلسة 2001/3/24م ، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا ، المكتب الفني ، ص 831 ، وفي حكم المحكمة العليا الليبية جاء فيه : "بأن إعارة الإدارة العامة أحد موظفيها لجهة أخرى حق موكل لها وحدها ، ولا تخضع فيه لرقابة القضاء ، متى خلا من إساءة = استعمال السلطة ويقع على عاتق الموظف وحده إثبات هذه الإساءة بكل وسائل الإثبات..." ، طعن 170 لسنة 54 ق ، جلسة 2007/6/7م ، غير منشور.

(2) د. نواف كنعان، " القانون الإداري - الكتاب الثاني " ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007 ص 82.

(3) د.علي خطار، " دراسات في الوظيفة العامة " ، ص 179-180. وقد أشارت المادة (32) من اتفاقية الوحدة الثقافية العربية لعام 1965 إلى أهمية الإعارة في تشجيع تبادل الأساتذة والخبراء والمدرسين بين المعاهد والجامعات العربية بالشروط العامة، وهذا الأمر شجع ويشجع على نشر الثقافة العربية والاستفادة من خدمة العرب في المؤسسات العلمية للدول الأكثر حداثة، كما يدعم المنظمات الدولية والعربية بخبرات الوطن العربي الثرية في شتى مناحي المعرفة.

الفرع الأول الشروط الشكلية للإعارة

يمكن الحديث في هذا السياق في ثلاث مسائل: من هي الجهة المختصة بإصدار قرار الإعارة؟ ماذا عن موقف الموظف المعار وما أثر موقفه على قرار الإعارة. وما هي مدة الإعارة. ففيما يتعلق بالجهة المختصة بإصدار قرار الإعارة فإن التشريعات الوظيفية تحدد عادة مثل هذه الجهة بحيث يتوجب صدور قرار الإعارة عنها وإلا كان قراراً معيباً بعبء عدم الاختصاص، ويلاحظ في هذا السياق أه هذه الجهة تختلف من دولة إلى أخرى، ففي فرنسا الجهة الإدارية المعيرة للموظف وبموافقة الوزير المعني⁽¹⁾، وفي مصر الجهة المختصة بتعيين الموظف⁽²⁾ أما في ليبيا فقد أشارت المادة (149) من قانون علاقات العمل الليبي بأنه يجوز بقرار من الجهة المختصة بالتعيين إعادة الموظف إلى إحدى الجهات، ويجوز بموافقة اللجنة الشعبية العامة إعارة الموظف إلى إحدى الدول الأجنبية أو الهيئات والمنظمات الدولية.

وعلى الرغم من أن الإعارة غالباً هي في صالح الموظف مالياً ومعنوياً إلا أنه من الضروري اشتراط موافقة الموظف عليها، وعلى غرار الأنظمة القانونية المقارنة باعتباره طرفاً أساسياً في عملية الإعارة؛ ولأن ظروفه الشخصية قد لا تكون ملائمة لها، وبخاصة عندما تكون الإعارة لجهات خارجية. أما عن مدة الإعارة فلم تحدد التشريعات الوظيفية المقارنة ولا التشريع الليبي سقفاً محدداً لها، وترك ذلك ضمن السلطة التقديرية للإدارة، ففي فرنسا لم يشر القانون المتعلق بالوظيفة العامة في الدولة، لسنة 1984 وتعديلاته إلى الحد الأدنى أو الأقصى لمدة الإعارة، وهو ذات الموقف الذي تبناه المشرع المصري في قانون العاملين بالدولة لعام 1987، كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد أشار بوضوح إلى إمكانية إنهاء الإعارة قبل نهاية مدتها إذا كان ذلك يحقق المنفعة العامة⁽³⁾، في حين لم يشر المشرع المصري إلى هذه المسألة، وعلى كل حال وعلى الرغم من هذا الصمت التشريعي فإننا نعتقد أن الإدارة ذات العلاقة وفي كلا البلدين تملك إنهاء الإعارة قبل نهاية مدتها، طالما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة ومصلحة العمل، إذ قد تتطلب ظروف العمل إعادة الموظف المعار لإشغال وظيفته لضمان سير المرافق

(1) أنظر:

- Bernard, Schwatz, French Administrative Law and common law word, the book exchange LTD, new jersy, 2006m p 1019.
- Waline, Trait de droit administrative, paris. 1962.

(2) المادة (58) من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة (المصري).

(3) أنظر: المادة (45) من القانون الفرنسي المتعلق بالوظيفة العامة في الدولة.

العامة بانتظام واطراد، وطالما أن مثل هذا القرار سيكون تحت رقابة القضاء الإداري الذي يملك الرقابة على مدى استهداف الإدارة للمصلحة العامة.

الفرع الثاني

الشروط الموضوعية للإعارة

وتتحدث في هذا الفرع حول مسألتين أساسيتين: ما هي الجهات التي يمكن إعارة الموظف العام إليها؟ ومن هو الموظف الذي يمكن إعارته؟

ففيما يتعلق بالجهة المستعيرة نجد أن المشرع الليبي - وعلى نحو يتفق مع موقف الأنظمة القانونية المقارنة⁽¹⁾ - توسع في تحديد الجهات التي يجوز إعارة الموظف العام إليها، فقد تكون الإعارة للعمل داخل ليبيا أو خارجها، وقد تكون لجهة حكومية وطنية أو لحكومة أخرى، أو منظمة دولية أو إقليمية أو مؤسسة رسمية عامة، أو دائرة غير خاضعة لنظام الخدمة المدنية أو مؤسسة عامة داخل البلاد أو خارجها أو شركة تدير مرفقاً عاماً، وفي ليبيا فقد حدد المشرع مدة الإعارة بأن لا تزيد عن أربع سنوات إلا بقرار من اللجنة الشعبية العامة وهذا ما نصت عليه المادة (149) من قانون علاقات العمل الليبي.⁽²⁾

وأما فيما يتعلق بالمعار فقد اشترط كل من المشرع الفرنسي والمشرع المصري أن يكون الموظف المراد إعارته معيناً بصفة أصلية في جهته الأصلية، وبمفهوم المخالفة لا يجوز إعارة الموظف غير الأصلي أو الموظفين المؤقتين، كذلك يجب أن يكون الموظف بالخدمة فعلياً، بحيث لا يجوز إعارة الموظف المحال للاستيداع، كما يجب أن يكون الموظف قد أمضى وقتاً محدداً في ممارسة أعمال وظيفته الفعلية.⁽³⁾ ويرى الباحث أنه يشترط نظام الموظف المراد إعارته أن يكون له خدمة فعلية لا تقل عن خمس سنوات، حتى يكون لديه الخبرة اللازمة للقيام بالوظيفة المراد إشغالها لدى الجهة المستعيرة، وحتى تكون الإدارة المعيرة قد استفادت من خدمته قبل أن يتم إعارته.

(1) أنظر: موقف المشرع الفرنسي والمصري لدى ، عمرو بركات، " نظام الإعارة في الوظيفة العامة"، المرجع السابق، ص 22-24، ولدى د. عبد الفتاح حسن، " مبادئ القانون الإداري"، ص 371.

(2) المادة 149 من قانون علاقات العمل الليبي .

(3) أنظر: المادة (70) من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة (المصري).

المطلب الثالث

تمييز الإعارة عن الأنظمة المشابهة لها

الفرع الأول

التمييز بين الإعارة والنقل

يقصد بنقل الموظف العام تغيير موقع عمله من وظيفته إلى وظيفة أخرى من نفس النوع والدرجة، سواء في نفس الوزارة أو الدائرة أو وزارة أخرى، تحقيقاً لمصلحة العمل⁽¹⁾، وإن نقل الموظف العام هو فك ارتباطه من الدائرة المنقول منها وربطه بالدائرة المنقول إليها، بحيث يصرف راتبه وتصدر القرارات المتعلقة به من قبل هذه الدائرة⁽²⁾.

وقد يكون النقل نقلاً مكانياً أو نوعياً، ويقصد بالنقل المكاني أن يتم تغيير مكان عمل الموظف من مكان إلى آخر مع ممارسته لذات الوظيفة التي كان يمارسها سواء أكان النقل داخل الدائرة التي يعمل فيها الموظف أم خارجها، أما النقل النوعي فيقصد به نقل الموظف من وظيفته الحالية إلى وظيفة أخرى متساوية معها من حيث المستوى الوظيفي (الفئة والدرجة) ولكنها تختلف عنها من حيث المهام والواجبات والسلطات، سواء أكان ذلك داخل الوحدة الإدارية التي يعمل فيها أم في إدارة أخرى.

ويتشابه النقل بهذا المعنى مع الإعارة من حيث تغيير الجهة الإدارية التي يعمل بها الموظف، ولكنهما يختلفان من عدة جوانب، حيث إنّه لا يشترط في الإعارة أن يقوم الموظف المعار بالعمل بذات الوظيفة التي كان يعمل بها لدى الجهة الإدارية المعار منها، وإنما يكفي أن تولى إحدى الوظائف الشاغرة لدى الجهة المعار إليها، في حين أن الموظف الذي يتم نقله إلى دائرة أخرى يكون عادة بنفس الدرجة التي كان يعمل بها في الدائرة التي نقل منها وقوم غالباً بذات الوظيفة.

ومن جهة أخرى، فإن النقل هو فك ارتباط الموظف العام من الدائرة المنقول منها وربطه بالدائرة المنقول إليها، بحيث يصرف راتبه وتصدر القرارات المتعلقة به من دائرته المنقول إليها، أما الموظف المعار فيحتفظ بعلاقته الوظيفية مع الجهة الإدارية المعيرة، وإن كان يصرف راتبه من قبل الجهة الإدارية المستعيرة، باعتبار أن الإعارة تكون لمدة محددة، ولأن الجهة الإدارية المعيرة تحتفظ بحقها في استعادة الموظف المعار للعمل لديها.

ومن جانب ثالث فإن الإعارة وكما رأينا يمكن أن تكون لجهة دولية أو محلية أو منظمة حكومية أم حتى بعض الجهات الخاصة ذات النفع العام، أما النقل فيتم إما داخل الدائرة ذاتها التي يعمل لديها الموظف العام، أو لدى دائرة أخرى تابعة لهيئة عامة أخرى

(1) د. ماجد الحلوي، " القانون الإداري"، المرجع السابق، ص 269.

(2) د. مازن ليلو، " القانون الإداري"، 2008م، ص 118.

الفرع الثاني

التمييز بين الإعارة والندب

يعرف الندب بأنه وضع وظيفي يسمح بوضع الموظف العام خارج الدائرة التي ينتمي إليها، أو إشغال وظيفة أخرى غير وظيفته الأصلية في الدائرة نفسها، مع بقاءه مستفيداً من الحقوق المقررة لوظيفته الأصلية⁽¹⁾، والندب هو " ...تكليف الموظف العام لمدة مؤقتة بمهام وظيفة أخرى غير وظيفته التي يباشر مهامها، سواء أكان ذلك بالإضافة إلى وظيفته أو التفرغ للقيام بمهام الوظيفة التي انتدب للقيام بأعبائها

والهدف من الندب هو إنجاز أعمال وظيفة شاغرة لم يتيسر بعد تعيين موظف فيها، وقد يباشر الموظف المنتدب مهام وظيفته الأصلية إلى جانب مهام الوظيفة الأخرى المنتدب إليها، وهو ما يعرف بالانتداب الجزئي، وقد يؤدي مهام وظيفة واحدة وهي الوظيفة التي ندب إليها، وهو ما يعرف بالانتداب الكلي⁽²⁾.

وفي ضوء ما تقدم فإن المسائل التالية تبرز عند مقارنة الندب بالإعارة:

1- إن نظام الندب يحتفظ بعلاقة الموظف المنتدب مع الجهة الإدارية المنتدب منها، مع بقاء هذه العلاقة قائمة، وهو ما يتشابه مع نظام الإعارة، إلا أنها علاقة جزئية إن صح التعبير، ففي الوقت الذي يتقاضى الموظف العام المعار راتبه من الجهة المعار إليها، فإن الموظف المنتدب يتقاضى راتبه من الجهة الإدارية المنتدب منها .

2- إن نظام الندب يشترط فيه ندب الموظف العام إلى جهات عامة رسمية تابعة للدولة، لجهات داخلية أو خارجية كما يمكن أن تكون لمنظمات دولية، وهذا الاختلاف يرتبط بالغاية أو الهدف من الإعارة وهي خلق حالة من التعاون وتبادل الخبرات بين الجهة الإدارية التي يعمل فيها الموظف والجهات الأخرى سواء كانت داخلية أم خارجية، بينما الانتداب يقوم على مبدأ الاضطلاع بمهام وظيفية محددة لفترة محددة في ظل جهة إدارية ثانية .

(1)د. علي خطار، " دراسات في الوظيفة العامة"، المرجع السابق، ص 163.

(2)د. عبد الفتاح حسن، "مبادئ القانون الإداري"، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، 1979، ص 369.

المبحث الثاني

المركز القانوني للموظف المعار

وستحدث في هذا السياق عن حقوق الموظف المعار، التزامات الموظف المعار وتأديب الموظف المعار، وستناولها وفق الآتي:-

المطلب الأول

حقوق الموظف المعار

الفرع الأول

الحق في الراتب

تلتزم الجهة المعار إليها الموظف العام في كل من فرنسا ومصر بدفع راتبه، وذلك وفقاً للمادة (45) من القانون المتعلق بالوظيفة العامة في فرنسا⁽¹⁾، والمادة (58) من قانون العاملين بالدولة في مصر⁽²⁾، كما أخذ المشرع الليبي بذات النهج في المادة (149) من قانون العمل والتي جاء فيها أنه: " لا يتقاضى الموظف خلال مدة إعارته أي جزء من راتبه وعلاوته من الدائرة التي تمت إعارته منها " . ومعنى ذلك بوضوح أن الموظف المعار لا يتقاضى راتبه أو أي جزء من خلال مدة إعارته .

الفرع الثاني

الحق في احتساب مدة الإعارة لغايات التقاعد

نظراً لعدم توقف العلاقة الوظيفية نتيجة الإعارة فإن كامل المدة التي يقضيها الموظف معاراً داخلياً وخارجياً تعتبر مدة مقبولة للتقاعد وهذا الأمر في صالح الموظف، وربما يغري كبار الموظفين والخبراء بالقبول بالإعارة، وبما يحقق بالنتيجة مصلحة الدولة والجهات المستعيرة والمجتمع ككل . من الشروط الشكلية لصحة قرار الإعارة أن تكون محددة المدة، ويختلف الوضع في مصر فقانون العاملين المدنيين بالدولة لم يحدد بشكل قطعي في المادة (58) منه مدة الإعارة ، بالنص على أن "القرار الصادر بالإعارة هو الذي يحدد مدة الإعارة ، وذلك في ضوء القواعد والإجراءات التي تصدرها

(1) أنظر:

" OECD " public sector pension and the challenge of ageing public service" working paper on public Governance 2007/2, p.13.

(2) مع ضرورة الإشارة إلى أن المشرع المصري وفي ذات المشار إليها أجاز للحكومة أن تمنح الموظف المعار أجراً بصلاحيته من رئيس الجمهورية يحدد فيها الشروط والأوضاع والحالات التي يجوز فيها للحكومة أن تدفع أجراً للموظف المعار، للمزيد أنظر: محمد رفعت عبد الوهاب، " مبادئ وأحكام القانون الإداري"، دون ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002م، ص 399.

السلطة المختصة". وعلى نفس الشاكلة لكن مع فرق في السند القانوني فإن **المُشرِّع الفرنسي** قد نص في المواد (48، 49) من القانون الفرنسي للوظيفة العامة رقم 84 لسنة 1984م وتعديلاته على أن مدة الإعارة تحدد بمرسوم من مجلس الدولة، دون أية إشارة واضحة إلى الحد الأدنى أو الأقصى لمدة الإعارة أما فيما يخص الشأن الليبي فإن **المُشرِّع الليبي** حدد المدة التي يجوز فيها الإعارة حيث نصت المادة (149) من قانون علاقات العمل: "... ولا يجوز أن تزيد مدة الإعارة على أربع سنوات إلا بقرار من اللجنة الشعبية العامة"⁽¹⁾.

ويؤخذ عن هذين النصين أن المشرِّع لم يحدد مدة إعارة الموظف إلى الداخل أو الخارج وإنما ترك ذلك للجهة المختصة في ضوء القواعد والإجراءات التي تصدرها، فإذا كانت الإعارة لمدة بسيطة وهي تكون لمدة لا تتجاوز ستة أشهر مثلاً ولا يمكن تجديدها، أو يعين موظف جديد في درجة الموظف المعار إذ أنه عند إنتهاء الإعارة أو بحلول مدة الستة أشهر، يعود الموظف المعار إلى وظيفته الأصلية ويمكن مد هذا النوع من الإعارة بالنسبة للموظفين المعارين إلى الخارج، أما الإعارة لمدة طويلة وهي تكون لمدة أربع سنوات بحد أقصى ويمكن تجديدها إلى ما لا نهاية فيما عدا ما إذا كانت الإعارة إلى منشأة خاصة للقيام بأعمال البحوث، حيث يمكن تجديد الإعارة لمدة واحدة بصفة استثنائية.

ويمكن أن يعين موظف على درجة الموظف المعار في هذا النوع من الإعارة ولكن عند إنتهاء الإعارة فإنه يعود على وجه الإلزام إلى جهة عمله الأصلية في وظيفة ترتبط بدرجته داخل الكادر الأصلي له⁽²⁾، وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بأن: "مدة إعارة الموظف إذا بلغت حداً أقصى فلا يجوز مداها إلا على الوجه المبين بالقانون، ولا ينبغي للجهة التي يتبعها الموظف أن تتخذ إجراء ينطوي على مد الإعارة ضمناً متجاوزة حداً أقصى خلاف أحكام القانون"⁽³⁾ وفي حكم آخر جاء فيه: "لا يجوز لجهة الإدارة أن تنقص من الحقوق المقررة قانوناً للعامل أثناء مدة الإعارة لاستحقاقه العلاوة والترقية، وإلا أصبحت هذه الضوابط مانعاً من موانع الترقية وهو

(1) يمكن الإشارة إلى أن قانون الخدمة المدنية في البحرين قد أحال إلى اللائحة التنفيذية لتحديد الحد الأقصى لمدة الإعارة والتي حددتها في البند الثاني من المادة (19) بسنة واحدة قابلة للتجديد لمدة ماثله لا يزيد مجموعها على أربع سنوات أخرى، إلا في الحالات التي تقضيها المصلحة العامة، دون أن يفرق بين الإعارة داخل الدولة أو خارجها، وكذلك قانون الخدمة المدنية العماني الذي حدد هو الآخر في المادة (49) المعدلة بالمرسوم السلطاني رقم 2010/106 فترة الإعارة بحد لا تتجاوز أربع سنوات، أما قانون الخدمة المدنية بإمارة أبوظبي حدد هو الآخر مدة الإعارة، دون أن يميز بين الإعارة الداخلية والخارجية، بسنة واحدة قابلة للتجديد، في المادة (34)، وقانون الخدمة المدنية السعودي في المادة (4/29) حدد مدة الإعارة سنة واحدة ويجوز تجديدها من السلطة المختصة مدة لا تزيد كل منها على سنة، ولا يجوز أن تزيد مدة الإعارة عن أربع سنوات إلا بعد موافقة رئيس مجلس الخدمة المدنية.

(2) راجع: نص المواد (58، 59) من قانون العاملين المدنيين في مصر.

(3) راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن 815 لسنة 14 ق، جلسة 1970/12/26م، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، المرجع السابق ص32.

أمر غير جائز إلا بنص صريح"⁽¹⁾، وفي حكم آخر جاء فيه : "بأن مدة إعاره عامل بمؤسسة عامة تدخل ضمن المدة المحسوبة ضمن المعاشات أو المكافأة - وتتحمل حصة رب العمل في الإشتراكات الواجب أدائها طبقاً لأحكام قانون التأمين الإجتماعي رقم 63 لسنة 1963م"⁽²⁾، وفي حكم آخر جاء فيه : "متى تمت الموافقة على تجديد إعاره العامل فإن ميعاد هذه الموافقة يرتد إلى تاريخ إنتهاء إعارته ، حتى إذا ما تأخرت هذه الموافقة بعض الوقت ، ومتى صدرت الموافقة على تجديد الإعاره مطابقة للقانون فإنها تكون منتجة لآثارها"⁽³⁾.

وبذلك تتميز الإعاره بأنها ذات طابع مؤقت ، فهي يمكن أن تكون في النظام الوظيفي بحد أدنى ستة أشهر، أو بحد أقصى أربع سنوات قابلة للتجديد في حالة الضرورة ، حيث أن الإعاره يمكن انقضاءها في أى وقت ، ومن ثم فإن وضع الموظف المعار تحت تصرف جهة عمله الأصلية يمكن أن يكون بإنهاء فترة الإعاره ، أو بسبب إلغاء الوظيفة المعار إليها في الجهة المستعيرة قبل حلول أجل إنقضاء الإعاره أو بسبب يرجع إلى تحقيق النفع العام ، وهذا السبب يدعم السلطة التقديرية لجهة الإدارة ، فهي كما يكون لها سلطة تقديرية ببدء في الموافقة على الإعاره من عدمه تكون لها أيضاً ذات السلطة في إنهاء الإعاره في أية لحظة تحت مظلة تحقيق مقتضيات المصلحة العامة⁽⁴⁾، ويكون إنتهاء الإعاره

(1) راجع : حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن 196 لسنة 17 ق ، جلسة 1973/11/24م ، د. خالد عبد الفتاح : "شرح أحكام نظام العاملين"، ص44.

(2) راجع : حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن 279 لسنة 25 ق ، جلسة 1982/2/7م ، مجموعة أحكام المحكمة العليا ص302.

(3) راجع : حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن 1420 لسنة 29 ق ، جلسة 1990/5/8م ، مجموعة المبادئ القانونية المرجع السابق ، ص38.

(4) وفي حكم للمحكمة الإدارية العليا جاء فيه بأن : "من حيث أن الثابت من الأوراق أنه بتاريخ 30 من ديسمبر سنة 1976م صدر قرار نائب رئيس الجهاز المركزي للمحاسبات بالموافقة على إعاره الطاعن للعمل بدائرة التخطيط بإمارة أبو ظبي بالإمارات العربية المتحدة لمدة عامين اعتباراً من اليوم التالي لإخلاء طرفه الذي تم في 30 يناير لسنة 1977م وقد جدد الإعاره لسنوات حتى السنة السادسة التي تبدأ من 30 يناير 1982م وفي مارس 1982م قام الجهاز بإخطار الطاعن بأنه قد تقرر عدم الموافقة على تجديد الإعاره لأى مدد أخرى ، وأنه يتعين عليه العودة لإستلام عمله عقب إنتهاء الإعاره وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن ما تضمنه قرار مجلس الوزراء آنف الذكر من إهمال العامل مدة ستة أشهر تالية لإنهاء إعارته للاعتبارات التي قام عليها القرار يعد من قبيل إلمام جهة الإدارة بضوابط يتعين عليها اتباعها إذا توجهت إلى أعمال قرينة الاستقالة الحكيمة ؛ وأن هذا القرار قد تضمن قاعدة تنظيمية واحدة تلزم الجهات الإدارية بإهمال العامل المعار مدة ستة أشهر تالية لتاريخ إنتهاء إعارته وأن المهلة تمثل حقاً مقررراً للعاملين بالدولة ولا يجوز الحرمان منها مجرد القول بأن الإدارة قد قامت بتبصير الطاعن قبل إنتهاء إعارته ونبهت عليه بعدم تجديد إعارته لأى مدد أخرى ، لأن معنى ذلك ترك الأمر لمطلق اختيار جهة الإدارة أن أرادت حرمان العامل من هذه المهلة تقوم بإخطاره مقدماً قبل إنتهاء الإعاره." طعن 3294 لسنة 33 ق جلسة 1990/1/30م .

سواء بصدر قرار من جهة الإدارة الأصلية أو بقرار من جهة الإدارة المستعيرة ، وبمقتضى هذا القرار يوضع الموظف المعار تحت أمر الجهة الأصلية⁽¹⁾.

ويستنتج من ذلك أن الإدارة ذات العلاقة في كلا البلدين تملك إنهاء الإعارة قبل نهاية مدتها طالما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة ومصلحة العمل إذ قد تتطلب ظروف العمل إعادة الموظف المعار لإشغال وظيفته لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطّراد ، وطالما أن مثل هذا القرار سيكون تحت رقابة القضاء الإداري الذي يملك الرقابة على مدى استهداف الإدارة المصلحة العامة من عدمها وإذا كانت جهة الإدارة تملك سلطة تقديرية في إنهاء إعارة الموظف المعار في أية لحظة ، فإن هذا الموظف يملك بالتالي في ذات الوقت الحق في طلب إعادته إلى جهة عمله الأصلية⁽²⁾ ، وبذلك وجب عليه العودة إلى الجهة المعار منها خلال شهر من تاريخ إنتهاء إعارته.

أما بالنسبة للإعارة التي تتم بقوة القانون لشغل وظيفة انتخابية ، فهي تكون طوال مدة الهيئة الانتخابية وهذا للطابع المؤقت لنظام الإعارة ، وهذا يعنى أن الموظف المعار لا يكون له الحق في تجديد الإعارة، وكل ما في الأمر أن الموظف العام يكون ملزماً في هذه الحالة بالخيار بين شغل الوظيفة العامة وبين شغل الوظيفة الانتخابية، بحيث لا يمكن الجمع بينهما على الإطلاق⁽³⁾، وذلك في حالة عدم جواز الجمع بين عضوية البرلمان والوظائف الحكومية أو ما في حكمها ، وإن كان الأخذ بمبدأ جواز الجمع أو عدمه بين الوظائف الحكومية والنيابة البرلمانية هو أمر مرتبط بالنظام السياسي في البلاد والذي تكون نقطة البدء فيه نوع النظام السياسي المطبق هل هو نظام برلماني أم رئاسي على الوضع الغالب بمعظم البلدان⁽⁴⁾. فإن كان الدستور أخذ بالنظام البرلماني فلا غضاضة في قاعدة جواز الجمع ابتداءً

(1) راجع : حكم المحكمة الإدارية العليا الذي جاء فيه بأن : "من حيث أن القرار المطعون فيه في شقه الخاص بجرمان المطعون ضده من استكمال الإعارة هو في حقيقته استجابة لرغبة الحكومة الأجنبية المستعيرة التي قامت بإلغاء الإعارة من جانبها بالفعل ومن ثم فهو لا يمثل أذن خطأ في جانب الإدارة ، كما لا يعد عقاباً منها أو تأديب المدعى ، ويكون القرار في هذا الشق منه قد بنى على أسباب صحيحة في الواقع والقانون .. طعن 808 لسنة 28 ق ، جلسة 1987/10/25 م ؛ د. خالد عبد الفتاح : "شرح أحكام نظام العاملين" ، ص 655.

(2) وهذا ما نصت عليه المادة (46) من اللائحة التنفيذية لقانون العاملين المدنيين بالدولة مصر على أن : "يجوز العامل أن ينهي إعارته قبل إنتهاء المدة المرخص له بها ، وفي هذه الحالة يجب عليه العودة إلى الجهة المعار منها خلال شهر من تاريخ إنتهاء إعارته" .

(3) للتوضيح راجع : أ. حسين علي عبد الرحيم البياني : "التفرغ لعضوية البرلمان - دراسة مقارنة" ، رسالة ماجستير كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية ، 2016م ، ص 74 وما بعدها .

(4) راجع: د. جوفاني جروتا نيللي دى سانتى : "مبدأ فصل السلطات في التطور الدستوري الإيطالي" ، ترجمة د. محمد رفعت عبد الوهاب ، مجموعة محاضرات أقيمت على طلاب دبلوم القانون العام ، العام الجامعي 1990/1989 ، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية ، 1992م ، ص 27.

تطبيقاً لاعتبارات التعاون بين السلطات التي يقدرها مثل هذا النظام⁽¹⁾، أما إذا كان نظام الحكم رئاسياً فهنا لا مجال للحديث عن قاعدة جواز الجمع حيث أن هذا النظام وفقاً لمعطياته يفترض الفصل التام بين السلطات⁽²⁾، وعلى ذلك فإنه يجب أن تأتي قاعدة جواز الجمع من عدمه في الدساتير محققة مثل هذا التوافق⁽³⁾، فالجمع بين العضوية والوظيفة يهدر الاستقلال العضوى والاستقلال الوظيفي الذي يقضى به مبدأ الفصل بين السلطات، ولهذا يجب استقلال النائب الموظف عن الحكومة بما لا يؤدي عملاً لإمكانية هذا الجمع من خلال متابعة شئون العضوية والوظيفة⁽⁴⁾. وإن كان الدستور السابق قد أجاز الجمع إلا أنه من الناحية العملية يجب التوفيق العملي بين مهام العضوية وممارسة الوظيفة، فأجاز الجمع مع التفرغ لكن معالجته جاءت جزئية وقاصرة لدرجة أنها أهدرت ضمانه الإستقلال إلى أبعد حد على الرغم من توافره في ظل إنتهاج قاعدة الجمع⁽⁵⁾، فكيف يجمع نفس الشخص بين صفتي المراقب للوزير بوصفه عضواً في البرلمان، والمراقب للوزير بوصفه عضواً في الحكومة الخاضعة للبرلمان وفي هذا إهدار للرقابة البرلمانية وإضعاف لدورها، فلماذا يلتزم كل عضو من أعضاء البرلمان بمجرد إكتساب العضوية سواء أكان ذلك عن طريق الإنتخابات البرلمانية أم كان ذلك عن طريق التعيين بإخطار رئيس المجلس ببيان الحالة الوظيفية له سواء أكان هذا العضو يشغل وظيفة بالحكومة⁽⁶⁾ أو القطاع العام⁽⁷⁾،

(1) د. إبراهيم الصغير إبراهيم: "مبدأ فصل السلطات بين النظرية والتطبيق"، مجلة إدارة قضايا الحكومة العدد الثالث السنة الرابعة والعشرون، يوليو/سبتمبر 1980م، ص 55.

(2) راجع: د. جابر جاد نصار: "الأداء التشريعي لمجلس الشعب في الرقابة على دستورية القوانين في مصر" دار النهضة العربية، دون سنة نشر، ص 72.

(3) إن عدم الاستقرار الوزاري الذي عاشت فيه فرنسا في ظل الجمهورية الثالثة والرابعة كان يرجع لعدم تمتع الحكومة بأغلبية برلمانية كبيرة، والدليل على ذلك أن هناك بعض الدول التي تتبع قاعدة الجمع دون أن تعاني مما شهدته فرنسا من تقلبات وزارية، لتوضيح أكثر راجع: د. أحمد حافظ عطية نجم: "الفصل بين السلطات وتطور العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في الدساتير المصرية"، مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول، يونيو 1981م، ص 79.

(4) راجع: د. ماجد راغب الحلو: "القانون الدستوري"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008م ص 201. د. ماهر جيز: "إمكانية الجمع بين وظيفة عضو الحكومة وممارسة الوكالة البرلمانية - دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والمصري" سلسلة بحوث علمية محكمة، 1995م، ص 3.

(5) راجع: د. محسن خليل: "القانون الدستوري والدساتير المصرية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 1996م، ص 348.

(6) راجع: د. أشرف محمد أنس جعفر: "التنظيم الدستوري للوظيفة العامة"، المرجع السابق، ص 27 وما بعدها.

(7) راجع: محمد كمال محفوظ: "طبيعة الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة"، مقالة بمجلة إدارة قضايا الحكومة السنة السادسة عشر، العدد الثاني، 1972م، ص 212.

وما في حكمها أو القطاع الخاص أو كان ممارساً لمهنة حرة ، أو أى نشاط زراعى ، أو صناعى ، أو تجارى إلى غير ذلك من الأنشطة سواء كانت فعلية أم حكومية⁽¹⁾.

وبهذا الإخطار يُتاح للمجلس استبيان ما إذا كان هذا العضو من الفئات المستثناة من قاعدة التفرغ لعضوية البرلمان ، ومن ثم يميز له أن يجمع جمعاً فعلياً بين وظيفته التي يشغلها وعضويته بالبرلمان بل ويلزم الجهة التي يعمل لديها أن تيسر له أداء مهام العضوية وأداء واجباته الوظيفية إن كان ضمن أفراد هذه الفئة ، أما إذا كان من الفئات التي أجاز لها المشرع أن تجمع جمعاً حكماً بين الوظيفة والعضوية البرلمانية ، فإنه يتم إلزامه فور إكتساب العضوية بتقاسم استقالته إذا رغب في العضوية إلى أن تنتهي عضويته بالبرلمان ، ومن ثم يعود إلى وظيفته التي كان يشغلها قبل اكتساب عضوية البرلمان وبذلك يتبين ما إذا كان هذا العضو قد التزم من عدمه ، ومن ثم إتخاذ الإجراء اللازم تجاهه إذا كان مخالفاً وبذلك فإن كان الجمع مع التفرغ فكل استقلال للنائب يتم إهداره في حالة الجمع حيث يحتفظ له بوظيفته أو يمارسها في حالات أخرى⁽²⁾ ، وإن كانت في ظاهرها لصالح استقلال النائب فإنها في باطنها تؤكد ما يدور ، وإن كان حصول الموظف المتفرغ على مستحقاته المالية وترقيته وكافة مزاياه الوظيفية يمثل عبئاً أدبيا كبيراً يكون على النائب الموظف أن يفكر ألف مرة قبل انتقاد الحكومة ، هذا فضلاً عن أن إعادة ترشيحه ليس أمراً سهلاً ومآله الأخير إلى وظيفته ، فإنه والحال هكذا يخشى أن يحاسب بعد عودته إلى وظيفته على مواقفه التي سبق وأن اتخذها أمام المجلس ضد الحكومة ، هذا كله فضلاً عن تناقض الأوضاع الذي يتحقق من تعارض كون الرئيس الإداري الأعلى (الوزير) هو المعنى بمساءلة الموظف فكيف يكون الوضع معكوساً ويسأل أو يستوجب الموظف الوزير وهذا يخرج عن مفهوم العمل العام وإبتغاء للمصلحة العامة⁽³⁾.

ولذلك فإنه لا يجوز الجمع بصفة عامة ، وإن كان ذلك العضو متفرغاً أو كان مُعاراً لجهة البرلمان فإن ذلك يجب ألا يقاس بفكرة الفصل بين السلطات ، ولا يقاس عليه ولا يفسر توسع لامتهان الوظيفة البرلمانية ، ولذلك فإن كان ذلك الوصف فإن العضو البرلماني أو الموظف البرلماني يجب أن يستقيل من

(1) راجع : د. أحمد سليمان عبد الراضى : "المسئولية التأديبية لأعضاء البرلمان - دراسة مقارنة" ، رسالة دكتوراه ، كلية لحقوق - جامعة أسيوط ، 2014م ، ص274.

(2) راجع : عصام أبو بكر فهمى : "مبدأ التفرغ لعضوية البرلمان - دراسة مقارنة" ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق - جامعة أسيوط ، 2008م ، ص208 وما بعدها ؛ د. فاروق عبد البر : "دور مجلس الدولة المصرى في حماية الحقوق والواجبات" ، الجزء الثانى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1991م ، ص19.

(3) للتوضيح أكثر راجع: د. نصر سلام إمام علي : "الجمع بين الوزارة وعضوية البرلمان" ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق - جامعة عين شمس ، 2010م ، ص291 ؛ د. عصام أبو بكر فهمى : "مبدأ التفرغ لعضوية البرلمان" المرجع السابق ، ص238 وما بعدها .

العمل الحكومي ، وبذلك فلا ينبغي حصولهم على تلك المزايا وأن تبقى وظائفهم على سبيل التذكار حتى يعود في نهاية مدته إليها.

الفرع الثالث

الحق في الزيادة السنوية والترقية

يعطي قانون العمل الليبي للموظف المعار- ومهما كانت مدة الإعارة وبغض النظر عن موقعها داخل أم خارج الوطن- الحق في الحصول على الزيادة السنوية في الراتب بالإضافة إلى استحقاق الترقية وربما تكون الغاية من هذا المنهج، هي ترغيب الموظفين بالإعارة وبخاصة الخارجية منها والتي يمكن تخلق حالة من التعاون مع الدول الشقيقة من خلال إعارة الموظفين إليها، وبنفس الوقت تشجيع الكفاءات العالية من الموظفين لإدارة الشركات . ويبدو أن موقف المشرع الليبي هو في صالح الموظف المعار بالمقارنة مع التشريعات الوظيفية المقارنة، فمع غياب النص التشريعي الذي يحكم هذه المسألة في فرنسا ذهب مجلس الدولة هناك إلى أنه من حق الموظف المعار إعارة طويلة الأمد أن يرقى بصفة مستقلة في الجهة المستعيرة، ومعنى ذلك أن الأقدمية المكتسبة في هذه الوظيفة لا ترتبط بالوظيفة الأصلية بل الوظيفة الجديدة في الجهة المستعيرة⁽¹⁾، وفي مصر تنص المادة(58) من قانون نظام العاملين بالدولة رقم 47 لسنة 1978 على أنه " ... لا يجوز ترقية العامل الذي تجاوز مدة إعارته أربع سنوات متصلة ... " ومعنى ذلك أن المركز الوظيفي للموظف المعار ربما يتزعزع إذا تجاوزت إعارته الأربع سنوات، وقد يسبقه في الترقية من هم أحدث منه في الخدمة بسبب الإعارة لهذه المدة⁽²⁾.

المطلب الثاني

التزامات الموظف المعار

لا تعني إعارة الموظف العام إلى جهة من الجهات المسموح بالإعارة إليها تحلله من التزامات الوظيفة التي ينص عليها التشريع الوظيفي الذي يخضع له في جهته الأصلية، وفي ضوء ذلك يلتزم الموظف المعار بأداء العمل على أكمل وجه، وإبداء الرأي في حدود وتقاليد وقواعد الوظيفة العامة، وعدم الجمع بين الوظيفة والأعمال المحظورة أثناء الإعارة، والالتزام بعد إفشاء أسرار المهنة أثناء إعارته .

الفرع الأول

أداء العمل

يبقى الموظف المعر كغيره من موظفي الدولة ملزماً بأداء عمله على أكمل وجه وبالتالي يتعين عليه أن يؤدي عمله بدقة وأمانة ويقوم بأداء واجباته الوظيفية على أحسن وجه لدى الجهة المستعيرة، فتحلله من

(1) د.عمرو بركات، " نظام الإعارة في الوظيفة العامة"، المرجع السابق، ص129.

(2) د.عبد الغني بسيوني، " القانون الإداري"، دون ط، دار المعارف للنشر، الإسكندرية، 1991م، ص76.

التزاماته الوظيفية يصبح مؤقتاً في جهة عمله الأصلية، فهو يلتزم بأداء جميع واجباته الوظيفية في الجهة المستعيرة، وقد يتعدل اختصاصه الوظيفي في الجهة المستعيرة هما كان يشغله في جهة عمله الأصلية⁽¹⁾، فيعطي بذلك كل وقته وجهده للوظيفة التي يشغلها في الجهة المستعيرة، فإذا كان من واجب الموظف العام أن يقوم بأداء واجباته الوظيفية في جهة عمله الأصلية باعتبارها مهنته الدائمة⁽²⁾، فإنه يكون ملزماً بأداء عمله على أكمل وجه لدى الجهة المستعيرة نظراً لبقاء علاقة الموظف المعار قائمة مع جهة عمله الأصلية⁽³⁾.

ونظراً لعدم انقطاع العلاقة الوظيفية نتيجة الإعارة تبقى الجهة الإدارية في الدائرة التي أعير منها الموظف صاحبة السلطة الرئاسية في علاقتها مع الموظف المعار، وفي لزوم احترامه لقواعد وأحكام هذه السلطة الرئاسية، وذلك في الحدود التي تقرها القوانين والأنظمة المتبعة في الجهة المعيرة⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

الالتزام بتقاليد وقواعد الوظيفة العامة عند إبداء الرأي

تعطي التشريعات الوظيفية الموظف العام الحق بالتعبير عن رأيه، استناداً للنصوص الدستورية التي تحرص عاد عادة على النص على هذا الحق و" تكفل الدولة حرية الرأي، ولكل لبي أن يعبر بحرية عن رأيه بالقول والكتابة والتصوير وسائر وسائل التعبير بشرط أن لا يتجاوز حدود القانون...".

فالموظف العام له كأني مواطن حرية التعبير عن رأيه في المسائل العامة، إلا أن مقتضيات الخدمة العامة تفرض عليه بعض القيود، سواء أكان على رأس عمله أم معاراً إلى جهة أخرى، فلا يجوز له التعبير عن رأيه بطريقة تمس المصلحة العامة، فله الحق في التعبير عن رأيه بطريقة لائقة وحضارية لا تمس حسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد.

ونظراً لعدم انقطاع العلاقة الوظيفية كما أسلفنا، فإن الموظف المعار سواء أكان معاراً في الداخل أم الخارج، لا يجوز له أن يبدي آراء تمس سير المرفق الأصلي الذي يتبعه أو الذي أعير إليه، كما يُحضر عليه

(1) د. عمرو بركات، " نظام الإعارة في الوظيفة العامة"، المرجع السابق، ص 142.

(2) د. على خطار شطناوي، "الوجيز في القانون الإداري"، المرجع السابق 5.4 – 5.5.

(3) د. عمرو بركات، " نظام الإعارة في الوظيفة العامة"، المرجع السابق، ص 143.

(4) د. على خطار شطناوي، "الوجيز في القانون الإداري"، المرجع السابق، ص 495.

أن يجاهر في التعبير عن آرائه السياسية المناهضة لسياسة الدولة، إذ أن هذا الالتزام يلاحق الموظف العام حتى لو خدم في دول أجنبية، بحيث يتسم سلوكه بالاعتدال والاستقامة أثناء إعارته⁽¹⁾.

الفرع الثالث

عدم الجمع بين الوظيفة والأعمال المحظورة

يلتزم الموظف العام بعدم الجمع بين وظيفته والقيام بأعمال أخرى وأنه " يحظر على الموظف وتحت طائلة المسؤولية التأديبية الإقدام على أي من الأعمال التالية... العمل خارج أوقات الدوام الرسمي دون إذ مسبق من جهة العمل، وأن لا ينشأ عن ذلك العمل إعاقه للعمل الرسمي، وأن لا يكون العمل الإضافي الجهات التي لها علاقة أو مصلحة بعمل الدائرة".

وفي ضوء ما تقدم ونظراً لعدم انقطاع العلاقة الوظيفية بين الموظف المعار وبين جهة عمله الأصلية فإن الموظف المعار ملزم كذلك بعدم الجمع بين وظيفته في الجهة المستعيرة وبين أي عمل آخر يتعارض مع واجباته الوظيفية الأصلية، وبشكل لا يتفق مع المصلحة العامة، إلا بعد موافقة السلطات المختصة في جهة عمله الأصلية والجهة التي أعير إليها، لأن الإعارة لا تؤدي - كما قلنا- إلى انقطاع العلاقة الوظيفية بين الموظف المعار وبين جهة عمله الأصلية، فوجود الموظف المعار في الجهة المعار إليها مؤقت، ومن ثم تستمر علاقته الوظيفية بجهة عمله الأصلية والتزامه بواجباته الوظيفية باعتبار موظف تمه سمعة بلده وحسن سير المرفق الأصلي الذي أعير منه، فسلوكه العام في الجهة المستعيرة أثناء فترة الإعارة هو انعكاس لسمعة بلده ودائرته الأصلية.

الفرع الرابع

عدم إفشاء السر الوظيفي

قد يطلع الموظف العام بحكم وظيفته، سواء أكان رأس عمله أم معاراً إلى جهة أخرى، على كثير من الأسرار الوظيفية، وغيرها من الأمور التي تتعلق بخصوصيات المواطنين كالمعلومات التي يعرفها رجال الشرطة والأطباء وغيرهم⁽²⁾، فيجب على الموظف الاحتفاظ بالمعلومات والوقائع التي يعلمها أثناء تأديته لوظيفته، فيمنع من نشرها أو إذاعتها أو تسليمها لأي شخص إلا إذا كان شخصاً مسؤولاً وكانت التشريعات ذات العلاقة تسمح بذلك.

(1) د. عمرو بركات، " نظام الإعارة في الوظيفة العامة"، المرجع السابق، ص 145.

(2) د. علي جمعة، التأديب الإداري في الوظيفة العامة، دراسة مقارنة في النظام العراقي والمصري والفرنسي والإنجليزي،

ط1، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004م، ص 122-124.

" ويحظر على الموظف وتحت طائلة المسؤولية التأديبية الإقدام على أي من الأعمال التالية... الاحتفاظ خارج مكان العمل لنفسه بأي وثيقة أو مخابرة رسمية أو نسخة منها أو صور عنها أو تسريبها لأي جهة خارجية أو الكتابة أو التصريح عنها دون أن يكون ذلك من صلاحياته...."

ومعنى ذلك أن المشرع الليبي يحظر على الموظف الذي يطلع أثناء عمله على أمور مختلفة إفشاءها، لأن أسرار العمل ليست ملكاً شخصياً للموظف، فلا يجوز له إطلاع غيره عليها أو تسريبها لأي جهة خارجية أو الكتابة أو التصريح بها، إلا إذا كان ذلك واجباً بحكم القانون ويقع ذلك ضمن صلاحياته، وإذا كان الالتزام يستمر عادة حتى بعد ترك الوظيفة، فإنه ومن باب أولى ينطبق على الموظف المعار سواء في الداخل أو الخارج، فإذا أحل بهذا الالتزام يمكن مساءلته تأديبياً أو جنائياً.

المطلب الثالث

تأديب الموظف المعار

لم يعالج المشرع الليبي تأديب الموظف المعار كما فعلت التشريعات الوظيفية المقارنة، وهو ما يمكن أن يستفاده القانون الليبي من هذه المقارنة، ففي فرنسا نص القانون المتعلق بالوظيفة العامة في الدولة لسنة 1984 وتعديلاته في المادة (45) منه على أن الموظف المعار يوضع تحت تصرف إدارته الأصلية عند ارتكابه لخطأ ما أثناء تأديبه لواجباته الوظيفية، واعتماداً على ذلك فإننا نستخلص أن الجهة المختصة بتأديب الموظف المعار عند ارتكابه لخطأ ما أثناء ممارسته لوظيفته هي جهة عمله الأصلية.

كما عالج المشروع المصري هذا الأمر بوضوح وأن اختلف من حيث المضمون عن المنهج الذي أخذ به القانون الفرنسي، فقد نصت المادة (3/82) من قانون العاملين بالدولة لعام 1978م على أنه " تختص المحكمة التأديبية بتوقيع أي من الجزاءات المنصوص عليها في المادة (80)، وتكون الجهة المنتدب أو المعار إليها العامل أو المكلف بها هي المختصة بالتحقيق معه، وتأديبه طبقاً للأحكام سالفه الذكر، وذلك عن المخالفات التي يرتكبها خلال فترة الندب أو الإعارة أو التكليف " ومعنى ذلك أن الجهة المختصة بالتحقيق مع الموظف المعار وتأديبه عن المخالفات التي ترتكب خلال فترة الإعارة هي الجهة المستعيرة.

ولم نجد نصاً في القانون الليبي يعطي الجهة المعيرة أو المستعيرة سلطة تأديب الموظف المعار، وتتم مسألة الموظف المعار أو المجاز أو المكلف عن الأخطاء والمخالفات الإدارية التي ارتكبها قبل إعارته أو إجازته أو تكليفه وفقاً لأحكام هذا النظام، وذلك أثناء تلك المدة أو بعد انتهائها حسب مقتضى الحال"

فالمشروع الليبي يتحدث هنا عن ارتكاب الموظف العام خطأً قبل إعارته، وبالتالي تأديبه قبل إعارته أو عند عودته، ولم يعالج الأمر بوضوح كما فعل القانون المصري الذ أحال الأمر كله إلى الجهة المستعيرة، أو القانون الفرنسي الذي أعطى الجهة المستعيرة صلاحيات تأديبية محدودة وأبقى التأديب في الأمور

الجمهورية للجهة المعيرة، وعليه فإننا نعتقد أنه لا بد من استكمال هذا النقص في نظام الإعارة الليبي، فالنص الواضح في هذا الشأن ضرورة قانونية ملحة نظراً لاتساع دائرة الإعارة الداخلية والخارجية مؤخراً.

المبحث الثالث

الرقابة القضائية على قرار إعارة الموظف العام

يراقب القضاء الإداري مدى مشروعية القرارات المتعلقة بإعادة الموظف العام ويلغي كل ما كان منها معيباً، كما يمكن أن يحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عنها.

وإذا كان القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر يمارس هذا الدور منذ زمن بعيد، فإنه يتميز كذلك بعمق التجربة في هذا المجال وبالتنظيم المتطور الذي يقوم على وجود درجات للتقاضي وتعدد للمحاكم الإدارية، وهو ما يساهم إلى حد بعيد في فاعلية الرقابة التي يمارسها على مشروعية قرارات الإدارة عموماً وتلك المتعلقة بإعارة الموظف العام على جهة الخصوص⁽¹⁾.

وبما أن المشرع قد أعطى للإدارة قدراً من الحرية في إتخاذ قراراتها، إلا أنه في ذات الوقت لم يجعل هذه الحرية مطلقة بل أخضعها لرقابة القضاء والذي هو بمثابة ملاذ المظلومين وصائن الحقوق وحامي الحريات⁽²⁾، لذا تنعقد ولاية الفصل في المنازعات الإدارية المتعلقة بالإعارة للقضاء الإداري، من خلال الدعاوى التي يقيمها أصحاب المصلحة والمتضررون من أعمال وتصرفات الإدارة المخالفة لمبدأ المشروعية بهدف رد الإدارة للحدود المرسومة لها⁽³⁾، أي أن الإدارة عند إتخاذها لمثل هذه القرارات يجب أن تكون في حدود ما يُمنح لها من سلطة تقديرية، وأن لا تسعى استخدام هذه السلطة، وإلا كان قرارها عرضة للإلغاء من قبل القضاء.

ولقد نص المشرع صراحة على أوجه الإلغاء في القوانين⁽⁴⁾، حيث ترفع دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري بهدف إلغاء قرار غير مشروع وباطل، وذلك لأنه معيب بأحد العيوب الأساسية وهي:

(1) د. علي خطار، موسوعة القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011.

(2) راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا الليبية، طعون 2 - 55، 5 - 55، ق، جلسة 2009/11/11م، غير منشور راجع: د. المهدي محمد، د. حسن إبراهيم خليل: "المدونة الدستورية التعليق على الإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي"، ص 174.

(3) راجع: د. خليفة الجبراني: "القضاء الإداري - الرقابة على أعمال الإدارة"، ص 243؛ د. محمد عبد الله الدليمي: "الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في القانون الليبي"، الجامعة المفتوحة، طرابلس ليبيا 2002م، ص 219.

(4) راجع: المادة الثانية من قانون رقم (6) لسنة 2006م بشأن القضاء الإداري الليبي البنود (2، 3، 4، 5، 6)، قانون المحكمة العليا الليبية سنة 1953م في المادة (21).

المطلب الأول : العيوب الشكلية :

تتمثل المخالفات الشكلية في الخروج عن القواعد العامة في الاختصاص أو مخالفة قواعد الشكل والإجراءات التي يتطلبها القانون وهي كالآتي :

أولاً : الاختصاص

يقصد بالاختصاص مجموعة الصلاحيات والمسئوليات التي يعهد بها المشرع لموظف ما أو لهيئة إدارية معينة من أجل الوصول إلى الأهداف المكلفين بتحقيقها⁽¹⁾؛ لهذا فإن تحديد قواعد الاختصاص هو تقسيم العمل بين الوحدات الإدارية حتى يسهل تخصصها ، وبالتالي إنجاز ما يعهد إليها من أعمال بنجاعة وفاعلية⁽²⁾، ونظراً لهذه الاعتبارات استقر القضاء الإداري على أن العيب الذي يشوب ركن الاختصاص في القرار الإداري هو من العيوب المتعلقة بالنظام العام فلا يجوز الإتفاق مع الإدارة على مخالفتها ، ولهذا يكون عيب الاختصاص صدور القرار من موظف ليس له سلطة إصداره طبقاً للقوانين أو اللوائح النافذة⁽³⁾.

ينقسم عدم الاختصاص إلى عدم الاختصاص الجسيم فيؤدي إلى انعدام القرار الإداري⁽⁴⁾ أما عدم الاختصاص البسيط فقد يكون سلبياً ويتمثل في امتناع المختص عن ممارسة اختصاصه أو إيجابياً بإصدار قرار ليس من اختصاصه ، وهذا يجعله عرضة للإلغاء إذا ما تم الاعتراض عليه أمام القضاء⁽⁵⁾.

(1) راجع : د. محمد عبد الله الحراري : " الرقابة القضائية على أعمال الإدارة" ، ص 560 .

(2) فإن التحديد لقواعد الاختصاص هو تقسيم العمل بين الوحدات الإدارية حتى يسهل تخصصها وبالتالي إنجاز ما يعهد إليها من أعمال بنجاعة وفاعلية وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا الليبية : "بأن توزيع الاختصاصات بين الجهات الإدارية والهيئات مراعى في الصالح العام والذي يقتضى تقسيم العمل حتى يتفرغ كل موظف وكل هيئة لما أنيط به ليؤديه على خير وجه بالإضافة لما في ذلك التقسيم والتوزيع من مصلحة للأفراد حتى يسهل توجيههم إلى أقسام الإدارة المختلفة ، راجع : طعن 1-16 ق ، جلسة 14/6/1970م ، مجلة المحكمة العليا ، السنة السادسة العدد الرابع ، ص 27 ، للتوضيح راجع : أ. كنتاوى عبد الله : " ركن الاختصاص في القرار الإداري" ، رسالة ماجستير كلية القانون - جامعة أبو بكر بلقايد - الجزائر ، 2011م ، ص 16 وما بعدها .

(3) راجع : د. محمود محمد حافظ : "القضاء الإداري" ص 633 ؛ د. ماهر أبو العينين : "أسباب إلغاء القرارات الإدارية" ، الكتاب الثاني ، 1998م ، ص 24.

(4) ومن التطبيقات القضائية لذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري المصري : "من أن القانون قد جعل نقل موظفي مصلحة السكك الحديدية لغاية الدرجة الثانية من اختصاص المدير العام وحده ، فإذا كان قرار نقل المدعي قد صدر من السكرتير العام للمصلحة فإنه يكون صادراً من موظف غير مختص ، وهو بهذه المثابة مشوب بعيب اغتصاب السلطة مما يجعله معدوماً ، ولا أثر له" ، طعن 125 لسنة 26 ق ، جلسة 28/12/1986م ، مجموعة السنة 32 الجزء الأول القاعدة 79 ، ص 519 ، للتوضيح راجع : د. محمد رفعت عبد الوهاب : "أصول القضاء الإداري" المرجع السابق ص 35.

(5) راجع : حكم المحكمة العليا الليبية ، طعن 111-53 ق ، جلسة 17/6/2007م ، مجموعة أحكام المحكمة العليا 2008/2009 ، ص 52 ؛ للتوضيح أكثر راجع : د. سليمان الطماوي : "النظرية العامة للقرارات الإدارية" المرجع السابق ، ص 334 ؛ د. مصطفى أبو زيد فهمي : "القضاء الإداري ومجلس الدولة - قضاء الإلغاء" المرجع السابق ص 175 .

وهكذا فإن القواعد القانونية المتعلقة بالقرار الإداري سواء أحولت الإدارة بسلطة مقيدة أم تقديرية فإن ذلك ليس له أي تأثير على سلطة القاضي الإداري في تقدير مشروعيته إذا ما تعلق بركن الاختصاص وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها: "فإن المشرع أفرد بنقل شاغلي الوظائف العليا القيادية نظاماً خاصاً بما يتماشى وأسلوب اختيارهم الذي جاء به القانون ... ، ومن ثم أفرد نظاماً لنقلهم يحقق الهدف الذي سعى إليه فيكون نقل شاغلي هذه الوظائف اعتباراً من اليوم التالي لإنهاء المدة التي حددها قرار تعيينه ويصدر القرار بنقله من رئيس مجلس الوزراء إذا تم النقل للخارج الوحدة التي يعمل فيها الموظف ، ويصدر من السلطة المختصة وفقاً للقواعد واللوائح إذا كان النقل يجري في داخل الوحدة التي يعمل بها ، وصدور هذا القرار من رئيس مجلس الوزراء بحسبان أن نقل الطاعن كان خارج الوحدة التي يعمل بها فإن هذا القرار يكون قد صدر بعد إنتهاء المدة المحددة لشغله الوظيفة القيادية ومن هو مختص قانوناً بإصداره ومن ثم يكون قد صادف صحيح القانون وبمنأى عن الإلغاء"⁽¹⁾، وفي حكم آخر جاء فيه: "إن القرار المطعون فيه صدر من مدير عام إدارة شؤون العاملين بالوزارة دون أن يكون مفوضاً في ذلك من السلطة المختصة (المحافظ المختص) ... ، ومن ثم يكون القرار الطعين صادراً من غير مختص"⁽²⁾.

كما جاء في حكم آخر: "بأن النذب يتم على أساس التأقيت ولا يجب عرضه على لجنة شؤون العاملين وتجريه السلطة المختصة وفقاً لما تراه محققاً للصالح العام دون معقب عليها في هذا الصدد ... وصدور القرار المطعون فيه من سكرتير عام محافظة القليوبية دون أن تقدم الجهة الإدارية ما يفيد تفويضه من المحافظ المختص في إصدار مثل هذا القرار فمن ثم يكون القرار الصادر بالنذب قد وقع مخالفاً لأحكام القانون واجب القضاء بإلغائه مع ما يترتب على ذلك من آثار"⁽³⁾

(1) راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن 16566-50 ق ، جلسة 2007/5/26م ، مجلة هيئة قضايا الدولة العدد الثالث ، السنة الحادية والخمسون ، 2007م ، العدد 205 ، ص 221 ، كما جاء في أحد أحكام المحكمة = العليا الليبية بأن: "نقل ضابط الشرطة إلى الخدمة المدنية يكون بقرار من اللجنة الشعبية العامة بناء على عرض على اللجنة الشعبية العامة للأمن العام وهو ما قرره المادة (110) من قانون الأمن والشرطة الصادر بقانون رقم 10 لسنة 1992م ، وليس في قانون رقم 1 لسنة 2001م بشأن المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية ولائحته الداخلية الصادر بقرار الأمانة العامة للمؤتمرات الشعبية الأساسية الساريان وقت صدور القرار المطعون عليه ، ما يخول اللجنة الشعبية للأمن العام إصدار ذلك القرار" طعن 300 - 56 ق ، جلسة 2013/6/2م ، غير منشور .

(2) راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن 9038 - 49 ق ، جلسة 2007/5/26م ، د. خالد عبد الفتاح: "قواعد النقل والنذب" ، ص 38 ؛ حكم المحكمة العليا الليبية ، طعن 83 - 56 ق ، جلسة 2011/12/18م ، غير منشور .

(3) راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن 1307 - 53 ق ، جلسة 2010/12/25م ، مجلة هيئة قضايا الدولة العدد الأول ، السنة الخامسة والخمسون ، 2011 ، العدد 217 ، ص 127 ، للتوضيح أكثر عن مفهوم اغتصاب السلطة راجع: د. أبوبكر أحمد التعييمى: "حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء - دراسة مقارنة" ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، 2013م ، ص 121 وما بعدها ؛ أ. هيمن فؤاد رحيم: "مشروعية عنصر الاختصاص في القرار الإداري دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية 2015م ، ص 95 .

وخلاصة القول بأن سلطات القضاء الإداري في تقدير مشروعية القرار الإداري من ناحية الاختصاص حيث ما وجد أن القرار الإداري المتعلق بالنقل أو الندب أو الإعارة المطعون فيه يقع خارج اختصاص الجهة الإدارية المدعى عليها فإنه يقرر على الفور عدم مشروعية هذا القرار ويحكم بإلغائه ولعل ذلك أنه عيب متعلق بالنظام العام ، فهذا خير دليل على سعة سلطات القضاء الإداري في مراقبة هذا العيب وتقدير مشروعيته ، ولا يسقط الدفع بعدم الاختصاص بالدخول في موضوع الدعوى أي يجوز إبداءه في أية مرحلة من مراحل التقاضي ولو أول مرة أمام المحكمة العليا التي تملك أن تقضي به من تلقاء نفسها⁽¹⁾.

ثانياً : الشكل والإجراءات :

يقصد به المظهر الخارجي الذي يتعين على مصدر القرار لإفراغه فيه ، بمعنى مجموعة القواعد الشكلية للإجراءات التي يجب أن تلتزم جهة الإدارة قانوناً بإتباعها عند إصدارها للقرارات الإدارية⁽²⁾.

وتأسيساً على ذلك كلما استوجب القانون إتباع شكليات وإجراءات معينة تعين على جهة الإدارة الإلتزام بها فلا تستطيع إسقاطها أو الانتقاص منها ، وإلا كان قرارها فاقداً لركن الشكل ومن ثم قابلاً للإلغاء وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا : "أن المشرّع أجاز للجهة الإدارية نقل العامل من وحدة إلى أخرى على ألا يترتب على نقله تفويت دور العامل في الترقية بالأقدمية ، واشترط موافقة لجنة شئون العاملين على ذلك النقل ، وأن اختصاص هذه اللجنة عام يشمل النقل المكاني داخل الوحدة ، كما يشمل النقل من وحدة إلى أخرى" ، ومن ثم تكون الجهة الإدارية الطاعنة قد أغلقت وأسقطت مرحلة هامة جوهرية من مراحل تكوين قرارى النقل المطعون فيهما ، ومن ثم يكونا قد جاءا مخالفين القانون ويتعين القضاء بإلغائهما وما يترتب عليهما من آثار⁽³⁾ ، وضرورة الشكل تأتي من أن أهمية النتائج التي تترتب على إغفال الشكليات أو الإجراءات التي نص عليها القانون ، فإذا كان تجاهل هذه الشكليات أو الإجراءات من شأنه أن يؤثر في القرار المتخذ أي أن إتباع الشكليات والإجراءات

(1) راجع : حكم المحكمة العليا الليبية ، طعن 26 - 27 ق ، جلسة 1983/11/13م ، مجلة المحكمة العليا ، العدد الثالث ص 13.

(2) للتوضيح أكثر راجع : د. محمد رفعت عبد الوهاب : "أصول القضاء الإداري" ، المرجع السابق ، ص 211 د. محمد عبد الله الحراري : " الرقابة القضائية على أعمال الإدارة" ، المرجع السابق ، ص 568 ؛ د. ماجد راغب الحلو : "القرارات الإدارية" ، المرجع السابق ، ص 105 .

(3) راجع : حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن 1522 - 54 ق ، جلسة 2012/3/10م ، مجلة هيئة قضايا الدولة العدد الثالث ، السنة السابعة والخمسون ، العدد 227 ، ص 152 ؛ وطعن 9835 و 9903 - 57 ق ، جلسة 2011/6/18م مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الثالث ، السنة الواحدة والخمسين ، العدد 219 ، ص 208 للتوضيح أكثر : د. محمد رفعت عبد الوهاب : "أصول القضاء الإداري" ، المرجع السابق ، ص 186 .

كان سيؤدي إلى حصول تعديل في القرار المتخذ ، ففي هذه الحالة يعد الشكل أو الإجراء جوهرياً يترتب على عدم القيام به اعتبار القرار الإداري غير مشروع بسبب عيب في شكله ، أما في عدم وجود تأثير لتجاهل الإدارة الشكليات أو الإجراءات التي نص عليها القانون فإن هذه الشكليات أو الإجراءات تعد ثانوية ولا تؤثر على مشروعية القرار الإداري .

أما فيما يخص التسبب فإنه وفق الأصل أن الإدارة ملزمة في جميع الأحوال بأن تستند إلى سبب صحيح في القانون في إصدارها لقراراتها ، إلا أنها غير ملزمة بالإفصاح عن هذا السبب في صلب قرارها أي غير ملزمة بتسبب قرار النقل أو الندب أو الإعارة إلا إذا ألزمها القانون ذلك ⁽¹⁾ أما إذا لم يشترط القانون صراحة تسبب القرار الإداري فلا يترتب على جهة الإدارة خطأ إن هي أغفلت بيان الأسباب التي بُني عليها قرارها ⁽²⁾.

وتأسيساً على ذلك يرى الباحث أنه يجب على المشرع إلزام الجهة المختصة بالتسبب لما له دلالة على مراقبة مشروعية القرار الإداري من حيث سلامة صحة الوجود المادى للوقائع وسلامة تكييفها القانوني ، أي أن ذكر السبب في قرار النقل أو الندب أو الإعارة واضحاً وجلياً بأن الإدارة قد ابتغت من وراءه مصلحة العمل ولم يكن بغرض التشنفي أو الإنتقام فإن قرارها يكون قد صادف صحيح القانون أي ابتغاء المصلحة العامة ، أما إذا جاءت العبارات والأسباب التي أوردها القرار مرسلة مبهمه ، لا تكفي لحمله ولا تنهض دليلاً على ما قضى به ولا تحقق الغرض الذي قصده المشرع من تسبب القرارات ، ولا تتمكن معه المحكمة من تطبيق القانون ، فإن قرار النقل أو الندب أو الإعارة يبطل لقصور في تسببه .

أى عندما تقوم الإدارة بإصدار قرارات النقل أو الندب أو الإعارة إلى جهة أخرى وأرادت من ذلك إبعاد الموظف عن الاستفادة بالمزايا الوظيفية التي كان قد يتحصل عليها إن بقي في وظيفته الأصلية مثل الترقية إلى وظيفة قيادية مثلاً فإن قرارها يكون معيباً وقابلًا للإلغاء ⁽³⁾. وكذلك قرارات لجنة شؤون العاملين مثلاً بالتعقيب على درجات الكفاية فهذا قد يضر الموظف من الترشيح إذا كان هناك إجراء الانتداب أو

⁽¹⁾ راجع : حكم المحكمة العليا الليبية ، طعن 5 - 25 ق ، جلسة 1977/3/17م ، مجلة المحكمة العليا السنة السادسة والعشرون العدد الرابع ، ص 14 ، وحكم المحكم الإدارية العليا ، طعن 12166 - 51 ق ، جلسة 2013/1/26م ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الرابع ، السنة التاسعة والخمسون ، 2015 ، العدد 236 ص153.

⁽²⁾ راجع : حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن 213 - 55 ق ، جلسة 1990/2/3م ، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا ، السنة 26 ، العدد الثاني ، ص 312 .

⁽³⁾ راجع : حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن 3670 - 51 ق ، جلسة 2007/3/17م ، د.خالد عبد الفتاح : "قواعد النقل والندب" ، المرجع السابق ، ص 135 .

الإعارة وخاصة إذا كانت خارجية⁽¹⁾، لما لها من شروط وميزات يجب توافرها لدى المرشح ومنها الكفاءة والقدرة على إدارة بعض المهام التي قد لا تتوافر لدى الجهة المراد الإعارة إليها .
ولهذا يجب تعزيز مبدأ تسبب تلك القرارات بما لها أهمية لدى الإدارة أو الموظف أو القضاء حيث يستظهر من تسبب القرارات وجود سبب صحيح ظاهر غير مستتر ويحقق مشروعية تلك القرارات لأن التسبب يكشف عن إساءة استعمال السلطة ولا ينعدم فإن دوره في الكشف عن الانحراف في الإجراءات لا ينكر وهذا هو المقصد منه .

المطلب الثاني : العيوب الموضوعية

وهذه العيوب تتعلق بمضمون القرار الإداري نفسه أي بموضوعيته ويتمثل في عيب مخالفة القانون وعيب السبب ، وعيب الانحراف باستعمال السلطة ، وذلك في الآتي :

أولاً : المحل :

إن القرارات الإدارية بوجه عام ينبغي أن تكون صادرة بالإستناد إلى قواعد قانونية أي أن محل القرار الإداري هو الأثر القانوني الذي تتجه إرادة جهة الإدارة إلى ترتيبه⁽²⁾، ويتمثل هذا الأثر القانوني في إنشاء المراكز القانونية أو تعديلها أو إلغائها⁽³⁾، ومن هنا إذا كان محل القرار الإداري أي الأثر القانوني الذي تريد الإدارة ترتيبه مخالفاً لأية قاعدة من القواعد القانونية⁽⁴⁾، كما لو أصدرت جهة الإدارة قراراً بالنقل أو الندب أو الإعارة دون استيفائه للشروط القانونية أو خلال الفترات التي توقف فيها القوانين أو اللوائح لمثل هذه الإجراءات لأن جميع هذه الحالات تكون محل القرار غير مشروع الأمر الذي يؤدي إلى قابلية القرار الإداري ذاته للإلغاء لعيب في محله.

وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها : "أن قرار النقل المطعون ضده من وظيفة مدير عام منطقة المعادى الطبية لم يحدد الوظيفة التي نقل إليها وإنما اكتفى بأن يتم للإدارة العامة لشئون العلاقات والخدمات المكملة بديوان عام مديرية الشؤون الصحية بالقاهرة دون تحديد وظيفة محددة أو معينة ليشغلها المطعون ضده ، أو الاختصاص الوظيفي الذي سوف يباشره وترتيباً على ذلك يكون قرار نقل المطعون ضده إلى غير وظيفة محددة ولم يسند للمطعون ضده أي عمل أو اختصاص

(1) راجع : ما تم توضيحه لتقرير الكفاية الموظف المنقول والمنتدب والمعار من هذا الباب .

(2) راجع : د. محمد رفعت عبد الوهاب : "أصول القضاء الإداري" ، المرجع السابق ، ص 179.

(3) راجع : حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن 4758 - 37 ق ، جلسة 1992/5/3م ، مجموعة المبادئ القانونية المرجع السابق ، ص 160.

(4) ولا يقتصر مدلول القانون الذي يجب أن يكون محل القرار الإداري مطابقاً له على القواعد التشريعية الصادرة من المشرع ، بل يشمل كافة القواعد القانونية النافذة أيا كانت الجهة التي أصدرته .

وظيفي ومن ثم يكون هذا القرار غير مشروع ومخالف القانون" ⁽¹⁾، كما أكدت أيضاً المحكمة العليا الليبية على نفس المفهوم هو : "متى كان ذلك وكان القرار الطعين رقم 45 لسنة 2008 بتكليف موظفين بمهام هو في حقيقته بالنسبة للطاعن قرار نوعي لم يوجب نقله إلى وظيفة غير محددة بوحدة شئون المراقبة ، فلم يتم النقل إلى وظيفة شاغرة بعينها وبدرجة تعادل درجة الوظيفة المنقول منها علاوة على أن وظائف الوحدة المذكورة تنتمي لمجموعة الوظائف الإدارية بالملاك العام للوحدة الإدارة وليست من الوظائف الفنية التي ينظمها الملاك الفني لهذه الوحدة التي تندرج ضمنها وظيفة الطاعن المنقول منها ومن ثم فإن قرار النقل يكون معيباً بمخالفة القانون" ⁽²⁾

أما بخصوص النذب فإن السلطة المختصة بنذب العامل للقيام مؤقتاً بعمل بوظيفة أخرى من نفس درجة وظيفته أو من درجة أعلى في ذات الوحدة أو في وحدة أخرى وفقاً لمفهوم التأقيت في هذا المجال أي أن يكون النذب لمدة سنة واحدة قابلة للتجديد حتى أربع سنوات ، وحظر التجديد بعدها إلا في حالة الضرورة ، ويشترط عدم وجود درجات يمكن شغلها عن طريق النقل ويتعين على الجهة الإدارية احترام هذه القواعد وإلا وقع قرارها باطلاً واجب الإلغاء ⁽³⁾، وهذا ما عنته المحكمة العليا الليبية في أحد أحكامها بأن : "التكليف لا يمكن وصفه بالنذب لتخلف شروط النذب فيه ، ولما كان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر واعتبر القرار المشار إليه قرار نذب للمطعون ضده بالإضافة إلى عمله الأصلي وقضى له بعلاوة النذب من تاريخ صدور القرار وحتى تاريخ صدور الحكم فإنه يكون بذلك قد أخطأ في تطبيق القانون" ⁽⁴⁾، وكذلك في حكم آخر جاء فيه : "فإن توقف صرف المرتب بعد أن كسب المدعى حقاً بأن يُمنح المرتب أثناء المدة المحددة للإعارة والمدة التي تجددت لها ، واستمر الصرف فعلاً خلالها إلا أن إعارة المدعى قد تجددت مرة أخرى بقرار رئيس الجمهورية رقم 9451 لسنة 1968م الصادر في 2 أكتوبر 1968م وذلك لمدة سنة أخرى اعتباراً من 1968/9/5م دون أن

(1) راجع : حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن 6932 - 46 ق ، جلسة 2007/4/7م ، د.خالد عبد الفتاح : "قواعد النقل والنذب" ، المرجع السابق ، ص 13.

(2) راجع : حكم المحكمة العليا الليبية ، طعن 134 - 56 ق ، جلسة 2012/2/26م ، غير منشور ، طعن 104 - 47 ق جلسة 2004/5/9م ، مجموعة أحكام المحكمة العليا 2004م / 2005 ، ص 147 .

(3) راجع : حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن 5509 - 54 ق ، جلسة 2011/5/77م ، مجلة هيئة قضايا الدولة العدد الثالث ، السنة الخامسة والخمسون ، 2011م ، العدد 219 ، ص 205 ؛ طعن 10564 - 50 ق جلسة 2013/6/22م مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الثاني ، السنة الثامنة والخمسون ، 2014 ، العدد 230 ، ص 270.

(4) راجع : حكم المحكمة العليا الليبية ، طعن 209 - 56 ق ، جلسة 2013/3/19م ، غير منشور ؛ طعن 104 - 51 ق جلسة 2007/1/7م ، مجموعة أحكام المحكمة العليا ، 314 .

يصدر من الجهة الإدارية عن مدة التجديد موافقة صريحة على منح المدعى مرتبه في مصر أو موافقة ضمنية بالصرف فعلاً ، ومن ثم لا يجوز أن يُمنح قانوناً هذا المرتب طوال هذه الفترة وإلى حين انتهاء الإعارة . ومن حيث أن الحكم المطعون فيه إذ جاء مخالفاً لهذا النظر فقد انطوى على خطأ في تطبيق القانون وتأويله ويتعين إلغاؤه⁽¹⁾ وبذلك فإن الرقابة القضائية لهذا العيب هي رقابة مشروعية تستهدف البحث عن مدى مطابقة المحل الإداري للقواعد القانونية التي تؤدي إلى قابلية القضاء الإداري للإلغاء لا إلى بطلانه بطلاناً مطلقاً ، لأنه لا يتعلق بالنظام العام ومن ثم فإنه يتحصن من السحب الإداري أو الإلغاء القضائي بفوات ميعاد الستين يوماً المقررة للطعن على القرارات الإدارية .

ثانياً : السبب

يقصد به الحالة الواقعية أو القانونية الخارجة عن الإرادة وقصد مصدر القرار والتي تملي عليه إصداره لإحداث مركز قانوني معين⁽²⁾ ، ولهذا فإن القرار الإداري يجب أن يستند إلى وقائع مادية أو قانونية كانت هي السبب أو الدافع الذي حرك جهة الإدارة لإتخاذها⁽³⁾ ، فسبب قرار النقل قد يكون إلغاء لوظيفته أو بطلب من الموظف نفسه أو بسبب آخر ترى الإدارة فيه تحقيق صالح المرفق وكذلك النذب أو الإعارة يجب أن يكون الباعث هو القيام بالأعمال المكلف بها في الجهة المنتدب أو المعار إليها وكذلك في صورة منح الإجازة للزوج أو الزوجة الموظفة للسفر مع الزوج بسبب إعارة أحدهم للخارج وإذا صدر قرار النقل أو النذب أو الإعارة دون أن يقوم هذا الأخير بممارسة أى أعمال تتناقى والشروط الواجب توافرها في هذا القرار فيكون غير مشروع لعيب في سببه .

وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بأن : "لا جناح على الإدارة إن هي أعلنت سبباً وهمياً للقرار الإداري الصادر بنقل المطعون ضده من السلك الدبلوماسي إلى هيئة البريد وهو كونه زائداً عن حاجة العمل بالوزارة ، إخفاء للسبب الحقيقي وهو عدم صلاحيته لتولى وظائف السلك الدبلوماسي ، مادامت تبغي بذلك مصلحة مشروعاً للموظف المنقول تتمثل في حرصها على سمعته الوظيفية في الهيئة المنقول إليها ، وعلى المحكمة أن تسلط رقابتها على السبب الحقيقي للقرار

(1) راجع : حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن 33 - 18 ق ، جلسة 1978/5/7م ، د.خالد عبد الفتاح : "شرح أحكام نظام العاملين بالدولة ، ص 644 ، للتوضيح أكثر راجع : أ. سلوى حسن ردام الدليمي : "الخطر الدستوري لتحسين القرار الإداري من الطعن القضائي - دراسة مقارنة" ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية ، 2016م ، ص 75 وما بعدها .

(2) راجع : د. محمد رفعت عبد الوهاب : "أصول القضاء الإداري" ، المرجع السابق ، ص 184 ؛ د. محمد عبد الله الحراري : "الرقابة القضائية على أعمال الإدارة" ، المرجع السابق ، ص 338 .

(3) راجع : د. ماجد راغب الحلو : "القرارات الإدارية" ، المرجع السابق ، ص 92 .

دون السبب الظاهري ولا يعد ذلك إخلالاً لسبب دون آخر ، لأن السبب الواقع من الأمر سبب واحد ولم يتبدل . هو عدم الصلاحية لتولى وظائف السلك الدبلوماسي ... " (1).

كما أكدت المحكمة العليا الليبية أيضاً : "بأن المطعون ضدهم من بين العاملين بالحرس البلدي وتقرر ندهم للعمل على سبيل التفرغ باللجنة الأمنية المشتركة لمكافحة الظواهر الهدامة ... والاستمرار في أداء أعمالهم بالجهة المنتدبين إليها إلى أن أبلغوا بتاريخ 2003/7/5م بفصلهم وآخرين من العمل اعتباراً من تاريخ انقطاعهم عن أداء وظائفهم دون أن يثبت أن جهة الإدارة قد أصدرت قراراً بإنهاء ندهم وإبلاغهم بذلك مما يعني أن قرار النذب قد جدد تلقائياً والقول بانقطاع المطعون ضدهم عن العمل والذي اتخذته جهة الإدارة سبباً لإصدار القرار المطعون لا أصل في الأوراق مما يفقد هذا القرار أحد أركانه وهو ركن السبب ، ويكون بالتالي مخالفاً للقانون " (2) كما أكدت المحكمة الإدارية العليا : "إن رغبة المشرّع في السعي نحو الحد من ظاهرة البطالة ولو على نحو مؤقت رخص في شغل وظائف المعارين أو الحاصلين على إجازة خاصة بدون مرتب .. متى كانت الإعارة أو الإجازة الخاصة بدون مرتب ... لا تقل عن سنة ، وعنى من البيان أن هذه الوظائف تخلى بعودة شاغليها الأصليين لاستلام أعمال وظائفهم ... ، ومن حيث أن الثابت من الأوراق أن صاحب الوظيفة الأصلي ولئن كان قد عاد لمقر عمله إلا أنه لم يعد لاستلام أعمال وظيفته وللاضطلاع بأعبائها إنما عاد لتقديم استقالته وإنهاء علاقته الوظيفية بجهة عمله فإنه يكون قد انتفى شرط إنهاء خدمته لعودة صاحب الوظيفة الأصلية وإذا اتخذت جهة الإدارة من عودة المذكور وتقديمه لاستقالته سبباً لإنهاء خدمة الطاعنة فإنها قد ابتدعت سبباً لإنهاء خدمة شاغلي الوظائف على نحو مؤقت لا يعرفه القانون" (3).

ولهذا فإن قام القرار الإداري على سبب حقيقي فإن ذلك يعني بالضرورة أنه سيحقق غرضه المحدد ، وذلك بغض النظر عن البواعث حتى ولو كانت غير مشروعة ، أما إذا اتجه القرار لتحقيق غرض غير الواجب استهدافه فإن ذلك يفيد بالضرورة أن الإدارة قد عمدت في قرارها إلى تأكيد قيام سبب غير

(1) راجع : حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن 274 - 11 ق ، جلسة 1968/1/6م ، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ، السنة 13 ، ص 383 ؛ حكم المحكمة العليا الليبية ، طعن 4 - 55 ق ، جلسة 2008/11/13م ، مجموعة أحكام المحكمة العليا 2009/2008 ، ص 321 .

(2) راجع : حكم المحكمة العليا الليبية ، طعن 94 - 52 ق ، جلسة 2007/2/11 ، مجموعة أحكام المحكمة العليا 2008/2007 ، ص 380 .

(3) راجع : حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن 1107 - 50 ق ، جلسة 2006/11/25م ، مجلة هيئة قضايا الدولة العدد الأول ، السنة الحادية والخمسون ، العدد 201 ، ص 211 ، للتوضيح أكثر راجع : أ. أحمد محمد أحمد أبو عائشة : "امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها" ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية 2016 ، ص 77 وما بعدها .

موجود ولهذا فان عيب السبب في القرار الإداري ليس من النظام العام ومن ثم لا يجوز للقاضي الإداري إثارته من تلقاء نفسه ، وإنما يقع عبء إثباته على الطاعن وحده ، كما أنه لا يؤدي إلى البطلان المطلق ، وإنما فقط إلى عدم مشروعية ، أى قابليته للإلغاء ومن ثم يتقيد الطعن عليه بالميعاد المقرر وبفواته يتحصن .

ويرى الباحث بأنه يجب على الإدارة الحرص عند إصدار القرارات بأن تتوخى فيها المشروعية وتبتعد عن تلك الاجراءات التي قد تلحق ببعض موظفيها وخاصة التي تمس مراكزهم القانونية بل يجب عليها أيضا أن تتوخى في ذلك البواعث والحجج التي يُستند إليها عند إصدار القرارات سواء تمتعت بسلطة تقديرية أو مقيدة ؛ لهذا تعتبر الرقابة القضائية على تلك الأسباب ضمانا هامة وأساسية يصوغ للقاضي التدخل ولا تخضع للهواء والميول لمصدر القرار .

ولما كانت قرارات النقل والندب والإعارة لها خصوصية كبيرة ومؤثرة تأثيراً مباشراً على الموظف لهذا يجب على الإدارة توخي الصالح العام في إتخاذ مثل هذه الإجراءات ولا تكون منافية للمشروعية ، ولما كان عبء الإثبات يقع على من يدعى العكس فهنا الصعوبة حيث لا يستطيع الموظف المتضرر إثبات بالمستندات التي في حوزة الإدارة أو إجبارها على تقديمها والتي تجعل القاضي الإداري يجيبه إلى طلبه ويحكم بإبطال القرار الإداري ومن ثم إلغائه .

رابعاً : الغاية

يقصد بها الهدف الذي تسعى إليه الجهة الإدارية مصدرة القرار أو النتيجة النهائية التي تريد تحقيقها⁽¹⁾، ومن ثم لا يجوز لهذه الجهة الإدارية أن تستخدم سلطاتها وامتيازاتها ومن بينها إصدار القرارات الإدارية لتحقيق غرض يخرج عن الصالح العام كالانتقام مثلا⁽²⁾، أو تحقيق نفع شخصي لهذا فإن الهدف من قرار النقل أو الندب أو الإعارة يجب أن يكون لتحقيق الصالح العام مادامت لم تحمل في طياتها قرارات مقنعة تمس مركز الموظف ، كان يتضمن النقل تنزيلاً لدرجة الموظف أو تخفيضاً لمرتبه أو تفويتاً لترقيته بالأقدمية أو أن يتم النقل إلى وظيفة داخلية في الهيكل التنظيمي للجهة المنقول إليها .

وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا في العديد من أحكامها حيث جاء : "أن لجهة الإدارة سلطة تقديرية في نقل العامل ابتغاء تحقيق الصالح العام ومقتضيات حسن سير المرافق العامة دون أن يكون للعامل حق التمسك بالبقاء في وظيفة معينة ، فإذا لم تبغ الإدارة بالنقل الصالح العام أو انخرقت عن هذه الغاية واتخذت منه سبيلاً للتنكيل بالعامل فإن قرارها يكون مشوباً بعيب إساءة السلطة

(1) راجع : د. محمد عبد الله الحراري : "الرقابة القضائية على أعمال الإدارة" ، المرجع السابق ، ص 462
د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة : "الموسوعة الإدارية الشاملة في إلغاء القرار الإداري" ، ص45.

(2) راجع : د. محمد رفعت عبد الوهاب : "أصول القضاء الإداري" ، المرجع السابق ، ص 208.

مما يوصمه بعدم المشروعية" ⁽¹⁾، كما أن قرار النذب أو الإعارة قد يتضمن عقوبة مقنعة أيضاً وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا : "إن النذب هو من الصلاحيات التي تجريها الجهة الإدارية بموجب سلطتها التقديرية في حدود ما قيدها به القانون من ضوابط ولا يحد سلطتها في الاختيار في هذا الصدد سوى قيد عدم الانحراف بالسلطة أو إساءة استعمالها ، فمن ثم فإنه لا ترتب على الجهة الإدارية إن هي قدرت واختارت بصلاحية الاختيار والتقدير التي قررها لها القانون في هذا الصدد أن تشغل وظيفة المذكور ندباً بغيره فيمن آثرت ندبهم لمعاونتها في إدارة المرفق متوخية في ذلك الصالح العام وصالح المرفق ، ولم يثبت إنحرافها بالقرار إلى غاية أو مآرب غير ذلك ، فإنه لما كان كذلك فمن ثم فإن قرارها المطعون عليه يكون مبرراً من العيوب وجاء وفق ما رسمته أحكام القانون المنظمة للنذب مما يكون معه طلب إلغائه على غير سند من صحيح القانون" ⁽²⁾، وفي حكم آخر جاء فيه : "كما أن المشرع وإن أجاز للسلطة المختصة بالتعيين وبعد موافقة العامل كتابة إعارته للعمل في الداخل أو الخارج في ضوء القواعد والإجراءات التي تصدرها السلطة المختصة قائماً بممارسة جهة الإدارة لهذه السلطة إنما يكون وفقاً لما تراه محققاً لصالح العام ، وبما لا يعقب عليها مدامت لم تخرج عن القواعد التي استنتجتها لنفسها في ممارسة سلطتها التقديرية وضوابط ممارستها لهذه السلطة ، وهي إن خالفت هذه القواعد فإنها قد خالفت قاعدة تنظيمية قيدت وضبطت بها سلطتها التقديرية ومن ثم خالفت القانون بالمعنى الواسع ، وهي إن بغيت غاية لا تمت إلى المصلحة العامة أو هدفت إلى الإضرار بعامل أو إفادة عامل دون حق فإنها تكون قد انتكبت المصلحة العامة وانخرقت باستعمال سلطتها" ⁽³⁾.

وبذلك فإن القرارات الإدارية تتمتع بالنسبة لغايتها بقريئة المشروعية أي عيب القصد يتعين على من يتحدى به أن يقوم بإثباته ، إلا إذا كانت الأدلة كافية على وجود هذا العيب ، فإن القاضي يحكم بإلغائه دون أن يطلب من الطاعن القيام بإثباته ⁽⁴⁾، ولهذا فإن عيب إساءة استعمال السلطة يشترك مع

(¹) راجع : حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن 9118 - 50 ق ، جلسة 2007/7/7 م ، د.خالد عبد الفتاح : "قواعد النقل والنذب" ، المرجع السابق ، ص 21 ؛ حكم المحكمة العليا الليبية ، طعن 78 - 50 ق ، جلسة 2006/2/5 م ، مجموعة أحكام المحكمة العليا 2005/2004 ، ص 118 .

(²) راجع : حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن 5421 - 44 ق ، جلسة 2005/5/14 م ، مجلة هيئة قضايا الدولة العدد الرابع ، السنة التاسعة والاربعون ، 2005 م ، العدد 196 ، ص 169 .

(³) راجع : حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن 6180 - 42 ق ، جلسة 2001/3/24 م ، د.خالد عبد الفتاح : "شرح قانون نظام العاملين" ، المرجع السابق ، ص 668 .

(⁴) راجع : حكم المحكمة العليا الليبية ، طعن 11 - 10 ق ، جلسة 1984/6/24 م ، مجموعة أحكام المحكمة العليا العدد الرابع ، ص 16 .

عيب المحل والسبب في كونه ليس من النظام العام إذ لا يجوز للقاضي الإداري إثارتها من تلقاء نفسه كما أنه غير مشروع ، ويتحصن بفوات ميعاد الطعن أو السحب .

ويُستخلص من كل ما تقدم أن أوجه عدم المشروعية في القرارات الإدارية وخاصة في قرارات النقل أو الندب أو الإعارة تتمثل في عيب عدم الاختصاص ، وعيب عدم الشكل أو الإجراءات، وعيب مخالفة القانون ، وعيب السبب ، وعيب انحراف السلطة ، ويستطيع الطاعن أن يستند على أي عيب من هذه العيوب بالطعن عليه وبطلب إلغائه ، كما أن دور القاضي الإداري عند تحققه من عدم مشروعية القرار المطعون فيه هو النطق بإلغاء القرار دون أن يمتد إلى أكثر من ذلك فلا يجوز للدائرة القضائية تعديله أو استبداله ، إلا أن ذلك ومن منظور الباحث ومن المتفق عليه أيضاً أن القاضي لا يحق له اغتصاب سلطة وأخذ مكان الإدارة في إصدار مثل تلك القرارات إلا أن ذلك يجب أن يكون هناك قواعد قانونية يمكن للقاضي أن يستند عليها بتوجيه الأوامر للإدارة المختئة في إصدار مثل تلك القرارات المعيبة وإجبارها على تصحيح هذا العوج ولا يكون دوره محدود وهو الإلغاء .

الخاتمة

النتائج والتوصيات.

تناول البحث التنظيم لإعارة الموظف العام في ضوء قانون علاقات العمل الليبي، وبالمقارنة مع التشريعات الوظيفية في كل من فرنسا ومصر، وقد خلصت إلى مجموعة من النتائج والتوصيات.

النتائج:

من خلال المقارنة ما بين نظام العمل الليبي والتشريعات الوظيفية في كل من فرنسا ومصر، خلصت الدراسة إلى النتائج التالية:

1- الجهة المختصة بإعارة الموظف العام في فرنسا هي الجهة الإدارية المعيرة وبموافقة الوزير، بالإضافة إلى توقيع وزير الجهة الإدارية في الجهة المستعيرة، وفي مصر الجهة المختصة بالتعيين، أما في ليبيا فتختلف هذه الجهة حسب فئة الموظف، فهي اللجنة الشعبية العامة.

2- يشترط لإعارة الموظف العام في كل من فرنسا ومصر موافقة الموظف على قرار الإعارة.

3- لم يحدد القانون الفرنسي والمصري سقفاً أعلى لمدة الإعارة وإنما تركت سلطة تقديرية للإدارة، بينما في القانون الليبي حددها بأربع سنوات كحد أقصى.

4- توسع المشرع في كل من ليبيا والأنظمة القانونية المقارنة في تحديد الجهات التي يمكن إعارة الموظف العام إليها، سواء أكانت جهات خارجية أم داخلية، وهو ما يمكن أن يساهم في تحقيق الأهداف المتوخاة في الإعارة.

5- أبقى المشرع الفرنسي بوضوح على سلطة تأديب الموظف المعار في الأمور الجوهرية للجهة المعيرة، في حين جعلها المشرع المصري والليبي بيد الجهة المستعيرة.

6- تنتهي الإعارة بشكل طبيعي بإنهاء مدتها أو مدة تجديدها، وبشكل استثنائي قد يكون بطلب من الجهة المستعيرة أو الجهة المعيرة أو الموظف المعار ذاته وفق شروط وضوابط معينة لهذا فإن مدة الإعارة تدخل ضمن خدمة الموظف بالرغم أن المشرع في كلتا البلدين أقر بحق الجهة المختصة في الإعارة في شغل الوظيفة الشاغرة بسبب الإعارة إلا أنه ألزمها عند عودة الموظف من تلك الإعارة بإعادته إلى وظيفته دون المساس بدرجته أو راتبه الإجمالي ولو بصفة شخصية، حتى يتم تسوية وظيفته في أول ميزانية تلي تاريخ عودته من الإعارة، كما تسرى عليه قوانين الإحالة إلى المعاش السارية في جهة عمله الأصلية.

التوصيات:

- 1- يوصي الباحث بالنص بوضوح، وكما هو الحال في القانون الفرنسي، على إمكانية إنهاء إعارة الموظف العام قبل نهاية مدتها المحددة، طالما أن ذلك يحقق المنفعة العامة ويساهم في ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد.
- 2- أن يعالج المشرع الليبي بوضوح، وكما هو الحال في القانونيين الفرنسي والمصري، مسألة تأديب الموظف المعار عند ارتكابه لخطأ مسلكي في وظيفته المعار إليها والجهة المختصة بتأديبه.
- 3- ويوصي الباحث بأن يتم وضع ضوابط قانونية للندب أو للإعارة لموظفي الحكومة مهما كانت مناصبهم الإدارية إلى الجهة التشريعية أو لجانها ، وذلك لكي لا يكون هناك الجمع الذي نص عليه الدستور في تولى المناصب البرلمانية سواء كان ذلك المنصب عضواً أو مستشاراً لديها في أحد لجانها .
- 4- كما نوصي بأن يتم التنسيق بين الجهات العامة الممولة من الميزانية مع وزارتي المالية والعمل بإحالة جميع قرارات التعيين والعقود والنقل والندب والإعارة والترقيات والمكافآت والاستقالات وغيرها حتى لا يتم ورود مرتباتهم لدى كلتا الجهتين ، كما لا بد من تعزيز دور الجهات الرقابية الأخرى في إلزام الجهات تطبيق قانون علاقات العمل فيما يخص جميع القرارات المتعلقة بالملاك الوظيفي ومتابعة سياسات التوظيف والإنضباط الإداري مما كان له الأثر السلبي في عدم ضبط وأحكام الرقابة على تلك الإجراءات خلال السنوات السابقة .

قائمة المراجع

أولاً الكتب:

- د. أبوبكر أحمد التعمي : "حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء - دراسة مقارنة" ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، 2013 م
- د. أشرف محمد أنس جعفر : "التنظيم الدستوري للوظيفة العامة"
- د. المهدي محمد ، د. حسن إبراهيم خليل : "المدونة الدستورية التعليق على الإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي".
- د. جابر جاد نصار : "الأداء التشريعي لمجلس الشعب في الرقابة على دستورية القوانين في مصر" دار النهضة العربية ، دون سنة نشر
- د. خليفة الجبراني : "القضاء الإداري - الرقابة على أعمال الإدارة"
- د. سليمان الطماوي : "النظرية العامة للقرارات الإدارية"
- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : "الموسوعة الإدارية الشاملة في إلغاء القرار الإداري"
- د. عبد الغني بسيوني، القانون الإداري، دار المعارف للنشر، الإسكندرية 1991.
- د. عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر 1989.
- د. علي جمعة، التأديب الإداري في الوظيفة العامة، دراسة مقارنة في النظام العراقي والمصري والفرنسي والإنجليزي، ط1، الإصدار الأول، دار الثقافة، عمان 2004
- د. علي خطار، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل، عمان 2003.
- د. علي خطار، دراسات في الوظيفة العامة، الجامعة الأردنية، عمان 1998.
- د. علي خطار، موسوعة القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2011.
- د. عمرو بركات، نظام الإعارة في الوظيفة العامة، دراسة مقارنة، دون ناشر، مصر 1989 م.
- د. فاروق عبد البر : "دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والواجبات" ، الجزء الثاني ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1991 م
- د. ماجد راغب الحلو : "القانون الدستوري" ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 2008 م
- د. ماجد الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996 م، .
- د. مازن ليلو ، القانون الإداري، ط1، منشورات الأكاديمية العربية في الدنمارك 2008.
- د. ماهر أبو العينين : "أسباب إلغاء القرارات الإدارية" ، الكتاب الثاني ، 1998 م.
- د. محسن خليل : "القانون الدستوري والدساتير المصرية" ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية 1996 م

- د. محمد رفعت عبدالوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، الحلبي الحقوقية، بيروت 2002.
- د. محمد عبدالله الحراري : " الرقابة القضائية على أعمال الإدارة".
- د. محمد عبد الله الدليمي : "الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في القانون الليبي" ، الجامعة المفتوحة ، طرابلس ليبيا 2002 م .
- د. مصطفى أبو زيد فهمي : "القضاء الإداري ومجلس الدولة - قضاء الإلغاء" .
- د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2007.
- د. نواف كنعان ، القضاء الأردني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1999.

ثانيا: الرسائل العلمية :

- د. أحمد سليمان عبد الراضى : "المسئولية التأديبية لأعضاء البرلمان - دراسة مقارنة" ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق - جامعة أسيوط ، 2014م.
- أ. محمد محمد أحمد أبو عائشة : "امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها" ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية 2016
- أ. حسين علي عبد الرحيم البياني : "التفرغ لعضوية البرلمان - دراسة مقارنة" ، رسالة ماجستير كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية ، 2016م
- أ. سلوى حسن ردام الدليمي: "الحظر الدستوري لتحسين القرار الإداري من الطعن القضائي - دراسة مقارنة" ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية ، 2016م
- د. عصام أبو بكر فهمي : "مبدأ التفرغ لعضوية البرلمان - دراسة مقارنة" ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق - جامعة أسيوط ، 2008م .
- أ. كنتاوى عبد الله : "ركن الاختصاص في القرار الإداري" ، رسالة ماجستير كلية القانون - جامعة أبو بكر بلقايد - الجزائر ، 2011م.
- د. نصر سلام إمام علي : "الجمع بين الوزارة وعضوية البرلمان" ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق - جامعة عين شمس ، 2010م
- أ. هيمن فؤاد رحيم : "مشروعية عنصر الاختصاص في القرار الإداري دراسة مقارنة" ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية 2015م.

ثالثا:المجلات والبحوث العلمية:

- د. إبراهيم الصغير إبراهيم : " مبدأ فصل السلطات بين النظرية والتطبيق " ، مجلة إدارة قضايا الحكومة العدد الثالث السنة الرابعة والعشرون ، يوليو/سبتمبر 1980م
- د. أحمد حافظ عطية نجم : " الفصل بين السلطات وتطور العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في الدساتير المصرية " ، مجلة العلوم الإدارية ، العدد الأول ، يونيه 1981م
- د. عادل الطبطبائي : " تعليق على النظم الوظيفية الجديدة في الكويت " ، مجلة الحقوق والشريعة ، 1994م ، العدد الثاني ، السنة الثالثة.
- د. محمد كمال محفوظ : " طبيعة الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة " ، مقالة بمجلة إدارة قضايا الحكومة السنة السادسة عشر، العدد الثاني ، 1972م.

رابعاً: المراجع الأجنبية:

- A, plantey, Driot et pratique de le fonction publique internationale, paris, 1977.
- Bernard, Schwatz, French Administrative Law and common law word, the book exchange LTD, new jersy, 2006m p 1019.
- " public sector pension and the challenge of ageing public service" OECD working paper on public Governance 2007/2, p.13.
- Waline, Trait de droit administrative, paris. 1962.

خامساً: التشريعات:

- قانون علاقات العمل الليبي رقم 12 لسنة 2010.
- القانون الفرنسي المتعلق بالوظيفة العامة في الدولة، رقم (84) لسنة 1984 وتعديلاته.
- قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة، رقم (47)، لسنة 1978، وتعديلاته.

آليات الرقابة على الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان

أ-عبدالقادر إبراهيم اقريرة

محاضر مساعد / كلية القانون/ جامعة بني وليد

مقدمة

أحدثت الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية ثلاث هيئات لحماية حقوق الإنسان التي نصت عليها ولرقابة احترام الدول لالتزاماتها التي فرضتها على وهي: اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ولجنة الوزراء.

عدّل النظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان تعديلات جذرية بموجب البروتوكول الحادي عشر يهدف لإعادة تنظيم آليات المراقبة وتحقيق فاعلية حماية حقوق الإنسان إذا ألغي هذا البروتوكول دور اللجنة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وإنشاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وهذه الآلية أسستها الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وهذه المحكمة تعمل على حسن تطبيق أحكام الاتفاقية وتوقيع العقوبات على من يخالفها، كما منح هذا البروتوكول الأفراد أو ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان من الإدعاء مباشرة أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

كذلك يوجد جهاز تنفيذي آخر لمراقبة الاتفاقية الأوروبية وهو لجنة وزراء، وهي آلية أنشأتها منظمة مجلس أوروبا، ودورها يتمثل في تنفيذ ومراقبة الأحكام الصادرة من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان⁽¹⁾ وقد يتجلى هذا الدور بدخول البروتوكول الحادي عشر حيز التنفيذ والذي عدل من دور لجنة الوزراء في دراسة الشكاوي التي تقدم إلى اللجنة وقصر دورها على مراقبة تنفيذ الأحكام الصادرة من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. كل هذه التطورات كانت مثار للتساؤل حول تشكيل واختصاص واجراءات هذه الآليات، وما طبيعة دورها الرقابي في حماية الحقوق والحريات في الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان؟

وقد اتبعنا في هذا البحث المنهج التحليلي الوصفي، وذلك من خلال تحليل نصوص الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان.

وقد جرى تقسيم هذا البحث إلى مبحثين:

يعرض المبحث الأول: البنية التنظيمي للمحكمة الأوروبية واختصاصها وإجراءاتها.

وذلك من خلال مطلبين، يعرض المطلب الأول: تأليف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، في حين يبين المطلب الثاني اختصاص وإجراءات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

(1) محمد أمين الميداني، النظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان، الرياض - ط2، منشورات مركز التوثيق والإعلام والتكوين في مجال حقوق الإنسان، 2004م، ص21.

أما المبحث الثاني تناول البيان التنظيمي للجنة وزراء مجلس أوروبا، وذلك من خلال مطلبين: يبين المطلب الأول: تشكيل لجنة وزراء مجلس أوروبا، في حين يبين المطلب الثاني: اختصاص وإجراءات لجنة وزراء مجلس أوروبا.

المبحث الأول

البيان التنظيمي للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان

سنبحث في تأليف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (مطلب أول)، ونرى اختصاصاتها وإجراءات الدعوى أمامها (مطلب ثان).

المطلب الأول: تأليف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

بينت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والمعدلة بالبروتوكول الحادي عشر تنظيم المحكمة وأداء مهامها على النحو التالي:

أولاً/القضاة:

تتألف المحكمة الأوروبية من عدد من لقضاة يساوي عدد الأطراف في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان⁽¹⁾، والتي وصل مجموعها (45) دولة حتى سنة 2005⁽²⁾.

هذا على خلاف النظام القديم للمحكمة الأوروبية التي كانت تتضمن قضاة يمثلون كل الدول الأعضاء في مجلس أوروبا، سواء منهم الذي صادق أو الذي لم يصادق على الاتفاقية الأوروبية⁽³⁾.

وبينت المادة (20) بأنه يمكن لأي دولة طرف في الاتفاقية الأوروبية أن ترشح أكثر من قاض يحمل جنسية الدولة الطرف في هذه الاتفاقية، وهذا ما أضافه البروتوكول الحادي عشر بعد دخوله حيز التنفيذ في سنة 1998؛ لأنه لا يجوز أن تصمم المحكمة الأوروبية حسب نظامها القديم أكثر من قاضي يحمل نفس الجنسية⁽⁴⁾.

1- اختيار القضاة:

يتم انتخاب قضاة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بواسطة الجمعية البرلمانية لمجلس أوروبا في جلسة سرية بالأغلبية المطلقة لأصوات أعضائها، بناء قائمة ثلاثة أسماء لمرشحين تقدمها

(1) المادة (21) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول (11).

(2) محمد شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، القاهرة، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2005، المجلد الثاني، ص51.

(3) عبد العزيز سرحان، مبادئ القانون الدولي العام، القاهرة، دار النهضة، ص52.

(4) محمد أمين الميداني، النظام الأوروبي لحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص112.

كل دولة طرف في الاتفاقية⁽¹⁾، وتتبع نفس الإجراءات لتكملة عدد القضاة في حال قبول أعضاء جدد في الاتفاقية أو تستغل المقاعد الشاغرة⁽²⁾.

ويشترط في قضاة المحكمة المرشحين لتولي منصب القاضي بالمحكمة الأوروبية الشروط المطلوبة لممارسة الوظائف القضائية الرفيعة، بأن يجتمع بأعلى قدر من الاختلاف، وأن يكون من رجال القانون المشهود لهم بالكفاءة⁽³⁾.

وبممارسة القاضي وظيفته بالمحكمة وبصفته الشخصية أي لا يجوز أن يمثله غيره⁽⁴⁾. وتقوم المحكمة بانتخاب رئيس لها ونائب له أو اثنين لمدة ثلاث سنوات ويجوز تجديد انتخابهم⁽⁵⁾.

2- مدة عضوية القضاة:

يمارس القضاة مهامهم لمدة ست سنوات قابلة للتجديد، وتنتهي مدة عضويته نصف عدد القضاة المنتخبين في الانتخاب الأول بعد انقضاء ثلاث سنوات⁽⁶⁾.

ويقع على عاتق الأمين العام لمجلس أوروبا اختيار القضاة الذين تنتهي فترتهم الأولية، وذلك من خلال إجراء عملية قرعة تتم مباشرة بعد انتخابهم⁽⁷⁾.

ويجوز للجمعية البرلمانية لمجلس أوروبا ويقصد بتجديد ولايته نصف القضاة كل ثلاث سنوات، وذلك قبل أن تقوم بأي انتخاب لاحق أن تقرر مدة غير مدة الست سنوات الواردة بالفقرة الأولى من نص المادة 1/23 من الاتفاقية المعدلة بالبروتوكول رقم (11) ولكن يشترط ألا تزيد عن تسع سنوات ولا تقل عن ثلاث سنوات⁽⁸⁾، ويكون ذلك عن طريق قرعة يجريها

(1) المادة (1/22) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(2) المادة (2/22) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(3) المادة (2/22) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(4) المادة (2/21) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(5) المادة (1/262) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(6) المادة (1/23) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(7) المادة (2/23) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(8) المادة (3/23) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

الأمين العام لمجلس أوروبا بعد الانتخاب مباشرة، حيث يتم توزيع مدة ولاية القضاة التي ترى الجمعية البرلمانية انتخابهم لمدة غير مدة الست سنوات⁽¹⁾.

وعلى القاضي المنتخب أن يحل محل القاضي الذي تنتهي ولايته بل يستمر في ولاية سلفه حتى تنتهي⁽²⁾.

ويستغل قضاة المحكمة الأوروبية وظائفهم حتى يتم استبدالهم، وبعد هذا الاستبدال يستمر القضاة الذين انتهت مدة ولايتهم في النظر في القضايا التي سبق وإن عرضت عليهم قبل انقضاء ولايتهم⁽³⁾.

وتنتهي ولاية القاضي بالمحكمة إما عند بلوغه السبعين من عمره⁽⁴⁾، أو عن طريق فصله إذا قرر قضاة المحكمة ذلك بأغلبية الثلثين لعدم توافر الشروط المطلوبة فيه⁽⁵⁾.

3- استقلال القضاة:

أوجبت الاتفاقية الأوروبية عند تولي قضاة المحكمة لنشاط يمكن أن يؤثر في استقلاليتهم أو يشغلهم عن وظيفتهم كقضاة بالمحكمة، ولبيان مدى تأثير هذه الأنشطة في القضاة فإن المحكمة وحدها لها سلطة الفصل في ذلك⁽⁶⁾.

كما أن الجمعية البرلمانية لمجلس أوروبا وتأكيداً لما سبق عبرت في إحدى توصياتها تحت رقم 809 لسنة 1977 ف عن أسفها لوجود بعض المرشحين لشغل وظيفة قضاة بالمحكمة غير مستقلين عن حكوماتهم مما يبعث عدم الثقة في نزاهتهم واستقلالهم، وأوصت الجمعية لجنة الوزراء بعدم ترشيح أشخاص لا يتمتعون بالاستقلالية، وأنه على المرشح الاستقالة من وظيفته الحكومية إذا تم ترشيحه قاضياً بالمحكمة، وفي العام نفسه أصدرت الجمعية قراراً دعت فيه إلى الالتزام بما أوصت به.

(1) المادة (4/23) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(2) المادة (5/23) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(3) المادة (7/23) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(4) المادة (6/23) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(5) المادة (24) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(6) المادة (3/21) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

وقد أضافت اللائحة الداخلية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان المنتهية نصوصاً تتعلق بضمان استقلال قضاة المحكمة، فقد جاء في مادتها (24) أنه لا يجوز للقاضي أن يشترك في الدعوى إذا توافرت إحدى الحالتين:

أ- إذا كانت له مصلحة شخصية في القضية المنظورة.

ب- إذا سبق أن عرضت عليه القضية ونظرها بأي صفة كان عليها وكياً أو مستشاراً لأحد أطرافها أو عضو في محكمة أو لجنة تحقيق⁽¹⁾.

وفي نص المادة (25) من ذات اللائحة منع القاضي حق التنحي عن النظر في الدعوى المعروضة أمامه بعد إخطار رئيس المحكمة بهذا التنحي؛ ليأذن له إذا ما تبين ما يبرر ذلك، فإن لم يجد الرئيس الأسباب مقنعة فصلت المحكمة في ذلك.

4- ضمانات قضاة المحكمة:

يتمتع قضاة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وحسب ما نصت عليه المادة (51) من الاتفاقية الأوروبية كل المميزات التي حددتها بالمادة (40) من ميثاق مجلس أوروبا والاتفاقيات التي بموجبه ومن بينها البروتوكول الرابع للاتفاقيات العامة بامتيازات وحصانات أعضاء مجلس أوروبا، ويضمن هذا البروتوكول تعريف الامتيازات والحصانات التي يتمتع بها قضاة المحكمة الأوروبية.

فالمادة الأولى عرفت كلمة قضاة بأنهم ((قضاة المحكمة الذين تم انتمائهم بالمحكمة الأوروبية، أو القاضي الذي تعينه الدولة التي تعينها القضية))⁽²⁾.

وتقضي المادة الثانية بأن ((القضاة يتمتعون أثناء مباشرتهم لوظائفهم وأيضاً خلال الرحلات التي يقومون بها بسبب مباشرتهم الوظائف بالامتيازات والحصانات الآتية⁽³⁾):

أ- الحصانة ضد القبض أو الاعتقال أو حجز أمتعتهم الشخصية وتتمتع أقوالهم وكتاباتهم بحصانة قضائية.

(1) عبد العزيز سرحان، مرجع سبق ذكره، ص 186.

(2) عبد العزيز سرحان، المرجع نفسه ص 186.

(3) عبد العزيز سرحان، المرجع نفسه ص 187.

ب- إعفاؤهم ومرافقوهم من جميع الإجراءات الخاصة بحرية التنقل والخروج والدخول في الدول التي يقيمون فيها وبحرية الدخول في الدول التي يباشرون فيها وظائفهم، كما يشمل إعفاءهم الاستثناء من إجراءات تسهيل الأجانب في الدول التي يزورونها أو يمرون بها أثناء مباشرتهم لوظائفهم.

وتشير المادة الثالثة إلى أنه خلال الانتقال الذي يقوم به القضاة في مباشرتهم لوظائفهم يمنحون الامتيازات الجمركية ورقابة الصرف الآتية⁽¹⁾.

أ- من جانب حكوماتهم:

يتمتعون بالتسهيلات ذاتها المعترف بها لكبار موظفي الدولة عندما يذهبون إلى الخارج في مهمة رسمية مؤقتة.

ب- من جانب حكومات الدول الأعضاء:

يتمتع قضاة المحكمة بالإعفاءات المعترف بها لرؤساء البعثات الدبلوماسية.

وتنص المادة الرابعة على أن وثائق وأوراق المحكمة والقضاة لا يجوز الاعتداء عليها أو حجزها أو فرض الرقابة على المراسلات الرسمية أو غيرها من الوثائق الرسمية الخاصة بالمحكمة وأعضائها.

وتقضي المادة الخامسة بالحصانة القضائية بالنسبة للأقوال والكتابات والأعمال التي يقومون بها خلال مباشرتهم لوظائفهم وتبقى سارية حتى بعد انتهاء مدة ولاية القضاة.

وتشير المادة السادسة إلى أن الامتيازات والحصانات التي يتمتع بها القضاة ليست مقدرة لتحقيق مصلحة شخصية لهم، بل الغرض منها ضمان استقلالهم في مباشرة وظائفهم، وأن المحكمة وحدها بكامل هيئاتها لها سلطة الفصل في رفع الحصانات وهذا لا يعد حقاً بل واجباً لرفع الحصانة عن القاضي إذا رأت المحكمة أن الحصانة تمنع من تقرير العدالة أو أن رفع الحصانة لا يحل بالضرر الذي قررت من أجله.

ثانياً/ مقر المحكمة ودوائرها ولغاتها:

لم تشر الاتفاقية الأوروبية إلى مقر المحكمة إلا أن اللائحة الداخلية لمحكمة حقوق الإنسان المنتهية نصت في المادة (15) ((على أن يكون مقرها في مدينة ستراسبورغ ويجوز أن

(1) عبد العزيز سرحان، مرجع سابق ص 187.

تباشر وظائفها في أي مكان من دول أعضاء مجلس أوروبا سواء كانت طرفاً في الاتفاقية أم لا⁽¹⁾

وتكون جلسات المحكمة الأوروبية ومقتضى الفقرة الأولى من المادة الأربعين من الاتفاقية الأوروبية ((علنية إلا إذا قررت المحكمة خلاف ذلك بسبب ظروف استثنائية))⁽²⁾.

وأوضحت المادة (34) من النظام الداخلي بأن اللغتين الرسميتين هما: الفرنسية والانجليزية، ولكن أجازت كل من الفقرتين (3،4) من هذه المادة استخدام لغة غير اللغتين الرسميتين للمحكمة إذا سمح بذلك رئيس غرفة من غرف المحكمة التي تعرض عليها القضية⁽³⁾.

((وتتكون المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من ثلاث دوائر))⁽⁴⁾، عن طريقها تنظر الدعاوي المرفوعة أمامها، فالدائرة الأولى وهي لجان تتألف من ثلاثة قضاة وعدها البعض هيئة ابتدائية⁽⁵⁾، أما الهيئة الثانية، وهي غرف المدالوة وتشكل من سبعة قضاة، وهذه الغرف تم إنشاؤها من قبل المحكمة لمدة زمنية محددة، كما تقوم المحكمة بانتخاب رؤساء غرف ويجوز إعادة انتخابهم⁽⁶⁾.

وأخيراً الدائرة العليا بالمحكمة وتعرف بغرفة المدالوة الكبرى، وتتكون من سبعة عشر قاضياً، يتم اختيارهم وفقاً للائحة الداخلية للمحكمة، وتضم هذه الغرفة رئيس المحكمة ونائبه ورؤساء غرف المدالوة وقاضي الدولة المعنية بالقضية المتطورة، والذي يجب وجوده أيضاً في غرفة المدالوة وحضوره إذا لم يكن القاضي المنتخب قادراً على ذلك تقوم الدولة المعنية باختيار قاض لها.

(1) محمد أمين الميداني، النظام الأوروبي لحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص120.

(2) المادة (1/40) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(3) محمد أمين الميداني، النظام الأوروبي لحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص120.

(4) المادة (1/27) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(5) على ضوى، القانون الدولي العام، الخمس - ليبيا، مطابع عصر الجماهير، الطبعة الأولى 2000م، ص356.

(6) المادة (26/ب، ج) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

وعندما تحال القضية إلى غرفة المداولة الكبرى طبقاً للمادة (34) " لا يجوز أن يشارك أي قاض من هيئة غرفة المداولة التي أصدرت الحكم في غرفة المداولة باستثناء رئيس غرفة المداولة وقاضي الدولة التي تعينها القضية⁽¹⁾.

ثالثاً: الأمانة العامة للمحكمة:

تقوم المحكمة بانتخاب أمين لها (مسجل) ونائب له أو أكثر⁽²⁾، ويجب توفير موظفين قانونيين تابعين للأمانة مهمتهم مساعدة المحكمة بأعمالها، وتنظيم هذه الأمانة ووظائفها تبينها اللائحة الداخلية للمحكمة⁽³⁾.

أما في ما يتعلق بنفقات هذه المحكمة فمجلس أوروبا يحتمل هذه النفقات، فليس للمحكمة ذمة مالية مستقلة⁽⁴⁾.

المطلب الثاني:

اختصاص وإجراءات الدعوى أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان نوعان من الاختصاص، يتمثل النوع الأول في الاختصاص القضائي، والنوع الثاني في الاختصاص الاستشاري.

أولاً/ الاختصاص القضائي:

وهو الاختصاص بالفصل في المنازعات المعروضة على المحكمة بقرار ملزم للأطراف، وهو الاختصاص الأصيل للمحكمة، يمتد ليشمل كل الدعاوي الخاصة بتفسير وتطبيق الاتفاقية وبروتوكولاتها التابعة إليها⁽⁵⁾.

وللمحكمة اختصاص تحديد اختصاصها، وهو مبدأ عام من مبادئ التنظيم القضائي الدولي، حيث أنه في حال حصول نزاع بشأن اختصاص المحكمة فأن الأخيرة تفصل فيه⁽⁶⁾،

(1) المادة (3،2/27) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(2) المادة (26) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(3) المادة (25) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(4) المادة (50) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(5) المادة (1/32) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(6) المادة (2/32) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

ولتوضيح هذا الاختصاص بتعيين توضيح أهلية القاضي، تم طريقة تقديم الدعوى، تم شروط قبولها.

1- أهلية القاضي:

يتم تقديم الدعوى من الأطراف التالية:

أ- الدول الأطراف في الاتفاقية:

يجوز للدول الأطراف في الاتفاقية تقديم دعوى أو التماساً إلى المحكمة ضد دولة أخرى طرف بشأن أي خرق لأحد الحقوق المقررة في الاتفاقية والبروتوكولات المضافة إليها⁽¹⁾.

كما لا يجوز أن تقوم دولة طرف بتقديم دعوى إلى المحكمة ضد دولة ليست طرفاً، وكذلك الحال في تقديم دعوى من دولة ليست طرفاً في الاتفاقية.

ب- الأفراد والمقاطعات غير الحكومية:

بدخول البروتوكول رقم (11) حيز التنفيذ منح الأفراد حق رفع دعوى أمام المحكمة ضد أي دولة تنتهك حقوقهم المنصوص عليها في الاتفاقية والبروتوكولات المضافة إليها، ولا يشترط في رفع الدعوى أن تكون الدولة المدعى عليها قد أعلنت موافقتها المسبقة على منح الأفراد حق رفع الدعاوى ضدها⁽²⁾.

ولكن التساؤل يثار هنا عن رعايا دولة ليست طرفاً في الاتفاقية ولا عضواً في مجلس أوروبا: هل يحق لهم أن يرفعوا دعوى ضد دولة طرف انتهكت حقوقاً لهم منصوص عليها في الاتفاقية والبروتوكولات المضافة إليها؟⁽³⁾

لقد شهدت التطبيقات القضائية للمحكمة القضائية الأوروبية بقبول دعاوى من أفراد لا يتبعون دولة طرف ومنها الدعوى المقدمة من مواطني سيرلانكا ضد بريطانيا، لرفض بريطانيا منحهم حق اللجوء السياسي هرباً من الاضطهاد السياسي المصحوب بالتعذيب، وعزم

(1) المادة (33) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(2) المادة (1/34) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(3) مصباح الطاهر حمادي، الآليات القضائية الواردة في الاتفاقيات الأوروبية والميثاق الإفريقي المعنيين بحقوق الإنسان،

رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون/ جامعة الفاتح- طرابلس، 2000، ص 15

الحكومة البريطانية إبعادهم إلى سيرلانكا؛ مما يعرضهم لخطر التعذيب في بلادهم، ويعد هذا انتهاكاً للمادة الثالثة من الاتفاقية⁽¹⁾.

ولا يشترط أن يكون مقدم الشكوى متمتعاً بجنسية الدولة المشتكى عليها، فللكافة أيّاً كانت جنسيتهم حق اللجوء إلى المحكمة الأوروبية، فالاتفاقية الأوروبية تمد مظلة الحماية بها للأسرة البشرية بأسرها، وهو ما يعد انتصاراً كبيراً لحقوق الإنسان في مجال الحماية القانونية لها⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بالمنظمات غير الحكومية، فإنها تستطيع أن تستفيد من الآلية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان بفضل ما تضمنه المادة الرابعة والثلاثون من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، فقد أجازت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان للمنظمات غير الحكومية ومختلفة الطبيعة اللجوء إليها، مثل: الأحزاب السياسية، والنقابات والأشخاص ذات الطبيعة العامة في مواجهة الدولة.

2- طريقة تقديم الشكوى:

يتم تقديم الشكوى لدى الأمانة العامة للمحكمة، متضمنة بيانات عن اسم وعنوان المدعى وموضوع دعواه، وعند تلقي الدعوى يقوم الأمين العام للمحكمة بإرسال صور من الدعوى إلى الأشخاص الذين سوف يشاركون في نظر الدعوى.

ويقدم الأمين العام للمحكمة بإحالة الدعوى إلى لجنة تشكلها المحكمة مكونة من ثلاثة قضاة، مهمتها قبول الدعوى من عدمه، وذلك بالتحقق من توافر شروط قبولها، وهذا يتعلق فقط بالدعاوى المرفوعة من الأفراد والمنظمات غير الحكومية⁽³⁾.

3- شروط قبول الدعوى:

وفقاً لنص المادة(35) من الاتفاقية المعدلة بالبروتوكول رقم (11) يمكن تصنيف قبول الدعوى إلى:

- (1) طارق عزت رضا، تحريم التعذيب والممارسات المرتبطة به، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999ف، ص887
- (2) محمد يوسف علوان، محمد خليل المرسي، القانون الدولي لحقوق الإنسان، المصادر وسائل الرقابة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الجزء الأول، 2088ف، ص207.
- (3) المادة(27) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

أ/ شروط عامة ينبغي توافرها سواء كانت الدعوى مقدمة من الدولة أو الفرد وهي⁽¹⁾:

1- أن تكون الدعوى المرفوعة قد استنفذت طرق التقاضي الداخلية طبقاً لقواعد القانون الدولي المعترف بها: إن هذا الشرط يؤكد على الطابع الفرعي أو الاحتياطي للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فالدولة بأجهزتها المختلفة هي الحامي الأول لحقوق الإنسان، والقضاء الوطني للدول الأطراف في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان هو المختص أصلاً بنظر النزاعات المتعلقة بانتهاكات حقوق الإنسان، ولا يرد تدخل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إلا في مرحلة تالية حينما كان النظام القانوني الداخلي للدول الأعضاء غير كاف لتأمين احترام هذه القوانين⁽²⁾.

2- أن يتم تقديمها خلال مدة ثلاثة أشهر من تاريخ إصدار القرار النهائي: إن تحديد مدة ثلاثة أشهر من تاريخ إصدار القرار النهائي تعتبر من وسائل الانتصاف الداخلية، وربما قصد واضعو البروتوكول (1) من تحديد مدة ثلاثة أشهر تلافياً لتساوي مدة ستة أشهر، ومنها تدارك الضرر الذي لحق المدعى من جراء انتهاك حقوقه.

ب/ شروط خاصة يجب توافرها في الدعاوى المرفوعة من الأفراد وهي:

1- ألا تكون الدعوى مجهولة المصدر⁽³⁾، أي يتوجب أن تكون الدعوى معلومة المصدر وموقعة من جانب مقدميها أو ممثلة، ومنى هنا فإنه لا تقبل المحكمة في الدعوى التي لا تحمل اسم المدعى أو لا يجوز في ملف الدعوى ما يمكن التعرف منه على شخصيته أو تحديد هويته.

2- أن لا تكون الشكوى قد عرضت سابقاً على المحكمة الأوروبية أو عرضت على هيئة دولية أخرى، إلا إذا توافرت أدلة جديدة لها علاقة بذات الدعوى؛ لان الطبيعة القانونية للأحكام تكتسب قوة الشيء المنقضي به، وبالتالي لا يجوز إعادة نظر الدعوى عن الوقائع نفسها وتقديم نفس الشكوى إلى هيئة تحقيق أو تسوية إقليمية أو دولية أخرى⁽⁴⁾، وهذه

(1) المادة (35) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(2) محمد يوسف علوان، محمد خليل المرسي، مرجع سابق، ص 298.

(3) المادة (35/2) بندا) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(4) المادة (2/35) بندا) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

- 3- القاعدة عامة وثابتة ومعروفة في مجال الحماية الدولية لحقوق الإنسان⁽¹⁾.
- 4- أن تكون الدعوى متطابقة مع أحكام الاتفاقية والبروتوكولات التابعة لها⁽²⁾ ويمكن القول: أن الدعوى غير متطابقة مع أحكام الاتفاقية إذا توافرت إحدى الحالات الآتية:-
- أ- إذا تعلقت الدعوى بمادة تم التحفظ عليها من جانب الدولة المدعى عليها طبقاً للمادة(64) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان:
- وقد تعرضت المحكمة لتفسير هذا النص في الدعوى المقضي فيها، والمقدمة من مواطنة ضد سويسرا مؤداها أنها لم يتم محاكمتها بواسطة محكمة مستقلة محايدة اعترضت الحكومة السويسرية على الدعوى بحجة التحفظ المقدم منها أثناء تصديقها على الاتفاقية.
- وقد رفضت المحكمة في أسبابها حجة الحكومة على أساس أن التحفظ المقدم منها يخالف حكم المادة (64) من الاتفاقية، حيث جاء تحفظها ذا طابع عام، وأن الفقرة الأولى من المادة(64) تخطر التحفظ العام.
- ب- إذا كانت الدعوى مخالفة لأحكام الاتفاقية التي تجيزها المادة (15) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.
- ج- إذا كانت الدعوى تتعلق بأنشطة مدمرة لحقوق وحرريات تضمنتها الاتفاقية:
- ويقصد من هذا النص هو ضمان الحقوق والحرريات المنصوص عليها في الاتفاقية لحماية المؤسسات الديمقراطية في عملها⁽³⁾.
- 4- أن تكون مؤسسة على وقائع وحقائق قانونية:
- بمعنى أن تكون الشكوى مبنية على وقائع وليست تصوريه بقصد لفت انتباه الصحافة إليها، وبالتالي فالوقائع غير الصحيحة والتي لا تمثل مخالفة للاتفاقية لا تقبل سواء كانت من الناحية الظاهرية⁽⁴⁾.

(1) د. محمد أمين الميداني، اللجان الدولية الإقليمية لحماية حقوق الإنسان، منشورات القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، القاهرة، الطبعة الأولى 2000ف، ص20.

(2) الصادق العربي، الآليات الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، رسالة ماجستير مقدمة لمدرسة الدراسات الدولية والإستراتيجية، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس 2009ف، ص61.

(3) الصادق العربي، مرجع سابق، ص63.

(4) مصباح الطاهر حمادي، مرجع سابق، ص109.

5- ألا يسيء استخدام حقه في تقديم الدعوى. وذلك بأن يقصد من وراء تقديم الدعوى الإضرار بالغير أو يسعى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، كأن يكون الغرض من الدعوى سياسي أو دعائي أو محاولة للتشهير بدولة أو دولة أخرى طرف⁽¹⁾.

ثانياً/ الاختصاص الاستشاري.

يمثل الاختصاص الاستشاري للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في الآراء الاستشارية التي تدلي بها المحكمة الأوروبية حول المسائل المتعلقة بتفسير الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وبروتوكولاتها المكملة لها⁽²⁾.

ولا يمتد إلى المسائل المتعلقة بمضمون الحقوق والحريات الواردة في الاتفاقية وبروتوكولاتها⁽³⁾.

وتمارس لجنة الوزراء حقها في طلب الآراء الاستشارية بقرار يصدر بأغلبية الحاضرين⁽⁴⁾، وللمحكمة سلطة المفصل ما إذا كان طلب الرأي الاستشاري يخضع لاختصاصها⁽⁵⁾.

والرأي الصادر من المحكمة ينبغي أن يكون مسبباً، وإذا لم يمثل الرأي الاستشاري كل القضاة فيحوز لأي قاض تقديم رأيه بشكل منفصل ويحال هذا الرأي إلى لجنة الوزراء⁽⁶⁾.

ثالثاً: إجراءات الدعوى أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

الإجراءات أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان يكون حضورية وعمامة، والجلسات تكون علنية أيضاً إلا إذا قررت الغرفة أو الغرفة الكبرى عكس ذلك، بسبب ظروف استثنائية⁽⁷⁾. فمجرد إعلان المحكمة قبولها الدعوى فإنها تنظر فيها مع ممثلي الأطراف، ولها إجراء التحقيق متى رأت ذلك ضرورياً، وعلى الدول توفير التسهيلات اللازمة للقيام بذلك⁽⁸⁾.

- (1) المادة (4/35) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).
- (2) المادة (47) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).
- (3) المادة (2/47) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).
- (4) المادة (2/47) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).
- (5) المادة (48) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).
- (6) المادة (49) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).
- (7) المادة (40) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).
- (8) المادة (38) ابتداءً من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

ويجوز للدولة الطرف التي يكون أحد مواطنيها هو رافع الدعوى الحق أن تقدم تعليقاته كتابة أو أن تشترك في المرافعة، كما يجوز لرئيس المحكمة إذا ما تطلب العلاقة ذلك أن تستدعي دولة متعاقدة وليست طرفاً في الدعوى أو أي شخص غير مقدم الدعوى أن يقدم تعليقاته كتابة أو أن يشترك في المرافعة⁽¹⁾.

أولاً: شطب الدعوى.

يحق للمحكمة أن فور شطب الدعوى من قاعة القضايا في أي مرحلة من مراحلها إذا وجدت حالة من الحالات الآتية⁽²⁾:

أ- إذا رغب المدعي في عدم الاستمرار في دعواه.

ب- إذا اتخذ قرار بشأن الدعوى.

2- إذا لم تجد المحكمة مبرراً للاستمرار في النظر في الدعوى.

ولكن يجوز للمحكمة أن تتابع دراسة الشكوى المعروضة عليها إذا استدعت ذلك حماية حقوق الإنسان التي نصت عليها الاتفاقية.

ويجوز أيضاً للمحكمة إعادة تسجيل الشكوى التي سبق وأن شطبها إذا أرتأت بأن الظروف تتطلب ذلك⁽³⁾.

ثانياً: التسوية الودية.

تضع المحكمة نفسها أثناء نظرها في الدعوى تحت تصرف الأطراف يقصد إنهاء الدعوى بتسويتها على أساس احترام حقوق الإنسان الواردة في الاتفاقية والبروتوكولات الخاصة⁽⁴⁾.

ويجوز للمحكمة الأوروبية، وفي حال التوصل إلى تسوية ودية شطب القضية بقرار يقتصر على عرض موجز للوقائع وللمحل المعتمد⁽⁵⁾.

(1) المادة (6) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(2) المادة (37/1) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(3) المادة (38/ب) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(4) المادة (39) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(5) المادة (2/38) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

ثالثاً: الحكم.

تصدر الغرف أحكامها بأغلبية أصوات قضائها، وتكون هذه الأحكام معللة⁽¹⁾.
ويحق لقضاة المحكمة أن يرفعوا إعلاناً أو عرضاً لأرائهم المنفصلة أو الموافقة أو المخالفة
للحكم الصادر⁽²⁾.

وتكون أحكام غرفة من غرف المحكمة نهائية في ثلاث حالات⁽³⁾.
أ- إذا أعلن الأطراف بأنهم لن يحيلوا القضية إلى غرفة المداولة الكبرى.
ب- انقضاء ثلاثة أشهر على تاريخ صدور الحكم من دون تقديم طلب الإحالة إلى الغرفة
الكبرى.

ج- رفض الغرفة الكبرى بمجموع قضائها طلب إحالة القضية إليها.

المبحث الثاني: البيان التنظيمي للجنة وزراء مجلس أوروبا.

سوف نتناول من خلال هذا المبحث لجنة وزراء مجلس أوروبا، وذلك من خلال معرفة تشكيل هذه
اللجنة (مطلب أول)، وتناول اختصاصاتها والإجراءات المتبعة أمامها في (مطلب ثاني)

المطلب الأول: تشكيل لجنة وزارة مجلس أوروبا.

لجنة الوزراء هي الهيئة السياسية المختصة باسم مجلس أوروبا، حيث تتناول ميثاق مجلس أوروبا
القواعد التي تحكم تنظيم وسير عمل لجنة الوزراء على النحو التالي:

الفرع الأول: تأليف لجنة الوزراء:

تتكون لجنة الوزراء في مجلس أوروبا من وزراء الشؤون الخارجية للدول الأعضاء في منظمة مجلس
أوروبا، أو ممثليهم الدائمين بستراسبورغ، وفي حال تعذر مشاركة هؤلاء الوزراء في اجتماعات اللجنة
يمكن اختيار بديل ليحل محله على أن يكون هذا البديل قدر الإمكان أحد أعضاء حكومة بلده⁽⁴⁾.
وعملاً على تحقيق الاستمرارية في عمل لجنة الوزراء، وحتى يتيسر مواجهة المشاكل الطارئة خاصة
وأن وزراء الخارجية لا يتيسر لديهم الوقت للحضور المتكرر لمقر اللجنة.

(1) المادة (45/1) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(2) المادة (45/2) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(3) المادة (44/2) من الاتفاقية الأوروبية المعدلة بالبروتوكول رقم (11).

(4) المادة (14) من ميثاق مجلس أوروبا.

واتخذت لجنة الوزراء في دورتها العاشرة في الشهر الثالث من عام 1952 ف قرار يقضي بضرورة تعيين مندوب من طرف كل دولة ممثلة في اللجنة, ويحق لهذا المندوب أن يتصرف باسم دولته أو أن يمثلها في اجتماعات هذه اللجنة, ويحق لهذا المندوب أن يتصرف باسم دولته أو أن يمثلها في اجتماعات هذه اللجنة, وأصبح لاحقاً هذا المندوب الممثل الدائم لدولته في مقر لجنة الوزراء في مدينة ستراسبورغ, وتعد عادةً اللجنة اجتماعاً في كل شهر مدته أسبوعاً⁽¹⁾

ويجوز للجنة الوزراء أن تشكل بقصد تحقيق أغراض ضرورية لجاناً ذات صفة استشارية وتقنيه, والهدف من تشكيل هذه اللجان هو دراسية إحدى المسائل المعروضة على اللجنة أو تزويدها ببعض الاقتراحات أو الآراء التي تساعد على القيام بمهامها ونشاطاتها⁽²⁾.

الفرع الثاني: دورات لجنة الوزراء

تعد لجنة الوزراء دوراتها في الأيام التي تعقب دورات الجمعية الاستشارية, أو حينما ترى أن ذلك مناسباً, ويمكن للجنة أيضاً أن تقرر عقد دورات أخرى بطلب من أحد الأعضاء أو بطلب من الأمين العام بمجلس أوروبا وذلك في حالة ما إذا لم تكن اللجنة قد انعقدت في إحدى دوراتها العادية, وهذا الطلب يتم إبلاغه للدول الأعضاء من قبل الأمين العام لمجلس أوروبا⁽³⁾. وتتخذ اللجنة قراراتها بأغلبية ثلثي الأصوات في المسائل الإدارية والمالية⁽⁴⁾. وتجتمع لجنة وزراء مجلس أوروبا على مستوى الوزراء أو على مستوى مندوبي الوزراء.

أولاً: على مستوى الوزراء:

تجتمع لجنة الوزراء على المستوى الوزاري مرتين في السنة في مايو ونوفمبر, وتتعقد هذه الدورات فيستراسبورغ يوماً كاملاً, أو على مدى نصف يومين متتابعين, ما لم تصدر اللجنة قراراً يخالف ذلك⁽⁵⁾. ويخصص عادة الجزء الأهم من الدورة للحوار السياسي, ودراسة المسائل ذات الاهتمام المشترك باستثناء القضايا المتعلقة بالدفاع.

(1) محمد أمين الميداني النظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان, مرجع سبق ذكره, ص 36.

(2) المادة (17) من ميثاق مجلس أوروبا.

(3) حفيظ عكداوي, ضمانات حقوق الإنسان في إطار التنظيم الإقليمي الأوروبي والعربي, مرجع سبق ذكره, ص 105.

(4) المادة (20/بند د) من ميثاق مجلس أوروبا.

(5) المادة (20) من ميثاق مجلس أوروبا.

وبالرغم من أن اجتماع دورات لجنة الوزراء يطغى عليه الطابع السري، إلا أنه يصدر في أعقاب كل دور بياناً ختامياً يمكن للوزراء من خلاله إعطاء وتصريح أو عدة تصريحات.

ثانياً: اجتماع لجنة الوزراء على مستوى مندوبي الوزراء:

يجتمع مندوبو الوزراء مرة كل أسبوع أو عدة مرات في الأسبوع في لجان ومجموعات تقريرية ومجموعات عمل، حيث اجتمعت (43) مرة سنة 1999 ف، و(51) مرة سنة 2000 ف، و(46) مرة سنة 2001، وتعد اجتماعات مندوبو الوزراء عادة في قاعة لجنة الوزراء⁽¹⁾.

الفرع الثالث: استقلال لجنة الوزراء.

تعتبر لجنة الوزراء جهازاً مستقلاً، وبالتالي فإنها غير ملزمة بالأخذ بتوصيات الجمعية الاستشارية أو النظر في مقترحات البرلمانين أعضاء الجمعية، وهذا يرجع إلى أن لجنة الوزراء ليست بحكومة أوروبية، فهي لا تخضع لرقابة الجمعية الاستشارية التي تؤلف من ممثلين برلمانيين من الدول الأعضاء، وهذا قد يوحي بأنها جهازاً برلمانياً، وبالتالي بقاء لجنة الوزراء يتوقف على ثقة هذا الجهاز كما هو متبع في الأنظمة البرلمانية الداخلية للدول الأعضاء، ولهذا تمتعت لجنة الوزراء بصفة الاستقلالية، ومن جهة أخرى لا يملك وزراء لجنة الوزراء حق أو سلطة حل الجمعية الاستشارية. هذا الاستقلال في العمل واتخاذ المواقف الذي تتميز به لجنة الوزراء قد يؤدي إلى إثارة بعض المخاطر والتي تتمثل في أن تكون للجنة سياستها الخاصة التي ترسم دون أن يؤخذ في الاعتبار مواقف أو سياسة الجمعية الاستشارية⁽²⁾.

النوع الرابع: حصانات و ضمانات أعضاء لجنة الوزراء:

يتمتع أعضاء لجنة الوزراء ومساعدتهم وموظفو المجلس وسكرتيره العام ومساعدته بخصائص وامتيازات المبعوثين الدبلوماسيين. ومن ضمن هذه الحصانات والامتيازات الحصانة القضائية بالنسبة لأعضاء لجنة الوزراء ومساعدوهم، والمتمثلة في حمايتهم من ولاية القضاء الوطني لدول الاستقبال عليها، وعدم خضوعهم لسلطات الدول المضيفة. وكما يحضر الحظر التام القيام بإجراءات الحجز أو المصادرة أو الاستيلاء أو التفتيش على وثائق وأوراق وكتابات أعضاء لجنة الوزراء ومساعدوهم أو فرض الرقابة عليها وعلى المراسلات الرسمية أو غيرها من الوثائق الرسمية الخاصة والمتميزة التي لا تقدم عادة لغيرهم من

(1) حفيظ عكداوي، مرجع سبق ذكره، ص 106.

(2) إبراهيم العناني، دراسة الاتفاقيات الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، إعداد محمود شريف بسيوني وآخرين، مج 2، ط 1، بيروت - دار العلم للملايين. 1989م، ص 48.

الأجانب المقيمين فوق أقاليم الدولة المضيفة⁽¹⁾.

المطلب الثاني: اختصاصات لجنة الوزراء وإجراءاتها

منحت المادة 13 من النظام الأساسي لمجلس أوروبا للجنة الوزراء صلاحية الجهاز التنفيذي للمنظمة فيما يتعلق بسياساتها العامة، وذلك باعتبارها الجهاز الذي يعمل باسم مجلس أوروبا، إذ هي التي تقوم بتوجيه وإدارة أنشطة المجلس واتخاذ كافة القرارات⁽²⁾.

وتقوم لجنة الوزراء في علاقتها مع الجمعية البرلمانية بمتابعة توصيات الجمعية، والإجابة على الأسئلة الشفوية، والكتابية، وتقوم اللجنة أيضاً بقبول دول أعضاء جدد، ودعوة بلدان أوروبية ليصبحوا أعضاء بمجلس أوروبا.

فإذا ما قررت اللجنة قبول عضوية دولة ما، فإنها تصدق على توصية تدعو فيها هذه الدولة إلى الانضمام، وتوضح هذه الدعوى عدد المقاعد التي ستحصل عليها الدولة، ومدى مساهمتها في الميزانية⁽³⁾، وكما أصبحت هذه الدعوات تتضمن عدة شروط تتعلق بتنفيذ الإصلاحات الديمقراطية في البلد المرشح، كما تملك لجنة الوزراء أيضاً سلطة تعليق أو طرد أي عضو من منظمة مجلس أوروبا طبقاً للمادة السادسة والعشرين من القانون الداخلي للجنة الوزراء⁽⁴⁾.

كما يجوز للجنة الوزراء دعوة عدد من الدول كمراقبين دوليين لها، ومن هذه الدول الفاتيكان، وكندا، والمكسيك، والولايات المتحدة الأمريكية، واليابان⁽⁵⁾.

وبناء على ما تقدم ذكره فإن اختصاصات لجنة الوزراء حسب ما أوضحتها المادتان الخامسة عشر والسادسة عشر من ميثاق مجلس أوروبا، والفقرة الثانية من المادة السادسة والأربعين من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ينقسم إلى اختصاص إلزامي في حق الدول الأطراف وأخر غير إلزامي وذلك على النحو التالي:

(1) منصور الفيتوري، نظام التمثيل الدبلوماسي في القانون الدولي، أطروحة دكتوراه، الجزء الأول، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 2000م، ص 229.

(2) إبراهيم محمد العناني، المنظمات الدولية الإقليمية، مرجع سبق ذكره، ص 60.

(3) المادة (25) من القانون الداخلي للجنة الوزراء.

(4) إبراهيم محمد العناني، المنظمات الدولية الإقليمية، مرجع سبق ذكره، ص 69.

(5) محمد الميداني النظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان، مرجع سبق ذكره، ص 33.

الفرع الأول : الاختصاص الإلزامي للجنة الوزراء:

أولاً- في إطار الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان:

لقد أوكلت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان إلى لجنة الوزراء اختصاص مهم ورئيسي، ويتمثل هذا الاختصاص في مراقبة تنفيذ الأحكام الصادرة من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان⁽¹⁾، وتجلى هذا الاختصاص خاصة بعد دخول البروتوكول الحادي عشر حيز التنفيذ، والذي أدخل تعديلاً على آلية الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، حيث تم الاقتصار على هيئة واحدة، وهي المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، والتي تقوم بالسهر على احترام وعدم خرق الحقوق والحريات الواردة والمنصوص عليها في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وكذلك ألغى هذا البروتوكول كلياً دور لجنة الوزراء المتمثل في دراسة الشكاوي التي كانت تقدم إلى اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، وتقتصر صلاحية لجنة الوزراء تطبيقاً لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السادسة والأربعون من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، بالسهر على تنفيذ أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فلجنة الوزراء تتصرف كجهاز للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وذلك بمشاركة الفعالة في وضع حيز التنفيذ الحقوق والحريات الواردة فيها، حيث بينت المادة (46) من الاتفاقية حسب التعديل الذي جاء به البروتوكول رقم (11)، وتنص على أن حكم المحكمة يحال إلى لجنة الوزراء التي تتولى الإشراف على تنفيذه، وبناءً على ذلك فإن للجنة الوزراء سلطة مراقبة ومتابعة تنفيذ أحكام المحكمة⁽²⁾.

إن مراقبة أحكام المحكمة من قبل لجنة الوزراء تتم مبدئياً من خلال الاجتماعات الخاصة بحقوق الإنسان، والتي يكون جدول أعمالها علنياً، وفي حالة ما إذا كانت الرئاسة تؤول إلى ممثل دولة طرف في القضية المرفوعة أمام لجنة الوزراء، طبقاً للمادة السادسة والأربعين (الفقرة الثانية)، فإن الممثل يغادر الرئاسة أثناء مناقشة القضية⁽³⁾.

(1) حفيظ عكداوي، مرجع سبق ذكره، ص 112.

(2) إن المادة (46) من الاتفاقية لم تشر إلى أية قواعد بخصوص تنفيذ أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، كما أن حكم المحكمة يصدر خالياً من الإشارة إلى الأسلوب الذي يمكن بواسطته تنفيذ الحكم وأمام هذا النقص أصدرت لجنة الوزراء القواعد الإجرائية المتعلقة بتطبيق المادة (546) من الاتفاقية.

(3) حفيظ عكداوي، حماية حقوق الإنسان في ظل التنظيم الأوروبي والعربي، مرجع سبق ذكره، ص 112.

وأيا كانت طبيعة الحكم الصادر سواء كان مقررًا فقط لوجود المخالفة، أو قاضياً بترضية عادلة للضحية، فإن اللجنة تقوم بمتابعة تنفيذه، إذ توجه رسالة للدولة المعنية لإحاطتها بما تم إتباعه من إجراءات لتنفيذ الحكم، وعلى ضوء ذلك يمكن للجنة الوزراء إن رأت ما قامت به الدولة المحكوم عليها من إجراءات لتنفيذ الحكم، وعلى ضوء ذلك يمكن للجنة الوزراء أن رأت ما قامت به الدولة المحكوم عليها من إجراءات لا يعد تنفيذاً مقبولاً للحكم أن تتخذ قراراً بأغلبية ثلثي أعضائها متضمناً ما يجب اتخاذه حيال هذه الدولة من إجراءات، وبالرغم من أن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لم تتعرض للجزاءات التي يمكن توقيعها في هذه الحالة، إلا أن عمل لجنة الوزراء جرى على ممارسة العديد من الضغوط السياسية⁽¹⁾.

حيث بينت المادة الثامنة من ميثاق مجلس أوروبا الإجراءات التي يمكن للجنة الوزراء حيال الدولة المتعاقد التي لم تمثل لقرارات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ولم تنفذ الحكم أو قامت بتنفيذه بصورة غير مرضية وغير كافية، وتمثل هذه الإجراءات في الآتي⁽²⁾:

- 1- ممارسة الضغوط على ممثلي تلك الدول المخالفة في اجتماعات لجنة الوزراء.
 - 2- إصدار قرار بتعليق عضوية الدولة في المنظمة، وجميع المنظمات التابعة لها، كما حدث مع اليونان سنة 1969 ف.
 - 3- طرد الدولة بصفة نهائية إلى أن تعود إلى الصواب، وتمثل لمقررات أجهزة الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وأجهزة مجلس أوروبا.
- وبالرغم من ذلك، فقد شهد عمل لجنة الوزراء في هذا الصدد تطوراً ملحوظاً؛ إذ بينما في البداية كانت تتسامح مع البطء الشديد من قبل الدولة المحكوم عليها في التنفيذ، كما كانت تكتفي بالإجراءات الفردية لإصلاح آثار المخالفة دون أن تتطلب اتخاذ إجراءات عامة لتحقيق التوافق مع الاتفاقية، كما أنه وفي هذا إطار هذه الإجراءات العامة كانت تكتفي بمجرد التقدم بمشروع قانون بإلغاء النصوص المخالفة للاتفاقية دون انتظار إلى أن يتم اعتماده.
- فقد شهدت الآونة الأخيرة رقابة موسعة من قبل لجنة الوزراء على تنفيذ أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فقد أصبحت في الكثير من الأحيان أن يتم التنفيذ باتخاذ إجراءات عامة، على عكس

(1) عزت البرعي، حماية حقوق الإنسان في ظل التنظيم الأوروبي والدولي والإقليمي، مرجع سبق ذكره، ص 342.

(2) المادة (26) من القانون الداخلي للجنة الوزراء.

ما كان يتم في السابق، كما أنها لم تعد تصدر قرارها النهائي إلا بعد إقرار القانون الذي يحقق التوافق مع الاتفاقية.

وبالرغم من التطور الذي شهدته لجنة الوزراء خلال توسيع رقابتها على تنفيذ أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان والتشدد إزاء ما تعتبره تنفيذاً مقبولاً ومرضياً لهذه الأحكام، إلا أنه يجب أن يعهد إلى المحكمة باعتبارها مصدر الحكم والأقدر على معرفة ما يُعدّ تنفيذاً صحيحاً للحكم بمسألة متابعة التنفيذ⁽¹⁾.

ثانياً: اختصاصها في إطار المادة السادسة عشر من ميثاق مجلس أوروبا:

تختص لجنة الوزراء وفقاً لنص المادة السادسة عشر من ميثاق مجلس أوروبا بوضع الترتيبات الداخلية لمجلس أوروبا، بما في ذلك وضع اللوائح المالية والإدارية التي تتطلبها هذه التنظيمات والتدريبات على أن يستبعد من اختصاصها ما يتعلق بتنظيم العمل في الجمعية البرلمانية⁽²⁾.

وعليه فإن ما يصدر عن لجنة الوزراء من قرارات إعمالاً لهذه الاختصاصات يكون ذو طبيعة ملزمة، أي لا يجوز للدول الأعضاء الخروج على هذه القرارات ومخالفتها، كما تقوم لجنة الوزراء بتحضير ميزانية مجلس أوروبا والتصديق عليها، وذلك عن طريق قيام الأمين العام للجنة بإعداد مشروع الميزانية ووضعه للتصديق عليه من قبل اللجنة وذلك بعرض مشروع الميزانية على المندوبين في شهر الكانون من كل سنة، حيث تتم المصادقة عليه في نفس الوقت مع برنامج الأنشطة⁽³⁾.

أما فيما يتعلق بالتنظيم المالي للجنة الوزراء، فينص على أن تساعد المندوبين لجنة الميزانية التي تتكون من سبعة خبراء مستقلين، تعينهم لجنة الوزراء ضمن المرشحين المقترحين من طرف الحكومات الأعضاء⁽⁴⁾.

(1) مصطفى عبدالغفار، ضمانات حقوق الإنسان على المستوى الإقليمي، منشورات مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، 2003، ص 82.

(2) د. محمد الميداني، د. نزيهة كسيبي، الإنسان، مجموعة وثائق أوروبية، تونس، منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان، 2001، ص 20.

(3) ينظر: موقع لجنة الوزراء على شبكة المعلومات الدولية للإنترنت www.coe.int.

(4) المرجع نفسه.

الفرع الثاني: الاختصاص غير الإلزامي للجنة الوزراء:

بينت الفقرة الأولى من المادة الخامسة عشر الوظيفة الأساسية للجنة الوزراء بمجلس أوروبا، وهي بحث ودراسة كافة الإجراءات التي يجب اتخاذها، إما بناءً على توصية من الجمعية البرلمانية أو بمبادرة من جانبها، وذلك لتحقيق هدف مجلس أوروبا المتمثل في إبرام الاتفاقيات وإقرار سياسة مشتركة للحكومات الأعضاء تجاه مسائل معينة⁽¹⁾.

أما الفقرة الثانية من المادة الخامسة عشر، فقد جاءت مقيدة لسلطات لجنة الوزراء في هذا الخصوص، فإذا ما توصلت اللجنة بعد البحث والدراسة إلى تحديد التصرف الذي ستتخذه، وهو إبرام الاتفاقيات أو إقرار الحكومات لسياسة مشتركة، فإن ما تملكه اللجنة هو توجيه توصيات إلى حكومات الدول الأعضاء إذا اقتضى الأمر، كما يجوز لها أن تطلب من هذه الحكومات أن تعلمها بالنتائج التي توصلت لها بشأن هذه التوصيات، ولكن ليس لها أن تصدر قرارات ملزمة وتظل للحكومات الأعضاء الحرية في قبول أو رفض توصيات اللجنة، فهي هيئة سياسية في منظمة إقليمية، ويعود إلى الدول الأعضاء فيها تحديد سياستها العامة⁽²⁾.

الفرع الثالث: إجراءات لجنة الوزراء:

لم تشر الفقرة الثانية من المادة السادسة والأربعون من الاتفاقية الأوروبية إلى أية قواعد إجرائية في هذا الشأن، كما أن حكم المحكمة يصدر حالياً من الإشارة إلى الأسلوب الذي يمكن بواسطته تنفيذ الحكم، وأمام هذا النص أصدرت لجنة الوزراء بعض القواعد الإجرائية المتعلقة بتطبيق المادة (64)⁽³⁾.

1- عندما يتم تبليغ حكم المحكمة الأوروبية إلى لجنة الوزراء، يتم تسجيل موضوعه فوراً في جدول أعمال اللجنة.

2- إذا كان حكم القاضي قد انتهى إلى تقرير وجود انتهاك لنصوص الاتفاقية أو أقر تعويضاً عادلاً للطرف الذي أصابه ضرر من جراء الانتهاك، تطبيقاً لنص المادة (41)، فإن اللجنة تقوم بإخطار الدولة المعنية بالإجراءات التي يمكن اتخاذها لتسوية هذا الانتهاك، على ضوء ما انتهى إليه حكم المحكمة.

(1) المادة (15) من نظام مجلس أوروبا.

(2) المادة (2/15) من نظام مجلس أوروبا.

(3) عزت الرعي، مرجع سبق ذكره، ص 349.

3- إذا أعلنت الدولة المعنية لجنة الوزراء أنها لم تقم بعد باتخاذ التدابير اللازمة لتنفيذ حكم المحكمة، أو لم تقم بإعلانها بذلك أصلاً، فإن القضية يتم تسجيلها من جديد في جدول أعمال لجنة الوزراء ولعدة ستة أشهر، إلا إذا قررت خلاف ذلك، تقوم خلالها الدولة باتخاذ الإجراءات سالفة الذكر، وفي الحالة التي تنقضي فيها مهلة الستة أشهر، دون أن تكون الدولة قد اتخذت إجراءات تنفيذ الحكم، يتم تسجيل القضية في جدول أعمال اللجنة لمدة ستة أشهر جديدة بصورة تلقائية، إلى أن تقوم الدولة بإخطار اللجنة بأنها اتخذت إجراءات تنفيذ الحكم.

4- لا تكون لجنة الوزراء وقد أدت وظيفتها وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة السادسة والأربعين من الاتفاقية الأوروبية والمعدل بموجب البروتوكول الحادي عشر إلا إذا أحيطت علماً بالإجراءات التي اتخذتها الدولة لتسوية الانتهاك، وفي الحالة التي يكون فيها الحكم الصادر من المحكمة قد أقرّ تعويضاً عادلاً للطرف المضرور، فإن اللجنة لا تكون قد مارست وظائفها إلا بعد التأكد من قيام الدولة المعنية بدفع التعويض العادل للطرف المضرور⁽¹⁾.

وبهدف متابعة التقدم الحاصل في تنفيذ الإجراءات الانفرادية أو التدابير العامة، تقوم لجنة الوزراء باتخاذ قرارات إنابية قبل إصدار القرارات النهائية، تدعو فيها الدول التي خرقت إحدى بنود الاتفاقية أو بروتوكولاتها إلى وضع حد لهذه الخروقات، ففي: 2002/4/30 ف أصدرت لجنة الوزراء قراراً إنابياً يتعلق بحكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الصادر بتاريخ: 2001/7/17 ف في قضية صادق وزانا وديكل وضوكانا ضد تركيا، الذي دعت فيه اللجنة التركية بدون تأخير إلى اتخاذ التدابير اللازمة من أجل إعادة النظر في الإجراءات التي اعتبرتها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان غير قانونية في هذه القضية، وكذلك الإجراءات المتخذة من قبل الحكومة التركية بغرض محو الآثار السلبية لمقدمي الدعوى ضحايا هذه الخروقات⁽²⁾.

وبعد إصدار القرار الإنابي تقوم لجنة الوزراء بإصدار القرار النهائي بعد أن تتخذ الدولة المتعاقدة المعنية كافة التدابير الضرورية للامتثال إلى حكم المحكمة الأوروبية، وفي حالة عدم امتثالها لقرارات المحكمة الأوروبية بأن لم تقم بتنفيذ الحكم أو قامت بتنفيذه بصورة غير مرضية وغير كافية، تقوم اللجنة باتخاذ

(1) عزت البرعي، حماية حقوق الإنسان في ظل التنظيم الأوروبي الدولي والإقليمي، مرجع سبق ذكره، ص 350.

(2) حفيظ عكداوي، حماية حقوق الإنسان في ظل التنظيم الأوروبي والعربي، رسالة ماجستير، مرجع سبق ذكره،

إجراءات نصت عليها المادة الثامنة من نظام مجلس أوروبا وتمثل في إصدار قرار بتعليق عضوية الدولة في المنظمة، وجميع المنظمات التابعة لها، أو بطردها بصفة نهائية منها إلى أن تعود إلى الصواب، وتمثل لمقررات أجهزة الاتفاقية الأوروبية وأجهزة مجلس أوروبا⁽¹⁾.

الخاتمة.

ومن خلال دراستي لهذا البحث خلصت إلى بعض النتائج والتي يمكنني سردها في الآتي:

- 1- أوجد النظام الأوروبي آليات لحماية حقوق الإنسان تمثلت في المحكمة الأوروبية والتي وردت في الاتفاقية الأوروبية، ولجنة الوزراء التي أنشأها مجلس أوروبا.
- 2- لقد أجازت الاتفاقية بموجب البروتوكول الحادي عشر تلقي الشكاوي من أي شخص أو منظمة غير حكومية أو مجموعة من الأفراد تزعم بأنها ضحية انتهاك من قبل أحد الأطراف المتعاقدة.
- 3- للمحكمة الأوروبية اختصاص إلزامي ويتمثل في الاختصاص القضائي الذي من خلاله تقوم المحكمة بالفصل في جميع المنازعات لمعرضة عليها بقرار ملزم للأطراف المتعاقدة.
- 4- إن أحكام المحكمة الأوروبية لا تلزم الدول الأخرى غير الأطراف في الدعوى فهذا يشكل نقطة ضعف في نظام الحماية.
- 5- هناك بعض أوجه القصور في الدور الذي تلعبه لجنة الوزراء كجهاز سياسي والذي كثيراً ما يتأثر بالاعتبارات السياسية، هذه الاعتبارات التي من شأنها أن تضعف إلى حد كبير دور لجنة الوزراء في مجال مراقبة تنفيذ أحكام الاتفاقية.
- 6- عدم فعالية القرارات التي تتخذها لجنة الوزراء ضد الدول التي ترفض تطبيق قراراتها وأحكام المحكمة، تتعلق عضوية لطرف المتعاقد أو طرده نهائياً من منظمة مجلس أوروبا يعتبر غير سليم.
- 7- طول الفترة الزمنية التي يأخذها استناد طرق الطعن الداخلية حتى يصدر القرار الداخلي النهائي، الأمر الذي من شأنه أن يجعل الأفراد يتقاضون عن اللجوء إلى المحكمة الأوروبية.

(1) تعطي المادة الثامنة من نظام مجلس أوروبا لجنة الوزراء سلطة اتخاذ قرار بتوقيف عضوية الدولة التي ارتكبت مخالفة خطيرة أو خرقاً جسيماً للمادة الثالثة من النظام الأساسي لمجلس أوروبا.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب.

1. إبراهيم محمد العناني، دراسة حول الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، إعداد: محمد شريف بسيوني وآخرين، الطبعة الأولى، بيروت، دار العلم للملايين 1989 ف.
2. طارق عزت رضا، تحريم التعذيب والممارسات المرتبطة به، القاهرة، دار النهضة العربية، 1999 ف.
3. علي ضوى، القانون الدولي المصادر والأشخاص، الجزء الأول، الطبعة الأولى، طرابلس، دار الكتب الوطنية 2000 ف.
4. عبدالعزيز سرحان، مبادئ القانون الدولي العام، القاهرة، دار النهضة العربية، 1991 ف.
5. محمد أمين أمين الميداني، النظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان، الطبعة الثانية، الرباط، منشورات مركز التوثيق والإعلام والتكوين في مجال حقوق الإنسان، 2004 ف.
6. محمد أمين الميداني، نزيهة كبيسي، مجموعة وثائق أوروبية، تونس، منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان، 2001.
7. محمد يوسف علوان، محمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2005 ف.
8. مصطفى عبدالغفار، ضمانات حقوق الإنسان على المستوى الإقليمي منشورات مركز القاهرة لدراسة حقوق الإنسان، القاهرة 2003 ف.

ثانياً: الرسائل العلمية.

1. الصادق العربي، الآليات الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، رسالة ماجستير، مقدمة لمدرسة الدراسات الإستراتيجية والدولية، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس 2010 ف غير منشورة.
2. حفيظ عكداوي، ضمانات حقوق الإنسان في إطار التنظيم الدولي والإقليمي الأوروبي والعربي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، القاهرة 2000 غير منشورة.
3. مصباح الطاهر حمادي، الآليات القضائية الدولية لحقوق الإنسان الواردة في الميثاق الأفريقي والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة طرابلس، 2007 ف غير منشورة.

4. منصور الفيتوري حامد، نظام التمثيل الدبلوماسي في القانون الدولي، أطروحة دكتوراه، الجزء الأول، جامعة الحسن الثاني، 2000 ف غير منشورة.
5. عزت البرعي، حماية حقوق الإنسان في ظل التنظيم الدولي والإقليمي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، منشورات - بدون ذكر دار النشر 1985 ف.

ثالثاً: البحوث.

محمد أمين الميداني، اللجان الإقليمية لحقوق الإنسان، دراسة مقارنة - العدد الخامس تونس 1998 ف.

رابعاً: الوثائق الدولية.

1. محمد شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية لحقوق الإنسان، المجلد الأول، دار الشروق، القاهرة 2000 ف.
2. ميثاق مجلس أوروبا 1947.
3. الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان 1950.
4. البروتوكول الحادي عشر الملحق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان 1992.

خامساً: شبكة المعلومات الدولية.

موقع لجنة الوزراء www.coeint.com

حقوق المرأة في القانون الدولي وآليات حمايتها

إعداد الدكتورة : سعاد سالم المهدي

عضو هيئة التدريس بكلية القانون / جامعة الزيتونة

المقدمة

إن الهدف من وجود كل النظم القانونية هو الإنسان فقد أصبح اهتمام القانون الدولي بالفرد وحقوقه أمراً طبيعياً وبات الفرد موضوع كل حقوق الإنسان. ويعد مبدأ المساواة* بين البشر من أهم مبادئ القانون الدولي وحقوق الانسان فلا فرق بينهم بسبب الجنس أو الدين أو اللغة أو العقيدة، ويذهب هذا المبدأ إلى عدم التمييز بين الرجل والمرأة في كافة مجالات الحياة. إلا أن المكانة التي تحظى بها المرأة والحقوق التي تتمتع بها ليست دائماً متناسبة مع الدور الذي تلعبه في استمرار البشرية والمهام التي تضطلع بها للحفاظ على نسق الحياة.

وتعد حقوق المرأة عموماً من الأمور الشائكة التي صارت محل اهتمام المجتمع الدولي والذي دعى إلى حمايتها، كما نادى بتعزيز وضع المرأة ومساواتها مع الرجل في جميع الحقوق دون تمييز، حيث اعتمدت العديد من الصكوك الدولية في هذا المجال ثم تم تشكيل لجان دولية ذات طابع عالمي وإقليمي لرصد أوضاعها، وإنشاء آليات من أجل تطبيق الحقوق الإنسانية للمرأة مثل لجنة مركز المرأة ولجنة القضاء على التمييز ضد المرأة¹. وأكدت هذه الاتفاقيات سواء الدولية أو الإقليمية على حماية حقوق المرأة من خلال آليات ذات طابع مؤسسي وتشريعي حثت الدول الأطراف في تلك الاتفاقيات على مواءمة تشريعاتها الوطنية وفقاً لما تنص عليه هذه الاتفاقيات .

ويستمد موضوع بحثنا أهميته من الأهمية التي تكتسبها المرأة في استمرار الانسانية على اعتبار أنها المولد للحياة والمكون للأجيال ، وإنه لمن الضروري علينا معرفة الحماية التي وفرها القانون الدولي للمرأة والحقوق التي يمنحها لها والآليات التي تساعد على تبوأ المكانة التي تستحقها. هذا من جهة ومن جهة أخرى نظراً للاهتمام المتزايد بحقوق المرأة في الآونة الأخيرة خاصة في ليبيا والدول العربية والتي زاد فيها

* - يقصد بمبدأ المساواة قانوناً أن القانون يطبق على الجميع بدون تمييز بين طائفة وأخرى أو تمييز سواء بسبب الأصل أو الجنس أو الدين أو اللغة أو المركز الاجتماعي في اكتساب الحقوق وممارستها وتحمل الالتزامات وأدائها. وعدم التمييز يعني المساواة أمام القانون والتساوي في حمايته دون أي مفاضلة. ويشكل المبدأ أساس القانون الدولي لحقوق الانسان فقد جاءت المواثيق والاتفاقيات الدولية لتؤكد حق المساواة وعدم التمييز في جميع الحالات. وبالرغم من عدم ذكر المرأة بشكل صريح في الإعلان العالمي لحقوق الانسان أو في الاتفاقيات الدولية للحقوق المدنية والسياسية أو الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، إلا أن جميع الاتفاقيات تشمل المرأة بطريقة ضمنية في سياق المساواة. انظر كلاً من: خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الاسلامية والتشريع الوضعي (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة ، 2007، ص 1-2، ومحمد علي صالح منصور، الحقوق السياسية للمرأة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، مؤسسة الانتشار العربي، بيروت، ط1، 2011، ص 199.

¹ - خالد مصطفى فهمي ، المرجع السابق، ص 6.

الحراك السياسي لافتكك وتفعل الحقوق المعترف بها في إطار القانون الدولي. ومن هنا جاءت إشكالية البحث المتمثلة في تحديد أنواع الحقوق التي كفلها القانون الدولي وتحديد الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة التي ضمنت هذه الحقوق، والآليات التي استحدثها القانون الدولي لحماية تلك الحقوق.

ولالإجابة عن إشكالية بحثنا قسمنا دراستنا إلى مبحثين، نعالج في المبحث الأول الاتفاقيات الدولية المنظمة لحماية حقوق المرأة ضمن مطلبين. نتعرض في الأول منه إلى الاتفاقيات الدولية لحماية حقوق المرأة بشكل عام، وفي المطلب الثاني نتناول الاتفاقيات الدولية الخاصة بالمنظمة لحقوق المرأة.

وفي المبحث الثاني نعالج مختلف آليات حماية حقوق المرأة في القانون الدولي التي استحدثتها النصوص الدولية لمتابعة وترقية ممارسة حقوق المرأة سواء الدولية (المطلب الأول) أو الإقليمية (على المستويين العربي والإفريقي) في المطلب الثاني، وسنخلص إلى خاتمة سنتناول فيها أبرز النتائج التي توصلنا إليها في هذا البحث.

المبحث الأول

الاتفاقيات الدولية المنظمة لحماية حقوق المرأة

سنتناول في هذا المبحث الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة التي عنت بحقوق المرأة بشكل موجز.

المطلب الأول

الاتفاقيات الدولية العامة المنظمة لحقوق المرأة

قبل إنشاء منظمة الأمم المتحدة كان هناك بعض الاتفاقيات الدولية التي نصت على الحماية القانونية للنساء. ففي عام 1902 كانت اتفاقية لاهاي حول التناقض في القوانين المحلية المتعلقة بالزواج والطلاق والوصاية على القاصرين وتم تبني اتفاقيات دولية في الأعوام 1904-1910-1921-1935 حول مكافحة الاتجار بالنساء.

وبعد انتهاء الحرب العالمية الثانية وما عانته شعوب العالم من ويلات مدمرة راح ضحيتها الملايين من البشر، وجد واضعوا ميثاق الأمم المتحدة ضرورة أن تقوم المنظمة بدور فعال في رفع مستوى المرأة والعمل على حماية حقوقها. فعملت الأمم المتحدة على تثبيت حقوق المرأة في العديد من الإعلانات والبيانات والاتفاقيات التي تولت إعدادها وعقدتها. وكان باكورة عملها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1947. الذي نص على أن: ((لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات الواردة في

الإعلان، دونما تمييز من أي نوع، ولا سيما التمييز بسبب الجنس¹). وأصدرت الأمم المتحدة العديد من الإعلانات والتوصيات في مجال حقوق المرأة وتولت عقد العديد من الاتفاقيات بهذا الخصوص على النحو التالي .

الفرع الأول

اتفاقيات الحقوق السياسية للمرأة

أقرت هذه الاتفاقيات حق المرأة بالتصويت والترشيح وتولي المناصب العامة في الدولة، وذلك على النحو التالي:

أولاً _ حقوق النساء وأهليتهن في تقلد المناصب العامة في إطار اتفاقية الحقوق السياسية للمرأة، وتضمن ما يأتي :

- 1_ للنساء حق التصويت في جميع الانتخابات، بشروط تساوي بينهن وبين الرجال، دون أي تمييز.²
- 2_ للنساء الأهلية في أن ينتخبن لجميع الهيئات المنتخبة بالاقتراع العام، المنشأة بمقتضى التشريع الوطني بشروط تساوي بينهن وبين الرجال، دون أي تمييز.³
- 3_ للنساء أهلية تقلد المناصب العامة وممارسة جميع الوظائف العامة المنشأة بمقتضى التشريع الوطني، بشروط تساوي بينهن وبين الرجال، دون أي تمييز.⁴

ثانياً _ إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة لعام 1967 وتضمن الحقوق الآتية:

- 1_ إن التمييز ضد المرأة، بإنكاره أو تقييده تساويها في الحقوق مع الرجل، يمثل إجحافاً أساسياً ويكون إهانة للكرامة الإنسانية.⁵

¹ - المادة (2) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1947.

² - المادة (1) من اتفاقية الحقوق السياسية للمرأة التي اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 640 (د-7) المؤرخ في 20/ديسمبر/1952، تاريخ بدء النفاذ في 7/يوليو/1954، وفقاً لأحكام المادة (6) .

³ - المادة (2) من اتفاقية الحقوق السياسية للمرأة لعام 1952.

⁴ - المادة (3) من اتفاقية الحقوق السياسية للمرأة لعام 1952.

⁵ - المادة (1) من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة الذي اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2263 (د-22) المؤرخ في 7/نوفمبر/1967.

2_ لا يقبل أي تمييز بسبب العرق أو الجنس أو اللون في تمتع أي شخص بالحقوق السياسية وحقوق المواطنة في بلده ، خاصة حق المشاركة في الانتخابات بالاقتراع العام المتساوي والمساهمة في الحكم.¹

3_ تتخذ جميع التدابير المناسبة التي تكفل للمرأة على قدم المساواة مع الرجل ودون أي تمييز في مجال حقها في التصويت في جميع الانتخابات وفي ترشيح نفسها لجميع الهيئات المنبثقة عن الانتخابات العامة وحقها في التصويت في جميع الاستفتاءات العامة وتقلد المناصب العامة ومباشرة جميع الوظائف العامة . وتكفل هذا الحق عن طريق التشريع.²

وباستعراض هذه الاتفاقيات يتضح اتفاقها جميعاً على حق المرأة في التصويت والمشاركة مثل الرجال واختيار من يمثلها في المجالس النيابية والمحلية دون قيد أو شرط أو تمييز.³ ويذهب البعض إلى أن تنفيذ الاتفاقيات التي تم التصديق عليها من جانب الدول جاء متأخراً. فما زالت المرأة تعاني من انكار حقها في التصويت بالرغم من التغييرات الكثيرة الواقعة.⁴ وتحتاج المرأة للكثير من الوقت لتتفهم أهمية دورها وتسعى للتصويت في الانتخابات وزيادة دورها.

الفرع الثاني

اتفاقيات الحقوق الاقتصادية للمرأة

الحقوق الاقتصادية هي الحقوق التي تهدف لإشباع حاجات الأفراد الاقتصادية وفقاً لمجهوداتهم⁵، فإن الحقوق المالية للمرأة مرتبطة بنشاطها الاقتصادي داخل المجتمع. ومن بين تلك الحقوق سنتناول بإيجاز حقين هما الحق في العمل وحق التملك.

¹ - المادة (6) من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة لعام 1967.

² - المادة (7) من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة لعام 1967.

³ - عبد الغني محمود، حقوق المرأة في القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ط1، 1991، ص54.

⁴ - لاشك أن الكثير من الدول تعاني من نقص دور المرأة في المشاركة في الحياة السياسية وشغل المقاعد في المجالس النيابية، على الرغم من كثرة النساء اللاتي يتوجهن لصناديق الانتخاب لإبداء رأيهن بشكل يفوق عدد الرجال، عبد الغني محمود، المرجع السابق، ص 54.

⁵ - جابر إبراهيم الراوي، حقوق الانسان وحرياته الأساسية في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ط2، 2010، ص 178.

أولاً _ الحق في العمل:

لقد نص الاعلان العالمي لحقوق الانسان على حق جميع الأفراد دون تمييز في العمل وحرية الاختيار بشروط عادلة ومرضية ودون التمييز في أجر متساو للعمل.¹

وأعطى إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة للمرأة الحق في العمل وحرية اختيار المهنة والترقية في العمل، والحق في تقاضي المكافآت واجراءات الأجر وحققها في التقاعد والضمان الاجتماعي والتأمين ضد البطالة أو المرض.²

وكان لمنظمة العمل الدولية الفضل في وضع كثير من المبادئ التي نصت عليها في اتفاقياتها العديدة، فمن جملة 162 اتفاقية صادرة عن هذه المنظمة، هناك 12 اتفاقية تتعلق بالمرأة بصفة رئيسية أو ثانوية والتي تهدف عامة إلى تكريس مبدأ المساواة والقضاء على أشكال التمييز في العمل.*

وقد منحت الاتفاقيات الدولية للمرأة الريفية بعض الحقوق التي تساعد على الوقوف على قدم المساواة مع الرجل، فخصت المادة 14 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وضع المرأة

¹ - المادة (23) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان .

² -تنص المادة (10) من اعلان القضاء على التمييز ضد المرأة لسنة 1967 : 1- تتخذ جميع التدابير المناسبة لكفالة تمتع المرأة المتزوجة أو غير المتزوجة بحقوق مساوية لحقوق الرجل، في ميدان الحياة الاقتصادية والاجتماعية ، ولاسيما :أ- الحق دون تمييز بسبب الحالة الاجتماعية أو أي سبب آخر في تلقي التدريب المهني وفي العمل. ب- حق تقاضي مكافأة مساوية لمكافأة الرجل والتمتع بمعاملة متساوية عن العمل ذي القيمة المساوية. ج- حق التمتع بالإجازات المدفوعة الأجر وبالاتحقاقات التقاعدية والضمانات الاجتماعية المؤمنة ضد البطالة، أو المرض، أو الشيخوخة أو غير ذلك من أسباب العجز عن العمل. د- حق تقاضي التعويضات العائلية على قدم المساواة مع الرجل .

* -هذه الاتفاقيات تتمثل في :1- الاتفاقية رقم 19 بشأن المساواة في المعاملات لسنة 1925. 2- الاتفاقية رقم 100 بشأن المساواة في الأجر عن عمل ذا قيمة مساوية لسنة 1951. 3- الاتفاقية رقم 111 بشأن التمييز في مجال الاستخدام والمهنة لسنة 1958. 4- الاتفاقية رقم 118 بشأن المساواة في المعاملات (الضمان الاجتماعي) لسنة 1962. 5- الاتفاقية رقم 151 بشأن العلاقات المهنية في الوظيفة العمومية لسنة 1978. 6- الاتفاقية رقم 156 بشأن إتاحة الفرصة والمعاملة المتساوية للعمال من الرجال والنساء من ذوي المسؤولية العائلية لسنة 1983 . أما الاتفاقيات الباقية فهي تتعرض إلى خصوصية وضع المرأة العاملة وهي : 1- الاتفاقية رقم 3 بشأن الأمومة لسنة 1919. 2- الاتفاقية رقم 4 بشأن تشغيل النساء ليلاً لسنة 1919. 3- الاتفاقية رقم 41 بشأن تشغيل النساء ليلاً (معدلة) لسنة 1934. 4- الاتفاقية رقم 45 حول تشغيل النساء تحت الأرض لسنة 1935. 5- الاتفاقية رقم 89 حول تشغيل النساء ليلاً (معدلة) لسنة 1948. 6- الاتفاقية رقم 103 بشأن حماية الأمومة (معدلة) لسنة 1952.

الريفية والمشاكل التي تواجهها، لذلك على الدول اتخاذ جميع التدابير للقضاء على التمييز ضد المرأة الريفية في المناطق الريفية ، وبوجه خاص حق المشاركة في وضع وتنفيذ مخطط اجتماعي والوصول إلى تسهيلات العناية الصحية والحصول على جميع أنواع التدريب والتعليم، والتمتع بظروف معيشية ملائمة.¹

ثانياً _ الحق في التملك :

اعترفت المادة 17 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان أن لكل شخص حق التملك بمفرده أو بالاشتراك مع غيره، ولا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفاً، والحق في الملكية لا يفرق بين الرجل والمرأة، سواء كانت ناتجة عن عمله أو استثماره لأمواله أو نتجت عن حصوله من الغير على إرث أو هبة، والملكية تساعد الانسان على إشباع حاجاته الأساسية، واستمراره في الوجود وإشباع حاجات الآخرين المتعاملين معه.²

وأكدت كافة الاتفاقيات الدولية على مبدأ عدم التمييز بين الرجل والمرأة في الحقوق، فتنص المادة 6 فقرة 1/ أ من إعلان التمييز ضد المرأة لسنة 1967 على حق المرأة في التملك وإدارة ما تملكه ، والتمتع به وحق التصرف فيه ، ووراثتها بما في ذلك الأموال التي تمت حيازتها أثناء الزواج .

المطلب الثاني

الاتفاقيات الدولية الخاصة بالمنظمة لحقوق المرأة

تعد اتفاقية حقوق المرأة المعقودة عام 1979 من أهم الاتفاقيات الدولية التي نظمت حقوق المرأة وهي اتفاقية شاملة لجميع حقوق المرأة وتعد أساساً للاتفاقيات الدولية الأخرى.

وقد عرفت الاتفاقية مصطلح التمييز ضد المرأة بأنه : ((أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من آثاره أو أغراضه، توهين أو إحباط الاعتراف للمرأة بحقوق الانسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو في أي ميدان آخر، أو

¹ - خالد مصطفى فهمي ، المرجع السابق، ص 108.

² - تنص المادة 15 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979 على أن : ((1- تعترف الدول الأطراف للمرأة بمساواة الرجل أمام القانون . 2- تمنح الدول الأطراف المرأة في الشؤون المدنية أهلية قانونية ماثلة لأهلية الرجل، وتساوي بينها وبينه في طرف ممارسة تلك الأهلية، وتكفل للمرأة بشكل خاص حقوقاً مساوية لحقوق الرجل في إبرام عقود إدارة الممتلكات، وتعاملها على قدم المساواة في جميع مراحل الاجراءات القضائية.)).

توهين أو إحباط تمتعها بهذه الحقوق أو ممارستها لها، بصرف النظر عن حالتها الزوجية وعلى أساس المساواة بينها وبين الرجل)).¹

سوف نتناول أهم حقوق المرأة التي جاءت بها هذه الاتفاقية وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

المساواة في الحقوق والتشريعات الوطنية

تعهد الدول على تحقيق المساواة من خلال مايلي :

– النص على مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية أو تشريعاتها المناسبة الأخرى. وأن تنص تشريعاتها على العقوبات الخاصة لحظر كل تمييز ضد المرأة، وفرض حماية قانونية لحقوق المرأة على قدم المساواة مع الرجل، وضمان الحماية الفعالة للمرأة، عن طريق المحاكم ذات الاختصاص والمؤسسات العامة الأخرى بالبلد، من أي عمل تمييزي.

– الامتناع عن مباشرة أي عمل تمييزي أو ممارسة تمييزية ضد المرأة، وكفالة تصرف السلطات والمؤسسات العامة بما يتفق وهذا الالتزام، واتخاذ التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة من جانب أي شخص أو منظمة أو مؤسسة.

– اتخاذ جميع التدابير المناسبة ، بما في ذلك التشريعي منها، لتغيير أو إبطال الوضع القائم من القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات التي تشكل تمييزاً ضد المرأة. وإلغاء جميع الأحكام الجزائية الوطنية التي تشكل تمييزاً ضد المرأة.²

– تتخذ الدول في جميع الميادين، ولاسيما الميادين السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، كل التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريعي منها لكفالة تطور المرأة وتقدمها الكاملين. وذلك لتضمن لها ممارسة حقوق الإنسان والحريات الأساسية والتمتع بها على أساس المساواة مع الرجل.³ ولا يعد اتخاذ

¹ –المادة(1) من اتفاقية حقوق المرأة التي اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 34/ 180 المؤرخ في 18/ديسمبر/1979، وتاريخ بدء النفاذ في 3/سبتمبر/1981، حسب أحكام المادة 27.

² – أحمد أبو الوفا، حماية النساء في إطار القانون الدولي الإنساني، مؤتمر القانون الدولي الإنساني، مجلة مركز بحوث الشرطة بأكاديمية مبارك للأمن ، العدد 22، 2007، ص 50.

³ – المادة (2) من اتفاقية حقوق المرأة لعام 1979.

الدول تدابير خاصة مؤقتة تستهدف التعجيل بالمساواة الفعلية بين الرجل والمرأة تمييزاً بالمعنى الذي تأخذ به هذه الاتفاقية ، ولكنه يجب ألا يستتبع ، على أي نحو الإبقاء على معايير غير متكافئة أو منفصلة ، كما يجب وقف العمل بهذه التدابير متى تحققت أهداف التكافؤ في الفرص والمعاملة . ولا يعد اتخاذ الدول تدابير خاصة تستهدف حماية الأمومة، بما في ذلك تلك التدابير الواردة في هذه الاتفاقية ، إجراءً تمييزياً.¹

__ تتخذ الدول جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية والعامه للبلد، وتمتع المرأة، على قدم المساواة مع الرجل، الحق في:

التصويت في جميع الانتخابات والاستفتاءات العامة، والأهلية للانتخاب لجميع الهيئات التي ينتخب أعضائها بالاقتراع العام، والمشاركة في صياغة سياسة الحكومة وفي تنفيذ هذه السياسة، وفي شغل الوظائف العامة، وتأدية جميع المهام العامة على جميع المستويات الحكومية. والمشاركة في أية منظمات وجمعيات غير حكومية تهتم بالحياة العامة والسياسية للبلد.² إضافةً إلى اتخاذ كل التدابير التي تكفل للمرأة فرصة تمثيل حكومتها على المستوى الدولي والاشتراك في أعمال المنظمات الدولية.³

وعلى الرغم من القواعد التي وضعها القانون الدولي لحماية المرأة فإنها لا تزال تعاني من الاضطهاد والعنف في العديد من الدول وخاصة العربية منها .

الفرع الثاني

حقوق المرأة الاجتماعية

وتتمثل هذه الحقوق في:

أولاً _ حق الجنسية :

تمنح المرأة حقوقاً مساوية لحقوق الرجل في اكتساب جنسيتها أو تغييرها أو الإحتفاظ بها. وتضمن بوجه خاص ألا يترتب على الزواج من أجنبي، أو على تغيير الزوج لجنسيته أثناء الزواج، أن تتغير تلقائياً جنسية الزوجة، أو أن تصبح بلا جنسية، أو أن تفرض عليها جنسية الزوج. وتمنح الدول للمرأة حقاً مساوياً لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها.

¹ - المادة (3) من اتفاقية حقوق المرأة لعام 1979.

² - المادة (7) من اتفاقية حقوق المرأة لعام 1979.

³ - المادة (8) من اتفاقية حقوق المرأة لعام 1979.

ثانياً _ حق المرأة في التعليم :

تتخذ الدول جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة لكي تكفل لها حقوقاً مساوية لحقوق الرجل في ميدان التربية ، وبوجه خاص لكي تكفل، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة :

_ شروط متساوية في التوجيه الوظيفي والمهني، والالتحاق بالدراسات والحصول على الدرجات العلمية في المؤسسات التعليمية على اختلاف فئاتها، في المناطق الريفية والحضرية على السواء ، وتكون هذه المساواة مكفولة في مرحلة الحضنة وفي التعليم العام والتقني والمهني والتعليم التقني العالي، وكذلك في جميع أنواع التدريب المهني.

_ التساوي في المناهج الدراسية ، وفي الامتحانات، وفي مستويات مؤهلات المدرسين، وفي نوعية المرافق والمعدات الدراسية.

_ القضاء على أي مفهوم نمطي عن دور الرجل ودور المرأة في جميع مراحل التعليم بجميع أشكاله، عن طريق تشجيع التعليم المختلط، وغيره من أنواع التعليم التي تساعد في تحقيق هذا الهدف، ولاسيما عن طريق تنقيح كتب الدراسة والبرامج المدرسية وتكييف أساليب التعليم.

_ التساوي في فرص الحصول على المنح والإعانات الدراسية الأخرى. والتساوي في فرص الإفادة من برامج مواصلة التعليم. بما في ذلك تعليم الكبار ومحو الأمية الوظيفي. وخفض معدلات ترك الطالبات للدراسة، وتنظيم برامج للفتيات والنساء اللائي تركن المدرسة قبل الأوان والتساوي في فرص المشاركة النشطة في الألعاب الرياضية والتربية البدنية ، والحصول على معلومات تربية محددة تساعد على كفاءة صحة الأسر ورفاهها، بما في ذلك المعلومات والإرشادات التي تتناول تنظيم الأسرة.¹

ثالثاً _ حق المرأة في العمل :

تتخذ الدول جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل لكي تكفل لها على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، نفس الحقوق ولاسيما :

_ الحق في العمل بوصفه حقاً ثابتاً لجميع البشر، والحق في التمتع بنفس فرص العمالة، بما في ذلك تطبيق معايير اختيار واحدة في شئون الاستخدام .

¹ - المادة (10) من اتفاقية حقوق المرأة لعام 1979.

الحق في حرية اختيار المهنة ونوع العمل، والحق في الترقية والأمن على العمل وفي جميع مزايا وشروط الخدمة، والحق في تلقي التدريب وإعادة التدريب المهني، بما في ذلك التلمذة الحرفية والتدريب المهني المتقدم والتدريب المتكرر، والحق في المساواة في الأجر، بما في ذلك الاستحقاقات والحق في المساواة في المعاملة فيما يتعلق بالعمل ذي القيمة المساوية، وكذلك المساواة في المعاملة في تقييم نوعية العمل .

الحق في الضمان الاجتماعي، ولاسيما في حالات التقاعد والبطالة والمرض والعجز والشيخوخة وغير ذلك من حالات عدم الأهلية للعمل، وكذلك الحق في إجازة مدفوعة الأجر، والحق في الوقاية الصحية وسلامة ظروف العمل، بما في ذلك حماية وظيفة الإنجاب .

حظر الفصل من الخدمة بسبب الحمل أو إجازة الأمومة والتميز في الفصل من العمل على أساس الحالة الزوجية، مع فرض جزاءات على المخالفين، وإدخال نظام إجازة الأمومة المدفوعة الأجر أو المشفوعة بمزايا اجتماعية مماثلة دون فقدان للعمل السابق أو للأقدمية أو للعلاوات الاجتماعية .

يجب أن تستعرض التشريعات الوقائية المتصلة بالمسائل المشمولة بهذه المادة استعراضاً دورياً في ضوء المعرفة العلمية والتكنولوجية وأن يتم تنقيحها أو إلغاؤها أو توسيع نطاقها حسب الاقتضاء.¹

يجب عدم إجبار المرأة على القيام بأعمال لا تنسجم وشرفها وقيمها. وينبغي المحافظة على القيم الأخلاقية والإنسانية.²

رابعاً_ الرعاية الصحية :

تتخذ الدول جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان الرعاية الصحية من أجل أن تضمن لها، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، والحصول على خدمات الرعاية الصحية، بما في ذلك الخدمات المتعلقة بتنظيم الأسرة:

بالرغم من أحكام الفقرة(1) من هذه المادة³ تكفل الدول للمرأة خدمات مناسبة فيما يتعلق بالحمل والولادة وفترة ما بعد الولادة، موفرة لها خدمات مجانية عند الاقتضاء، وكذلك تغذية كافية أثناء الحمل والرضاعة.

¹ - المادة (11) من اتفاقية حقوق المرأة لعام 1979.

² - سند حسن سعد، الحماية الدولية لحق الانسان في السلامة الجسدية "دراسة مقارنة في ظل أحكام الشريعة الإسلامية ومدى هذه الحماية في مصر"، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1999، ص333.

³ - المادة (12) من أحكام اتفاقية حقوق المرأة لعام 1979.

خامساً_ حقوق المرأة الريفية:

تضع الدول في اعتبارها المشاكل الخاصة التي تواجهها المرأة الريفية، وتكفل لها بوجه خاص الحق في:

_المشاركة في وضع تنفيذ التخطيط الإنمائي على جميع المستويات .

_الوصول إلى تسهيلات العناية الصحية الملائمة، بما في ذلك المعلومات والنصائح والخدمات المتعلقة بتنظيم الأسرة.

_الاستفادة بصورة مباشرة من برامج الضمان الاجتماعي.

_الحصول على جميع أنواع التدريب والتعليم، الرسمي وغير الرسمي، بما في ذلك ما يتصل منه بمحو الأمية الوظيفي.

_تنظيم جماعات المساعدة الذاتية والتعاونيات من أجل الحصول على فرص اقتصادية مكافئة لفرص الرجل عن طريق العمل لدى الغير أو العمل لحسابهن الخاص، والمشاركة في جميع الأنشطة المجتمعية.

_فرصة الحصول على الإئتمانات والقروض الزراعية، وتسهيلات التسويق، والتكنولوجيا المناسبة، والمساواة في المعاملة في مشاريع إصلاح الأراضي والإصلاح الزراعي وكذلك في مشاريع التوطين الريفي، والتمتع بظروف معيشية ملائمة، ولاسيما فيما يتعلق بالإسكان والمرافق الصحية والإمداد بالكهرباء والماء.¹

سادساً_ أهلية المرأة :

_تعترف الدول للمرأة بالمساواة مع الرجل أمام القانون. وتمنح الدول المرأة في الشؤون المدنية، أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل، وتساوي بينها وبينه في فرص ممارسة تلك الأهلية. وتكفل للمرأة بوجه خاص، حقوقاً مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود وإدارة الممتلكات وتعاملها على قدم المساواة في جميع مراحل الاجراءات القضائية .

¹ - المادة (14) من أحكام اتفاقية حقوق المرأة لعام 1979.

__ تتفق الدول على اعتبار جميع العقود وسائر أنواع الصكوك الخاصة التي يكون لها أثر قانوني يستهدف الحد من الأهلية القانونية للمرأة باطلة ولاغية، وتمنح الدول الرجل والمرأة نفس الحقوق فيما يتعلق بالتشريع المتصل بحركة الأشخاص وحرية اختيار محل سكنهم وإقامتهم.¹

سابعاً _ حق المرأة في الزواج:

تتخذ الدول جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

__ نفس الحق في عقد الزواج، وحرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل.

__ نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين، بغض النظر عن حالتها الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالهما وفي جميع الأحوال، يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول.

__ الحق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض. ولا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية، بما في ذلك التشريعي منها لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمراً إلزامياً.²

وعلى الرغم من الوعي القانوني والسياسي والاجتماعي للمجتمع الدولي، وعقد العديد من الاتفاقيات الدولية التي تضمن حقوق المرأة كما أشرنا إلى ذلك مسبقاً، فإن هذه الاتفاقيات لا تزال بدون إلزام تلزم الدول بمنح المرأة حقوقها كافة. إذ تشير التقارير الدولية الصادرة عن المنظمات الدولية، عن مدى ما تتعرض له المرأة من قتل وتعذيب واغتصاب بسبب الحروب الدولية والأهلية المنتشرة في العالم. وهذا ما يدل على أن التطور الذي يشهده العالم قد حجب عن تطور المرأة فلا يزال انتهاك حقوق المرأة والجهل والتخلف والامية تعم أرجاء العالم.

¹ - المادة (15) من اتفاقية حقوق المرأة لعام 1979.

² - المادة (16) من اتفاقية حقوق المرأة لعام 1979.

المبحث الثاني

آليات حماية حقوق المرأة في القانون الدولي

لقد حظيت مسألة حقوق المرأة بالكثير من الدعم من كافة المنظمات الدولية، سواء العالمية أو الإقليمية. وسوف نتناول هذه الآليات من خلال مطلبين على التوالي، آليات حماية حقوق المرأة على المستوى الدولي (المطلب الأول)، ثم آليات حماية حقوق المرأة على المستوى الإقليمي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: آليات حماية حقوق المرأة على المستوى الدولي

تعتبر المنظمات الدولية من الضمانات الهامة التي تكفل حقوق الإنسان في العالم ، وحقوق المرأة خاصة ، فقد سعت منظمة عصابة الأمم منذ إنشائها إلى إيلاء أهمية لمركز المرأة في العالم والدفاع عن حقوقها المدنية والاجتماعية والسياسية، وقد تبنت منظمة الأمم المتحدة نفس المبدأ منذ إنشائها ، فصاغت العديد من الاتفاقيات الدولية لمنع التمييز ضد المرأة وأنشأت العديد من المنظمات ، وقد ساهم المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع لمنظمة الأمم المتحدة في التنسيق بين المنظمات الدولية في مجال حقوق الإنسان. لكن المنظمات العالمية التي عنت بحماية المرأة وترقية ممارسة حقوقها كثيرة سنذكر البعض منها فيما يلي:

الفرع الأول: أجهزة منظمة الأمم المتحدة

لقد دعت منظمة الأمم المتحدة إلى حماية وتعزيز حقوق الانسان على مستوى جميع المحافل الدولية، وكفالة عدم التمييز بين الرجل والمرأة، وقد هذه المنظمة من ضمن أولوياتها كفالة حماية حقيقية لحقوق المرأة من خلال أجهزتها المختلفة.¹

¹ - للإطلاع على النص الكامل لإعلان ومنهاج بكين المنبثق عن المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة المنعقد في بكين في 15/سبتمبر/1995، انظر: موقع جامعة مينيسوتا (مكتبة حقوق الانسان) على الانترنت: <https://www.umn.edu/humanrts/Arabic/Becijing Declpl.html> بتاريخ 20/3/2015، نص منهاج بكين لعام 1995 في الفقرتين 307 و309 على ضرورة تحسين القدرات المتاحة لمؤسسات منظمة الأمم المتحدة من أجل الاضطلاع بمسؤولياتها والتنسيق فيما بينها لتنفيذ منهج العمل مع الإفادة من خبراتها وطرائق عملها في تعزيز النهوض بالمرأة، وتدعو الحاجة إلى تجديد وإصلاح وتنشيط مختلف أجزاء منظومة الأمم المتحدة. ويشمل هذا استعراض وتعزيز استراتيجيات وطرائق عمل الآليات المختلفة في الأمم المتحدة للنهوض بالمرأة من أجل ترشيد مهامها في مجال إسداء المشورة والحفز على التنفيذ والرصد وتدعيمها عند الاقتضاء فيما يتعلق بالهيئات والوكالات العاملة ضمن التيار الرئيسي، ومن المهم وجود وحدات للمرأة/نوع الجنس ، بما يكفل فعالية الدمج في التيار الرئيسي وإن كان الأمر يستلزم كذلك المزيد من تطوير الاستراتيجيات للحيلولة دون حدوث تهميش بغير قصد بدلاً من دمج أبعاد نوع الجنس ضمن التيار الرئيسي في جميع العمليات.

أولاً _ الجمعية العامة :

تعتبر الجمعية العامة الهيئة التمثيلية الرئيسية في الأمم المتحدة وهي الجهاز المركزي الذي يمثل فيه جميع الدول ومنذ بداية انعقادها سنة 1945 يعرض عليها في كل دورة عدد من البنود المتعلقة بحقوق الانسان. ومنذ أن صوتت الجمعية العامة بالأغلبية على الاعلان العالمي لحقوق الانسان سنة 1948، بدأ الارتباط الواضح بين الجمعية العامة وحماية مبادئ حقوق الانسان.

وتقوم الجمعية العامة بدراسات وتقدم توصيات بقصد إنماء التعاون الدولي في شتى الميادين والمساعدة في تطبيق حقوق الانسان لكافة الناس دون تمييز بسبب العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين وبدون تفرقة بين الرجال والنساء.¹

وكان من أهم القرارات التي اتخذتها الجمعية العامة في شأن حماية حقوق الانسان الاعلان العالمي لحقوق الانسان في 1948، وإعلان القضاء على جميع أنواع التمييز ضد المرأة المعتمد في 1967، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1976.

ثانياً _ المجلس الاقتصادي والاجتماعي :

يعتبر المجلس الاقتصادي والاجتماعي أحد الأجهزة التابعة لمنظمة الأمم المتحدة ويقوم بعمله تحت إشراف الجمعية العامة²، ويجوز له أن يرفع توصيات إلى الجمعية العامة في المسائل المتعلقة بانتهاك حقوق الانسان، إلا أنه قد يقوم المجلس بنفسه في البحث في بعض القضايا المتعلقة بحقوق الانسان وإيجاد الحلول لها من خلال إنشاء لجان متخصصة تعد تقارير خاصة عن المواضيع قيد البحث.

وبعد انعقاد المؤتمر العالمي للمرأة بكيين سنة 1995، والدور الذي يقوم به المجلس لتطبيق خطة عمل بيجين، بالإشراف على عمليات التنسيق على صعيد المنظومة الأقليمية لتنفيذ خطة العمل مع طرح توصيات في هذا المضمار. حيث يستعرض المجلس تنفيذ منهاج العمل مع إعطاء الاعتبار لتقارير لجنة مركز المرأة والتنسيق مع اللجان ذات الصلة.³

¹ - المادة (13) من ميثاق الأمم المتحدة .

² - انظر بشأنه المواد من 60 إلى 70 من ميثاق الأمم المتحدة .

³ - إعلان ومنهاج عمل بكيين ، المرجع السابق، الفقرة 313.

الفرع الثاني

اللجان المتخصصة التابعة للأمم المتحدة

هناك مجموعة من اللجان التابعة لهيئات مختلفة تقوم بالتنسيق بين الدول الأعضاء في تلك الهيئات ومنظمة الأمم المتحدة في أداء عملها للحد من التمييز الذي يطال المرأة بجميع أشكاله، وتعرض نتائجها في مجال حماية حقوق المرأة ومدى مراعاة الدول لهذه الحقوق على المنظمة الدولية. وتمثل هذه اللجان في الآتي:

أولاً_ لجنة حقوق الانسان*

تقدم هذه اللجنة توصيات ومقترحات وتقارير لحماية حقوق الانسان في المسائل التالية :

- 1_ إعداد لائحة دولية لحقوق الانسان.
 - 2_ إصدار تصريحات أو اتفاقيات دولية بشأن الحريات المدنية والأنظمة الخاصة بالمرأة وحرية النشر والأنظمة المشابهة.
 - 3_ حماية الأقليات .
 - 4_ منع التمييز والامتيازات القائمة على عنصر الجنس واللغة أو الدين وأي مسألة أخرى تتعلق بحقوق الانسان لم تتضمنها الفقرات التي ذكرت أعلاه.¹
- وتجتمع هذه اللجنة مرة واحدة في السنة ،وتقوم باتخاذ إجراءات وإعداد مشاريع صكوك دولية تتعلق بحقوق الانسان لتعرضها على الجمعية العامة للأمم المتحدة. كما تقوم هذه اللجنة بالتحقيق في المسائل التي تعرض عليها من طرف الجمعية العامة والمجلس الاقتصادي والاجتماعي والتي يشتهب أن تشكل انتهاكاً صارخاً لحقوق الانسان.

* - أنشأت سنة 1946 من قبل المجلس الاقتصادي والاجتماعي ،لتكون الهيئة الرئيسية التي تعالج القضايا المتعلقة بحقوق الانسان. وتتكون اللجنة من 32 عضو يمثلون 32 دولة ،كما تضمن ممثلين من أعضاء الأمم المتحدة الذين يدعون لحضور المناقشات والأشخاص الذين يمثلون حكوماتهم ويحضرون بصفة مراقبين وممثلين عن الوكالات المتخصصة وممثلين عن إدارة اللجنة العليا للاجئين ،ومثلي المنظمات غير الحكومية ،ومراقبين عن مجلس أوروبا ومراقبين عن لجنة حقوق الانسان للدول الأمريكية ومنظمة الوحدة الأفريقية وجامعة الدول العربية...إلخ، وتؤخذ القرارات بأغلبية الأعضاء الحاضرين .

¹ - جابر إبراهيم الراوي ، المرجع السابق ، ص70.

وحتى تقوم اللجنة بعملها على أكمل وجه قامت بإنشاء عدد من الهيئات الفرعية، أهمها اللجنة الفرعية لمنع التمييز وحماية الأقليات.¹

ثانياً _ اللجنة الخاصة بوضع المرأة :

من أجل إعداد توجيهات لتحسين حقوق المرأة أنشأت اللجنة الخاصة بوضع المرأة سنة 1946، أي في الدورة الثانية للأمم المتحدة. واشتملت على 32 عضواً يمثل كل واحد منهم دولته وليس شخصه، من الدول الأعضاء في الأمم المتحدة، ويتم انتخابهم لمدة ثلاث سنوات ويراعى أثناء الانتخاب التوزيع الجغرافي العادل بين الدول الأعضاء في الأمم المتحدة كما هو الحال في لجنة حقوق الانسان. وكانت تجتمع هذه اللجنة مرة كل عامين وتعد اجتماعاتها في نيويورك أو جنيف وقد تعدل هذا الوضع سنة 1980 لتصبح اجتماعاتها تعقد في فيينا.²

ووكل للجنة مهمة إعداد التوصيات والتقارير عن وسائل النهوض بالمرأة في المجالات الاقتصادية والسياسية والمدنية والتربوية، كما طلب إلى اللجنة أن ترفع توصيات إلى المجلس بشأن المشكلات العاجلة التي تستدعي انتباهها فوراً في ميدان حقوق المرأة، بغية تطبيق المبدأ الداعي إلى المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق، وأن تقدم اقتراحات لتفعيل هذه التوصيات.³ وقد عملت اللجنة الخاصة بوضع المرأة على التنسيق بين لجان أخرى لمنظمات دولية وإقليمية مثل لجنة المرأة العربية، والمنظمة الأفريقية للمرأة.

ثالثاً _ لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة* :

تلتزم هذه اللجنة بتقديم تقرير سنوي للجمعية العامة للأمم المتحدة بواسطة المجلس الاقتصادي والاجتماعي طبقاً لما نصت عليه المادة (21) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة،

¹ - اللجنة الفرعية لمنع التمييز وحماية الأقليات التابعة للجنة حقوق الانسان التابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي، أنشأتها لجنة حقوق الانسان في اجتماعها الأول سنة 1947 وتتكون من 26 عضو يختارون من قبل لجنة حقوق الانسان لمدة 3 سنوات، تجتمع بشكل دوري ل 3 أسابيع في السنة، جابر إبراهيم الراوي، المرجع السابق، ص 72.

² - خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 179.

³ - جعفر عبد السلام، "المرأة والحياة العامة في المواثيق والاتفاقيات الدولية"، المرأة العربية في الحياة العامة والسياسية، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2012، ص 78.

* - أنشأت هذه اللجنة بموجب اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1976 وكانت اللجنة تتكون في البداية من 18 عضواً، عند بداية سريان الاتفاقية، وارتفع العدد ليصل إلى 33 عضو ينتخبون من بين مواطني الدول الأعضاء لمدة أربع سنوات بصفتهم الشخصية مع مراعاة التوزيع الجغرافي العادل.

ولها أن تقدم مقترحات وتوصيات عامة بناءً على المعلومات والدراسات المقدمة من الدول الأطراف، والتي يمكن أن تدرجها ضمن التقرير مع تعليقات الدول إن وجدت، ويحيل الأمين العام تلك التقارير للجنة الخاصة بمركز المرأة لإعلامها بها.¹

وطبقاً لنص المادة (22) من الاتفاقية المذكورة فإنه يحق للجنة أن تدعو الوكالات المتخصصة إلى تقديم تقارير عن تنفيذ الاتفاقية في المجالات التي تقع في نطاق أعمالها وقد صدر البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بتاريخ 9/أكتوبر/1999²، والذي أكد على أن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1976 تدين أي تمييز ضد المرأة، ويضمن حصول المرأة على جميع حقوقها دون تمييز وعلى قدم المساواة بينها وبين الرجل، وألزم البروتوكول الدول الأطراف بالالتزام باتخاذ جميع التدابير لضمان عدم تعرض الأفراد التابعين لولايتها القضائية لسوء المعاملة أو التهيب نتيجة اتصالهم باللجنة بموجب البروتوكول. وقد حدد البروتوكول تنظيم عمل اللجنة وعلاقتها بالدول المعنية بانتهاك حقوق المرأة وشروط تلقي البلاغات المتصلة بانتهاك حقوق المرأة من قبل الأفراد والجماعات .

رابعاً _ صندوق الأمم المتحدة لتنمية المرأة (الإنمائي للمرأة) :

هو صندوق الأمم المتحدة الإنمائي للمرأة أو المخصص لقضايا تنمية المرأة ويعرف اختصاراً يونيفيم (UNIFEM) تأسس في ديسمبر 1976 أثناء الاحتفال بعام المرأة العالمي الذي احتفل به طوال 1975. ويقوم البرنامج على توفير المساعدات الاقتصادية والتقنية للبرامج المبتكرة والاستراتيجيات التي ترقى وتحفز المرأة وحقوق الانسان، والمشاركة السياسية وتمكين المرأة اقتصادياً وتعزيز دورها داخل المجتمع لضمان حياة آمنة . إضافةً إلى دعم القدرات المؤسسية في مجالات التخطيط وإدماج النوع الاجتماعي في إدارة الحكم.³

ومنذ عام 1976 دعم البرنامج تمكين المرأة والمساواة بين الجنسين من خلال مكاتب البرنامج والصلات التي تربطه بالمنظمات النسائية في المناطق الرئيسية في العالم، ويعمل الصندوق بالشراكة مع وكالات الأمم المتحدة ومع المنظمات غير الحكومية والإقليمية والعالمية على تحقيق الأهداف التالية:

¹ - عبد الغني محمود ، المرجع السابق ، ص 117.

² - اعتمد هذا البروتوكول وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الدورة الرابعة والخمسون(54) بتاريخ 9/10/1999، تاريخ النفاذ 2000/12/22 وفقاً لأحكام المادة 16 .

³ - موسوعة ويكيبيديا على الانترنت بتاريخ 10 /6 /2018 : <https://ar:Wikipedia.org>

- __تعزيز قدرات المنظمات والشبكات النسائية والجمعيات النسائية .
- __الحصول على حشد سياسي ودعم مالي للمرأة لدى مختلف المؤسسات والدول.
- __إقامة شراكات جديدة بين منظمات المرأة والحكومات وهيئات الأمم المتحدة والقطاع الخاص .
- __بناء قاعدة بيانات ومعلومات حول الاستراتيجيات الفعالة في إدماج قضايا المرأة والرجل في عمليات التنمية .¹

المطلب الثاني

آليات حماية حقوق المرأة على المستوى الإقليمي

ومع ظهور التنظيمات الإقليمية التي بنيت على أساس الانتماء الجغرافي أو الديني أو العرقي كالاتحاد الأوروبي والآسيوي والإفريقي، وجامعة الدول العربية ومنظمة المؤتمر الإسلامي... تعددت وتنوعت بهدف ترقية المستوى الداخلي للدول بالتعاون الدولي الذي يحققه التنظيم الدولي. كان الاهتمام بترقية وضع المرأة مشتركاً وعنت به مختلف التنظيمات الإقليمية. سنتحدث في هذا المطلب عن آليات حماية حقوق المرأة على المستويين العربي والإفريقي .

الفرع الأول

آليات حماية حقوق المرأة على المستوى العربي

لم تكن المنطقة العربية بمعزل عن هذا الجدل العالمي حول حقوق المرأة، فلقد كان للدول العربية وجوداً في المؤتمرات الدولية للمرأة وذلك من خلال عمل إقليمي منظم تحت مظلة جامعة الدول العربية²، وتمثل

¹ - وقد أوكلت إلى صندوق الأمم المتحدة الإنمائي للمرأة طبقاً لإعلان ومنهاج بكين المنبثق عن المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة المنعقد في بيكين خلال الفترة 4-15 /سبتمبر /1995 ، في الفقرة 335، ولاية زيادة الخيارات والفرص المتاحة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية للمرأة في البلدان النامية، من خلال تقديم المساعدة التقنية والمالية لإدراج البعد المتعلق بالمرأة في التنمية على جميع الأصعدة، ومن ثم ينبغي أن يقوم الصندوق، حسب الاقتضاء باستعراض وتعزيز برنامج عمله في ضوء منهاج العمل، مع التركيز في ذلك على تمكين المرأة في الميدانين السياسي والاقتصادي . ويجب أن يركز دور الدعوة الذي يقوم به الصندوق على تشجيع إقامة حوار متعدد الأطراف حول السياسات فيما يتعلق بتمكين المرأة، وينبغي أن تتوافر للصندوق الموارد المالية والبشرية الكافية للقيام بمهامه .

² - قمر خليفة هباني، "تفعيل آليات حماية حقوق الانسان والمرأة في المجتمع الدولي والعربي"، المرأة العربية في الحياة العامة والسياسية، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2012، ص 277-278 .

ذلك في إنشاء لجنة للمرأة العربية تابعة لجامعة الدول العربية منذ سنة 1971 ومنظمة المرأة العربية في سنة 2000.

أولاً_ لجنة المرأة العربية التابعة لجامعة الدول العربية :

إدراكاً من جامعة الدول العربية بأن تحقيق الإصلاح والتنمية الشاملة وحل مشكلات العالم العربي الاجتماعية والاقتصادية لا يتحقق إلا بإشراك المرأة العربية في شتى مجالات التنمية، فقد أولت الجامعة اهتماماً كبيراً لشؤون المرأة من خلال إنشائها "لجنة المرأة العربية"، والتي تضم في عضويتها ممثلين لجميع الدول العربية وعددهم 22 ممثلاً (على المستوى الحكومي وغير الحكومي). وتجتمع اللجنة بصفة دورية، بهدف تمكين المرأة العربية من ممارسة دورها في المجتمع ونشر الوعي في أوساط الرأي العام العربي بقضايا المرأة والأسرة. ودعم التعاون بين الدول العربية والتنسيق فيما بينها، ومتابعة الجهود الدولية والعربية للنهوض بالمرأة العربية، والتعاون مع المنظمات الوطنية والعربية والدولية ذات العلاقة بشؤون المرأة وحقوقها كما كان لإنشاء إدارة خاصة بالمرأة والأسرة سنة 1984 كأمانة فنية للجنة ثم تخصيص وحدة مستقلة للمرأة بالأمانة العامة منذ 2004 أثره البالغ في تعزيز العمل العربي المشترك في هذا المجال.¹

وفي إطار الإصلاح المؤسسي تم رفع عدد النساء إلى مواقع إدارية قيادية في الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، فتم سنة 2004 ولأول مرة تعيين أول امرأة في منصب الأمين العام المساعد في جامعة الدول العربية وذلك منذ تأسيسها سنة 1945. وواصلت جامعة الدول العربية جهودها من أجل تعزيز وتمكين المرأة من خلال المنظمات وإنشاء الهياكل والآليات التي نُجحت في وضع استراتيجيات للنهوض بالمرأة ثم عكفت على تجسيد هذه الاستراتيجيات إلى برامج وأنشطة قيد التنفيذ². أنشأت هذه اللجنة بموجب المادة 40 من الميثاق العربي لحقوق الانسان لسنة 1997.³

¹ - المصدر نفسه ، ص 279.

² - ولقد كان هذا خاصة في مؤتمر بكين 1995 وما سبقه من خطوات تحفيزية، حيث شكلت الدول العربية لجان قومية مثل فيها القطاع الرسمي والقطاع الأهلي، قامت بإعداد تقارير عن وضع المرأة داخل كل دولة عربية، ولقد تم صياغة وثيقة (الخطة العربية للنهوض بالمرأة حتى عام 2005) بالرجوع إلى هذه التقارير، وهي الخطة التي اعتمدها الدول العربية في الاجتماع العربي الإقليمي التحضيري لمؤتمر بكين المنعقد في 6-10/ نوفمبر/1994. واعتمدت الأمانة العامة للمؤتمر العالمي الرابع للمرأة هذه الوثيقة كأحد الوثائق الإقليمية الرسمية عند إعدادها لمشروع منهاج عمل بكين، قمر خليفة هباني، المرجع السابق، ص 278.

³ - اعتمد الميثاق العربي لحقوق الانسان بموجب قرار مجلس جامعة الدول العربية رقم 5427 المؤرخ في 15/سبتمبر/1997.

ثانياً_ منظمة العمل العربية :

تحقيقاً للتعاون والعمل العربي المشترك في مجال تطوير وضع المرأة العربية والارتقاء به لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية والبشرية للدول العربية وأهدافها القومية، وتمشياً مع ما يقضي به ميثاق جامعة الدول العربية من تعزيز التعاون بين الدول الأعضاء في كافة المجالات ، تم إنشاء منظمة المرأة العربية انطلاقاً من إعلان القاهرة الصادر عن مؤتمر قمة المرأة العربية الأول المنعقد في نوفمبر 2000.¹

تهدف المنظمة إلى المساهمة في تعزيز التعاون والتنسيق العربي المشترك في مجال تطوير وضع المرأة وتدعيم دورها في المجتمع وعلى الأخص :

__تحقيق تضامن المرأة العربية باعتباره ركناً أساسياً للتضامن العربي .

__تنسيق مواقف عربية مشتركة في الشأن العام العربي والدولي عند تناول قضايا المرأة في المحافل الدولية والإقليمية .

__تنمية الوعي بقضايا المرأة وإدماج قضايا المرأة ضمن خطط وسياسات التنمية الشاملة وتبادل الخبرات والتعاون المشترك في مجال النهوض بالمرأة.²

ثالثاً _ لجنة شؤون عمل المرأة العربية التابعة لمنظمة العمل العربية :

في إطار اهتمامها بإنشاء الهياكل والآليات المؤسسية التي تفعل جهودها من أجل التمكين الاقتصادي للمرأة قامت منظمة العمل العربية بإنشاء لجنة مختصة اسمها "لجنة شؤون عمل المرأة العربية" ، وتسعى اللجنة إلى إثارة الاهتمام بكل ما يخص المرأة العاملة من خلال إجراء المسوح وعقد الندوات وإنجاز الدراسات التي تناقش الواقع الاجتماعي والاقتصادي والثقافي لواقع تمكين المرأة العربية العاملة للوصول إلى مراكز صنع القرار.

¹ - بناء على موافقة مجلس جامعة الدول العربية على قيام منظمة المرأة العربية بقراره رقم 6126 من دور انعقاده العادي (116) المنعقد بتاريخ 10/سبتمبر/2001 وموافقة المجلس الاقتصادي والاجتماعي بقراره رقم 1426 بتاريخ 12/سبتمبر/2001، ودخلت حيز النفاذ في 2003، اتفقت الدول العربية الموقعة على هذه الاتفاقية والتي تتضمن مادة 22 .انظر: عادل عبد العزيز السن ، "الإمكانيات والفرص المتاحة للمرأة العربية في ظل التشريعات العربية الحالية للمساهمة في التنمية المستدامة" ، المرأة العربية في الحياة العامة والسياسية ، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، القاهرة، 2012، ص 250 .

² - انظر: المادة (5) من أحكام القرار 1426 المتعلق بإنشاء منظمة المرأة العربية .

كما قامت اللجنة بعد دراستها لشروط وظروف تشغيل النساء، من منظور مستويات ومعايير العمل العربية والدولية، بوضع الاتفاقية العربية للمرأة العاملة، وتسعى إلى ضمان العمل بها .

الفرع الثاني

اللجنة الأفريقية لحقوق الانسان والشعوب

من بين الآليات الهامة على المستوى الأفريقي والتي تعني بحماية حقوق الانسان عامة والمرأة خاصة "اللجنة الأفريقية لحقوق الانسان والشعوب" و " مؤتمر رؤساء الدول والحكومات الأفريقية، وهما جهازين أنشأهما الميثاق الأفريقي¹ في إطار منظمة الوحدة الأفريقية .

أحدث الميثاق الأفريقي " اللجنة الأفريقية لحقوق الانسان والشعوب" ² تتكون من 11 عضو ينتخبون عن طريق الاقتراع السري الذي يقام على مستوى الجمعية العمومية ل " مؤتمر رؤساء دول وحكومات منظمة الوحدة الأفريقية " ³. ويتم الانتخاب من قبل مرشحين يختارون لاعتبارات شخصية⁴ وليس كممثلين عن دولهم⁵. ويكون تكوين قائمة المرشحين بدعوة من الأمين العام لمنظمة الوحدة الأفريقية" الاتحاد الأفريقي حالياً " للدول الأطراف في الميثاق ، قبل 4 أشهر من تاريخ إجراء الانتخابات لتقديم أسماء المرشحين لعضوية اللجنة⁶. ثم يعد قائمة المرشحين حسب الترتيب الأبجدي ويرفعها لمؤتمر رؤساء

¹ - الميثاق الأفريقي الذي عرض على اجتماع منظمة الوحدة الأفريقية خلال دورتها (18) المنعقدة بنairobi عاصمة كينيا ، وتم التوقيع عليه في 28/يوليو/1981 من قبل الدول الحاضرة ودخل حيز التنفيذ في 21/أكتوبر/1986، انظر: عمر سعد الله، مدخل في القانون الدولي لحقوق الانسان ، دار المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط 3 ، 2003، ص 210 .

² - المادة (30) من الميثاق الأفريقي لحقوق الانسان والشعوب، انظر: السيد أبو الخير، نصوص المواثيق والإعلانات والاتفاقيات لحقوق الانسان، ايتراك للطباعة والنشر، 2005 ، ص 204.

³ - المادة (33) من الميثاق الأفريقي لحقوق الانسان والشعوب والقاعدة 11 من قواعد وإجراءات اللجنة الأفريقية لحقوق الانسان والشعوب المتخذ من قبل اللجنة الأفريقية لحقوق الانسان والشعوب في 16/ أكتوبر/ 1995.

⁴ - المادة (2/31) من الميثاق الأفريقي لحقوق الانسان والشعوب ، السيد أبو الخير ، ص 187.

⁵ - ومن ذلك تنص الفقرة 2 من القاعدة 12 من قواعد وإجراءات اللجنة الأفريقية لحقوق الانسان والشعوب : " لا يجوز لأي عضو أن يمثل عضو آخر " .

⁶ - المادة (35) من الميثاق الأفريقي لحقوق الانسان والشعوب ، السيد أبو الخير، ص 187.

الدول والحكومات للإطلاع عليها. قبل الاقتراع السري عليها خلال مؤتمر عام لرؤساء الدول والحكومات الأفريقية¹ قبل شهر على الأقل.

وتعقد اللجنة دورتين عاديتين سنوياً تستمر كل منها حوالي الأسبوعين، وتحدد تاريخها بناءً على اقتراح رئيسها بالتشاور مع الأمين العام لمنظمة الوحدة الأفريقية، وأعطت المادة (45) من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب الاختصاصات التالية :

1_ النهوض بحقوق الإنسان والشعوب وبخاصة : أ- تجميع الوثائق وإجراء الدراسات والبحوث حول المشاكل الأفريقية في مجال حقوق الإنسان والشعوب وتنظيم الندوات والحلقات الدراسية والمؤتمرات ونشر المعلومات. ب- صياغة ووضع المبادئ والقواعد التي تهدف إلى حل المشاكل القانونية المتعلقة بالتمتع بحقوق الإنسان والشعوب والحريات الأساسية لكي تكون أساساً لسن النصوص التشريعية من قبل الحكومات الأفريقية. ج- التعاون مع سائر المؤسسات الأفريقية والدولية المعنية بالنهوض بحقوق الإنسان والشعوب وحمايتها.

2_ ضمان حماية حقوق الإنسان والشعوب طبقاً للشروط الواردة في هذا الميثاق.

3_ تفسير كافة الأحكام الواردة في هذا الميثاق بناءً على طلب دولة طرف أو إحدى مؤسسات منظمة الوحدة الأفريقية أو أي منظمة تعترف بها منظمة الوحدة الأفريقية.

4_ القيام بأي مهام أخرى قد يوكلها إليها مؤتمر رؤساء الدول والحكومات.

ومن الإنجازات التي حققتها اللجنة لحماية حقوق المرأة صياغة بروتوكول حقوق المرأة في أفريقيا الملحق بالميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، الذي اعتمده الجمعية العامة لرؤساء دول وحكومات الاتحاد الأفريقي أثناء انعقاد قمتها العادية الثانية في العاصمة الموزمبيقية، مابوتو في 11/يوليو/2003. الذي ضم 32 مادة واعترف فيه بمجموعة حقوق .

¹ - عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 216.

الخاتمة

بعد تفصيلنا للحقوق المعترف بها للمرأة والتي تنوعت لتشمل كل الحقوق المعترف بها للإنسان على قدم المساواة بين الرجال والنساء، المبدأ الذي في سبيل تحقيقه سلكت بعض الدول طريق إبرام المعاهدات الدولية وإنشاء آليات تهدف لترقية حقوق المرأة، وبناءً على ما سبق توصلنا إلى النتائج التالية :

1_ تتمتع المرأة طبقاً للاتفاقيات الدولية بالعديد من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والدينية والسياسية.

2_ أنشأ المجتمع الدولي آليات ذات طابع عالمي وأخرى ذات طابع إقليمي لحماية حقوق المرأة سواء كانت مؤسساتية أو تشريعية، أما الآليات التشريعية فتتمثل في الصكوك الدولية بمختلف أنواعها، أما المؤسساتية فتتمثل في الأجهزة واللجان المتخصصة المعنية بحقوق المرأة .

3_ يلعب التنظيم الدولي سواء العالمي أو الإقليمي دور هام في حماية حقوق الانسان بصورة عامة وحقوق المرأة بصفة خاصة، مثل الدور الذي تقوم به منظمة الأمم المتحدة وأجهزتها.

4_ على مستوى الآليات ذات الطابع الدولي فإننا نجد أن المجلس الاقتصادي والاجتماعي يقوم بدور في غاية الأهمية في ترقية وتعزيز حماية حقوق الانسان إضافة إلى اللجان الخاصة بوضع المرأة ولجنة القضاء على التمييز ضد المرأة المنبثقة عن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة .

5_ أما بخصوص الآليات على المستوى الإقليمي فإنها متعددة فنجدها على المستوى العربي مثل لجنة المرأة العربية التابعة لجامعة الدول العربية وكذلك منظمة المرأة العربية وعلى المستوى الأفريقي نجد اللجنة الأفريقية لحقوق الانسان والشعوب.

ومن أجل تعزيز وتطوير آليات حماية حقوق المرأة في شتى المجالات فإننا نوصي بما يلي :

1_ تفعيل الاتفاقيات الدولية الحامية للمرأة، وهذا لا يتحقق إلا بالإرادة السياسية من خلال تعديل نصوصها القانونية وإقرار مبدأ المساواة الفعلي .

2_ نشر ثقافة حقوق المرأة وآليات حمايتها وتعزيزها عن طريق تعليم حقوق الانسان في النظام التعليمي الرسمي، وتشجيع المجتمع المدني للقيام ببرامج توعوية وتكوينية للمرأة لتعريفها بحقوقها .

3_ منح المرأة الوسائل التي تساعد على تبوء مكانتها في المجتمع من خلال الحرص على تلقيها التعليم اللازم ، وإيجاد المناخ القانوني لدعم مشاريعها وازدهار عملها سواء كرجل .

المراجع والمصادر

_ الاتفاقيات والوثائق :

- 1- الاعلان العالمي لحقوق الانسان الذي صدر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217 المؤرخ في 10/ديسمبر/1948.
- 2- اتفاقية الحقوق السياسية للمرأة لعام 1952.
- 3- إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة، المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2263-د 22 والمؤرخ في 27/نوفمبر/1967.
- 4- اتفاقية حقوق المرأة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 18/ديسمبر/1979.
- 5- البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1999 بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الدورة الرابعة والخمسون (54) بتاريخ 9/أكتوبر/1999.
- 6- اعلان ومنهاج عمل بكين المنبثق عن المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة المنعقد في بكين خلال الفترة 4-15/سبتمبر/1995.
- 7- ميثاق منظمة الأمم المتحدة 1945.
- 8- الميثاق العربي لحقوق الانسان بموجب قرار مجلس جامعة الدول العربية رقم 5427 المؤرخ في 15/سبتمبر/1997.
- 9- الميثاق الأفريقي لحقوق الانسان والشعوب الذي عقد في اجتماع منظمة الوحدة الأفريقية خلال دورتها 18 المنعقدة بنairobi عاصمة كينيا، وتم التوقيع عليه في 28/يوليو/1981 .

_ الكتب والمقالات :

- 1- أحمد أبو الوفا، الحماية الدولية لحقوق الانسان في إطار منظمة الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 2- السيد أبو الخير، نصوص المواثيق والإعلانات والاتفاقيات لحقوق الانسان ، ابتراك للطباعة والنشر ، 2005.

- 3- جابر إبراهيم الراوي ، حقوق الانسان وحرياته الأساسية في القانون الدولي والشريعة الإسلامية ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، ط2 ، 2010.
- 4- جعفر عبد السلام ، " المرأة والحياة العامة في المواثيق والاتفاقيات الدولية". المرأة العربية في الحياة العامة والسياسية ، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، القاهرة ، 2012 .
- 5- خالد مصطفى فهمي ، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي "دراسة مقارنة" ، دار الجامعة الجديدة ، 2007 .
- 6- سند حسن سعد ، الحماية الدولية لحق الانسان في السلامة الجسدية" دراسة مقارنة في ظل أحكام الشريعة الإسلامية ومدى هذه الحماية في مصر" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 1999 .
- 7- عادل عبد العزيز السن ، " الإمكانات والفرص المتاحة للمرأة العربية في ظل التشريعات العربية الحالية للمساهمة في التنمية المستدامة ". المرأة العربية في الحياة العامة والسياسية ، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، القاهرة ، 2012 .
- 8- عبد الغني محمود ، حقوق المرأة في القانون الدولي والشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 1991 .
- 9- عمر سعد الله ، مدخل في القانون الدولي لحقوق الانسان ، دار المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط3 ، 2003 .
- 10- قمر خليفة هباني ، "تفعيل آليات حماية حقوق الانسان والمرأة في المجتمع الدولي والعربي". المرأة العربية في الحياة العامة والسياسية ، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، القاهرة ، 2012 .
- 11- محمد علي صالح المنصوري ، الحقوق السياسية للمرأة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي ، مؤسسة الانتشار العربي ، بيروت ، ط1 ، 2011 .

_مواقع الانترنت :

- 1- موقع الأمم المتحدة على الانترنت <http://www.un.org>
- 2- موقع جامعة مينيسوتا(مكتبة حقوق الانسان) بتاريخ 2015/3/20
<https://www.umn.edu/humanrts/arabic/BeijingDecIPI.html>
- 3- موسوعة ويكيبيديا على الانترنت : <http://ar.Wikipedia.org>