

مجلة الحق

مجلة علمية مُحَكَّمة فصلية

تصدر عن كلية القانون - بني وليد

الإشراف العام

عيسى فتح الله أحمد

رئيس هيئة التحرير

مصباح عمر التائب

أعضاء هيئة التحرير

مفتاح إغنيه مُجَّد ***** خالد عبدالله قرقز

رمضان خليفة برنوص ***** مفتاح محمود محمود

ناصر فرج الغيطة ***** علي مُجَّد سالم

معمر إبراهيم المريبي ***** مصطفى مجحود الواتي

اللجنة الاستشارية

عيسى فتح الله أحمد

محمد إبراهيم الداہ

علي محمد شقوف

عبدالله امبارك الدعيكي

مصطفى فرج ضو

مصباح عمر التائب

معز مصباح الجديد

فرج علي محمد

2014م

فبراير

العدد الأول

الأفكار والآراء المنشورة في المجلة تعبر عن وجهة نظر أصحابها، ولا تعبر عن وجهة نظر الكلية، وأصحابها مسؤولون عن صحتها ونسبتها إلى مصادرها، ويتحملون وحدهم المسؤولية الأدبية والقانونية، وهيئة التحرير ترحب بمناقشتها وإثرائها والرد عليها.

إلتوثيق

الدار الوطنية للكتاب بنغازي 236 / 2014

المراسلات : مجلة الحق

كلية القانون بنى وليد

البريد الإلكتروني: alhakk68@gmail.com

العدد الأول فبراير 2014

ضوابط النشر

1. أن يكون منضبطاً بالمنهجية العلمية الصحيحة.
2. أن يتسم بالجدية والتأصيل العلمي.
3. أن يقدم الباحث ملخصاً عن بحثه لا يتجاوز صفحة واحدة، ولا يكون البحث 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 صفتين.
5. أن يكون ضمن مجال العلوم القانونية أو الشرعية.
6. ألا يقل البحث العلمي عن 15 صفحة، ولا يزيد عن 30 صفحة، مرفقاً بالسيرة الذاتية للباحث.
7. أن تكون الهوامش في كل صفحة بترقيم يخصها.
8. أن يكون حجم الهوامش 10 والمتن 14، بخط Simplified 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 معجمياً على أسماء المؤلفين.
12. أن تكون الإحالة على المصادر في الهامش باسم المؤلف .
13. أن يكون تخريج الأحاديث من المصادر الأصلية مع ذكر الكتاب والباب، ورقم الحديث والجزء والصفحة، والحكم على الحديث إذا كان في غير الصحيحين .

المحتويات

افتتاحية العدد

* الحريات الشخصية وضماناتها في الشريعة والقانون

1 مفتاح محمود محمود اجبارة

* رئيس الوزراء في النظام البرلماني دراسة دستورية

24 الداه محمد ابراهيم

* تقنين أحكام الشريعة حكمه ومراحله

51 عيسى فتح الله أحمد

* العمل وضمان رأس المال في صيغة المضاربة الشرعية

77 عبدالله أمبارك أحمد الدعكي

* الجريمة المنظمة

102 خالد عبدالله محمد قرقر

* طبيعة السلطة التقديرية للقرار الإداري في ركن الشكل

121 معمر إبراهيم المريمي

* طاعة الرؤساء بين الفقه والقضاء

141 مصطفى فرج ضو عبد الرحيم

* الأسس التي تقوم عليها المناقصة

154 مصباح عمر التائب

* العلم الكافي بالمبيع في القانون المدني الليبي

172 مصطفى مجهود محمد الواتي

* الضمانة الوظيفية للموظف الدولي

200 رمضان خليفة برنوص

* التكييف الفقهي وأثره في اختلاف الفقهاء

225 بشير أحمد محمد

* القيم الاسلامية وأثرها على الفرد والمجتمع

253 أحمد محمد رحومة

الإفتاحية

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين
وبعد.

إيماناً من كلية القانون بني وليد بأهمية البحث العلمي باعتباره سبيلاً إلى التقدم في شتى
مجالات الحياة، ها هي اليوم تفتخر بإضافة قبس جديد متمثلاً في العدد الأول من مجلة الحق، فهذه
المجلة تمثل بحق لبنة جديدة في صرح البحث العلمي بما تسهم به في نشر الثقافة القانونية
والشرعية، وإثراءً للفكر القانوني في مجالاته المختلفة.

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 لكلية القانون بني وليد بشكل خاص للنهوض برسالة المجلة على الوجه
المنشود.

والله الموفق

مصباح عمر التائب

رئيس هيئة التحرير

الحريات الشخصية وضماناتها في الشريعة والقانون

مفتاح محمود محمود اجبارة

تمهيد وتقسيم:-

يتميز مصطلح حقوق الإنسان بجاذبية خاصة تستهوي الجميع ، لدرجة أنه لا يكاد يخلو دستور أو قانون في العالم من الإشارة إليه ، بل إنه صار القاسم المشترك بين كل الخطابات السياسية الشرقية والغربية (1) ، وقد بدأ الاهتمام بحقوق الأفراد في التاريخ الإنساني المعاصر من خلال مجموعة من الإعلانات والمواثيق الدولية والإقليمية ، التي شكلت ما يشبه مجلة أخلاقية عالمية ، تحيط التصرف في شئون الأفراد والجماعات البشرية بمنظومة من الحدود والضوابط التي كان يمارسها الاستبداد .

والحرية الفردية لها أهمية بالغة في حياة الأفراد ، وبناء المجتمع ، فهي تحتل منزلة رفيعة في أئدة البشر ، إلا أن الشريعة الإسلامية ، سبقت كل الاتفاقيات والمواثيق الدولية في تنظيم الحريات الشخصية ، ففي عهد الرسول صلي الله عليه وسلم ، وإعمالاً للمبادئ المنصوص عليها في القرآن الكريم ، لم يسمح الرسول صلي الله عليه وسلم ، بأي نوع من أنواع التفرقة في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، بسبب الدين ، أو الأصل ، أو اللغة ، أو اللون ، فالقواعد الشرعية تطبق علي الجميع ، لا فرق بين عبد أو حر ، غني أو فقير ، أميراً أو حقير (2).

وقد يقول قائل أن الشريعة الإسلامية ، لم تعط للإنسان حقوقاً ، بل فرضت عليه واجبات ، حيث إن الأخلاق هي أساس التشريع في الشريعة الإسلامية ، والأخلاق هي فرض وتكاليف ، كما يقال أن التشريع الأساسي ، عقيدة وقانون ، وأن العقيدة هي أساس القانون ، والعقيدة دائماً تتطوي علي قيود وشروط ، أي واجبات ، غير أن الإسلام ومنذ أربعة عشرة قرناً من الزمان استعمل لفظ حقوق الإنسان في شمول وعمق ، وأحاطها بضمانات كافية لحمايتها (3).

¹ - راجع / أ : الشيباني أبو عمود ، عن أي حقوق نتحدث ؟ . حقوق الإنسان بين مثالية العالمية وإشكالية الخصوصية ، بحث منشور في مجلة المعهد العالي للقضاء ، مجلة علمية محكمة ، العدد الثاني ، السنة 2008 م ، ص 59 .

² - راجع / حامد أبو طالب ، التنظيم القضائي الإسلامي ، مطبعة السعادة ، 1982 م ، ص 68 .

³ - راجع / حسنى الجندي ، ضمانات حرمة الحياة الخاصة في الإسلام ، دار النهضة العربية ، 1992 م ، ص 7 ، 8 .

وتقتضي دراستنا لهذا الموضوع تقسيمه لأربعة مطالب ، سنتناول في المطلب الأول حرمة الذات وحرمة النفس في الشريعة الإسلامية ، وفي المطلب الثاني حرمة الغدو والرواح في الشريعة الإسلامية ، ثم نتناول في المطلب الثالث حرمة المسكن في الشريعة الإسلامية ، أما في المطلب الرابع فسنتناول حرمة الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية تم نختم موضوع بحثنا بخاتمة وقائمة المراجع .

سألين الله العلي العظيم أن يمن علينا بنعمة التوفيق ، وأن يمددنا بعونه فهو نعم المولى ونعم النصير .

والله ولي التوفيق

د / مفتاح محمود محمود اجبارة

المطلب الأول

ضمانات حرمة الذات والنفس في الشريعة الإسلامية

الحياة هي أثنى ما يملكه الإنسان ، وهي أساس لتمتعه بجميع الحقوق المقررة له ، إذ لا يتمتع الإنسان الحي⁽¹⁾ ، ويستمد أساسه ومصدره من حقيقة أن حياته إنما هي هبة من الخالق ، ولذلك فإن الاعتداء علي هذا الحق يجب أن يواجه بعقوبة مشددة للغاية⁽²⁾ .

وقد عني الإسلام بتقرير كرامة الإنسان وعلو منزلته ، فأوجب احترام شخصه وعدم امتهانه⁽³⁾ ، ولم يسبق الشريعة الإسلامية في تكريم الإنسان أية شرائع سماوية ولا وضعية ، إذ بلغ مقدار تكريم الشريعة الإسلامية للإنسان إلي حد أن سجدت له الملائكة علي النحو المبين في القرآن الكريم⁽⁴⁾ .

فالله سبحانه وتعالى جعل الإنسان أعظم مخلوقاته ، خلقه وكرمه ، وأراد له أن يكون خليفته في الأرض ، يعمرها بالخير والإيمان والاستقامة والعدالة ، بينها مع أخيه الإنسان بالمحبة والرحمة والتعاون ، ليعمر الأرض وتستمر الحياة الإنسانية ، حتى يصل الإنسان إلي الغاية من

¹ - راجع / د: فوزية عبد الستار ، الإسلام وحقوق الإنسان ، مؤسسة الأهرام القاهرة ، 2007 ، ص 10

² - راجع / د : أحمد الرشيد ، حقوق الإنسان دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق ، مكتبة الشروق الدولية ، 2005 م ، ص 63 .

³ - راجع / د : علي محمد صالح الدباس ، وعلي علي محمد أبو زيد ، حقوق الإنسان وحرياته ودور شرعية الإجراءات الشرطية في تقريرها ، دار الثقافة عمان ، 2005 ، ص 42

⁴ - راجع / د: عبد الصبور مرزوق ، الإسلام وحقوق الإنسان ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد السادس والأربعون ، العدد الأول ، مارس 2003 م ، ص 1 .

وراء خلقه ، وخلق الكون ، ويستطيع أداء رسالته وأداء واجباته نحو خالقه جل شأنه ، ورحم الله سبحانه وتعالى أن يعتدي الإنسان علي أخيه الإنسان ، أو أن يزهق روحه ، لأن في ذلك تعطيلاً لمسيرة الحياة وتوقفا لها (1) .

لذا فإن الله سبحانه وتعالى جعل الحق في حماية النفس من الاعتداء أحد مقاصد الشريعة (2)، التي حرصت علي تكريم الإنسان وحماية ماله ودمه وعرضه ، قال تعالى " ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر * ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم علي كثير ممن خلقنا تفضيلاً" (3) ، فحق الإنسان في الحياة - من منظور الإسلام - حق مصون ومقدس لا يجوز لأحد أن يعتدي عليه ، ذلك لأن الإنسان خلق الله بنيانه، وملعون من هدم بنيان الله (4) .

ونظراً لأهمية حياة الإنسان نهى الله سبحانه وتعالى عن قتل أي إنسان بغير حق (5) ، قال الله تعالى " ولا تقتلوا النفس الذي حرم الله إلا بالحق ذلكم وصاكم به لعلكم تعقلون" (6) ، كما قال الله تعالى " ولا تقتلوا النفس الذي حرم الله إلا بالحق ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا تسرف في القتل إنه كان منصوراً" (7) ، وتشديدا علي ضرورة احترام النفس البشرية ، حرم الله سبحانه وتعالى قتل الإنسان نفسه أو قتل الغير (8)، بقوله تعالى " ولا تقتلوا أنفسكم أن الله كان بكم رحيماً" (9) .

وجاءت السنة النبوية الشريفة مفصلة لما أجمله القرآن الكريم (10) فقال الرسول صلي الله عليه وسلم محذرا المؤمن من انتهاك حق الحياة " ولا يزال المؤمن في فسحة من دينه ما لم يصيب

1 - راجع / أ. هایل عبد الملي طشطوش ، حقوق الإنسان بين الفكر الإسلامي والتشريع الوضعي ، دار الكندي للنشر والتوزيع ، 2007 م ، ص 30 وما بعدها

2 - راجع / د : عصام أحمد محمد ، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم ، رسالة دكتوراه ، مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة ، بدون تاريخ نشر ، ص 110 .

3 - سورة الأسراء ، الآية 69 .

4 - راجع / د : عبد الصبور مرزوق ، الإسلام وحقوق الإنسان ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد السادس والأربعون ، العدد الأول ، مارس 2003 ، ص 91 .

5 - راجع / أ : محمد عنجربين ، حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون نصا ، ومقارنة ، وتطبيقا ، دار الفرقان ودار الشهاب ، 2005 م ، ص 47 .

6 - سورة الأنعام ، الآية 151 .

7 - سورة الإسراء ، الآية 33

8 - فكري أحمد نعمان ، حقوق الإنسان دراسة مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي والإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، أكاديمية شرطة دبي ، مركز البحوث والدراسات ، 2004 م ، ص 20 .

9 - سورة النساء ، الآية 29 .

10 - راجع / د : عبد الله حسين خير الله ، الحرية الشخصية في مصر ضوابط الاستعمال وضمانات التطبيق ، رسالة دكتوراه ، مقدمة لكلية الحقوق جامعة الإسكندرية ، بدون تاريخ نشر ، ص 271 .

دما حراماً⁽¹⁾ ، وبلغ من حرص الرسول صلي الله عليه وسلم علي حق الحياة أنه قال " لزوال الدنيا أهون علي الله من قتل مؤمن بغير حق " ⁽²⁾ ، ولقد أوضح جزاء ذلك قول الرسول صلي الله عليه وسلم " من قتل نفسه بحديده ، فحديديته في يده يتوجأ بها بطنه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا ، ومن قتل نفسه بسم فسمه في يده ينحساه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها ، ومن يتردى من جبل فقتل نفسه فهو يتردى في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا " ⁽³⁾.

كما أن الله سبحانه وتعالى كما حرم قتل الإنسان نفسه حرم إزهاق روح الغير من بني البشر جميعا صغارا أو كبارا ، رجالا أو نساء ، مسلمين أو غير مسلمين ، وجعل إزهاق روح إنسان واحد بمثابة قتل الناس جميعا ⁽⁴⁾ ، وفي ذلك يقول الله تعالى " من أجل ذلك كتبنا علي بني إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا * ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا " ⁽⁵⁾.

وفي حالة الضرورة التي يعمل بها في القانون الوضعي لا يجوز في أحكام الشريعة الإسلامية قتل نفس لانتقاد نفس ثانية أو عدد من الأنفس ، ذلك لأن مفسدة القتل أقل فضاة من مفسدة ارتكاب جريمة قتل ⁽⁶⁾ ، كما أن الرسول صلي الله عليه وسلم بين مدى أهمية حياة الإنسان ، ومدى خطورة الاعتداء علي هذه الروح بالقتل ، بقوله " لزوال الدنيا أهون عند الله من قتل رجل

¹ - راجع / بن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، شرح صحيح البخاري ، الجزء الثاني عشر ، الحديث 6862 ، ص 194 ، والدم الحرام هو قتل النفس التي حرم الله إلا بالحق .

² - رواه ابن ماجة ، الجزء الثاني ، ص 874 ، الحديث 2619 . وقال الزوايد إسناده صحيح ورجاله موثقون .

³ - راجع / صحيح مسلم ، كتاب الإمام ، باب غلظ تحريم قتل الإنسان نفسه .

⁴ - راجع / أ : سيد عبد الحميد فودة ، حقوق الإنسان بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2003 ، ص 141 . وراجع / أ : هايل عبد المولى طشطوش ، المرجع السابق ، ص 20 وما بعدها .

⁵ - سورة المائدة ، الآية 32 .

⁶ - راجع / د : يوسف قاسم ، نظرية الضرورة دار النهضة العربية ، بدون تاريخ نشر ، ص 124 وما بعدها . وقد ورد فيه أنه ذكر الإمام ابن عبد السلام هذه الصورة تحت اجتماع المفاصد المجردة عن المصالح ، وبالرجوع إلي عبارته يتأكد ما قلناه من أن المفسدتين - غير متساويتين ، فمفسدة القتل أقل فضاة من مفسدة ارتكابه لجريمة القتل ، حيث يقول " ولاجتماع المفاصد أمثلة : أحدهما أن يكره علي قتل مسلم بحيث لو امتنع منه قتل ، فيلزمه أن يدرأ مفسدة القتل بالصبر علي القتل ، لأن صبره علي القتل أقل مفسدة من إقدامه عليه الخ "

مسلم " (1) ، وقال عند وقوفه بجوار الكعبة " ما أطيبك وأطيب ريحك ، وما أعظمك وما أعظم حرمتك ، والذي نفس محمد بيده ، لحرمة المؤمن أعظم عند الله منك ماله ودمه" (2).

ولقد أوجب الله سبحانه وتعالى علي الدولة حماية الفرد من أي أدى ، أو اعتداء عليه بإيقاع عقوبة دينويه علي المعتدي بقوله تعالى " يأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شيء فأتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان * ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم " (3)

وذهبت الشريعة الإسلامية الغراء إلي المساواة بين حياة المسلم وحياة الشخص غير المسلم ، فجعلت قتل غير المسلم شأنه قتل المسلم من حيث استحقاق العقاب في الدنيا والآخرة ، إذ قال الرسول صلى الله عليه وسلم " من قتل معاهدا لم يرح برائحة الجنة ، وإن ريحها يوجد من مسيرة أربعين عاما " (4) ، وقال عليه الصلاة والسلام أنه " من قتل قتيلا من أهل الذمة لم يجد رائحة الجنة " (5).

ولقد منح الشارع الإسلامي الحق في الدفاع عن النفس حفاظاً علي حياة الإنسان التي كرمها الله سبحانه وتعالى ، كما سبق القول ، فإله سبحانه وتعالى يعطي إنسان حق قتل إنسان آخر إذا ما كان في حالة دفع اعتداء بالقتل (6) ، فإله تعالى شأنه يقول " فمن أعتدي عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدي عليكم * واتقوا الله واعلموا أن الله مع المتقين " (7) ، مع العلم بأن الشريعة الإسلامية قد أوجبت لتحقيق حالة الدفاع الشرعي مجموعة من الشروط لتمكين المعتدي عليه من قتل المعتدي (8).

ولقد ذهبت الشريعة الإسلامية إلي حماية جسم الإنسان من أي اعتداء يقع عليه ، سواء في صورة الإيذاء البدني بالضرب أو الجرح أو الحبس ، أو التعذيب ، أو الإيذاء المعنوي كالسب

1 - راجع / سنن ابن ماجه ، كتاب تحريم الدم ، باب تعظيم الدم .

2 - راجع / سنن ابن ماجه ، كتاب النفس ، باب حرمة دم المؤمن وماله .

3 - سورة البقرة ، الآية 194 .

4 - راجع / صحيح البخاري ، كتاب الجزية ، باب إثم من قتل معاهدا بغير جرم ..

5 - راجع / سنن النسائي ، كتاب القسامة ، باب تعظيم قتل المعاهد .

6 - راجع / د : فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص 13 .

7 - سورة البقرة ، الآية 194 .

8 - راجع / المستشار : عبد العزيز عامر ، شرح الأحكام العامة للجريمة في القانون الليبي دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية ، منشورات جامعة قاريونس ، ، بدون تاريخ نشر ، ص 204 . 205 .

والإهانة والطعن في العرض أو التهديد أو الترويع والترهيب فقال الرسول صلي الله عليه وسلم "ظهر المؤمن حمى إلا بحقه" (1).

كما ان الشريعة الإسلامية الغراء قد أعطت الأشخاص الذين قامت الشبهات علي ارتكابهم للجرائم الكثير من الضمانات رغم حبسهم ، بعد توفير الأدلة الكافية علي ارتكابهم لها ، فلقد اشترطت بالإضافة إلي توافر الأدلة الكافية أن تكون هذه الجرائم خطيرة ، وألا يكونوا من المعروفين بالبر ، وحرمت إكراه المتهم علي الاعتراف علي نفسه بالإكراه المادي أو المعنوي ، وفي ذلك يقول سيدنا عمر ابن الخطاب رضي الله عنه " ليس الرجل بمأمن عن نفسه أن أجمته أو أخفته أو حبسته ، أن يعترف علي نفسه " (2).

والشريعة الإسلامية الغراء لم تكتف بحماية حياة الإنسان وجسمه من الاعتداء ، بل أن حمايتها تشمل الكيان الإنساني المادي والمعنوي ، كما سبق أن أشرنا ، فهي تحميه أثناء حياته وبعد مماته ، فمن حق المتوفى الترفق والتكريم في التعامل مع جثمانه ، فلقد روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال " إذا كفن أحدكم أخاه فليحسن كفنه" ، بالإضافة إلى ذلك له حق ستر العورة ، وعبويه الشخصية فقال الرسول الكريم " لا تسبوا الأموات فإنهم أفضلوا إلي ما قدموا " (3).

موقف القانون الجنائي:

لقد ذهب المشرع الليبي إلي تجريم الأفعال التي من شأنها ، المساس بالإنسان ، سواء في حياته أو في سلامة جسده ، بل ذهب إلي تجريم الاعتداء المعنوي المتمثل في السب والتشهير ، ولم يقتصر المشرع الحماية الجنائية علي الإنسان الحي ، بل أمتد إلي حماية الجثث.

فلقد ذهب المشرع الليبي إلي تخصيص الباب الأول من الكتاب الثالث من قانون العقوبات ، وخصص الفصل الأول منه لجرائم التي تقع ضد حياة الأفراد وسلامتهم ، ففي المواد من المادة "368" إلي المادة "377" بين العقوبات التي توقع علي كل من يعتدي علي حياة الإنسان بإزهاق حياته ، فتناول جرائم القتل بأنواعها المختلفة ، فبين عقوبة قتل العمد مع توافر كل من قتل نفسا عمدا مع سبق الإصرار والترصد يعاقب بالإعدام " ، وجعل العقوبة ذاتها لمن يقتل بالسلم في المادة "371" ، وتحدث في الفقرة الأولى من المادة "372" عن القتل العمد المجرد ، وجعل عقوبته السجن المؤبد أو السجن بقوله " من قتل نفسا عمدا من غير سبق إصرار أو ترصد

¹ راجع / الجامع الصغير للإمام حافظ الأسيوطي ، مشار إليه في مرجع / د : فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص 14 .

² - مشار إليه في مرجع / عميد : حسن إبراهيم القرضاوي ، الحماية الجنائية للحرية الشخصية في مواجهة سلطة مأمور الضبط القضائي في القبض ، دراسة مقارنة ، دار الكتب الوطنية ، 2004 م ، ص 27 .

³ - راجع / د : الشافعي محمد الصغير ، قانون حقوق الإنسان ، مصادره وتطبيقه ، الوطنية والدولية ، الطبعة الرابعة ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 2007 م ، ص 111 .

يعاقب بالسجن المؤبد أو السجن " وجعل عقوبة القتل العمد السجن المؤبد إذا ما وقعت ضد الأصول أو الفروع أو الزوج أو الأخ أو الأخت ، وكذلك الحال إذا الدافع للقتل أسباب تافهة أو وضعية ، أو ارتكبت جريمة القتل بغلظة وتوحش ، في الفقرة الثانية من المادة 372، ورفع العقوبة في الحالات السابقة إلي الإعدام في الفقرة الثالثة من نفس المادة إذا ما تقدمتها أو اقترنت بها أو تلتها جناية أخرى

كما جعل المشرع الليبي عقوبة السجن لكل من يقتل شخصا صيانة للعرض ، فنص علي ذلك في المادة 373 في حالة قتل الوليد صيانة للعرض ، والمادة 375 القتل حفظا للعرض.

كما خصص المادة 374 للضرب أو الجرح المفضي للموت ، وجعل العقوبة السجن الذي لا تزيد مدته علي عشر سنوات ، كما جرم القتل الخطأ في المادة 377 وجعل عقوبته الحبس أو الغرامة .

كما أن المشرع الليبي وحفاظا علي حياة الإنسان ، جرم في المادة 376 الانتحار وجعل عقوبة السجن ما بين الثلاثة سنوات والعشر ، لكل من يحرض شخص أو يساعده علي الانتحار .

وامتدت حماية المشرع الجنائي الليبي إلي الجنين في بطن أمه حيث خصص المواد من 390 إلي 395 لتجريم جريمة الإجهاض وجعل عقوبتها السجن لمدة لا تزيد علي ستة سنين، مع مراعاة الظروف المخففة أو المشددة .

وجاء المشرع الليبي في المواد 378 إلي 389 ليحدد العقوبات لجرائم الاعتداء علي جسم الإنسان ، فجعل عقوبة الضرب البسيط الحبس لمدة لا تجاوز السنة أو الغرامة لا تزيد علي خمسة جنيهاً المادة 378، وعقوبة الحبس مدة لا تزيد علي سنه أو الغرامة لا تزيد علي خمسين جنيهاً لجريمة الإيذاء البسيط المادة 379، وجعل العقوبة الحبس لمدة لا تزيد علي سنتين أو الغرامة لا تجاوز مائة جنيه لجريمة الإيذاء الجسيم المادة 380 ، وجعل عقوبة السجن مدة لا تزيد علي خمس سنوات عقوبة الإيذاء الخطير المادة 381، كما جرم المشاجرة أو المشاركة فيها بنص المادة (386) عقوبات ، بحيث جعل عقوبة الحبس مدة لا تجاوز شهرا أو الغرامة لا تجاوز عشرة دينار، وجرم بالمادة 787 تسبب القصر أو العجزة ، وجعل عقوبة الحبس لمدة لا تجاوز ثلاثة أشهر ، ورفع العقوبة إلي الحبس أو الغرامة التي لا تزيد علي عشرة جنيهاً علي كل من يفعل ذلك ، ورفع العقوبة إلي الحبس أو الغرامة التي لا تزيد مائة جنية ، إذا نتج عن التسبب إيذاء ، وعقوبة السجن مدة تزيد علي خمس سنوات إذا نتج عن التسبب موت الشخص العاجز أو القاصر. وكذلك الحال عاقب كل من قصر في تقديم النجدة بالحبس لمدة تزيد عن شهر أو الغرامة التي لا تجاوز عشرة جنيهاً .

وفي الباب الرابع من الكتاب الثاني، جاء المشرع الجنائي الليبي في قانون العقوبات ، ليجرم الأفعال الماسة بالجثث ، فنص في المادة 292 علي معاقبة كل من أهانها أو دنس القبور بالحبس مدة لا تزيد علي سنة أو الغرامة لا تزيد علي خمسين جنيها ، وعاقب من أتلف أو أعدم الجثث بالحبس مدة لا تقل عن سنة المادة 293 ، وعاقب كذلك كل من أخفى جثة أو جزءا منها أو أخفى رفاتها أو دفنها بغير أخبار الجهة المختصة بالحبس المادة 294، وعاقب في المادة 295 بالحبس مدة لا تزيد علي سنة أو الغرامة لا تزيد علي خمسين جنيها بتسريح الجثة بطريقة لا يسمح بها القانون .

المطلب الثاني

حرمة التنقل (الغدو والرواح)

ويقصد بها التنقل داخل البلاد والسفر خارجها بحرية تامة ودون عوائق تمنعه من ممارسة هذا الحق ، إلا إذا تعارض مع حق غيره أو حقوق الجماعة⁽¹⁾.

وحرية التنقل - الغدو والرواح - هي حق طبيعي عام تقتضي أن ينتقل لتحقيق العديد من الأهداف ، كالسعي إلي الرزق ، والصلاة في المسجد ، وطلب العلم ، وزيارة الأهل لصلة الرحم ، وحتى للعلاج أو الترويح عن النفس ، ذلك أن الحركة شأن الأحياء ولا تقوم حياة الإحياء إلا بالحركة، وما السكون والجمود إلا تلك الصفة المميزة لغير الأحياء ، وغير ذوات الأرواح من الجمادات ، فما سمي الجماد جمادا إلا لعدم حركته .

إذا فحركة الإنسان وتنقله تعتبر قوام الحياة ، ومن ضرورياتها ، ومن مظاهر ذلك أن الحركة وسيلة للعمل ، والعمل وسيلة للكسب ، والكسب وسيلة للحياة ، وقوام الحياة التنقل بالغدو والرواح ، وبناء علي ذلك فإن حرية التنقل أمر طبيعي ملازم للحياة في مفهوم الشريعة الإسلامية ، ولا يحتاج إلي أقرار بقدر ما يحتاج إلي تنظيم لكفالة الفاعلية في ممارسة وتحقيق أفضل المنافع من تلك الممارسة⁽²⁾.

¹ - راجع / د : هلاي عبد اله احمد ، المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي : دراسة مقارنة بالفكر الجنائي الإسلامي ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، 1989 م ، ص 534 . وراجع د : ناصر عبدا لله حسن محمد ، حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلالات ، دراسة مقارنة بالتطبيق علي التشريعيين الإماراتي والمصري ، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس ، 2001 م ، ص 218 . وراجع / أ : محمد عنجرين ، مرجع سابق ، ص 29 . وراجع / د : محمد عبدا لله المر ، المرجع السابق ، ص 66 ، وراجع / عميد : حسن إبراهيم القرضاوي ، مرجع سابق ، ص 27 . وراجع / د : محمد بكر حسين ، الحقوق والحريات العامة " حق التنقل والسفر " دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ، دار الفكر العربي ، 2007 م ، ص 133 .

² - راجع / أ : محمد عنجرين ، مرجع سابق ، ص 27 .

إذا فالشريعة الإسلامية كفلت حرية التنقل ، بل إنها حثت علي السعي في الأرض والسير فيها ؛ لما في ذلك من فوائد إيمانية ومنافع دنيوية (1)، قال تعالي " ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم " (2) وقال تعالي " هو الذي جعل لكم الأرض ذلولاً فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه وإليه النشور " (3) ، وقال تعالي بياناً لحق الإنسان في التنقل للتجارة "فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله " وقال تعالي في هذا الحق للعباد " (4) "وأذن في الناس بالحج يأتوك رجالاً وعلى كل ضامر يأتين من كل فج عميق" (5)

إذا ممارسة حرية التنقل بالعدو والرواح في الشريعة الإسلامية تتحدد بالهدف الذي يترتب علي ممارسة هذه الحرية ، بحيث إنه ما من حق يمارسه الفرد إلا يترتب علي ممارسته له مصلحة ظاهرة ، أو يدفع مفسدة ظاهرة ، وإلا لما كان حقاً ، لان ممارسة فعل ما دون هدف يعتبر نوعاً من العبث الذي لا يريده العقلاء ومن أمثلة ذلك تقييد حرية التنقل بسبب انتشار مرض معد (6) .

كما أم الشريعة الإسلامية ، ضماناً لحرية الغدو والرواح ، نصت علي منع التزاحم في الطريق ، حتي لا يكون سبباً في إيذاء أو إعاقة المارة في التنقل (7) حيث قال الرسول الكريم صلي الله عليه وسلم " إياكم والجلوس علي الطرقات ، قالوا : يا رسول الله هي مجالسنا مالنا منها بد ، قال : فإن كان ذلك فأعطوا الطريق حقه قالوا وما حق الطريق ، قال غض البصر ، وكف الأذى ، ورد السلام ، والأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر " (8) ، وروى عن سيدنا عمر ابن الخطاب رضي الله عنه أنه كان ماراً في سوق المدينة فرأى إباسا بن سلمى معترضاً في طريق ضيق : فخفقه بالدرّة ، وقال : له أمض عن الطريق يا بن سلمى ، تم دار الحول ولقيه في السوق ، فسأله : أوددت الحج هذا العام ؟ قال : نعم يا أمير المؤمنين ، فأخذ يمينه حتى دخل البيت وأعطاه ستمائة درهم ، وقال له : يا ابن سلمى استعف بهذه واعلم أنها من الخفقة التي أخفقتك بها العام

1 - راجع / أ : علي محمد الدباس ، وعلي عليان أبو زيد ، مرجع سابق ، ص 40 .

2 - سورة البقرة ، الآية 198 .

3 - سورة الملك ، الآية 15 .

4 - سورة الجمعة ، الآية 10 .

5 - سورة الحج ، الآية 27 .

6 - راجع / د : أشرف توفيق شمس الدين ، الحماية الجنائية للحرية الشخصية في الواجهة الموضوعية دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، 2007 م ، ص 75 .

7 - عبد الحكيم حسن العيلي ، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، 1983 ، ص 376 . وراجع / د : سامي سالم الحاج ، المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان ، الطبعة الثانية ، دار الكتاب الجديد المتحدة ببيروت ، 1988 م ، ص 149 .

8 - راجع / أبو عبدا الله محمد بن إسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، دار الشعب القاهرة ، 1988 م ، كتاب الاستئذان

الأول : قال إياس : يا أمير المؤمنين ما ذكرتها حتى ذكرتني إياها ، فأجابه عمر : أنا والله ما نسيتها (1) .

موقف القانون الجنائي:

نص المشرع الليبي في قانون العقوبات علي تجريم الأفعال، التي تقيد حرية الفرد في التنقل في الفصل الثاني من الباب الرابع من الكتاب الأول ، حيث جاء في المادة 428 ليعاقب كل من خطف إنسان مدة لا تزيد علي خمس سنوات أو حبسه أو حرمه من حريته الشخصية بالقوة أو التهديد أو الخداع . وكذلك نص علي معاقبة كل موظف عمومي استعمل العنف ضد أحد الناس أثناء ممارسة وظيفته وذلك بطريقة تحط من شرفه ، أو بشكل يسبب لهم آلاما نفسيا ، المادة 431 ، وعاقب بالحبس كل موظف عمومي يقوم بتفتيش احد الأشخاص متعديا حدود سلطاته المادة 432، والحبس هو عقوبة الموظف العمومي الذي يقوم بالقبض علي أي من الأفراد متعديا حدود سلطاته المادة 433 ، وعاقب كذلك كل موظف عمومي عهد إليه إدارة سجن ، يقيد الحرية الشخصية لأي فرد بدون مبرر ، وبدون أمر من السلطة المختصة بالحبس وبالغرامة التي لا تزيد علي خمسين جنيها في المادة 434.

وعند وجود المبرر القانوني للقبض علي الشخص أو حبسه فإن المشرع الإجرائي وضع ضمانات لتنفيذ هذه الإجراءات ، حيث نص المشرع الإجرائي في المادة 24 من قانون الإجراءات الجنائية علي أن "لمأمور الضبط أن يأمر بالقبض علي المتهم الحاضر الذي توج أدلة كافية علي اتهامه في الأحوال الآتية : أولا / الجنايات . ثانيا/ في أحوال التلبس بالجريمة إذا كان القانون يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد علي ثلاثة أشهر . ثالثا/ إذا كانت الجريمة جنحة معاقبا عليها بالحبس ، وكان المتهم موضوعا تحت مراقبة البوليس ، أو كان قد صدر إليه إنذار باعتباره متشردا ، أو مشتبها فيه ، ولم يكن له محل إقامة ثابت ومعروف في ليبيا .

رابعا/ في جنح السرقة والنصب والتعدي الشديد ، ومقاومة رجال السلطة العامة بالقوة أو العنف، والقوادة ، وانتهاك حرمة الآداب والمواد المخدرة " ، وهو ماذهب إليه القضاء(2).

المطلب الثالث

حرمة المسكن

¹ - راجع / أ : عباس محمود العقاد ، عبقرية عمر ، منشورات المكتبة العصرية ببيروت ، 1988 م ، ص 138 .
46 - حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن "الحرية الشخصية حق طبيعي ، وهي مصونة لا تمس . وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض علي أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد ، أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع " راجع نقض جنائي مصري رقم 29390 لسنة 99 ق ، جلسة 19 نوفمبر 1997م ، مجموعة القواعد المصرية ، رقم 194 ، ص 1281.

لقد حفظ الإسلام للبيوت حرمتها ، وكفل لها ما يحقق منعها وحصانتها حتى عدت محطا للأمان ومهبطا للخلود إلي الأنفس والاطمئنان ، ولا غرو فقد سترت لسكانه أعراضهم وعوراتهم ، وصانت لهم ما استودعوها من أسرار (1) .

لذا نجد أن الشريعة الإسلامية قد أوجبت عدم الدخول إلي البيوت إلا لمن أذن لهم بذلك ، ومن ثم حرمت مدهمتها أو الاعتداء عليها بالتجسس (2) ، وجعلت من التجسس علي البيت أو دخوله بغير إذن جريمة ، وأوكل الشارع لولي الأمر وضع العقوبة الدنيوية لذلك ، وجعل له عقوبة أخروية مؤجلة .

كما أرسيت الشريعة الإسلامية القواعد التي من شأنها تحقيق الصالح العام ، وأن تحفظ للإنسان حقه في نفس الوقت ، فمن ناحية كفلت للجماعة حق عزل الحاكم إذا ما تجاوز الحدود الذي أرسنها له ومن ناحية ثانية وإحساسا منها بحقوق الأفراد الشخصية والحفاظ علي حرمتهم وسلامة أسرارهم ، عملت علي سد الأبواب أمام الحكام وأعوانهم الذين يقدمون علي مدهمة البيوت العامة وتفتيشها (3) .

ولقد بينت الشريعة الإسلامية حصانة البيوت ، والآداب اللازمة عند دخول منازل الآخرين ، في قوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا علي أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون * فإن لم تجدوا فيها أحدا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم * وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أزكى لكم والله بما تعملون عليم " (4) ، ويفهم من هذه الآيات الكريمة أن القصد هو عدم دخول البيوت حتى تطلب الأذن من صاحب البيت ، ذلك للمحافظة علي أسرار صاحبه ، وستر عوراته ، هو وأهله . ولم تقتصر الحرمة التي تمنحها الشريعة الإسلامية للبيوت علي الدخول للأماكن التي يقيم فيها صاحبها فقط ، بل مدت هذه الحرمة لمجرد الحياة للمكان ، وذلك رعاية منها لحرمة المسكن ، حتى ولو كان صاحبه ليس موجودا فيه (5) ، فدخول المنازل الخالية

¹ - راجع / د : عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، التلبس بالجريمة للحسبة في الفقه الإسلامي والوضعي ، دار النهضة العربية ، 1991 م ، ص 25 ، وراجع / أ : عادل عبد الله خميس ، التفتيش كإجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي في القانون المصري الإماراتي ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة ، بدون تاريخ نشر ، ص 4 . وراجع / د : محمد محمد مصباح القاضي ، الحماية الجنائية للحرية الشخصية في مرحلة ما قبل المحاكمة الجنائية، دار النهضة العربية ، 2008 م ، ص 240 .

² - راجع / عميد : حس إبراهيم القرضاوي ، المرجع السابق ، ص 29 .

³ - راجع / د : محمد راجح حمود نجاد ، حقوق المتهم في مرحلة جمع لاسدلال في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، رسالة اكتوراة ، مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة ، 1992 م ، ص 128 .

⁴ - سورة النور ، الآية 27 ، 28 .

⁵ - راجع / د : سامي حسني الحسيني ، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن ، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس ، 1972 م ، ص 19 .

بغير إذن أصحابها يعد اعتداء علي حرمة المنزل وحرمة صاحبه ، وفيه تُعرف علي ما في ملك الغير بغير رضاه فأشبهه بالغصب⁽¹⁾ ، وهو ما يفهم من قوله تعالي " فإن لم تجدوا فيها أحدا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم " والإذن هنا يكون من حائز البيت ، كبيراً كان أم صغيراً ، وعلي ذلك فلا يملك الإذن بالدخول غير صاحب البيت أو حائزه ، كالعبد أو الصبي ، وبناء علي ذلك فلا إثم علي من يدخل أماكن لا يتوافر فيها وصف المنازل ، وهي التي يباح دخولها لكل طارق كالحوانيت والحانات وغيرها⁽²⁾ ، ويقول الرسول صلي الله عليه وسلم إنما " جعل الإذن من أجل النظر " رواه أبو هريرة ومتفق عليه⁽³⁾ .

كما أن الإذن ليس مطلوباً لدخول البيت من الأجنبي فقط ، وإنما حكمة الاستئذان متوافرة كذلك حتى في حالة دخول المحارم لها ، وذلك صيانة للنساء من أن يدخل عليهن أحد المحارم وهن في وضع أو حالة لا يردن أن يراهن أحد عليها ، والأذن هنا واجب سواء ممن يقيم في البيت أو ممن يقيم خارجه⁽⁴⁾ ، عن صفوان بن سليم عن عطاء بن يسار أن الرسول صلي الله عليه وسلم جاءه رجل فقال يا رسول الله أستأذن علي أمي ، فقال : نعم ، قال الرجل أي معها في البيت ، فقال الرسول صلي الله عليه وسلم : استأذن عليها ، فقال : الرجل أي خادمها ، فقال عليه الصلاة والسلام استأذن عليها ، أتحب أن تراها عريانة ، قال لا ، فقال الرسول : فاستأذن عليها⁽⁵⁾ .

إذن فالقاعدة في الشرعية الإسلامية أن الإنسان إذا كان في بيته والباب مغلق عليه فلا يجوز أن يدخل عليه أو أن يُقتحم خلوته إلا بأذنه ، غير أن ذلك لا يحول بين ولي الأمر وبين تتبع الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية في البيوت ، ويشترط لذلك أن تتوفر الأدلة التي تبرر اللجوء إلي مثل هذا الإجراء الخطير الذي ينطوي علي مساس بحقوق الأفراد ،

¹ راجع / د : محمد بن عبد القادر محمد ، التعويض عن ضرر الاعتداء علي حق الإنسان في حرمة مسكنه في ضوء الوثيقة الخضراء ألكبري لحقوق الإنسان في عصر الجماهير وبعض النظم المعاصرة ، مقال منشور في مجلة دراسات قانونية ، مجلة علمية محكمة تصدرها كلية قانون جامعة قاريونس ، العدد 17 ، أكتوبر 2008 م ، منشورات جامعة قاريونس بنغازي ، ص 141 .

² -- مشار إليه في مرجع / د : محمد محمد مصباح أفاضي ، المرجع السابق ، ص 241 . حيث ورد فيه " عن بن سعد أن الرسول صلب الله عليه وسلم أنه قال : " أطلع رجل في حجر النبي صلي الله عليه وسلم ، ومع النبي صلي الله عليه وسلم مدري يحل بهر اسه ، فقال صلي الله عليه وسلم " أنك تنظر لطعنت به في عينك ، أما جعل الاستئذان من أجل النظر " .

³ - راجع / نيل الإوطار للشوكاني ، جزء 7 ، ص 173 . وراجع / فتح الباري ، جزء 12 ، ص 113 .

⁴ - راجع / د : حسني الجندي ، المرجع السابق ، ص 70 . وراجع / د : فوزية عبد الستار ، المرجع السابق ، ص 114 .

⁵ - راجع / الموطأ للإمام مالك أب أنس رضي الله عنه ، كتاب الاستئذان ، دار الجليل ، ببيروت ، دار الأمان الجديدة ، المغرب ، 1993 ، ص 837 .

وانتهاك لحرمة مساكنهم ، وهو ما يتمثل في ظهور الجريمة الواقعة داخل البيت بأحدي الصور التالية:-

اولا:- أن تكون مستورة فيخبر عنها من يوثق بصدقه ، وهي شهادة اثنين وذهب رأى إلي إخبار شخص واحد .

ثانيا:- أن يعرف الناس من خارج البيت أن المعصية (الجريمة) ترتكب داخله، ويكون إدراك ذلك بأحد الحواس ، غير أنه يشترط أن يكون التلبس بالمعصية (الجريمة) شوهد أو كشف من غير تجسس ، ويستثنى من ذلك حالة خوف الحاكم من استمرار المنكر وعدم المقدرة علي تداركه بعد علمه بارتكاب هذه المعصية من شخص موثوق به ، وفي هذه الحالة فإن للحاكم أن يقوم بكل ما من شأنه كشف المعصية⁽¹⁾ .

ثالثا :- إذا كانت المعصية (جريمة) ظاهرة بحيث لا يحتاج الأمر إلي عناء وجهد لاكتشافها، وهنا أختلف رأى الفقهاء المسلمين حول حق ولي الأمر في اقتحام المنزل ، فهناك من قال باقتحامه ذلك لأن النهي عن المنكر فرض استنادا إلي أننا فد أمرنا بأن نستمر ما ستر الله ، وننكر علي من أبدى لنا صفحته ، وهناك من ذهب إلي انتهاك حرمة المنزل لاكتشاف معصية يفوت استدراكها ، أما معصية يفوت استدراكها فلا يجوز انتهاك الحرمة لأجلها⁽²⁾ ، ولقد ورد ما يؤكد هذه الحرمة في أحاديث النبي صلي الله عليه وسلم ، ومن هذه الأحاديث روي عن سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه قول النبي صلي الله عليه وسلم " لو أن رجلاً أطلع عليك بغير إذن ، فقذفته بحصاة ففقأت عينه ما كان عليك من جناح " ⁽³⁾ ، رواه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي ، وعن ثوبان رضي الله عنه قال ، قال رسول صلي الله عليه وسلم : " ثلاثة لا يحل لأحد أن يفعلهن ، يؤم رجلاً قوما يخص نفسه بالدعاء دونهم ، فإن فعل فقد خان ، ولا ينظر في عقر البيوت قبل أن يستأذن ، فإن فعل فقد دخل ، ولا يصلي وهو حقن حتى يتخفف"⁽⁴⁾، رواه أبو داود ، واللفظ له عن الترمذي ، وحسنه ابن ماجه ، ورواه أيضا في حديث أبي هريرة ، وعن سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه " أطلع رجل في حجر في باب رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال له الرسول صلي الله عليه وسلم " بمشقاص فكأنني أنظر إليه يختل الرجل ليطعنه"⁽⁵⁾، وعن

¹ - راجع / د : سامي حسني الحسيني، المرجع السابق ، 20 .

² - راجع / د : عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، المرجع السابق ، ص 30 .

³ - راجع / الحافظ يحي محمد زكي ، التهريب والترغيب في الحديث الشريف ، المكتبة العصرية ، ميدان صيدا ، بيروت لبنان ، 1987 م ، ص 57 ، 58 . وفي التهريب أن يطلع الإنسان في دار قبل الاستئذان في كتاب الاستئذان ، قول الرسول صلي الله عليه وسلم " لو دخل في بيتك أحد ولم تأذن له ، فقذفته بحصاة ففقأ عينه ما من جناح "

⁴ - راجع / الحافظ يحي محمد زكي ، التهريب والترغيب في الحديث الشريف ، المرجع السابق ، ص 57 ، 58 .

⁵ - - مشار إليه في مرجع / د : عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، المرجع السابق ، ص 58 .

عبد الله بن يسر رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول " لا تأتوا البيوت إلا من أبوابها ، و لا تأتوها من جوانبها ، فإن أذن لكم فأدخلوها، وإلا فأرجعوا " رواه الطبراني في الكبير عن طرق أحدها جيد ، وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " من أطلع علي قوم بغير إذنهم فرموه فاصبوا عينه فلا فدية ولا قصاص " (1).

ويروى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يعمل في المدينة ، فسمع صوت رجل وامرأة في بيت ، فتسور الجدار فإذا رجل وامرأة عندهما زق خمر ، فقال عمر : يا عدو الله أكننت ترى أن الله يسترك وأنت علي معصية ؟. فقال الرجل يا أمير المؤمنين أنا عصيت الله في واحدة ، وأنت عصيته في ثلاث : فإله تعالى يقول " ولا تجسسوا " وأنت تجسست علينا ، والله تعالى يقول " وأتوا البيوت من أبوابها " وأنت يا أمير المؤمنين صعدت الجدار ، والله تعالى يقول " ولا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا علي أهلها " وأنت يا أمير المؤمنين لم تفعل ذلك ، فقال عمر رضي الله عنه للرجل : " هل عندك من خير أن عفوت عنك " ، فقال الرجل : نعم ، والله لا أعود ، فقال عمر للرجل " اذهب فقد عفوت عنك " (2) ، وعن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه قال : خرجت مع عمر رضي الله عنه ذات ليلة ، فبينما نحن نمشي إذ ظهر لنا صراخ ، فانطلقنا نؤمه . فلما دنونا منه ، إذ باب مغلق علي قوم لهم أصوات وألفاظ ، فأخذ عمر بيدي وقال : أتدري بيت من هذا ؟ قلت لا ، فقال : هذا بيت ربيعة بن أمية بن خلف ، وهم الآن شرب ، فما ترى ؟ قلت يا أمير المؤمنين أرى أننا قد أتينا ما نهانا الله عنه ، قال الله تعالى " ولا تجسسوا " ، فرجع عمر بن الخطاب (3) .

وعن عبد الرزاق عن معمر بن أيوب عن أبي قلابة أن عمر رضي الله عنه حدث أن أبا محجن الثقفي كان يشرب الخمر في بيته هو وأصحاب له ، فأنطلق عمر حتى دخل عليه ، فإذا به ليس عنده إلا رجل ، فقال أبو محجن : يا أمير المؤمنين أن هذا لا يحل لك فقد نهى الله تعالى عن التجسس ، فقال عمر رضي الله عنه ما يقول هذا ؟ فقال زيد بن ثابت وعبد الرحمن بن الأرقم : صدق يا أمير المؤمنين ، هذا هو التجسس ، قال فخرج عمر وتركه (4) ، حدثني مالك عن ربيعيه بن أبي عبد الرحمن عن غير واحد من علمائهم أن أبا موسى الأشعري جاء يستأذن عمر بن الخطاب فاستأذن ثلاثاً ثم رجع ، فأرسل عمر بن الخطاب في أثره فقال : مالك لم تدخل ؟ فقال موسى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الاستئذان ثلاثاً فإن أذن لك فادخل ، وإلا فارجع ، فقال عمر ومن يعلم ذلك ؟ لئن لم تأتني بمن يعلم ذلك لأفعلن بك كذا وكذا ، فخرج أبو موسى حتى جاء مجلساً في المسجد يقال له مجلس الأنصار فقال إني أخبرتك عمر بن الخطاب

1 - راجع / د : عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، المرجع السابق ، ص 25 .

2 - راجع / أ : عباس محمود العقاد ، عبقرية عمر ، مؤسسة دار التضامن للطباعة ، بدون تاريخ نشر ، 172 .

3 - راجع / أ : عباس محمود العقاد ، المرجع السابق والصفحة السابقة .

4 - مشار إليه في مرجع / د : عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، المرجع السابق ، ص 32 .

أني سمعت رسول الله يقول الاستئذان ثلاثاً، فإن أذن لك فادخل ، وإلا فارجع ، فقال لئن لم تأتني بمن يعلم هذا لأفعلن بك كذا وكذا ، فإن سمع ذلك أحد منكم فليقم معي ، فقيل لأبي سعيد الخضري قم معه ، وكان أبو سعيد أصغرهم فقام معه ، فأخبر بذلك عمر بن الخطاب ، فقال عمر بن الخطاب لأبي موسى أما أنا لم أتهمك ولكن خشيت أن يتقول الناس علي الرسول صلي الله عليه وسلم (1).

ومن خلال الأحاديث النبوية الشريفة السابقة الواردة عن الرسول صلي الله عليه وسلم ، وما ورد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه من أفعال لا يعدو إلا أن يكون تصديقا لقوله تعالى " ولا تجسسوا " ولقد سبق القول بأن الدين الإسلامي قد حرم التجسس والتلصص علي البيوت ، وأمر بحفظ حرمتها ، ولا شك في أن ما سبق ذكره يفوق ما تحرص علي مراعاته الدساتير والقوانين الوضعية الحديثة من رعاية حرمان الناس وأسرارهم الخاصة .

ولقد ذهب الشريعة الإسلامية في أحكامها إلي إجازة دخول البيوت بغير إذن أصحابها في حالات الضرورة القصوى مثل حالة الاستغاثة ، وحالة الحريق ، وفي حالة التهديد بالقتل إلي غير ذلك من الحالات التي تستوجب أنقاد المستغاث ، وفي مثل هذه الحالات لا يشكل دخول المنازل مخالفة ولا اعتداء علي حرمة المسكن ، لأن الدخول هنا كان بناء علي استغاثة(2) .

موقف القانون الجنائي:

لقد ذهب كل الدساتير والقوانين الوضعية، إلي أن للمساكن حرمة فلا يجوز الدخول إليها أو تفتيشها ، وعلي ذلك اعتبرت انتهاك حرمة المساكن جرائم يعاقب عليها القانون ، فقد نص المشرع الليبي علي ذلك في الفقرة الأولى من المادة 436 بقوله : " يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنتين كل من دخل بيتا مسكونا أو مكانا آخر معدا للسكن الخاص أو ملحقاته بغير رضا من له الحق في منعه من الدخول ، وكذلك من تسلل إليها خلسة أو بالاحتيال " ، وشدد المشرع الليبي عقوبة الدخول للمنازل بغير رضا من له الحق في المنع من الدخول إليها ، إذا كان منتهك حرمة البيت موظفا عموميا ، وذلك في المادة "437" يعاقب الحبس وبغرامة لاتزيد علي عشرين جنيا كل موظف عمومي يدخل مسكن أحد الناس بغير رضاه أو يبقى فيه بدون مبرر وذلك اعتمادا علي وظيفته فيما عدا الأحوال المبينة في القانون أو بدون مراعاة القواعد المقررة فيه.

إذا الدخول للمساكن دون مبرر لذلك ، يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون ، وفي حالة وجود المبرر الذي يدعو دخول رجال السلطة العامة للتفتيش هذه البيوت ، فإن المشرع الجنائي الليبي الإجرائي تدخل وو ضع مجموعة من الضمانات لمباشرة هذا الإجراء منها ضرورة حضور

¹ - راجع / الموطأ للإمام مالك ابن أنس رضي الله عنه ، كتاب الاستئذان ، المرجع السابق ، ص 338 .

² - راجع / د : محمد محمد مصباح القاضي ، المرجع السابق ، ص 243 .

بعض الأشخاص وهو ما نصت عليه المادة (76) إجراءات جنائية بأن " يحصل التفتيش بحضور المتهم أو من ينوب عنه أن أمكن ذلك" والمادة "40" إجراءات بأن نصت علي أن "..... ، ويجب أن يكون بحضور شاهدين ، ويكون هذان الشاهدان بقدر الأمكان من أقاربه البالغين ، أو من القاطنين معه في المنزل ، أو من الجيران ، ويثبت ذلك في المحضر". كما نصت المادة 75 إجراءات علي شرط المبرر القانوني لإجراء التفتيش ، أو غرض التفتيش ، حيث نصت علي أن "تفتيش المنازل عمل من أعمال التحقيق ، ولا يجوز الالتجاء إليه إلا في تحقيق مفتوح بناء علي تهمة موجهة إلي شخص معين في المنزل المراد تفتيشه بارتكاب جنابة أو جنحة أو باشتراكه في ارتكابها ، أو إذا وجدت قرائن علي انه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة " ، بالإضافة إلي أن يكون محددًا ، ذلك أن إجازة المشرع بانتهاك حرمة المسكن ، فوجب أن يكون معين ومحدد ، وهو ما يعني وجود رابطة بين سبب التفتيش وغايته ، وبين المحل الذي يراد إجراؤه فيه ، فعندما تدل القرائن علي انه نوجد أشياء تفيد التحقيق ، فهي غير كافية لتبرير التفتيش ، بل لا بد من تحديد المسكن الذي يرجح وجود هذه الأشياء فيه ، فمتى حدد هذا المسكن جاز تفتيشه⁽¹⁾ ، كما اشترط بان يكون المحل مما يجوز تفتيشه ، بمعنى إلا يكون المحل لدية حصانه سواء كانت سياسية أو قضائية أو دبلوماسية، واخبراً فإن تفتيش المنازل ، وباعتباره إجراء من إجراءات التحقيق ، يحوي علي مساس بحقوق وحريات الأفراد ، وجب أن يباشر من السلطة المخول به قانوناً وهي سلطة التحقيق الأصلية " النيابة العامة - قاضي التحقيق " أو مأموري الضبط القضائي في الحالات التي نصت عليها المادة 24 السابق الإشارة إليها .

المطلب الرابع

حرمة الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية

ذهبت الشريعة الإسلامية إلي احترام الحياة الخاصة باعتبارها من أهم الحقوق الشخصية أو الطبيعية للصيقة أو الملازمة للإنسان ، وانطلاقاً من مبدأ المساواة بين الناس جميعاً في الشريعة الإسلامية ، فقد قررت حرمة الحياة الخاص، وتوفير الحماية لهذه الحرمة⁽²⁾ .

ولحرمة الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية ما يؤكد من نصوص القرآن الكريم ، حيث تضمنت آياته الضوابط والقواعد اللازمة لاحترامها وتقديسها بحيث لا يجوز لأي شخص أن يعتدي

¹ - راجع : د : توفيق محمد الشاوي ، حرمة الحياة الخاصة ونظرية التفتيش ، دار المعارف بالاسكندرية ، 2006 م ، ص 242.

² - راجع / د : حسني الجندي ، المرجع السابق ، ص 43 . وراجع / د : توفيق محمد الشهاوي ، نظرية التفتيش ، دار المعارف بالإسكندرية ، 2006 م ، ص 81 .

علي خصوصيات الآخرين⁽¹⁾ ، إذ أن الشريعة الإسلامية تضع هذه الضوابط والضمانات لاحترام ممارسة الفرد لهذه الحقوق في كل زمان ومكان⁽²⁾ ، وكفلت للفرد حق ممارسة حرمة حياته الخاصة سواء داخل بيته أو خارجه⁽³⁾ .

ولعل من أهم الأمور التي حرصت الشريعة الإسلامية علي حمايتها ضمانا لحرمة الحياة الخاصة حظر التجسس ، وحظر الاطلاع علي رسائل المسلم وخطاباته ، ذلك حفاظا علي حرمة المراسلات⁽⁴⁾ ، فالتجسس محظور بنص القرآن الكريم ، قال تعالى " يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن أن بعض الظن إثم ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضا أيحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتا فكرهتموه واتقوا الله أن الله تواب رحيم "⁽⁵⁾ .

ويؤكد رسول الله صلي الله عليه وسلم تحريم التجسس ، بقوله " إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث ، ولا تجسسوا ، ولا تحاسدوا ، ولا تباغضوا وكونوا عباد الله إخوانا "⁽⁶⁾ ، كما أن الرسول الكريم صلي الله عليه وسلم أكد علي النهي عن التجسس ، وتتبع عورات العباد محذرا من العواقب التي تلاحق صاحب هذا الفعل المشين بقوله : " يا معشر من آمن بلسانه ، ولم يدخل الإيمان قلبه لا تغتابوا المسلمين ، ولا تتبعوا عوراتهم ، فإن من تتبع عورة أخيه المسلم يتتبع الله عورته ، ومن يتتبع الله عورته يفضحه الله ولو كان في جوف بيته "⁽⁷⁾ . ولقد بين الرسول صلي الله عليه وسلم علة حظر التجسس ، وانتهاك حرمة الحياة الخاصة للأفراد قبل ظهور المعصية ، حيث أن هذا الانتهاك يحمل في طياته ضررا للجماعة ، حيث قال الرسول صلي الله عليه وسلم لمعاوية : "إنك إن تتبعت عورات الناس أفسدتهم، أو كدت أن تفسدهم "⁽⁸⁾ .

كما أن الشريعة الإسلامية حرصت علي ضمانات حرمة رسائل وخطابات المسلمين ، فلقد روي عن الرسول صلي الله عليه وسلم أنه قال " يا من نظر في كتاب أخيه بغير إذنه ، فكأنما

¹ - راجع / د : أحمد محمد حسان ، نحو نظرية عامة لحماية الحق في الحياة الخاصة في العلاقة بين الدولة

والأفراد ، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، 2001 م ، ص 65 .

² - راجع / د : محمد محمد مصباح القاضي ، المرجع السابق ، ص 260 .

³ - راجع / د : حسني الجندي ، المرجع السابق ، ص 45 .

⁴ - راجع / د : محمد محمد الدسوقي الشهاوي ، الحماية الحثائية لحرمة الحياة الخاصة ، رسالة دكتوراه مقدمة

لكلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2005 م ، ص 179 .

⁵ - سورة الحجرات الآية 12 .

⁶ - راجع / صحيح البخاري ، كتاب الفرائض ، الباب الثاني ، الجزء الأول ، ص 13 ، وراجع / صحيح مسلم ،

كتاب البر ، الجزء 9 ، ص 1985 .

⁷ - راجع / ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين عند رب العالمين ، الجزء الثاني ، مكتبة الكليات الأزهرية ، 1968

م ، ص 347 .

⁸ - مشار إليه في مرجع / د : يوسف قاسم ، المرجع السابق ، ص 260 .

ينظر في النساء " ، إلا في حالة ما إذا كانت هذه الرسائل تحمل اعتداء علي حق من حقوق المجتمع ، أو إفشاء أسرار الدولة ، ففي هذه الحالة يجوز الاطلاع عليها بشرط الحصول علي إذن من السلطة المختصة (1) ، وهذا ما فعله الرسول صلي الله عليه وسلم مع المرأة التي سلمها حاطب بن أبي بلتعة رسالة سرية إلي قريش يشعرهم فيها بما قرره قيادة المسلمين من التحرك لفتح مكة ، فلقد سلم حاطب الرسالة إلي امرأة تسمى كنودا تنتمي إلي قبيلة مزينة ، لتتولى رفعها إلي مزين ، وبمنحها في مقابل ذلك عشرة دنائير ، واستطاعت هذه المرأة أن تخفي الرسالة في قصاصها ، وسلكت طريقا غير مطروقة ، وكادت أن تتجح في تسليمها إلي قريش ، غير أن الرسول صلي الله عليه وسلم علم بأمر الرسالة وبمسيرة المرأة ، وبالمكان الذي تسير فيه ، فكلف عليا ابن أبي طالب والزيبر بن العوام رضي الله عنهما باللاحق بالمرأة وتفنيشها ، وحجز الرسالة منها ، وقد نجح المبعوثان في إدراك المرأة وسألاها عن أمر الرسالة ، فأنكرت العلم بها ، مما اضطر الإمام علي لتهديدها بأنه سوف لن يتردد في كشفها وتفنيشها ، فلما رأت الجد أخرجت الرسالة من قصاصها ، وأتضح أنها محررة من حاطب بن أبي بلتعة (2) .

كما أن الشريعة نهت عن إفشاء الأسرار أو التهديد بها ، حيث أن أسرار الغير تعتبر أمانة يجب المحافظة عليها ، فمن يعرف سرا لا يجوز له أن يفشي هذا السر إلا إذا كان في كتمان ضرر أكبر لقول الرسول الكريم " المجالس بالأمانة إلا ثلاثة مجالس ، سفك فيه دم حرام ، أو فرج حرام ، أو اقتطاع مال بغير حق " (3) ، وروى عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال "إنما يتجالس المتجالسان بالأمانة ، فلا يحل لأحد أن يفشي علي صاحبه ما يكره " (4) .

غير أنه في حالة ما إذا كان كتمان السر من شأنه إهدار الحق لأي شخص ، أو من شأن الكتمان ضياع الحقيقة ، فإنه في مثل هذه الحالة يصبح وجوبا علي الشخص أن يفشي هذا السر (5) ، وذلك لقوله تعالى " ولا تكتموا الشهادة * ومن يكتمها فإنه آثم قلبه " (6) وقول الرسول صلي الله عليه وسلم " لا أخبركم بخير الشهداء ؟ الذي يأتي بشهادته قبل أن يُسألها " .

1 - راجع / د : محمد محمد مصباح القاضي ، المرجع السابق ، ص 260 .

2 - راجع / د : محمود البلتجي ، مثل عليا من القضاء في الإسلام ، بدون دار نشر ، 1976 م ، مشار إليه في

مرجع / د : محمد محمد مصباح القاضي ، المرجع السابق ، ص 260 ، 261 .

3 - مشار إليه في مرجع / د : فوزية عبد الستار المرجع السابق ، ص 119 .

4 - راجع / أبو بكر عبد الرزاق هشام الصنعاني ، المصنف ، الجزء الحادي عشر ، مطبعة دار العلم ببيروت ، لبنان ، 1970 م ، ص 22 ، مشار إليه في مرجع / د : يوسف قاسم ، المرجع السابق ، ص 15 .

5 - راجع / د : فوزية عبد الستار ، المرجع السابق ، ص 20 .

6 - سورة البقرة ، الآية ، 282 .

مما سبق بيانه نجد أن الشريعة الإسلامية قد أضفت علي الحرية الشخصية حماية لم ولن تصل إليها التشريعات الوضعية الحديثة، ذلك لأنها شرع الله سبحانه وتعالى الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه .

موقف القانون الجنائي : ذهبت معظم التشريعات إلي أن ، المسكن باعتباره محلا لسر صاحبه ، فهو يأوي إليه ، ويستتر حرمانه ، ويخفي فيه إسراره الذي لا يريد لأحد أن يطلع عليه ، من ضمن الحياة الخاصة ، ولذا تشير إلي إننا سبق وان درسنا الضمانات التي نص عليه قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية الليبي ، لصيانة حرمة المساكن ، وبالإضافة إلي ذلك فان المشرع الإجرائي قام بتنظيم بعض الإجراءات التي تحوى علي مساس بحرمة الحياة الخاصة ، ومنها التتصت علي المكالمات الهاتفية ، وضبط الرسائل والخطابات الخاصة.

فلقد نص في المادة 79 إجراءات جنائية علي أن " لقضي التحقيق أن يضبط لدي مكاتب البريد كافة الخطابات والجرائد والمطبوعات والطرود ، ولدى مكاتب التلغراف كافة البرقيات ، كما يجوز له مراقبة المحادثات التليفونية متى كانت لذلك فائدة في ظهور الحقيقة" ، ومن خلال نص المادة 79 إجراءات جنائية ليبي ، نجد أن المشرع وضع ضمانات وهي أن تكون هناك فائدة من وراء مباشرة ضبط الرسائل أو مراقبة المكالمات الهاتفية في ظهور الحقيقة ، كما أن المادة 80 من نفس القانون أضافت ضمانات وهي شرط الحصول علي إذن من القاضي الجزئي ، عند مباشرة الإجراء من النيابة العامة، وفي عمومة ومقارنة مع القانون المصري أو القانون المقارن ، نجد أن المشرع الليبي قد جرد هذه الإجراءات من ضمانات هامة وكثيرة نص عليه في القانون الإجرائي المصري وهي : صدور أمر المراقبة من السلطة القضائية ، أن الأمر بالمراقبة مسبيا ، أن تكون الجريمة التي صدر الأمر بالمراقبة بشأنها علي درجة من الخطورة ، بحيث تكون جناية أو جنحة التي عقوبتها الحبس فوق من ثلاثة أشهر. ، أن تكون للمراقبة فائدة في كشف الحقيقة ، تحديد مدة المراقبة بثلاثون يوما قابلة للتجديد لمدة أو مدد أخرى مماثلة ، اخيرا أن يكون لهذا الأمر المبرر القانوني ، بحيث تتوافر من التحريات الكافية بأن جريمة قد وقعت ، وان شخصا قد ارتكب الجريمة ، وان لديه ما يفيد في إظهار الحقيقة ، كما يجب أن تفيد هذه التحريات أن المتهم يستخدم الهاتف في ارتكاب الجريمة .

الخاتمة

بعون الله وتوفيقه أنهيت هذا البحث، والذي كان عنوانه الحريات الشخصية في الشريعة الإسلامية ، تناولت هذا البحث في أربعة مطالب ، المطلب الأول خصص لأضاح حرمة الذات وحرمة النفس في الشريعة الإسلامية ، أما في المطلب الثاني فتناولت حرمة التنقل (الغدو والرواح)، أما المطلب الثالث فخصص لبيان حرمة المسكن في الشريعة الإسلامية ، وخصص أخيراً المطلب الرابع ، لبيان حرمة الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية ، ومن خلال هذه الدراسة

، تبين بأن الشريعة الإسلامية ، وعلي الرغم من أن الحریات الفردية ، قد نصت الديانات السابقة لها علي الحریات الفردية وحمايتها ، وكذلك الحال قام بعض الفلاسفة القدماء سواء من الإغريق وغيرهم ، بمحاولات لتنظيم الحریات الفردية في مجتمعاتهم ، غير أن الشريعة الإسلامية ، وفقاً لما تقدم في هذا البحث ، قد وضعت تنظيمياً بديعاً لحریات الأفراد وحریاتهم الشخصية ، فجاء القرآن الكريم لينظم هذه الحریات ، ووضع الضمانات التي تتطلبها ممارستها، مع النص علي عقوبات علي كل من تخول له نفسه ، المساس بهذه الحریات ، فالشارع الحكيم جل شأنه ، لم يترك العابثين بحریات الناس وحرمانهم دون عقوبات ، فنص علي عقوبات أخروية للبعض ، وخول ولي الأمر بإنزال عقوبات دنيوية في البعض الآخر .

وعلي ذلك نجد أن الشريعة الإسلامية الغراء ، قد نظمت كل الحریات الفردية - ودون استثناء- مع العلم بأن الشريعة الإسلامية ، قد منحت هذه الحقوق والحریات علي مبدأ عام، وهو آدمية الإنسان ، دون النظر إلي الاعتبارات الخاصة التي يتمتع بها الشخص ، وبغض النظر عن أصول الأفراد أو دينهم ، أو ألوانهم ، أو أُنتماءاتهم العرقية ، فستظل الشريعة الإسلامية ، بهذا التنظيم الإلهي لحریات الأفراد ، مصدراً للتشريعات الوضعية الحديثة، علي المستوي الدولي ، أو الإقليمي ، وستظل مدرسة الرسول الكريم صلي الله عليه وسلم ، وصحابته رضي الله عنهم ، وتابعيه، في الحریات ألعامه هي النبع الذي يرتوي منه ، كل من يحمل أفكاراً عن الحریات الشخصية .

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب:

- ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين عند رب العالمين ، الجزء الثاني ، مكتبة الكليات الأزهرية ، 1968 م .
- أبو بكر عبد الرزاق هشام الصنعاني ، المصنف ، الجزء الحادي عشر ، مطبعة دار العلم ببيروت ، لبنان ، 1970 م .
- أبو عبدا لله محمد ابن إسماعيل البخاري صحيح البخاري ، دار الشعب بالقاهرة ، 1988 م ، كتاب الاستئذان .
- أحمد الرشيد ، حقوق الإنسان دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق ، مكتبة الشروق الدولية ، 2005 م .
- أحمد محمد حسان ، نحو نظرية عامة لحماية الحق في الحياة الخاصة في العلاقة بين الدولة والأفراد ، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، 2001م .
- أشرف توفيق شمس الدين ، الحماية الجنائية للحرية الشخصية في الوجة الموضوعية دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، 2007 م .
- بن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، شرح صحيح البخاري ، الجزء الثاني عشر .
- توفيق محمد الشهاوى ، نظرية التفتيش، دار المعارف بالإسكندرية، 2006 م
- الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، جزء 12، دار التقوى للتراث ، 2000 م .
- الحافظ يحيى محمد زكي ، الترهيب والترغيب في الحديث الشريف ، المكتبة العصرية ، ميدان صيدا ، بيروت لبنان ، 1987 م .
- حامد أبو طالب ، التنظيم القضائي الإسلامي ، مطبعة السعادة ، 1982 م .
- حسن إبراهيم القرضاوي ، الحماية الجنائية للحرية الشخصية في مواجهة سلطة مأمور الضبط القضائي في القبض ، دراسة مقارنة ، دار الكتب الوطنية ، 2004 م .
- حسنى الجندي ، ضمانات حرمة الحياة الخاصة في الإسلام ، دار النهضة العربية ، 1992 م .
- سامي سالم الحاج ، المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان ، الطبعة الثانية ، دار الكتاب الجديد المتحدة بيروت ، 1988 م .
- الشافعي محمد الصغير ، قانون حقوق الإنسان ، مصادره وتطبيقه ، الوطنية والدولية ، الطبعة الرابعة ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 2007 م .
- عباس محمود العقاد ، عبقرية عمر، منشورات المكتبة العصرية بيروت ، 1988 م .
- عبد الحكيم حسن العيلي ، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، 1983 م .

- عبد العزيز عامر ، شرح الأحكام العامة للجريمة في القانون الليبي دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية ، منشورات جامعة قاريونس ، بدون تاريخ نشر .
- عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، التلبس بالجريمة للحسبة في الفقه الإسلامي والوضعي ، دار النهضة العربية ، 1991 م .
- علي محمد صالح الدباس ، وعلي علي محمد أبو زيد ، حقوق الإنسان وحرياته ودور شرعية الإجراءات الشرطية في تقريرها ، دار الثقافة عمان ، 2005 م .
- فكري أحمد نعمان ، حقوق الإنسان دراسة مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي والإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، أكاديمية شرطة دبي ، مركز البحوث والدراسات ، 2004 م .
- فوزية عبد الستار ، الإسلام وحقوق الإنسان ، مؤسسة الأهرام القاهرة ، 2007 م .
- محمد بكر حسين ، الحقوق والحريات العامة " حق التنقل والسفر " دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ، دار الفكر العربي ، 2007 م .
- محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الإوطار للشوكاني ، دار الحديث القاهرة ، بدون تاريخ نشر .
- محمد عنجرين ، حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون ، ومقارنة ، وتطبيقا ، دار الفرقان وار الشهاب ، 2005 م .
- محمد محمد الدسوقي الشهاوي ، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة ، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق ، جامعة القاهرة .
- محمد محمد مصباح القاضي ، الحماية الجنائية للحرية الشخصية في مرحلة ما قبل المحاكمة الجنائية ، دار النهضة العربية .
- محمد ناصر الدين الألباني ، سنن أبين ماجة ، باب تعظيم قتل المعاهد ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع الرياض .
- محمد ناصر الدين الألباني ، سنن النسائي ، كتاب القسامة ، باب تعظيم قتل المعاهد ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع الرياض .
- الموطأ للإمام مالك أبو أنس رضي الله عنه ، دار الجليل ، ببيروت ، دار الأمان الجديدة ، المغرب ، 1993
- هایل عبد الملی طشطوش ، حقوق الإنسان بين الفكر الإسلامي والتشريع الوضعي ، دار الكندي للنشر والتوزيع ، 2007 م .

ثانيا: الرسائل العلمية :

- سامي حسني الحسيني ، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن ، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس ، 1973 م .
- عادل عبد الله خميس ، التفتيش كإجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي في القانون المصري الإماراتي ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة ، بدون تاريخ نشر .

- عبد الله حسين خير الله ، الحرية الشخصية في مصر ضوابط الاستعمال وضمانات التطبيق ، رسالة دكتوراه ، مقدمة لكلية الحقوق جامعة الإسكندرية ، بدون تاريخ نشر.
- عصام أحمد محمد ، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم ، رسالة دكتوراه ، مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة ، بدون تاريخ نشر .
- محمد راجح حمود نجاد ، حقوق المتهم في مرحلة جمع لاستدلال في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة ، 1992م.
- ناصر عبدا لله حسن محمد ، حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلالات ، دراسة مقارنة بالتطبيق علي التشريعيين الإماراتي والمصري ، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس ، 2001 م ،

ثالثاً: بحوث ومقالات :

- الشيباني أبو عمود ، عن أي حقوق نتحدث ؟ . حقوق الإنسان بين مثالية العالمية وإشكالية الخصوصية ، بحث منشور في مجلة المعهد العالي للقضاء ، مجلة علمية محكمة ، العدد الثاني ، السنة 2008 م.
- عبد الصبور مرزوق ، الإسلام وحقوق الإنسان ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد السادس والأربعون ، العدد الأول ، مارس 2003 م .
- محمد عبد القادر محمد ، التعويض عن ضرر الاعتداء علي حق الإنسان في حرمة مسكنه في ضوء الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في عصر الجماهير وبعض النظم المعاصرة ، مجلة دراسات قانونية ، مجلة علمية محكمة تصدرها كلية قانون جامعة فاريونس ، العدد 17 ، أكتوبر 2008 م.

رئيس الوزراء في النظام البرلماني دراسة دستورية

الداه محمد ابراهيم

مقدمة :

النظام البرلماني هو النظام القائم على ثنائية الجهاز التنفيذي ، وعلى التوازن والتعاون بين السلطتين التنفيذية والتشريعية، دون سيطرة أو تبعية إحداهما للأخرى.⁽¹⁾

وقد نشأ هذا النظام في إنجلترا خلال القرنين (17-18) ، وذلك نتيجة لظروف وأحداث سياسية واجتماعية خاصة بالشعب الإنجليزي وإن كانت بوادره قد ظهرت قبل ذلك بكثير.⁽²⁾

كما يتأسس هذا النظام على الفصل بين مناصبي رئيس الدولة الغير مسئول سياسياً، والوزارة المسئولة سياسياً، سواء كانت تلك المسئولية تضامنية شاملة لكل أعضائها أم كانت فردية تقتصر على وزير بعينه.⁽³⁾

فعدم مسئولية رئيس الدولة في النظام البرلماني نابعة من كونه لا يمارس سلطات فعلية تنفيذية ، ولا يتمتع بثقل كبير يسمح له بتسيير دفة الحكم ، وذلك ما جعله غير مسئول سياسياً ، وإنما (يسود ولا يحكم) .

ولذلك فإن جانباً من الفقه الدستوري* يقول بأن سلطات رئيس الدولة في ظل هذا النظام سلطات سلبية لأن وظيفته أساساً شرفية وأدبية وليست فعلية ، ومن ثم تكون اختصاصاته الواردة في الدستور لا يمارسها بمفرده ، وإنما بواسطة الوزارة.

ويقر رأي فقهي** آخر بالدور الإيجابي لرئيس الدولة في الحكم ، بدليل أنه يقسم على احترام الدستور والقوانين ، ومشاركته لوزرائه في إدارة الشؤون العامة للدولة.

¹ - د.بشير علي أحمد باز : حق حل المجلس النيابي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2004 ، ص33.

² - عمرو فؤاد بركات: المسئولية السياسية لرئيس الدولة في الأنظمة السياسية المقارنة ، دار النهضة العربية ، 1980، ص154.

³ - د.بشير باز : مرجع سابق ، ص 33-34.

** سيتضح لنا ذلك عندما نتناول مراحل تطور منصب رئيس الوزراء وكيف تقلصت سلطات الملك وأسنادها إلى الوزارة برئاسة رئيس الوزراء.

ومع ذلك فإن تحديد الدور الحقيقي لرئيس الدولة لا يمكن أن يكون من خلال التأكيد على سلبية أو إيجابية دوره ، أو مسؤوليته سياسيا ، وإنما من طبيعة النظام البرلماني ذاته ، من حيث أركانه ، وكيفية توزيع السلطة في ضله.

ولما كانت الوزارة هي التي يقع على عاتقها أعباء الحكم باعتبارها المحور الرئيسي للسلطة التنفيذية في النظام البرلماني ، فإنها المسؤولة سياسيا أمام الهيئة التشريعية ، سواء كانت المسؤولية جماعية تضامنية أو فردية.

فالمسؤولية الجماعية أن تكون الوزارة مسؤولة بكاملها أمام البرلمان عن السياسة العامة التي تتبناها. فإنها يجب أن تحصل على ثقة البرلمان ، وإلا تنحلت أو تخلت عن السلطة

أما المسؤولية الفردية فإنها تتعلق بوزير بعينه دون غيره من أعضاء الوزارة ، وذلك عن بعض الأعمال والتصرفات الخاصة بوزارته . وهذه المسؤولية تؤدي إلى سحب الثقة من الوزير واستقالته.

ويتميز النظام البرلماني بالفصل المرن بين السلطات ، هذا الفصل قائم على التعاون والتوازن بينهما . ومن مظاهر هذا التعاون إمكانية مباشرة السلطة التنفيذية بعض الاختصاصات التي تدخل أصلا في اختصاص السلطة التشريعية ، كما أن هذه الأخيرة تتمتع بوسائل متعددة تتيح لها مواجهة السلطة التنفيذية ، وذلك ما يحقق التعاون والتوازن بينهما.

من الوسائل التي يجوز للسلطة التنفيذية قبل البرلمان ، دعوة هذا الأخير للانعقاد وفض انعقاده ، وحق الحكومة في الدخول إلى البرلمان من أجل شرح سياستها والدفاع عنها ، كما تساهم السلطة التنفيذية في التشريع ، من خلال اقتراح القوانين والتصديق عليها ، وإصدار اللوائح التنفيذية للقوانين، ثم حق السلطة التنفيذية في حل البرلمان.

أما السلطة التشريعية فإنها تتمتع هي أيضا بوسائل متعددة يمكن أن تحركها في وجه السلطة التنفيذية ، ومن هذه الوسائل توجيه الأسئلة، والاستجابات ، وطرح الثقة بالحكومة كاملة أو ببعض أعضائها . كما يجوز للبرلمان أن يشكل لجانا برلمانية للتحقيق في أي إخلال بساسة الحكومة.

ومن الوسائل الفعالة التي يجوز لكل من السلطتين أن تضغط بها على الأخرى (سحب الثقة وحل البرلمان) ، فإذا أراد البرلمان سحب الثقة من الحكومة ، فإن هذه الأخيرة تستطيع من خلال رئيسها حل البرلمان ، والاحتكام إلى الشعب في انتخابات جديدة.

وهكذا فإن الوسائل المتبادلة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية ترشد عمل الحكومة والبرلمان على السواء لأن كلا منهما يراقب الآخر ، والجميع مراقب من الناخبين ، الأمر الذي يترتب عليه تمسك الجميع بمبدأ المشروعية ، وعدم مخالفة الدستور والقوانين.

وإذا كنا قد أشرنا في بداية هذه المقدمة أن النظام البرلماني يقوم على ثنائية الجهاز التنفيذي التي تعني وجود رئيسين هما رئيس الدولة ورئيس مجلس الوزراء ، فإن الأول يعد رئيس الدولة وممثلها الأول ، والحكم المحايد بين السلطات ، ومن ثم فإنه في مركز أدبي يسمو على الأحزاب السياسية وعلى السلطات كافة بما في ذلك السلطة التنفيذية التي يترأسها.

أما رئيس الوزراء فإنه المسئول بصورة فعلية عن هيئة الوزارة ، وعن سياستها أمام البرلمان الذي يستطيع محاسبته ومعاقبته بسحب الثقة وإسقاطه.

فهذا الوضع الذي يتمتع به رئيس الوزراء في النظام البرلماني هو سبب اختياره في أن يكون محل هذا البحث ، لكنه سيركز فقط على أساليب اختياره ، واختصاصاته ، ثم مسؤولية الحكومة.

وقد اتبعنا في هذا البحث المنهج الوصفي المقارن حيث يركز على الحقائق العلمية ثم يحللها، ويستخلص نتائجها، وسنتناوله حسب الخطة التالية :

- تطور منصب رئيس الوزراء في النظام البرلماني.
- أساليب اختيار رئيس الوزراء في النظام البرلماني.
- اختصاصات رئيس الوزراء.
- مسؤولية الحكومة.
- رئيس الوزراء في ظل الدستور الموريتاني الصادر عام 1991.

أولاً- تطور منصب رئيس الوزراء في النظام البرلماني :

كانت انجلترا المهد الحقيقي للنظام البرلماني ، وهي أول دولة ظهر فيها رئيس مجلس الوزراء وذلك إثر تحولات واسعة شهدتها المجتمع الإنجليزي منذ القرن (16) على المستوى السياسي والاقتصادي والاجتماعي . فكان الجدل السياسي على أشده بين من يملك السلطة (الملك) ، ومن يرغب في المشاركة فيها من قوى سياسية أخرى ، وقد انعكس ذلك شيئاً فشيئاً على منصب رئيس مجلس الوزراء ، سواء من حيث تطور منصبه ، أو من حيث اختصاصاته.

ولذلك فإن تطور منصب رئيس الوزراء مر بمراحل طويلة وعريضة لا يمكن تتبعها في بحث وجيز كهذا البحث ، وإنما سنكتفي ببعض الإشارات الدالة على هذا التطور وذلك على النحو التالي:

❖ لقد ظهر النظام البرلماني في إنجلترا ، وكانت أول دولة أقرت واعترفت برئيس الوزراء وكان يطلق عليه الوزير الأول نظراً لمكانته لدى الملك ، فكان كبير أمنائه ومستشاره

المقرب ، لكنه لا يتمتع بحقوق أكثر عن بقية الوزراء ، ولا يحتل مركزا دستوريا يختلف عنهم.

فالوزارة كانت تقوم على ثقة الملك لوحده ، فهو الذي يعينها ، ويعزلها ، وبذلك يكون من البديهي عدم وجود أي مركز لرئيسها ، أو أي حقوق يمتاز بها عن غيره من الوزراء.

❖ أن الوزارة قبل أن تتبلور وتتضح معالمها على شكلها الحالي عرفت العديد من التطور والتغير وعدم الثبات لاعتبارات عملية ، فكان الملك يسير أمور الدولة مباشرة يساعده في ذلك بعض الموظفين ، وبعض المجالس وهي:

المجلس العام أو (محكمة البرلمان) ، والمجلس الكبير (مجلس اللوردات) والمجلس الخاص (مجلس القضاة) ، ومجلس القانون الذي يتكون من القضاة.⁽¹⁾

هذه المجالس الأربعة يهمنها منها (المجلس الخاص) الذي سيكون لاحقا هو النواة للحكومة أو مجلس الوزراء.

وكان الملك يعين أعضاء المجلس الخاص لمدة (سنة) ثم عدل عن ذلك فأصبحت مدة تعيينه غير محددة . وفي القرن (16) انقسم المجلس الخاص إلى قسمين المجلس العادي ، الذي يختص ببعض الأمور القضائية ، والمجلس الخاص الذي يترأسه الملك ، فكان يتكون من كبار موظفي المملكة ورؤساء أساقفة (كننتيري ، ويورك) وبعض المقربين للملك الذي ينفرد بتعيينهم ، ويستشيرهم في أمور الدولة والحكم.

وفي عهد (إدوارد الرابع) أضيفت إلى المجلس الخاص عناصر جديدة من الرجال المنفرغين لأعمال الحكومية على الرغم من أنهم لم يكونوا من كبار رجال الدولة ، وبذلك يكون عدد أعضاء هذا المجلس غير ثابتة ، فقد يزيد وقد ينقص أحيانا حسب مشيئة وإرادة الملك.

ومن أجل قيام المجلس الخاص بأدائه بطريقة جيدة ثم تقسيمه إلى لجان تختص كل لجنة بالإشراف على مصلحة من مصالح الدولة من حيث التنفيذ والمراقبة ، وكانت أهم تلك اللجان (لجنة الدولة) ، التي تعرض عليها أهم أعمال الدولة ، وقيل أن هذه اللجنة هي الأصل للوزارة الحالية أو مجلس الوزراء.⁽²⁾

¹ - د.سيد رجب السيد: المسؤولية الوزارية في النظم السياسية المعاصرة ، 1987 ، ص24.

د.محمد كامل ليلة: النظم السياسية ، الدولة والحكومة ، دار الفكر العربي ، 1969 ، ص901 وما بعدها.

² - د. سيد رجب السيد: المسؤولية الوزارية ، مرجع سابق ، ص25.

وقد ظهرت هذه اللجنة في عهد (إدوارد الثالث) (1547-1553) ، واختفت في عهد (ماري واليزابيث) ، ثم عادت في عهد (جيمس الأول 1603-1653) ، حيث سميت (بوزارة المجلس).

❖ وفي عام 1640 بدأ وضع (لجنة الدولة) يستقر شيئاً فشيئاً ، مع مراعاة بعض الشروط التي ينبغي أن تتحقق في أعضائها كحسن التدبير والأخلاق والحكمة ، وهي الشروط التي يجب أن تتوفر في مستشاري الملك.

إلا أن هذه (اللجنة) رغم أهميتها لم تكن بديلة عن المجلس الخاص ، إذ ظل هذا الأخير يحتفظ بمكانته لدى الملك ولدى الشعب الإنجليزي إلى أن انفصلت عن المجلس الخاص في القرن 16 حيث شكلت - كما يقول البعض - النواة الأولى للوزارة.

❖ وكان لثورة 1688 أثر كبير في وضوح مركز الوزارة ، ثم ازداد ذلك الوضوح في عهد الملكة (آن 1704-1714) ، إذ بدأ يتردد هذا الاسم في الأوساط السياسية مع بداية القرن 18 ، حيث كانت تسمية الوزارة لا تطلق إلا إذا حضرت الملكة (آن) اجتماعها لدراسة وتقرير سياسة الدولة العامة ، بينما تسمى (لجنة) في حالة عدم حضور الملكة.

❖ وقد ذهب جانب من الفقه¹ أن الوزارة التي كانت يشكلها الملك وفقاً لإرادته حتى القرن (17) أصبحت تتشكل وفقاً لإرادة الرأي العام إثر كل انتخابات برلمانية ، وأن نشأة منصب الوزير الأول ترجع أساساً إلى العرف الدستوري.

لذلك كان أول رئيس للوزراء في إنجلترا هو (البول 1721-1742) ، وهو ما يعني وجود وتبلور الوزارة أو المجلس بصورة واضحة.

ثانياً-أساليب اختيار رئيس الوزراء في النظام البرلماني:

إذا كان النظام البرلماني قد نشأ في إنجلترا فإن اختيار رئيس الوزراء كان هو أيضاً من امتيازات الملك الذي يختاره بإرادته المنفردة . إلا أنه باستقرار هذا النظام وظهور الأحزاب السياسية ، وانتظامها أصبح زعيم الحزب الفائز هو الذي يتولى رئاسة الوزراء.

وقد استقرت معظم الأنظمة البرلمانية على عدم إمكانية أن يعين رئيس الدولة بصورة تلقائية رئيس الوزراء ، وإنما تشاركه في ذلك جهات أخرى هذه الجهات قد تكون البرلمان ، وقد يكون الاختيار مشتركاً بين البرلمان ورئيس الدولة ، وقد يكون الاختيار للبرلمان فقط ، كما يجوز أن يكون الاختيار من حق رئيس الدولة لوحده.

¹ - د بشير علي أحمد باز : حق حل المجلس النيابي، مرجع سابق ، ص40.

وعلى ذلك فإن الدساتير البرلمانية استقرت على الطرق التالية في اختيار رئيس الوزراء :

- أن يكون اختيار رئيس الوزراء بالإرادة المنفردة لرئيس الدولة.
- أن يكون اختيار رئيس الوزراء بالمشاركة بين رئيس الدولة والبرلمان.
- أن اختيار رئيس الوزراء بالإرادة المنفردة للبرلمان.

وسنقف على تلك الطرق على النحو التالي :

أ- اختيار رئيس الوزراء بالإرادة المنفردة لرئيس الدولة:

يجوز لرئيس الدولة اختيار رئيس الوزراء في الحالات التالية:

1. الاختيار القائم على الثقة المتبادلة :

لقد مر النظام البرلماني بمراحل متعددة تخللتها إصلاحات سياسية واسعة فقد كان الملك قبل تقليص سلطاته يجمع بيده كل السلطات ، إلا أنه منذ بداية القرن 17 اتضحت ملامح وطبيعة مركز الوزير واستقرت في الحياة السياسية ، فبدأ الملك يختار للوزارة الأشخاص المشهود لهم بالكفاءة والخبرة ، وكان هؤلاء من (لجنة الدولة) - وقد تحدثنا عنها سابقا - التي كانت تحظى بأهمية خاصة باعتبارها تعرض عليها أهم قضايا الدولة ، حتى قيل أنها هي أصل نشأة الوزارة.⁽¹⁾

فلجنة الدولة هي التي كان يستعين بها الملك في إدارة الحكم ومن ثم يختار منها الشخص الذي يراه قادرا على إدارة الحكومة فيكلفه برئاسة الوزراء. وإذا كان الملك في إنجليتيرا كان يتمتع بالحريّة في اختيار رئيس الوزراء، فإن ذلك لا يمنعه من أن يستجيب لبعض الاستشارات في اختيار شخص معين لرئاسة الوزراء . فقد حدث أن نصح "ونستون تشرشل" الملكة أن تختار "أنتوني إيدن" خلفا له في رئاسة الوزراء ، وقد أخذت الملكة بتلك النصيحة.

ومع ذلك فإن القاعدة السائدة اليوم في النظام البرلماني هي أن يعين رئيس الدولة رئيس الحزب الحائز على الأغلبية البرلمانية ، أو على الأقل أن يكون من صفوف هذا الحزب.

¹ - د.محمد قديري حسين: رئيس مجلس الوزراء في النظم البرلمانية ، دكتوراه جامعة القاهرة د-ت ، ص12.

وفي فرنسا أثبتت بعض الوقائع أن رئيس الدولة يعين رئيس الوزراء على أساس الثقة ، من ذلك أن "فالري جسكا ديستان" اختار "بيير مسمير" أول وزير عام 1972، ثم اختياره بعد ذلك لـ "جاك شبان دلماس" كوزير أول.

وقد أخذ الدستور الموريتاني الصادر عام 1991 بالطريقة الفرنسية في اختيار رئيس الوزراء حيث نصت المادة (30) من هذا الدستور أن رئيس الدولة (...يعين الوزير الأول...) . وتطبيقا لهذا النص فإن كل رؤساء الوزارة يتم اختيارهم من قبل رئيس الدولة إما بناء على الثقة بين الرئيس والوزير المعني أو حسب تقديراته الخاصة.

2. اختيار رئيس الأغلبية :

عندما استقر النظام البرلماني في إنجلترا وترسخت مؤسساته الدستورية أصبحت السلطة تمارس بصورة فعلية من قبل الوزارة برئاسة الوزير الأول وأصبحت كذلك المنافسة السياسية مفتوحة أمام الأحزاب السياسية فتقلصت سلطات الملك إلى أقصى حد ، وتحول من ملك يحكم ويسود إلى وضعية أخرى يسود فيها ولا يحكم.

ومع ذلك ظل من الثابت حق رئيس الدولة في تعيين رئيس الوزراء ، لكن هذا الأخير يجب أن يكون حاصلًا على الأغلبية البرلمانية ، فذلك - وإن كان حقا دستوريا - يساعد على تكوين وزارة متجانسة تستطيع التغلب على ما يعترضها من أزمات.

وفي إنجلترا فإن رئيس الدولة يعين رئيس الحزب الحائز على الأغلبية في البرلمان رئيسا للوزراء . فقد استقرت التقاليد السياسية الإنجليزية على هذا المبدأ بحيث لم يكن من المتصور في هذا البلد أن تسند رئاسة الوزراء إلى شخص غير حائز على الأغلبية البرلمانية التي تمكنه من الاعتماد عليها داخل البرلمان.

3. اختيار أحد كبار السياسيين لتشكيل الوزارة:

إذا كان رئيس الدولة هو الذي يعين رئيس الوزراء ، فإن هذا الأخير يجب أن يتمتع بالأغلبية في البرلمان ، إلا أنه في بعض الأحوال قد ينقسم حزب الأغلبية حول من يتولى رئاسة الحكومة هل هو رئيس الحزب؟ أم غيره من كبار السياسيين الآخرين داخل الحزب؟

إذا لم يحسم الحزب السياسي الفائز في الانتخابات أمره في اختيار رئيسه الذي يجب أن يكون رئيسا للوزراء ، فإنه في هذه الحالة يتدخل رئيس الدولة لاختيار واحد من كبار الشخصيات السياسية داخل هذا الحزب لتكليفه بتشكيل الوزارة.

وقد حدث أن مرت إنجليترا بهذه الإشكالية عام 1945 عندما فاز حزب العمال في الانتخابات ، وكانت تتجاذبه هذا الحزب ثلاثة شخصيات هم (آتلي وبيفن وموريسون) ولم يستطع الحزب - في ذلك الوقت لم يكن له رئيسا - التغلب على خلافاته حول هذه الشخصيات ، فتدخل الملك واختار "آتلي" وكلفه بتشكيل الوزارة.

وقد تتسع سلطات رئيس الدولة في اختيار رئيس الوزراء عندما تتعدد الأحزاب السياسية إلى حد تعجز فيها عن تكوين أغلبية واضحة ، عندئذ يتدخل رئيس الدولة لاختيار من يراه جديرا برئاسة الوزراء من ضمن هذه الأحزاب ، بشرط أن يكون هذا الشخص ينتمي إلى كتلة تتمتع بوزن داخل البرلمان تضمن الحصول على ثقة البرلمان ، وفي بعض الحالات قد لا يفوز أحد الأحزاب الكبيرة في انتخابات معينة تمكنه من تشكيل الحكومة ، فيضطر رئيس الدولة أن يختار أي شخص من هذه الأحزاب لتشكيل الحكومة. وقد عرفت إنجليترا هذه الظاهرة ، ففي عام 1924 - مثلا - أجريت انتخابات لم يفز فيها أي حزب بأغلبية مطلقة ، إذ حصل حزب المحافظين على 255 مقعدا وحزب العمال على 191 مقعدا ، فعين رئيس حزب المحافظين رئيسا للوزراء ، إلا أنه سرعان ما استقال، فتدخل الملك لاختيار رئيس الوزراء ، فاختر من حزب العمال من يشكل الوزارة.

ومن الوارد أن يفوز أحد الأحزاب السياسية في الانتخابات دون أن يحصل على نسبة في البرلمان تخول له تشكيل الوزارة ، فيلجأ إلى تكوين ائتلاف مع غيره من الأحزاب ، ومن ثم يكون هذا الائتلاف أغلبية برلمانية يتعين أن يعين منها رئيس الوزراء ، حيث يكون هذا الأخير من أكبر الأحزاب المتحالفة.

ب- اختيار رئيس الوزراء بالمشاركة بين رئيس الدولة والبرلمان :

إذا كان رئيس الدولة هو الذي يختار رئيس الوزراء بإرادته المنفردة ، فإن بعض الدساتير تجعل الاختيار مشتركا بين رئيس الدولة والبرلمان ، وذلك بموافقة كل منهما على رئيس الوزراء مثل الدستور البلجيكي لعام 1937 (م65). إلا أن هذا الاختيار المشترك لا يعني حريتهما المطلقة في اختيار ما يرونه لرئاسة الوزراء وإنما هو مشروط بضرورة حصوله على أغلبية برلمانية ، أو على الأقل نسبة برلمانية واضحة تؤمن له الحصول على ثقة البرلمان.

فرئيس الدولة قبل أن يختار رئيس الوزراء يجب عليه أن يجري مشاورات واسعة مع كافة القوى والاتجاهات السياسية حتى يكون اختياره محل قبول لدى هذه الأطراف كي يتسنى لرئيس الوزراء المعين الحصول على ثقة البرلمان.

وعندما يختار رئيس الدولة رئيس الوزراء يجب عرضه على البرلمان لنيل الثقة ، عندئذ يكون أمام احتمالين ، إما أن يحوز على ثقة البرلمان وهو المطلوب ، أو لا يحصل على هذه الثقة ، فيكلفه الرئيس من جديد أو يبحث عن غيره من القوى السياسية.

وفي كل الأحوال فإن دور البرلمان في المشاركة في اختيار رئيس الوزراء هي الموافقة من عدمها على الشخص المقدم من رئيس الدولة.

ج- اختيار رئيس الوزراء بالإرادة المنفردة للبرلمان :

تسند بعض الدساتير مهمة اختيار رئيس الوزراء إلى البرلمان ، دون أن يكون لرئيس الدولة أي سلطة في ذلك ، وإنما يقتصر دوره على إصدار قرار تعيينه . ومثال ذلك دولة اليابان.

فقد استقرت التقاليد السياسية اليابانية منذ عام 1920 أن يكون رئيس الوزراء من كبار الأحزاب السياسية المشاركة في البرلمان ، باعتبار هذا الأخير أعلى سلطة في الدولة.

وبما أن الممارسة السياسية في اليابان قد كرسّت الثنائية الحزبية فإن رئيس الوزراء يكون من الحزب الحاصل على الأغلبية البرلمانية . وفي حالة عدم حصول أي من الأحزاب السياسية المتنافسة على الأغلبية فلا مانع من أن يتحالف الحزب الفائز في البرلمان مع غيره من الأحزاب الأخرى لتكوين ائتلاف يتيح لهما تشكيل الوزارة ، على أن يكون رئيسها من الحزب الذي يتمتع بأكبر كتلة في البرلمان.

ثالثا- اختصاصات رئيس الوزراء :

ينظر إلى رئيس الوزراء في الأنظمة البرلمانية بأنه القائد والموجه للعمل التنفيذي ، والمحرك الأساسي لمجلس الوزراء.

فرئيس الوزراء لا يعد رئيساً أعلى للوزراء وإنما هو زميل لجميع الوزراء باعتباره واحد من العديد من الوزراء . إلا أنه مع ذلك يتمتع بسلطات واسعة لا تتمتع بها بقية الوزارة . هذه السلطات أو الاختصاصات هي التي سنتناولها - باختصار - على النحو التالي :

- الاختصاصات الإدارية.

- الاختصاصات التنفيذية.

أ- الاختصاصات الإدارية لرئيس الوزراء :

إذا تم اختيار رئيس الوزراء وصدر قرار تعيينه من قبل رئيس الدولة فإنه يبدأ مباشرة و ممارسة اختصاصاته أو سلطاته ، سواء في اختياره للوزراء ، أو إدارة مجلس الوزراء .

وستتناول هذه الاختصاصات بشكل مختصر على النحو الآتي :

- اختيار الوزراء .

- إدارة مجلس الوزراء .

1. اختيار الوزراء :

يتولى رئيس الوزراء اختيار الوزراء ، فيسند لكل وزير وزارة واحدة ، وقد يجمع هو بين رئاسة الوزراء ووزارة أخرى أو أكثر .

وفي إنجلترا مهد النظام البرلماني يختار رئيس الوزراء حكومته التي تتكون من حوالي (18)وزيرا تستحوذ على معظم الوزارات ، مثل: وزارة الداخلية ووزارة الخارجية كما يعين رئيس الوزراء لكل وزارة وزيرا آخر أو أكثر من صغار الوزراء يطلق عليه " سكرتير برلماني " ، وكلهم يكونون الحكومة .

وفي فرنسا فإن رئيس الجمهورية في ظل الجمهورية الخامسة - دستور 1958 - هو الذي يعين الوزير الأول ، وهذا الأخير هو الذي يختار الوزراء ، ثم يقوم بعرضهم على الرئيس ، فيصدر قرار التعيين .

ويختلف اختيار الوزراء من نظام إلى آخر ، فقد يكون قائما على المعيار الشخصي ، أو السياسي ، أو الفني ، أو الجغرافي .

❖ الاختيار القائم على المعيار الشخصي:

يعد اختيار رئيس الوزراء القائم على المعيار الشكلي من أقدم المعايير ، فكان الملك الإنجليزي يختار وزرائه على أساس معرفته الشخصية بهم ، ثم انتقل هذا المبدأ إلى الوزارة بعد ظهورها ، إذ كان الوزير الأول يختار وزرائه حسب معرفته الشخصية بهم .

إلا أن ظهور الأحزاب السياسية ومسئولية الوزارة أمام البرلمان أخذ هذا المعيار يتراجع شيئا فشيئا حتى اختفى كليا في بعض الأنظمة البرلمانية ، ومع ذلك فإنه مازال يؤخذ به في بعض الدول التي تحكمها أنظمة عسكرية أو بعض الأنظمة الملكية .

ومن الأمثلة التاريخية على ذلك فرنسا ، فعند تولي "ديجول" الحكم عام 1958 ، اختار وزيره الأول "دبري" على أساس الثقة ، ثم اتبعه في ذلك الرئيس "بوميدو" عندما اختار "جاك شيراك" كوزير أول . والاختيار على أساس الثقة لا يعني استبعاد أصحاب الكفاءة وإنما يكمله.

❖ الاختيار القائم على المعيار السياسي (1) :

يتوقف اختيار الوزارة حسب المعيار السياسي على وضع القوى السياسية من مدى وجود أغلبية من حزب واحد ، أو أكثر من حزب سياسي يتجمع في إطار ائتلاف .

فإذا كان أحد الأحزاب يتمتع بالأغلبية في البرلمان فإن الحكومة تتشكل من هذا الحزب ، وفي حالة عدم وجود أغلبية برلمانية فإن الحكومة تتشكل من مجموعة الأحزاب التي تمثل أكبر كتل في البرلمان . وفي بعض الأحوال فإن الحكومات الائتلافية يراعى في تشكيلها مشاركة الأحزاب المكونة للائتلاف.

❖ الاختيار القائم على المعيار الفني:

يتميز النظام البرلماني بأنه يجيز الجمع بين عضوية البرلمان والسلطة التنفيذية ، أي أن يكون الشخص نائباً ووزيراً في نفس الوقت ، بل إن العضوية في البرلمان كانت في مرحلة من مراحل تطور النظام البرلماني شرطاً لتقلد مناصب الوزارة ، بغض النظر عن مدى تمتع الوزير بخبرة فنية ، أو على درجة عالية في المجال الإداري ، فتلك الأمور يتكفل بها وكلاء الوزارات ورؤساء الإدارات ، فدور الوزير كان يقتصر على الإشراف على تنفيذ السياسة العامة التي يقرها مجلس الوزراء ، ثم حضور مناقشات البرلمان .

أما التوجه الحديث في اختيار الوزراء على أساس فني فإنه نابع من تعقد مشاكل الدولة وتشعبها ، مما جعل بعض رؤساء الوزارات يفضلون اختيار بعض الوزراء الذين يتمتعون بقدرة فنية عالية سواء في مجال الاقتصاد أو العلاقات الدولية.

❖ الاختيار القائم على المعيار الجغرافي أو الطائفي:

من الجائز في الأنظمة البرلمانية أن يكون اختيار الوزراء قائم على أساس مناطق الدولة ، أو على أساس طائفي أو ديني .

(1) د. محمد قنري حسن: رئيس مجلس الوزراء في النظم البرلمانية المعاصرة، مرجع سابق، ص 19.

- د. يونان لبيب رزق، تاريخ الوزارة المصرية 1975-ص 265.

ففي الهند - مثلاً - فإن اختيار الوزراء يراعى فيه تمثيل معظم الطوائف الدينية ، وفي كندا فإن إقليم "كبك" يجب أن يكون ممثلاً في الحكومة.

وتعد دولة لبنان المثال الواضح على التمثيل الطائفي.

إلا أن اختيار الوزراء حسب النطاق الجغرافي أو الطائفي يزيد من ضعف الدولة وعدم قدرتها على السيطرة على أقاليمها ، بل يؤدي أحياناً إلى انفصال بعض أقاليم الدولة.

2. إدارة مجلس الوزراء :

رئيس الوزراء في النظام البرلماني هو الرئيس الفعلي للدولة باعتباره يمثل الأغلبية البرلمانية ، وبذلك فإنه يهيمن على السلطة التنفيذية ، فيوحد وينسق جهود الوزراء ، كما يقوم بمتابعة تنفيذ برامج الوزارة بمختلف أنواعه.

وعليه فإننا سنتناول هنا مسألتين هامتين تتعلق بإدارة مجلس الوزراء ، والتنسيق بينهما.

❖ سلطة مجلس الوزراء⁽¹⁾:

يمارس مجلس الوزراء - برئاسة رئيس الوزراء - سلطات متعددة ومتنوعة فالبعض منها يمارسه باعتباره سلطة حكومية ، كرسم السياسة العامة للدولة ، والبعض الآخر يمارسها كسلطة إدارية قيادية ، مثل تنسيق ومتابعة أعمال الوزارات ، وتنفيذ القوانين ، والمحافظة على أمن الدولة.

فالوزراء هم المسؤولون عن أعمال الدولة بصورة عامة ، والوزارات التي يترأسونها بصفة خاصة ، ذلك أن كل وزير على حده هو الرئيس الأعلى لوزارته ، فالإليه يرجع رسم سياستها في إطار السياسة العامة للحكومة . ومن السلطات التي يتمتع بها الوزير ما يلي :

- توزيع الاختصاص بين مصالح الوزارة.

- إعادة تنظيم المصالح التابعة للوزارة.

- تعيين الموظفين.

(1) د. ماهر جبر نصر، إمكانية الجمع بين وظيفة عضو الحكومة وممارسة الوكالة البرلمانية، دار النهضة العربية،

- الإشراف على إعداد ميزانية الوزارة.

- إعداد مشروعات القوانين والقرارات الخاصة بوزارته.

تلك أمثلة على السلطات المتعددة التي يختص بها كل وزير على حده ، لكن هذه السلطات ليست مطلقة ، وإنما تمارس وفقا لمبدأ المشروعية وسيادة القانون السائد في الدولة.

ونظرا لتوسع دور الدولة وتشعب وظائفها ، ومن أجل تخفيف الأعباء عن الوزراء ، فإن بعض الدول البرلمانية تقسم الوزراء إلى قسمين : وزراء يتراأسون وزارات وآخرون بدون وزارات ، وهذه الفئة الأخيرة تعد وزراء ويعاملون معاملة الوزراء في كل الأحوال.

أما سبب تعيينهم فإنه نابع من تخفيف الأعباء على مجلس الوزراء والوزراء ، فيسند إليهم بعض الوظائف ، أو ترضية لبعض الأحزاب أو الطوائف.

كما أنهم في بعض الأحوال لا يتمتعون باختصاص محدد ، وفي نفس الوقت فإن وزنهم الأدبي أقل شأنًا داخل مجلس الوزراء من نظرائهم الآخرين ، ومع ذلك يمارسون العديد من الاختصاصات.

ب- الاختصاصات التنفيذية لرئيس الوزراء

عندما يشكل رئيس الوزراء الوزارة فإنه يتقدم إلى البرلمان ببيان يتضمن السياسة العامة التي ينوي تنفيذها خلال الفترة الزمنية التي يتراأس فيها رئاسة الوزارة ، فإذا وافق البرلمان على بيان الحكومة ، فإنها تبدأ في التنفيذ والتطبيق ، وفي حالة عدم الموافقة استقال رئيس الحكومة والوزارة معا.

وعلى ذلك فإننا سنتناول هنا إعلان السياسة العامة للحكومة ، ثم مباشرة هذه الأخيرة لعملها ، وذلك على النحو التالي :

1. إعلان السياسة العامة للحكومة:

جرى العمل السياسي والقانوني في ظل الأنظمة البرلمانية أن رئيس الوزراء - بعد تشكيل الوزارة - يعلن بيانا أمام البرلمان يتضمن السياسة العامة لحكومته هذا البيان سيكون محل اهتمام منا في هذا المقام ، كما سنعرف لدور البرلمان حول بيان الحكومة.

❖ طبيعة البيان السياسي للحكومة:

تقر العديد من دساتير الأنظمة البرلمانية أن يتقدم رئيس الوزراء ببيان أو برنامج حكومته إلى البرلمان للموافقة عليه ، ومن ثم يكون بذلك - في حالة قبوله - قد حصل على ثقة البرلمان.

فهذا البيان أو البرنامج يكتسي طابعاً شاملاً لجميع أنشطة الدولة ، الثقافية والاجتماعية والسياسية والاقتصادية.

ويجوز لرئيس الدولة سواء كان ملكاً أو رئيس الجمهورية أن يلقي هذا الخطاب ، لكنه يكون معداً أصلاً من قبل رئيس الوزراء وحكومته باعتبارهما المسؤولين المباشرين عن تنفيذ ما ورد فيه.

كما يجوز لرئيس الوزراء ، والوزراء التحدث أمام البرلمان كلما كان ذلك ضرورياً ، سواء بطلب منه ، أو من أجل توضيح أمر يتعلق بسياسة الحكومة ، حيث الضرورات تقضي بأن يكون ممثلي الشعب على بينة بكل أنشطة الحكومة.

وكلما كان رئيس الوزراء يتمتع بالأغلبية في البرلمان ، فإن ذلك يساعده على قيادة الحكومة ، وقيامه بأعماله بطريقة فعالة دون خلافات كبيرة تؤثر وتشتت جهودها.

لكن ذلك لا يعني انفراد رئيس الوزراء باتخاذ كل القرارات دون إشراك حكومته في ذلك ، بل العكس فإن الجميع سيشارك في كل قرار يجب اتخاذه ، وإن كان رأي رئيس الوزراء مرجح في بعض الأحوال ، وأحياناً أخرى قد يتخذ رئيس الوزراء بعض القرارات السياسية الحاسمة دون الرجوع إلى جميع الوزراء ، بل يكتفي بعرضها على الأهم منهم كوزير الداخلية - مثلاً - ووزير الدفاع والخارجية.

❖ دور البرلمان حول بيان أو إعلان الحكومة:

إذا كان رئيس الوزراء مطالب بتقديم بيانه أو برنامجه السياسي أمام البرلمان سواء بعد تشكيل الوزارة مباشرة ، أو في أي مناسبة أخرى تستوجب ذلك ، فإن ذلك دليل على ما يتمتع به البرلمان من أهمية وسلطة إزاء هذا البيان أو البرنامج السياسي ، ذلك أن البرلمان مطالب بالموافقة أو الرفض لهذا البيان باعتباره يمثل إرادة الشعب والمشارك الحقيقي للحكومة في إدارة الشأن العام ، والسياسة العامة للدولة.

ولذلك فإن البرلمان من واجبه مناقشة بيان الحكومة سواء بطريقة جماعية أو من خلال لجان برلمانية تكون لهذا الغرض من أجل التحقق والتأكد من جدية ما ترمي إليه الحكومة في بيانها.

فالبرلمان - كما أسلفنا - مشارك للحكومة في قيادة الدولة ، وعليه القيام بكل مسعى لتوجيه العمل الحكومي حتى تتحقق الأهداف المشروعة للمواطنين . وبما أن الحكومة أكثر معرفة بدقائق وتفاصيل السياسة العامة للدولة بحكم مباشرتها للإدارة ، فقد يتطلب الموقف أن تقوم بشرح وتفصيل بيانها أو برنامجها أمام البرلمان حتى يكون هذا الأخير على بينة لما تعتمده الحكومة فعلة.

ومع ذلك فمن الوارد أن لا ينال بيان أو برنامج الحكومة موافقة البرلمان بصورة كلية أو جزئية، فإذا حصل على موافقة أصوات تقل عن أغلبية البرلمان ، أو أكثرية موصوفة دون أن تصل إلى أغلبية مطلقة ، فإن ذلك لا يؤثر على هذا البيان ، ومن ثم يعتبر حائزاً على ثقة أو قبول البرلمان. أما إذا رفض البيان أو البرنامج السياسي من قبل غالبية البرلمان ، فإن لرئيس الوزراء اتخاذ وسائل أخرى كطرح الثقة بالحكومة ، وما يترتب عليها من استقالته وحل البرلمان.

رابعاً- المسؤولية السياسية للحكومة:

المسؤولية السياسية هي حق البرلمان في سحب الثقة من الحكومة بكاملها أو بأخذ الوزراء دون توقيع أي عقوبة ، إن كان العمل المؤدي إلى المسؤولية لا يعد جريمة حسب قانون العقوبات.(1) وتعتبر المسؤولية إحدى الأركان الأساسية للنظام البرلماني ، فتميزه عن غيره من النظم النيابية.(2) وتتسأ المسؤولية السياسية عندما لم يوافق البرلمان على برنامج الحكومة أو الوزير المعني ، ومن ثم نتائجها سياسية ، وهي التخلي عن السلطة بصورة جماعية أو فردية.(3)

وعلى ذلك فإننا سنتناول المسؤولية السياسية للحكومة على النحو التالي:

- المسؤولية السياسية في إنجلترا.

- المسؤولية السياسية في فرنسا.

أ- المسؤولية السياسية في إنجلترا:

نشأت المسؤولية السياسية في إنجلترا ، وكان ظهورها في مرحلة لاحقة على انتقال السلطة من الملك الغير مسئول سياسياً إلى الوزارة المسئولة سياسياً ، وذلك بعد صراع سياسي

1 - د.سيد رجب السيد : المسؤولية الوزارية في النظم السياسية المعاصرة ، مرجع سابق ، ص 49.

2 - د.محمود حافظ: المبادئ الدستورية العامة ، دت ، ص 208.

3 - د.سيد رجب السيد: مرجع سابق ، ص 49، 50.

طويل بين ملوك انجلترا والقوى السياسية الطامعة في السلطة . وقد تأثرت جميع الأنظمة البرلمانية بالتجربة الإنجليزية ، فقررت الأخذ بالمسئولية السياسية.

والمسئولية السياسية إما أن تكون مسئولية فردية أو مسئولية تضامنية.

1- المسئولية السياسية الفردية :

تتصب المسئولية السياسية الفردية على وزير محدد أو وزراء بذواتهم دون غيرهم من أعضاء الوزارة الآخرين ، وذلك بناء على أفعال سياسة منسوبة إليهم ، وليس إلى السياسة العامة للوزارة.⁽¹⁾

وقد ظهرت هذه المسئولية عام 1742 ، عندما أسقط رئيس الوزراء آنذاك "والبول" إثر خلاف مع مجلس العموم بسبب إدارته السيئة للدولة ، وعدم رضا البرلمان عن ذلك ، مما أدى بهذا الأخير - البرلمان - إلى المطالبة باستقالة "والبول" ، إلا أنه اعترض واحتج على هذا الطلب . وكان ذلك من شأنه إضعاف الأغلبية التي كان يعتمد عليها في مجلس العموم منذ انتخابات 1741.

وظل مجلس العموم مصرا على استقالة "والبول" ، ومقاوما لعدم إدارته للدولة ، وهو ما أدى إلى فقدانه تدريجيا لأغلبيته البرلمانية ، ثم استقالته في الأخير .

وقد عبر عن المسئولية السياسية القول الإنجليزي المأثور (الملك لا يعمل منفردا) وذلك بعد انتقال سلطاته إلى الوزراء ، وأصبح إمضاء الملك في أي أمر من أمور الدولة لا يكون ملزما إلا إذا كان بجنبه إمضاء الوزير المختص .

كما كانت قاعدة الإمضاء تطورا لعملية أخرى في إنجلترا تقضي بأن تكون أختام الملك لدى أحد موظفيه للمحافظة عليها ، وعندما يريد الملك إمضاء أمر من أمور الدولة استدعى من لديه الختم الخاص بذلك الأمر المعروف ، فنشأت بذلك مسئولية الموظف بدلا من الملك ، ثم تطور الأمر فأصبح الوزير يمضي إلى جنب إمضاء الملك.

ولما كانت أعمال الملك متعددة ومتنوعة فبعضها يتعلق بوزارة معينة - مثلا - والبعض الآخر متعلق بالسياسة العامة للحكومة ، فإن ذلك جعل الحكومة هي التي تتحمل المسئولية سواء كانت فردية أو تضامنية.⁽¹⁾

¹ - د.رمزي الشاعر: النظم السياسية والقانون الدستوري 1977 ، ص244.

- د.بشير علي محمد باز: حق حل المجلس النيابي في الدساتير المعاصرة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2004 ، ص86.

فالمسئولية الفردية تقتصر على الوزير المعني دون غيره من الوزراء ، ومن ثم فإن جزاءها هو العزل أو ترك الوزارة ، لأنها نشأت عن تصرف فردي يتحمل هو وحده ما يترتب عليه من مسئولية وفي الحدود التي خرج فيها عن السياسة العامة أو كانت تلك التصرفات تتعلق ببعض المصالح العامة التابعة لوزارته.

واقصاء الوزير عن وزارته تعبير من البرلمان كممثل للشعب عن عدم رضاه عن السياسة التي يتبعها ، ولا عن الطريقة التي يسير بها شؤون وزارته ، الأمر الذي يترتب عليه ترك الوزارة دون المساس بشخصه أو سمعته أو ماله ، فذلك مجال المسئولية المدنية والجنائية ، ولا بد من تحقيق شروطها.

وفي بعض الأحوال قد يقوم الوزير ببعض التصرفات المشبوهة تتعلق بحياته الخاصة التي تقع تحت طائلة قانون العقوبات ، ويكون لها تأثير على الجانب السياسي ، عندئذ يكون للحكومة إبعاده من الوزارة ، فإن لم تفعل جاز للبرلمان إسقاطه ومع ذلك فإن تداخل العمل السياسي وتشابك العلاقات الحزبية قد تعرقل تطبيق المسئولية الفردية ، إذ قد تتضامن معه الوزارة ، ومن ثم تتحول إلى مسئولية تضامنية وأي تحريك لها يجيز للحكومة أن تحل البرلمان ، والتوجه إلى انتخابات جديدة.

❖ المسئولية التضامنية في إنجلترا:

تقضي المسئولية التضامنية أن تكون الوزارة مسئولة بكاملها أمام البرلمان عن سياستها العامة . على أساس أن الوزارة تمثل وحدة واحدة برئاسة رئيس الوزراء.

ويجمع غالبية الفقه أن أول تطبيق للمسئولية التضامنية كان في عام 1782 عندما استقالت وزارة " لورد نورث " في هذه السنة ، ثم توالى هذه المسئولية في التاريخ السياسي الإنجليزي.

ولذلك فقد اتسعت الأعمال التي يمكن أن تسأل عنها الوزارة مسئولية تضامنية ، ولم تعد تقتصر على تلك التي تحمل توقيع الوزراء إلى جانب الملك الغير مسئول ، وإنما امتدت لتشمل الأوامر الشفهية وتصرفات الملك وخطاب العرش باعتبارهم من نصائح الوزراء كمسئولين سياسيا ، وليس كتعبير عن رأي الملك الغير مسئول سياسيا.

¹ - د. سليمان الطماوي: القانون الدستوري ، 1958 ، ص 171.

- د. محمود حافظ: مرجع سابق ، ص 241.

كما تسأل الوزارة عن خطاب الملك وتصريحاته ومقابلاته مع السفراء الأجانب واتصالاته مع رؤساء الدول ، لذا فإن كل تصرفاته يجب أن تتال موافقة الوزارة باعتبارها هي التي تتحمل في النهاية المسؤولية السياسية.

وقد ترتب عن ذلك مصاحبة رئيس الوزراء أو بعض الوزراء للملك في أسفاره ورحلاته الرسمية ، أو حضور هؤلاء الوزراء كل حسب اختصاصه لتلك اللقاءات التي يجريها الملك مع غيره من الرؤساء ، والوزراء ، والسفراء.

وإذا كان التاج الإنجليزي على رأسه ملكة فإن المسؤولية تتسع لتشمل تعيينات الملكة لوصيفاتها على اعتبار أن وظائف البلاط الملكي تكتسي طابعا سياسيا ، وكل من يشغلها عن طريق الملكة أو الملك استعمالا لسلطة حكومية تسأل الوزارة عنها بدلا من أن تسأل الملكة أو الملك.

وكان تطبيق هذه القاعدة أول مرة في عهد وزارة " مليون " عام 1837.

فالمسؤولية السياسية تنصب على السياسة العامة للحكومة لأنها هي التي وضعتها ومن ثم فإنها تسأل عنها ، كما تسأل عن أعمال الملك المتعلقة بهذه السياسة . ومع ذلك فمن الوارد عدم تحديد مجال معين يعد من السياسة العامة المؤدية إلى المسؤولية التضامنية ، فتلك مسألة تقديرية ترجع إلى البرلمان ، وإلى رئيس الوزراء.

فالبرلمان يجوز له في أي وقت سحب الثقة من الوزارة إذا لم تتل سياستها رضاه، كما أن رئيس الوزراء يستطيع حل البرلمان إذا أصر على عدم منح ثقته للحكومة أو سياستها.

ب- المسؤولية السياسية في فرنسا في ظل دستور 1958⁽¹⁾:

تكلما في بداية هذا البحث عن المسؤولية السياسية ، وعن أنواعها الفردية والتضامنية ، وقد أخذ الدستور الفرنسي الصادر في عام 1958 بهذه المسؤولية وأقر بأنواعها سابقة الذكر .

وتجنبنا للتكرار الممل فإننا سنتناول هنا وسائل إثارة المسؤولية السياسية ، ثم مسؤولية الوزير الأول ، وذلك على النحو التالي :

- وسائل إثارة المسؤولية السياسية أمام الجمعية الوطنية.

(1) د. عمرو بركات، المسؤولية السياسية لرئيس الدولة في الأنظمة الدستورية، مرجع سبق ذكره، ص16.

- مسئولية الوزير الأول أمام رئيس الجمهورية.

1- وسائل إثارة المسئولية السياسية أمام الجمعية الوطنية:

تثار المسئولية السياسية بوسيلتين هما: طلب الثقة ، واقتراح اللوم.

* طلب الثقة:

تقضي المادة (49) من دستور 1958 بأن للحكومة أن تطلب الثقة في ثلاث حالات هي: حول برنامج الحكومة ، أو حول بيان السياسة العامة ، أو عندما تربط الحكومة بين الثقة بها وبين موافقة الجمعية الوطنية على مشروع قانون أو نص قانوني.

- طلب الثقة حول برنامج الحكومة:

يعتبر طلب الثقة قاعدة دستورية قديمة في النظام البرلماني ، تجعل الحكومة بعد تشكيلها أن تتقدم إلى البرلمان لنيل ثقته بناء على برنامجها السياسي. وقد يكون طلب الثقة بعد تشكيل الحكومة مباشرة ، كما يكون بعد ذلك بفترة تختلف من نظام إلى آخر . ففي ظل الجمهوريتين الثالثة والرابعة كان طلب الثقة يكون بعد تشكيل الوزارة مباشرة ، أما في ظل دستور 1958 فلم يعد الوزير الأول ملزم بذلك ، إذ أن الحكومة في ظل هذا الدستور تحوز على الثقة الضمنية عند تشكيلها إلى أن تطلب الثقة حسب الحالات المنصوص عليها في المادة (49) ، والتي من بينها برنامج الحكومة ، ذلك أن موافقة الجمعية الوطنية على برنامج الحكومة يعد مؤشرا على تحقق الثقة في الحكومة.

وإذا كان الوزير الأول وحكومته ينالان ثقة الجمعية الوطنية - ضمنا - بعد تشكيل الحكومة فإن ذلك نابع من الوضع الجديد لرئيس الجمهورية بعد عام 1965 ، إذ أصبح هو المنشط لسياسة الدولة ، وصارت الحكومة تدور في فلكه مما يستلزم حصولها على ثقة كل من رئيس الدولة والبرلمان.

- طلب الثقة حول بيان السياسة العامة للحكومة:

بيان السياسة العامة هو ذلك الذي تقدمه الحكومة في أي وقت كلما كانت هنالك ضرورة لذلك ، وهذا البيان يتعلق بالسياسة العامة للدولة ، فقد يكون متعلقا بالشأن الاقتصادي أو الثقافي أو الاجتماعي ، لذا فإنه لا يتحدد بوقت معين ، وإنما يجوز تقديمه من حين إلى آخر.

فهذا النوع من البيانات قد تترتب عليها مسئولية الحكومة ، وبالفعل فقد استخدمت كثيرا في ظل دستور 1958 ، إذ كانت الحكومة تلجأ إليها كلما كانت توجد حاجة إلى تقديم مشروعات سياسية إلى الجمعية الوطنية الفرنسية ، باعتبارها هي التي تثار أمامها المسئولية السياسية للوزارة.

- طلب الحكومة للثقة حول مشروع أو نص قانوني:

يجوز للحكومة أن تطلب ثقة الجمعية الوطنية حول مشروع أو نص قانوني ، وأن تربط وجودها في السلطة بالموافقة على هذا المشروع أو القانون ، فإن وافقت الجمعية على المشروع أو القانون ظلت الحكومة في السلطة ، وإلا تستقيل وتحل الجمعية الوطنية ، ثم التوجه إلى انتخابات جديدة.

أما سبب طلب الثقة فقد يكون بمناسبة قوانين عادية أو تنظيمية أو متعلقة بالميزانية ، أو بقوانين مالية ، أو بإبرام معاهدات.

* اقتراحات اللوم:

اللوم هو إجراء قانوني قد تستخدمه الجمعية الوطنية لإسقاط الحكومة ، لذا فإن اللوم هو نوع من التأييد الموجه إلى الحكومة ، ومن ثم اتهامها بالمسئولية المؤدية حتما إلى استقالتها.

ويمارس اللوم بطريقتين أحدهما بمبادرة ذاتية من نواب الجمعية الوطنية ، وهو الوارد في الفقرة (2) من المادة (49) من دستور 1958 ، ويسمى أحيانا اللوم التلقائي أو الذاتي أو العفوي ، حيث يؤدي في الغالب إلى سقوط الحكومة.

أما طريقة استخدام اللوم فقد وردت في الفقرة (3) من (49) ، ومن ثم فإنها لا تتم بمبادرة ذاتية من نواب الجمعية الوطنية ، وإنما لمواجهة قيام الحكومة بالربط بين الثقة بها والموافقة على مشروع قانون أو نص قانوني ، فإذا لم تستجب الجمعية الوطنية لرغبات الحكومة ، فإن هذه الأخيرة قد تسقط وتحل الجمعية الوطنية.

وهناك شروط يجب أن تتحقق لقبول اقتراح اللوم أمام الجمعية الوطنية من أهمها:

- أن طلب اللوم يجب أن يقدم إلى رئيس الجمعية الوطنية في جلسة علنية ، وأن يعنون صراحة (باللوم).

- أن يوقع عليه (عشر $\frac{1}{10}$) أعضاء الجمعية الوطنية على الأقل . وأضافت اللائحة الداخلية للجمعية الوطنية في المادة 153 أن هذا (العشر) يحسب لعدد الأعضاء الحاضرين ، وفي حالة الكسور يجبر الرقم إلى الرقم الأكبر منه مباشرة.

- يقوم رئيس الجمعية بإعلان الاقتراح لكل من الحكومة والنواب.

- بعد إيداع الاقتراح لا يجوز انضمام نواب آخرين إليه أو انسحاب أي من الموقعين.

- يجب ألا يقدم اقتراح اللوم في حالة خلو منصب رئيس الجمهورية لأي سبب من الأسباب.

- لا يجوز تقديم اقتراح اللوم في الأحوال التي تطبق فيها المادة (16) من دستور 1958.

* مدة مناقشة اقتراح اللوم:

إن تاريخ مناقشة الاقتراح يحدده مؤتمر رؤساء الجمعية الوطنية ، إلا أن هذا التاريخ يجب ألا يتأخر عن اليوم (الثالث) الموالي لانتهاء المهلة الدستورية المقررة لذلك ، أي أنه لا يمكن بدء المناقشة والتصويت عليه إلا بعد انقضاء (48) ساعة من إيداع الاقتراح.

وفي حالة تعدد المقترحات جاز للمؤتمر مناقشتها جميعا ، ثم التصويت على كل منها منفصلا عن الآخر. وإذا بدأ النقاش فإنه لا يجوز سحب الاقتراح ، وإنما يجب استمراره حتى التصويت ، كما لا يمكن إدخال أي تعديل عليه ، لكن يمكن أن يسمح للنواب بشرح مواقفهم لمدة (15) دقيقة بالنسبة لممثلي المجموعات البرلمانية ومدة (5) دقائق للنواب الآخرين.

* طريقة التصويت والأغلبية اللازمة للموافقة:

عندما يجري التصويت فإن الأصوات التي تحسب هي تلك الموافقة على اقتراح اللوم ويتم التصويت علنا وعلى المنصة . ولا تتم الموافقة على الاقتراح إلا إذا وافقت عليه الأغلبية المطلقة لأعضاء الجمعية الوطنية.

2- مدى مسئولية الوزير الأول أمام رئيس الجمهورية⁽¹⁾:

لقد تغير وضع رئيس الدولة في ظل دستور 1958 ، وذلك بعد التعديل الدستوري عام 1962 ، إذ أصبح ينتخب بالاقتراع العام المباشر في انتخابات شعبية تنافسية ، وذلك بعد أن كان يتم اختياره من مجلس البرلمان (الجمعية الوطنية ومجلس الجمهورية) ، وممثلين عن المجالس الشعبية المحلية.

وقد ترتب على ذلك أن الوزير الأول أصبح مسئولا أمام رئيس الدولة ، على الرغم من عدم وجود نص صريح يقر بذلك ، وإن كان البعض يستند على المادة (8) من الدستور في قوله بمسئولية الوزير الأول أمام رئيس الدولة ، وعلى بعض الممارسات الفعلية الدالة على ذلك.

فالمادة (8) من الدستور تنص على أن (يعين رئيس الجمهورية الوزير الأول ويعفيه من منصبه بناء على تقديمه استقالة الحكومة . ويعين رئيس الجمهورية أعضاء الحكومة الآخرين ويعفيهم من مناصبهم بناء على اقتراح الوزير الأول).

(1) د. محمد عبد الحميد أبوزيد، حل المجلس النيابي، مرجع سبق ذكره، 22.

- عبدالله ناصف، مدى توازن السلطة السياسية مع المسئولية في الدولة الحديثة، د.ت ، ص 197-198.

فهذا النص لا يقر للرئيس أن يقبل الوزير الأول ، وإنما يقبل استقالته فقط ، وهذه الأخيرة - الاستقالة - قد تكون ناتجة عن تصويت الجمعية الوطنية على اقتراح بلوم الحكومة ، وقد تكون لأسباب أخرى.

أما الشواهد الدالة على أن الوزير الأول مسئول أمام رئيس الدولة فإنها تلك الصادرة عن بعض الوزراء أو الوزير الأول نفسه ، فعندما سئل الرئيس الفرنسي " ديغول " عما إذا كان يستطيع إقالة الوزير الأول ، أجاب بالنفي معللا ذلك بأن " رئيس الوزراء مسئول أمام البرلمان وليس أمام رئيس الدولة فيما يتعلق بالوضع السياسي)⁽¹⁾ وفي هذه الفترة أعلن " ميشيل دبريه " أمام اللجنة الاستشارية الدستورية أن الوزير الأول لن يكون مسئولا أمام رئيس الجمهورية ، ثم قدم استقالة حكومته في 14 أبريل 1962 بناء على طلب رئيس الجمهورية ، وعدا ذلك تحول عدول عن موقف كل من الرئيس والوزير الأول.

وقد عزز هذا التحول الرئيس " ديغول " في يناير 1964 ، عندما أعلن أنه هو الذي يحدد مصير الوزير الأول ، واعترف " بوميدو " بهذه المسؤولية أمام رئيس الجمهورية ، فأعلن في 25 أبريل 1964 أن تلاحم الحكومة يقتضي عدم إمكان تصور أن الوزير الأول الذي يفقد ثقة رئيس الجمهورية يمكنه عمل شيء آخر غير تقديم استقالته.⁽²⁾

وهكذا فإن تغيير الوزير الأول متروك لإرادة رئيس الجمهورية وتقديره للظروف السياسية ، ومن تطبيقات ذلك ما حدث مع " دبريه " عام 1962 و " بوميدو " عام 1968 ، و " دلماس " عام 1972.

خامسا - رئيس الوزراء في ظل الدستور الموريتاني الصادر عام 1991:

لقد أخذ المشروع الدستوري الموريتاني معظم نصوص دستور 1991 من دستور فرنسا الصادر في عام 1958 ، وذلك بشيء من التصرف الذي يتماشى مع دولة لم تعرف أصلا تجربة سياسية.

وتقليد المشرع الدستوري الموريتاني نظيره الفرنسي واضح وبيّن في جميع مواد هذا الدستور ، لكن الذي يعنينا هنا هو كل ما يتعلق برئيس الوزراء سواء من حيث التعيين أو الاختصاص ، أو المسؤولية ، وذلك ما سنوضحه باختصار على النحو التالي :

1 اختيار رئيس الوزراء:

يختلف اختيار رئيس الوزراء من نظام برلماني إلى آخر ، فقد يكون اختياره من قبل رئيس الدولة ، أو من قبل البرلمان ، أو من الرئيس والبرلمان معا ، وفي موريتانيا فإن اختيار

1 - د. عبدالله ناصف ، مرجع سابق ، ص 110.

2 - د. سيد رجب السيد ، مرجع سابق ، ص 201.

رئيس الوزراء يتم من رئيس الجمهورية فقط ، وذلك وفقا للمادة (30) من الدستور التي تنص على أن (. . . رئيس الجمهورية . . . يعين الوزير الأول . . .) ، وهذا التعيين أو الاختبار قائم على أساس الثقة بينهما.

2 اختصاص رئيس الوزراء:

من المفترض أن رئيس الوزراء عندما يتم تعيينه يقوم بممارسة اختصاصه ، سواء كانت هذه الاختصاصات ينفرد بها لوحده ، أم كانت تحت إشراف رئيس الجمهورية ويبدو أن هذا الأخير شريك في جميع اختصاصات رئيس الوزراء في ظل الدستور الموريتاني ، ما يجعله أقرب إلى موظف عادي ينفذ ما صدر من الرئيس من أوامر وتوجيهات . وهذا ما يتضح من نصوص الدستور التالية :

تنص المادة (30) أن (يحدد رئيس الجمهورية السياسة الخارجية للأمة وسياساتها الدفاعية والأمنية ويسهر على تطبيقها . . .) ، وتنص المادة (42) من الدستور أن (يحدد الوزير الأول سياسة الحكومة تحت إشراف رئيس الجمهورية ، يوزع المهام بين الوزراء ويدير وينسق نشاط الحكومة) . كما تنص المادة (43) على أن (تحصر الحكومة على أعمال - ممارسة - السياسة العامة للدولة طبقا للتوجيهات والاختبارات المحددة من قبل رئيس الجمهورية . . .) .

فهذه النصوص توضح مدى حضور رئيس الجمهورية في كل المجالات ، وأن رئيس الوزراء مجرد حامل لحقيبة الرئيس ، فالمادة (30) لا تحتاج إلى تفسير أو تعليق ، لأنها من صميم سلطات رئيس الجمهورية.

أما المواد الأخرى فإنها ترجح كفة رئيس الدولة عند ممارستها على حساب رئيس الوزراء ، ذلك أن ممارستها إما أن تكون تحت إشرافه ، أو وفقا لتوجيهاته ، ومن ثم تكون سلطات رئيس الوزراء محل شك.

صحيح أنه يوزع المهام بين الوزراء ، وينسق نشاطهم ، ويتصرف في الإدارة ، لكن ذلك كله محكوم بالنصوص الدستورية السابقة ، ومن ثم لا يمكن أن يخرج عن إرادة ورؤية رئيس الدولة.

3 المسئولية السياسية في الدستور الموريتاني الصادر عام 1991:

المسئولية السياسية في ظل هذا الدستور تختلف - كما هو الحال في الأنظمة البرلمانية - عن المسئوليتين المدنية والجنائية ، ذلك أنها لا تقوم على خطأ مدني أو جريمة جنائية ، وإنما على أمور سياسية وموضوعية تقدرها المجالس البرلمانية.⁽¹⁾

وهذه المسئولية إما أن تكون فردية تقتصر على الوزير بمفرده ، أو تكون تضامنية تنصب على الحكومة كلها بسبب تضامنها مع الوزير المسئول ، أو بعدم موافقة البرلمان على السياسة العامة للحكومة ، وذلك ما يترتب عليه مسئوليتها متمثلة في رئيس مجلس الوزراء.

وفي هذا الجزء من البحث سنتناول المسئولية السياسية على النحو التالي:

- المسئولية التضامنية والفردية.

- مسئولية رئيس الوزراء أمام رئيس الجمهورية.

* المسئولية التضامنية والفردية:

المسئولية السياسية التضامنية تعني مسئولية الحكومة بالكامل أمام الجمعية الوطنية ، وذلك وفقا للمادة (74) من الدستور التي تنص على أن (. . . الوزير الأول بالتضامن مع الوزراء مسئولاً أمام الجمعية الوطنية . . .) ، وهذه المسئولية شاملة للحكومة ورئيسها باعتبار هذا الأخير رمزاً لها .⁽²⁾ كما أنها تنقرر عن السياسة العامة حيث تقضي المادة (74) بأن الحكومة مسئولة سياسياً أمام الجمعية الوطنية وذلك بسبب (. . . برنامج أو بيان سياسي عام . . .) وقد حدد الدستور الموريتاني طريقة مساءلة الحكومة سياسياً أمام الجمعية الوطنية وذلك ما جعل أعضاء هذه الأخيرة يداهم مشلولة في تحريك المسئولية.

وهذا ما يتضح من الفقرات التالية للمادة (74) التي تقرر ما يلي:

- أن الوزير الأول هو الذي يحرك مسألة الثقة بالحكومة ، وذلك بعد مداوات مجلس الوزراء ، وهذا الأخير يترأسه رئيس الجمهورية حسب (م 25) من الدستور وهو ما يصعب على رئيس الوزراء تحريك المسئولية خاصة أن رئيس الجمهورية هو الذي يعين الوزراء باقتراح من الوزير الأول . . . وينتهي وظائفهم بعد استشارة الوزير الأول

¹ - د.مدحت أحمد يوسف غنايم: وسائل الرقابة البرلمانية عن أعمال الحكومة في النظام البرلماني ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، 2011 ، ص462.

² - د.السيد رجب السيد ، مرجع سابق ، ص561.

. . . . (م 30) من الدستور . وبذلك يكون تحريك المسؤولية يتم تحت وصاية رئيس الجمهورية ومرتببط بقبوله أو عدمه.

-المادة (74) لم تنص على أغلبية خاصة للاقتراع على الثقة المطروحة من الحكومة.

- لا يقبل اقتراح لوم الحكومة - ملتصق رقابة - إلا إذا كان مقدم من (نائب واحد) ويحمل توقيع (ثلث) أعضاء الجمعية الوطنية ، ولا يجري عليه التصويت إلا بعد مضي (48) ساعة على إيداعه ، ولا يكون مقبولا إلا إذا أقرته أغلبية أعضاء الجمعية الوطنية.

وفي كل الأحوال فإن البيان أو البرنامج - الذي أشرنا إليه سابقا - إذا لم ينل ثقة الجمعية الوطنية وموافقتها عليه عندئذ يجوز للحكومة أن تتمسك بموقفها من هذا البيان وأن تربط بقاءها في السلطة بهذا البيان قبولا أو رفضا⁽¹⁾.

أما المسؤولية السياسية الفردية فإنها تلك التي تتعلق بكل وزير عن أعمال وزارته وهي مسؤولية محددة تقتصر على الوزير باعتباره الرئيس السياسي للوزارة . وهذه المسؤولية ناتجة عن تصرف فردي لأحد الوزراء في غير المسائل المقررة في السياسة العامة.

ولم يتضمن الدستور الموريتاني نصا صريحا يتعلق بالمسؤولية السياسية الفردية ، لكن المادة (74) المتضمنة للمسؤولية السياسية التضامنية تستنتج منها المسؤولية السياسية الفردية ، وإذا صح ذلك يكون مضمون نطاق هذه المسؤولية يطول العديد من المسائل من أهمها :

-مسؤولية كل وزير عن القرارات التي يتخذها في إطار وزارته بناء على تنفيذ الخطة العامة التي وافقت عليها الجمعية الوطنية خاصة والبرلمان بصفة عامة.

- مسؤولية كل وزير عن قراراته الإدارية باعتباره الرئيس الإداري الأعلى في وزارته.

- مسؤولية الوزير عن برنامج الحكومة في إطار وزارته عندما يقدم إلى البرلمان ومناقشته والموافقة عليه.

- مسؤولية الوزير عن وضع سياسة وزارته وتنفيذها في إطار السياسة العامة للدولة.

(1) د. السيد رجب السيد، مرجع سابق، ص181.

- د. محمد عبد الحميد أبوزيد، حل المجلس النيابي، مرجع سابق، ص59.

- د. عبد الله ناصف، مرجع سابق، ص94، وما بعدها .

كما يسأل الوزير أحيانا عن التصرفات الصادرة منه والتي تتنافى مع الأخلاق والتقاليد العامة ، أو تلك التي تمس بنزاهة العمل والنشاط الوزاري.

* مسئولية الأول أمام رئيس الجمهورية:

نصت المادة (74) من الدستور بصورة واضحة على مسئولية الوزير الأول ، فقررت أن (. . . الوزير الأول . . . مسئولاً أمام الجمعية الوطنية . . .) ، كما نصت المادة (30) من الدستور أن رئيس الجمهورية (. . . يعين الوزير الأول وينهي وظائفه . . .) ، وأن (الوزير الأول . . . مسئول - أمام رئيس الجمهورية . . .) ، فالنصوص السابقة تبين بصورة لا تدع مجالاً للشك في مسئولية الوزير الأول سياسياً.

وختاماً لهذا البحث يتبين أن رئيس الوزراء يعد من مميزات النظام البرلماني باعتبار هذا الأخير يقوم على دعائمين أساسيتين هما: ثنائية الجهاز التنفيذي والمسئولية السياسية للوزارة ، سواء كانت تضامنية أو فردية.

وقد أدى تطور النظام البرلماني إلى تقليص دور رئيس الدولة خاصة الملكية منها ، واتساع سلطات رئيس مجلس الوزراء ، إذ أصبح هو صاحب الاختصاص الأصيل ، وأن رئيس الدولة لا يتمتع بسلطات تذكر بحيث لا يتدخل في العمل التنفيذي الذي تمارسه الوزارة.

فرئيس الوزراء هو المسئول سياسياً أمام البرلمان الذي يجوز له أن يقوم بسحب الثقة منه ، في حين أن الرؤساء لا يسألون سياسياً أمام البرلمان.

وقد بينا أن رئيس الوزراء في النظم البرلمانية يكون في معظم الأحوال رئيساً للحزب السياسي الحائز على الأغلبية في المجالس البرلمانية ، وإن كان الدستور الموريتاني قد شذ عن هذه القاعدة.

وقد أشرنا إلى الطرق التي يتم بها اختيار رئيس الوزراء ، سواء كانت بالإرادة المنفردة لرئيس الدولة كما هو الحال في فرنسا وموريتانيا ، أو بالإرادة الخالصة للبرلمان كما هو معروف في اليابان ، أو بالإرادة المشتركة للبرلمان ورئيس الدولة ، كما هو سائد في إيطاليا والهند.

كما تمت الإشارة إلى الاختصاصات التي يمارسها رئيس الوزراء ، وإلى المسئولية التي تتحملها الوزارة سواء كانت تضامنية أو فردية.

وقد لاحظنا ذلك التطور الذي أحدثه الدستور الفرنسي الصادر عام 1958 على النظام البرلماني ، وذلك من حيث التوسع في وظائف رئيس الدولة على حساب رئيس مجلس الوزراء ، وقد اتبعه في ذلك الدستور الموريتاني الصادر في عام 1958.

ومع ذلك ظل رئيس الوزراء في ظل دستور الجمهورية الخامسة يحتفظ ببعض الاختصاصات التي تجعله يظل مصنفا في إطار النظم البرلمانية ، وهو المسلك الذي أخذ به الدستور الموريتاني.

أهم المراجع المعتمدة في هذا البحث

- 1- إبراهيم عبد العزيز شيحا، النظام الدستوري المصري، بدون تاريخ نشر.
- 2- بشير علي أحمد باز، حق حل المجلس النيابي، دا الجامعة الجديدة للنشر، 2004.
- 3- رمزي الشاعر، النظم السياسية والقانون الدستوري، جامعة عين شمس، 1977.
- 4- عمر فؤاد بركات، المسؤولية السياسية لرئيس الدولة، دار النهضة العربية، 1980.
- 5- عبد الله ناصف، مدى توازن السلطة السياسية مع المسؤولية في الدولة الحديثة.
- 6- محمد كامل ليلة، النظم السياسية، الدولة والحكومة، دار الفكر العربي 1969.
- 7- ماهر جبر نصر، إمكانية الجمع بين وظيفة عضو الحكومة وممارسة الوكالة البرلمانية، دار النهضة العربية 1995.
- 8- محمود حافظ، المبادئ الدستورية العامة، بدون تاريخ نشر .
- 9- محمد عبد الحميد أبو زيد، حل المجلس النيابي، دار النهضة العربية، 1988.
- 10- مدحت أحمد يوسف غنائم، وسائل الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة، المركز القومي للإصدارات القانونية 2011.
- 11- محمد قدرى حسن، رئيس مجلس الوزراء في الأنظمة البرلمانية، القاهرة، 1987.
- 12- سيد رجب السيد، المسؤولية الوزارية في النظم السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، 1987.
- 13- سليمان محمد الطماوي، القانون الدستوري، 1958.
- 14- بنان لبيب رزق، تاريخ الوزارة المصرية، 1975.

تقنين أحكام الشريعة

حكمه و مراحله

عيسى فتح الله أحمد

المقدمة:

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله و الصلاة و السلام على رسول الله صلى الله عليه و سلم ، وبعد:
دين الله الإسلام، الصالح لكل زمان ومكان، و مع أنه قد مر عليه عصور مختلفة و أطوار متباينة منها عصور تطور و اتساع حتى كانت الدولة العباسية تشمل القارات الثلاث، و كانت أبواب الحكومات الفقهية كلها نافذة، و أمرها راشد، و هكذا في سائر العصور و أدواره، و مع ذلك فقد تحققت العدالة بتحكيم الشريعة، و انتشر اليسر و ارتفع الحرج و العسر .

وفي هذه الأجيال المتعاقبة، و أمام تلك الاختلافات و التطورات والنوازل والأحداث، ما ظهر للعيان، ولا خطر في الأذهان ما تعارف عليه الناس اليوم وأفوه ، وهو (التقنين) والمراد: تقنين أحكام الشريعة وإصدارها على شكل مواد مرقمة ، ملزمة للقضاة و دوائر الحكومات، واجبة الإلتباع، لا يجوز تجاوزها أو مخالفتها وإل عد هذا الإجراء - أيا كان موضوعه - باطلاً وغير صحيح حكمها قضائياً أو إجراء إدارياً.

هذه (التقنيات) السائدة اليوم و التي تشمل الأحكام الشرعية و غيرها، رأيت توضيح و جهات نظر الفقهاء عنها، من حيث الإجازة أو المنع ، وهل هي أمر محمود مقبول عند العلماء أم مرفوض غريب على أعراف الفقهاء، دخيل بمظهره و روحه على الشريعة الغراء؟ أو غير ذلك مما سيتضح لنا من خلال عرض أدلة الفرقاء.

هذا ما سأتناوله - بعون الله- بإيجاز في أربعة مطالب و على النحو التالي:

ففي المطلب الأول أتناول فيه تعريف و معاني كل من (التقنين) و (الشريعة) و المصدر اللغوي و الاصطلاحي لكل منهما.

و أتناول في المطلب الثاني حكم إلزام القاضي بمذهب معين ، و أدلة و أوجه المجيزين لـ(التقنين) ، و مناقشة هذه الأدلة و الأوجه.

و أتناول في المطلب الثالث أدلة وأوجه القائلين بمنع التقنين ، مُعقِباً بترجيح الرأي المختار الذي قوي دليله ، و صح تأويله.

و أما المطلب الرابع فأتناول فيه ظهور (التقنين) في البلاد الإسلامية و المراحل التي مر بها.

هذا و أسأل الله التوفيق و السداد، إنه ولي ذلك و القادر عليه.

الباحث

المطلب الأول

تعريف كل من "التقنين" و الشريعة و مصدرهما اللغوي و الاصطلاحي

ضرورة وجود قواعد تحدد وتنظم العلاقات بين أفراد المجتمع أيا كان ،لايختلف عليها اثنان وهي إما أن تكون من وضع البشر وهي المسماة، بالقوانين الوضعية، وإما سماوية من عند الله تعالى ولا مقارنة بين الاثنين سواء من حيث المصدر أو الغاية في الغالب أيضا.

فالأولى مصدرها وضعي بشري، والثانية مصدرها إلهي رباني، غايتها إسعاد البشر في الدارين الدنيا والآخرة ، فالشريعة الإلهية أجل وأسمى من أن تقارن بتنظيمات وضعية بشرية؛ إذ لا تعقل المقارنة بمعناها الدقيق ولا تقبل، فالفرق بينهما كالفرق بين صنْع الله وصنْع البشر، وبدعونا هذا إلى أن نُعرّف كلاّ منهما: التقنين و الشريعة.

"التقنين": لغة : مصدر " قنن" بمعنى (وضع القوانين) ، وهي كلمة مولدة (أي غير عربية) و القانون بمعناه اللغوي (الأصل، أو مقياس كل شيء وطريقه)⁽¹⁾.

وهو بمعناه الفلسفي العلمي يعني: النظام الذي تسيّر عليه أمور الكون مثل: قانون الجاذبية، أو قانون العرض والطلب، مثلاً.

وهو في كتاب التعريفات للجرجاني : (أمر كلي منطبق على جميع جزئياته التي يتعرف أحكامها منه، كقول النحاة: الفاعل مرفوع ...) ⁽²⁾.

وهو اصطلاحاً: (مجموعة من القواعد التي تنظم علاقات أفراد المجتمع بصفة ملزمة)⁽³⁾.
وكلمة التقنين: مشتقة من القانون التي هي غير عربية الأصل - كما أشرنا - قيل عنها أنها: رومية، وقيل: فارسية⁽⁴⁾، وقيل: إنها دخلت العربية عن طريق السريانية.⁽⁵⁾

يقول الدكتور عمر الأشقر: (والقانون كلمة دخيلة على اللغة العربية، أخذها العرب عن السريانية، وتطلق في اللغة اللاتينية على القاعدة، والتنظيم وكانت تطلق في الفرنسية في العصر المسيحي على القرارات التي تصدرها الكنيسة في أوروبا، وأطلق العرب هذه الكلمة على المعنى نفسه المستعمل في اللغات الأخرى)⁽⁶⁾.

(1) مختار الصحاح، للإمام محمد بن أبي بكر الرازي، طبعة منقحة، المكتبة الأموية، دمشق، 1972م، ص553.

(2) كتاب التعريفات، للعلامة علي بن محمد السيد الجرجاني، تحقيق: عبد المنعم الحفني (نشر دار الرشاد، القاهرة، د.ت)، ص195

(3) أساسيات القانون والحق في القانون الليبي، د. عبد القادر محمد شهاب، (جامعة فار يونس، بنغازي، ط4، 2001م)، ص16.

(4) مختار الصحاح، مرجع سابق، ص553، والمعجم الوجيز، (مجمع اللغة العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، مصر، 1990م)، ص518، والقانون المحيط للفيروز آبادي، (مؤسسة الرسالة، بيروت، ط6، 1998م)، ص1226.

(5) ينظر: المراجع السابقة، وينظر أيضاً: كتاب فقه النوازل لبكر بن عبد الله أبو زيد، (مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2002م)، 93/1.

(6) المدخل إلى الشريعة والفقہ الإسلامي، (دار النفائس، الأردن، ط1، 1425هـ-2005م)، ص14.

وأشرنا إلى أن هذه القوانين توصف عندنا بالقوانين الوضعية؛ لأنها وضعت من قبل البشر في مقابلة الشرائع المنزلة من عند الله تعالى.

يقول الشيخ أحمد إبراهيم⁽¹⁾: (واضع القانون الشرعي هو الله تعالى، ويقال له: الحاكم أو الشارع، فهو الذي يوجب ما يشاء، ويحرم ما يشاء، ويحل ما يشاء)⁽²⁾.

المشرع هو الله تعالى، القائل: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا﴾⁽³⁾.

يقول الشيخ ابن تيمية⁽⁴⁾ في فتاويه: (ليس لأحد من الناس أن يلزم الناس ويوجب عليهم إلا ما أوجبه الله ورسوله، ولا يحضر عليهم إلا ما حضره الله ورسوله)⁽⁵⁾.

والتقنين: جمع القواعد القانونية المتعلقة بفرع معين من فروع القانون في شكل كتاب، أو مجموعة واحدة، وتبويبها بحسب الموضوعات التي تنظمها، والمجموعة توضع في شكل مواد تشمل النصوص القانونية.

وتقنين أحكام الشريعة و الفقه، أو تدوينها، بمعنى: صياغة أحكام المعاملات وأحكام الزواج والطلاق، وغير ذلك من عقود ونظريات ممهدة لها، جامعة لإطارها في صورة مواد قانونية يسهل الرجوع إليها.

التقنين والتدوين:

إذا كانت كلمة (تدوين) لها نفس مدلول كلمة (تقنين) فهي الأولى بالاستعمال والتداول في الوطن العربي والإسلامي لأصالتها بدلاً من كلمة (تقنين) الدخيلة على مفردات اللغة العربية - كما سبقت الإشارة - لاشتقاقها السابق ذكره ولمصدرها السرياني أو اللاتيني.

إن الكثير من المصطلحات إنما دخلت عالمنا الإسلامي تحت وطأة السلطان الإفرنجي، حتى أصبح الدخيل يغالب الأصل، رغم محاولات التأصيل.

فاستعمال كلمة (تدوين) أو إحدى مشتقاتها، أولى وأحق، ويرى هذا الرأي كذلك بعض الباحثين⁽⁶⁾، وإنما عَنُونَا به البحث، تجاوزاً، لتداوله بين الباحثين والدارسين و تعارفهم عليه.

(1) فقيه باحث احترف التدريس، وألف العديد من الكتب في المجال الشرعي والحقوقى، توفي بالقاهرة عام 1945م . ينظر: الأعلام للزركلي 86/1، عن مقدمة طرق الإثبات الشرعية، أحد مؤلفاته، (مطبعة القاهرة الحديثة للطباعة، 1985م).

(2) علم أصول الفقه، لأحمد إبراهيم بك، (دار الأتصار، القاهرة، 1357هـ-1939م)، ص3.

(3) الشورى، من الآية (11).

(4) أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام، تقي الدين شيخ الإسلام، كان من أمهر أهل وقته في علوم الدين، شديد الرد على الفرق الضالة، له توا ليف عديدة، ولحده لسانه افترق الناس فيه ما بين مبغض ومحب، توفي رحمه الله سنة 732 هـ . عن الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، لمحمد بن الحسين الحجوي، (مكتبة التراث، القاهرة، 1977م)، 363/2.

(5) الفتاوى الكبرى، لابن تيمية، (دار المعرفة، بيروت)، 17/5.

(6) ينظر: المحامي صبحي المحمصاني، في كتاب مقدمة في إحياء علوم الشريعة، (نشر دار العلم للملايين، ط1، 1962م)، ص97.

وهذا ما دعا بعض البلاد العربية عنونة تشريعاتها بـ(مدونة كذا) أو (نظام كذا) رجوعاً منها إلى الأصل العربي وعُزُوفاً عن المصطلح الأجنبي.

و بما أن هذا التدوين، أو التقنين، المراد به صياغة الأحكام الشرعية في عبارات إلزامية، لزمنا تناول الكلام عن كنه و تعريف الشريعة.

تعريف الشريعة لغة و اصطلاحاً:

الشريعة عند العرب تطلق على عدة معانٍ، تطلق على ابتداء الشيء، تقول: شرع فلان في كذا: ابتداء فيه، كما تقول: شرع في الحديث أو الكتابة، أي ابتداءً فيهما، وتطلق على مورد الماء الكثير دائم الجريان والظاهر للعيان بحيث يكون عدداً لا انقطاع له، لا يسقى بالرشا.⁽¹⁾ وتطلق على الظهور والبيان، وعلى نهج الطريقة الواضح، فقد جاء في كتاب التعريفات⁽²⁾: إن الشرع لغة: عبارة عن البيان والإظهار، يقال: شرع الله كذا، أي: جعله طريقاً ومذهباً، والشريعة: الائتثار بالتزام العبودية لله، وقيل: الطريق في الدين، وحينئذ يكون الشرع والشريعة مترادفان.

وقد ورد لفظ الشريعة في القرآن الكريم مرة واحدة، وهي قوله تعالى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعهَا﴾⁽³⁾، وورد فعل له واشتقاق ثلاث مرات: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ﴾⁽⁴⁾، و﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرعةً وَمِنْهَا جَآءَ﴾⁽⁵⁾، و﴿أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِّنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنَ بِهِ اللَّهُ﴾⁽⁶⁾.

ولفظ الشريعة في الآيات يفيد معنى المنهج، أو السبيل أو الطريق، وقوله تعالى: ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرعةً وَمِنْهَا جَآءَ﴾ أي: أيها الأنبياء والرسل، أي: لكل نبي طريق ومنهاج غير الآخر، ولكل عصر شريعة ومنهاج يناسبه.⁽⁷⁾

والشريعة في الاصطلاح: (ما شرعه الله لعباده من العقائد والأحكام)⁽⁸⁾ أي: أنها تشمل كل كل الأحكام التي سنّها الله في كتابه، أو جاءتنا عن طريق رسوله في سنته، لا فرق بين أن تكون في مجال العقيدة، أو العمل، أو الأخلاق، وهذا الشمول، هو المراد به في القرآن الكريم.

(1) لسان العرب: للإمام أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، ابن منظور، (دار صادر، بيروت، ب.ت)، 175/8.

(2) للعلامة علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني (ت 816 هـ)، تحقيق: د. عبد المنعم الحفني، (نشر دار الرشاد، القاهرة، ب.ت)، ص 143. وينظر: القاموس الفقهي، لسعدي أبو حبيب، (بيروت، ط1، 1419 هـ-1998م)، ص 193.

(3) الجاثية، من الآية (18).

(4) الشورى، من الآية (11).

(5) المائدة، من الآية (50).

(6) الشورى، من الآية (19).

(7) ينظر: تفسير ابن كثير، للحافظ إسماعيل بن كثير، تحقيق: إبراهيم الجمل، القاهرة، (دار القلم للتراث، ب.ت)، 80/2، وعمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ، للشيخ أحمد بن يوسف الحلبي (ت 756 هـ)، تحقيق: عبد السلام أحمد التونجي الحلبي، (نشر: جمعية الدعوة الإسلامية، طرابلس، ليبيا، ط1، 1995م)، 1320/2.

(8) القاموس الفقهي، مرجع سابق، ص 193.

كما عُرِّفت بأنها: مجموعة الأوامر والنواهي، والقواعد والإرشادات التي يشرعها الله تعالى للناس على يد رسول يبلغ ما أَعَدَّه الله من جزاء لمن أطاع وعذاب لمن عصى.⁽¹⁾

وكثير من العلماء من يطلق الشريعة ويريد بها: الأحكام العملية دون الأحكام الاعتقادية والأخلاقية، فالأحكام نوعان: أصلية وفرعية، فما يتعلق بالأحكام الأصلية يسمى: العقائد (التوحيد) وما يتعلق بالفروع، فهو علم الشريعة والأحكام.

والمناسبة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للشريعة، هو أن الله تعالى سنَّ الشريعة واضحة صافية، ومن وَرَدَهَا يرد الصفاء والنقاء، ومعيناً لا ينضب.

وهل تتضمن الشريعة أقوال الفقهاء؟

الفقه في المصطلح النبوي يشمل الأحكام الاعتقادية والأحكام العملية، فهو عند الإطلاق يشمل المعنيين معاً: فقه الإيمان وفقه الأحكام، أي: التوحيد والفقه، أي: الفقه بمعناه الواسع، وليس المراد الفقه المتعارف عليه، الذي هو فقه الشريعة، وبالمعنى الأول حمل قول الرسول - ﷺ - : (من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين)⁽²⁾.

وقد عُرِّف الفقه بأنه: العلم والفهم، قال تعالى: ﴿لَهُمْ قُلُوبٌ لَّا يَفْقَهُونَ بِهَا﴾⁽³⁾، أو أنه أخص من الفهم.⁽⁴⁾

وهو اصطلاحاً: معرفة الأحكام الشرعية التي طريقها الاجتهاد⁽⁵⁾، وعرف بأنه: (العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية)⁽⁶⁾، ولا يقال: الفقيه إلا لمجتهد، ولغيره مجاز.⁽⁷⁾

يقول الإمام الغزالي⁽¹⁾: (والفقيه هو العالم بقانون السياسة...)⁽²⁾.

(1) تاريخ الفقه الإسلامي، د. عبد المجيد عبد الحميد الديباني، (الدار الجماهيرية للكتاب، مصراته، ط1، 1992م)، ص17.

(2) أخرجه البخاري مع فتح الباري، تحقيق: عبد العزيز بن باز وآخرون، في كتاب: العلم، باب: من يرد الله به خيراً خيراً يفقهه في الدين، حديث رقم 71، (المكتبة السلفية، القاهرة، ط3، 1407هـ)، 1/197.

(3) الأعراف، من الآية (179)، وينظر: شرح الورقات في أصول الفقه، لجلال الدين محمد بن أحمد المحلى الشافعي (ت 864 هـ)، تحقيق: د. حسام الدين بن موسى عفانة، الرياض، (مكتبة العبيكان، ط1، 1421هـ-2001م)، ص84، ومختار القاموس للطاهر الزاوي، (أمانة التعليم سابقاً، ليبيا، 1981م)، ص482، ومختار الصحاح للإمام محمد بن أبي بكر الرازي، (طبعة منقحة، المكتبة الأموية، دمشق، 1972م)، ص509.

(4) ينظر: إعلام الموقعين، لابن القيم، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، (بيروت، المكتبة العصرية، 1987م)، 1/219.

(5) شرح الورقات، المرجع السابق ص84، وإرشاد الفحول للحافظ محمد علي بن محمد الشوكاني، تحقيق: د. شعبان إسماعيل، (القاهرة، دار السلام، ط1، 1998م)، 1/42.

(6) المجلة العدلية، م1، علي حيدر وآخرون، ترجمة: فهمي الحسيني، بيروت، (دار الجبل، ط1، 1991م)، وينظر: وينظر: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، محمد بن الحسن الحجوي الفاسي (ت 1376هـ)، (دار التراث، القاهرة، ط1، 1396هـ)، 4/1.

(7) الفكر السامي، المرجع السابق، نفس الصفحة.

والشريعة عند الإطلاق تعني الشريعة الإسلامية، وهي الشريعة السماوية - كما سبقت الإشارة - ومصدرها الوحي (الكتاب والسنة).

ويقابلها تشريعياً - عند كثير من الباحثين - القوانين الوضعية، أو ما يطلقون عليها أحياناً الشرائع الوضعية.

والشريعة على هذا الوجه ليست بمعنى القانون؛ خلافاً لما يراه بعض شراح القانون⁽³⁾، فعبارة (قانون) تتصرف - عند الإطلاق - إلى الأحكام الوضعية (التي تضبط سلوك الإنسان في حياته، وهي - مع قواعد الدين والأخلاق - تمثل منظومة لتحديد الحقوق، وبيان الواجبات)⁽⁴⁾.

واستعمال لفظ (قانون) بمعناه اللغوي - يبدو أنه ليس غريباً عن بعض علماء المسلمين قديماً، فقد استعمله ابن سينا، وحنون به كتابه الطبي المعروف (القانون في الطب)⁽⁵⁾، وكذلك الفقيه ابن جزري⁽⁶⁾ عنون به كتابه الفقهي (القوانين الفقهية) واستعمله كذلك كل من الماوردي والغزالي وغيرهما، لكنه بالمعنى الشرعي، مصطلح وافد لا وجود له في معاجم الشريعة و قد رفع بوفادته اصطلاحها (النص الشرعي) و (الشريعة) و (الشرع) و غيرها .

و (التقنين) بمعنى صياغة الأحكام الشرعية في عبارات إلزامية، للفقهاء فيه ريان من حيث الإجازة و المنع، وهذا ما سنتناوله في المطلب التالي و الذي يليه.

المطلب الثاني

أدلة و أوجه المجيزين للتقنين

مر بنا أن **التقنين** : إعادة تدوين الفقه و صياغته على شكل مواد مرقمة و مرتبة ضمن فصول و أبواب.

و التقنين بهذه الكيفية لا إشكال فيه طالما لم يأخذ الصبغة الرسمية ولا يكون ملزماً، وإنما الإشكال في الإلزام به، أي بان يلزم القضاة به بحيث لا يحكم القاضي - فيما يعرض عليه من قضايا - إلا بموجبه، وعندها يحصل الإشكال ، و يبرز السؤال التالي : هل يجوز هذا الإلزام ؟

(1) هو: محمد بن محمد بن أحمد أبو حامد، الإمام الحجة، ألف العديد من الكتب في شتى العلوم والمعارف ومنها كتابه إحياء علوم الدين، كان عابداً عالماً ورعاً، توفي بطوس عام 505 هـ، عن مقدمة كتابه (الإحياء).

(2) (الإحياء، لأبي حامد الغزالي، (دار المعرفة، بيروت، ب.ت)، 24/1، يقول الغزالي: (لو تناول الناس الدنيا بالعدل؛ لانقطعت الخصومات، ولكنهم تناولوها بالشهوات، فتولدت منها الخصومات فمست الحاجة إلى سلطان يسوسهم، واحتاج السلطان إلى قانون يسوسهم به، والفقيه هو العالم بقانون السياسة).

(3) قال بهذا المستشار: محمد سعيد العشماوي، في كتاب جوهر الإسلام، (نشر دار سينا، القاهرة، ط3، 1993م)، ص16، 18.

(4) الموسوعة الإسلامية العامة، وزارة الأوقاف، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، 1422هـ-2001م، ص1106.

(5) طبع في أوروبا قديماً، وطبعته أخيراً مؤسسة المعارف، بيروت، ط3، 1403هـ-1983م.

(6) أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزري الكلبي، كان حافظاً قائماً على التدريس، ألف كثيراً في فنون شتى، توفي بغرناطة 741 هـ . ينظر: الفكر السامي 2/240، م.س.

أي بأن يُلزم القاضي به ، وافق هذا التقنين مذهبه أم لا ؟ مجتهدا كان هذا القاضي أو مقلدا لمذهب ما، فإن جاء بما خالفه في قضية ما، عُد قضاؤه باطلا و حكمه لاغيا، أم غير ذلك؟ و يتبنى هذا الاتجاه الدكتور عبد الكريم زيدان بإجابته على هذا التساؤل بقوله : (نعم يجوز ذلك عن طريق اختيار نخبة من أهل الفقه و الصلاح و الدين لتقنين الأحكام الفقهية)⁽¹⁾ ، و كذا الدكتور و هبة الزحيلي بقوله : (لا مانع إطلاقاً من صياغة الفقه الإسلامي في صورة مواد تسهل على القاضي و المواطن العادي الرجوع إلى أحكامه)⁽²⁾، فإن قيل : ما أدلة هذا الفريق و مستندهم من النقل أو العقل حتى نحو هذا المنحي؟ نقول: مستندهم طائفة من الأوجه و الأدلة نذكرها فيما بعد. و قبل ذكر هذه الأدلة والأوجه لزم أن ننبه إلى ما يلي:

1- أن موضوع الخلاف هنا إنما هو في المسائل الحكمية (الموضوعية) الشرعية، لا المسائل الإجرائية كُنظم المرافعات و إجراءات التقاضي و نظم سير المرور، و كذا نُظم الشركات و عقود المقاولات و ما أشبه ذلك ؛ لأنها مما يُعد من المصالح المرسلّة، و ليست مسائل حكمية.

2- التقنين في حقيقته إلزام القاضي برأي معين و للعلماء فيه رأيان كما أشرنا سابقاً:
الأول: عدم جواز إلزام القاضي بحكم معين و هو قول عند المالكية⁽³⁾، و الراجح عند الشافعية⁽⁴⁾ و به قال الحنابلة⁽⁵⁾ و قال ابن قدامة: (لا أعلم فيه خلافاً)⁽⁶⁾.

و أدلة أصحاب هذا الرأي:

أ- قول الله تعالى: ﴿ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ﴾⁽⁷⁾ ، و الحق لا يتعين في مذهب معين و قد يظهر للقاضي الحق في غير ذلك المذهب ، و إذا ظهر له الحق و يجب عليه العمل به.
ب- الإجماع على عدم إلزام الناس بقول واحد و حملهم عليه، حيث صرح به غير واحد من العلماء⁽⁸⁾.
ج- إنه ليس لمن وُلّي أمرًا من أمور المسلمين مُنع الناس من التعامل بما يسوغ فيه الاجتهاد⁽¹⁾.

(1) نضام القضاء في الشريعة الإسلامية (مؤسسة الرسالة بيروت، ط1، 1423هـ - 2002م) ص212.

(2) جهود تقنين الفقه الإسلامي، لوهبة الزحيلي (مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1408هـ - 1987م، ص29.

(3) مواهب الجليل، لمحمد ابن محمد الخطّاب (دار الفكر، بيروت، ب.ت. 93/6، و حاشية الدسوقي (دار إحياء الكتب العلمية بمصر) 130/4

(4) تحفة المحتاج ، للهيثمي (دار إحياء التراث العربي بيروت) 116/10.

(5) مجموعة الفتاوى، جمع: عبد الرحيم بن قاسم و ابنه محمد، (توزيع الرئاسة العامة لشؤون الحرمين بالسعودية)، 79/30، 80.

(6) المغني لابن قدامة، تحقيق: د.عبدالله التركي و د.عبد الفتاح الحلو (دار هجر ، القاهرة) 91/14.

(7) سورة ص من الآية رقم (25).

(8) ينظر: مجموعة فتاوى، ابن تيمية ، جمع: أحمد عبد الحلیم ط، بإشراف (الرئاسة العامة لشؤون الحرمين بالسعودية) 357/35، 365.

الرأي الثاني: جواز الإلزام بالحكم بمذهب معين و إلى هذا القول ذهب الحنفية (2) وهو قول عند المالكية (3) و كذا عند بعض الشافعية(4)، **ودليلهم :** أن إلزام القاضي بمذهب معين فيه مصلحة، فإذا رأى ولي الأمر وجود هذه المصلحة، جاز الإلزام، وقد يُردّ عليهم بأن المفسدة هنا- قد يراها غيرهم- تغلبُ المصلحة .

و استدلو أيضا بأن القاضي بمثابة الوكيل عن ولي الأمر فليس له أن يتجاوز ما ألزمه به و إن خالف اجتهاده؛ لأن التولية لم تشملها.

و ترجيح أحد الرأيين نذكره بعد الانتهاء من أدلة كل من المجيزين والمانعين للتقنين.

أهم أدلة و أوجه المجيزين للتقنين:

أولاً: قول الله عز وجل: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَ الرَّسُولِ .. ﴾ (5) الآية.

و توجيه هذا الدليل: أن الله تعالى أمر بطاعة ولي الأمر، فإذا ما أمر هذا المأمور بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة، و بما فيه مصلحة ، و ليس فيه معصية، و جب على هذا المأمور طاعته، بنص هذه الآية الكريمة.

قالوا: و التقنين لا يتعارض مع الشريعة ، و ليس فيه معصية وهو مصلحة رآها ولي الأمر، فلم لا تجب طاعته فيه و الالتزام بما ألزم به.

ثانياً: أن الأصل في الشريعة أن تكون معلومة ، أو في حكم المعلومة- كما يذكر علماء الأصول(6) لكي تكون ملزمة ، و الغاية من التقنين علم الناس المخاطبين به أو افتراض هذا العلم عندما يتحدد الفعل أو التصرف مع ما يقابله من إجراء يُتخذ تجاهه. بحيث تكون هذه الأحكام معلومة بجلاء للكافة، فضلا عن الخصوم .

ثالثاً: إن التقنين يكون برعاية واختيار جماعة من علماء العصر، و الإجماع ينعقد بقول الأكثر من أهل العصر في قول الجمهور ولا عبرة لمن خالفهم ، لذا ينبغي الإلزام به .

(1) در المختار للحصفي (دار المعرفة للطباعة و النشر بيروت)3-198، و رد المحتار لابن عابدين،(دار الفكر بيروت)408/5.

(2) در المختار للحصفي مع حاشية الطحطاوي (م س)،198/3، وحاشية ابن عابدين (م س)408/5

(3) مواهب الجليل (م س) 98/6، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 130/4.

(4) تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني لأحمد ابن مكرم الهيتمي(دار إحياء التراث العربي،بيروت)116/10.

(5) سورة النساء من الآية رقم (58).

(6) أصول الفقه د.وهبة الزحيلي(بكلية الدعوة، طرابلس،ط1، 1990م) ،ص141، و مما جاء فيه: "يشترط أن يكون الفعل معلوما للمكلف ليستطيع القيام به و التعرف عليه و ذلك لوجوده في دار الإسلام ، و المراد إمكان العلم بالطلب، لا العلم بالفعل..".

رابعاً : ثم إنه لا يوجد دليل يقضي برد التقنين ، وقد استحسنة الناس لما يترتب عليه من مصالح عديدة، ومنها:

أ- إنه بالتقنين ، تكون الأحكام الواجبة التطبيق معروفة وميسرة للقاضي والمتقاضي على السواء، وهذا مما يكفل العدالة وطمأننة النفوس حيال القضاء.

ب- وإن استتباط الأحكام الفقهية لإنزالها على الوقائع يتطلب مهارة علمية و دراية بقوي الروايات و ضعيفها، و بالكتب و منزلتها، وهذا مما لا يتأتى لغالب و معظم المتصدين لقضايا الناس، هذا فضلا عن أن حكم القاضي قد يكون بالتشهي استنادا إلى اختياره لأحد الأقوال دون غيره في العديد من المسائل الفقهية المختلف فيها داخل المذهب الواحد و خارجه⁽¹⁾.

ت- ثم إنه قد تختلف الأحكام بين القضاة أو القاضي الواحد في القضايا المتماثلة، مما ينتج عنه تقوُّل ووقعية في القاضي و القضاء ، و سداً لهذا الباب ، يكون تقنين الأحكام و الإلزام بالقضاء بها ، حلا لدفع كل هذه التقوُّلات و المفاسد.

مناقشة هذه الأدلة و الأوجه من قبل من يقول بمنع التقنين:

- قالوا بأن الاستدلال بالآية: ﴿يَأْيُهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ ...﴾⁽²⁾ الآية لا يتوجه؛ لأن الله تعالى أمر بطاعته و طاعة رسوله صلى الله عليه وسلم و حذف الفعل في طاعة أولي الأمر، لأن طاعتهم إنما تكون فيما فيه طاعة لله و لرسوله صلى الله عليه وسلم و بالمعروف، و فيما فيه معروف، كما جاء بالسنة المطهرة مبينة ذلك، من حديث عبد الله بن عمر- رضي الله عنهما- قال : قال رسول الله - ﷺ - : (على المرء المسلم السمع و الطاعة فيما أحب و كره إلا أن يؤمر بمعصية فإذا أمر بمعصية فلا سمع و لا طاعة)⁽³⁾.

فلو أوجب ولي الأمر على القضاة الحكم بأحد القولين- مثلا- في أحكام مناطها الاجتهاد و المأمور (القاضي) يعتقد دينا و شرعا متحريرا الصواب أن الصحيح ليس كذلك بل مقابل ما ألزم به، فلا يجوز للمأمور (القاضي) إلا أن يحكم بما يعتقد و يترك ما عداه؛ و لذلك فلو أمر ولي الأمر بما فيه طاعة لله و لرسوله كأن يستتفر جماعة أو فرداً- و لو امرأة - لمقاتلة العدو لوجبت طاعته و لم تجز مخالفته⁽⁴⁾. و قد ورد عن الإمام

⁽¹⁾ ينظر: فقه النوازل لبكر عبد الله أبو زيد، (مؤسسة الرسالة ناشرون ،بيروت، ط1، 1427هـ - 2006م) ص32.

⁽²⁾ سورة المائدة من الآية رقم(58).

⁽³⁾ اللؤلؤ و المرجان وضعه: محمد فؤاد عبد الباقي (دار الحديث، القاهرة، 1421هـ - 2001م) ص 398، حديث رقم(1205).

⁽⁴⁾ ينظر: الشرح الصغير للعلامة : أحمد محمد الدردير ، (دار المعارف بمصر (د.ت.))، 274/2.

الشافعي- رحمه الله- أنه قال: (أجمع الناس على أن من استبانته له سنة رسول الله - ﷺ - فليس له أن يدعها لقول غيره) (1)

- و أما القول بأن الأصل في الشريعة أن تكون معلومة كي تكون ملزمة... الخ ، فهذا كما يذكر علماء الأصول مراد به : أن المأمور بالتكليف لا يتأتى منه إيقاع الفعل المكلف به إلا بعد علمه بما كلف به؛ لأن التكليف بالمجهول لا يصح؛ فلا يكلف الإنسان بشيء حتى يعلم كيفيته، و بإمكانه العلم به لوجوده في دار الإسلام(2) ، لكن هذا غير المراد هنا ، و لا علاقة له بنقطة البحث؛ لأن المكلف هنا هو القاضي و هو عالم بالشريعة أو في حكم العالم بما هو مكلف به.

و أما الخصوم فلا يشترط علمهم بالحكم قبل التحاكم ، مع أن كثيرا من أهل العلم يمنع هذا النوع من التعليم و لا يجيزون للقاضي الفتوى في شيء من الأحكام التي من شأنها أن تعرض على القضاء ، لأجل الفصل فيها بسبب أن معرفتهم لما عند الحكام قبل التحاكم عونٌ لهم على الفجور و الحيل ؛ لأن الخصم إذا عرف ما يحكم به القاضي للخصم و ما يحكم به عليه ، أعانه ذلك على التحايل على القاضي ليحكم بالباطل .

قال ابن عاصم الغرناطي في أرجوزته حول هذه المسألة :

و مُنِعَ الإفتاء للحكام * في كل ما يرجع للخصام

أي مُنِعَ إفتاء القضاة في كل ما من شأنه أن يرجع للخصومات من أبواب المعاملات للعلة المذكورة آنفاً(3).

وقال ابن جزى الغرناطي: (ينبغي للقاضي أن لا يفتي في مسائل الخصام) (4) .

و أما أن اختيار أحكام التقنين يكون باتفاق أكثر علماء العصر، فيكتسب الإجماع ، فيقال: إن الإجماع لا ينعقد بقول الأكثرين من أهل العصر في قول جمهور أهل العلم فلا يعد إجماعا ملزما اتفاق أكثر المجتهدين و لا إجماع مجتهدي ليبيا وحدهم(مثلا) ، إذ أن الركن الذي لا قيام للإجماع بدون هو اتفاق جميعهم و لو قل عدد المخالفين و كثر عدد المنقنين(5) ، و ما دام الأمر هكذا في المسألة الواحدة فكيف بمئات المسائل التي تصدرها الجهات الرسمية؟ فضلا عن اجتماع و اتفاق مجتهدي الأمة الإسلامية جميعهم.

(1) فقه النوازل، بكر أبو زيد (م.س) ص34.

(2) ينظر: أصول الفقه لوهبة الزحيلي، كلية الدعوة ، (طرابلس، ط1، 1990م) ، ص141 ، 149.

(3) ينظر: شرح محمد بن أحمد ميارة الفاسي علي تحفة الحكام لابن عاصم (المكتبة التجارية الكبرى، مصر(د.ت.))، 28/1.

(4) القوانين الفقهية ، (المكتبة الثقافية ،بيروت(د.ت.))، ص195.

(5) أصول الفقه ، د.وهبة الزحيلي ، (نشر كلية الدعوة ، طرابلس، ط1 ، 1990م) ، ص32 ، 44.

و أما عن دعوى: أن بالتقنين تكون الأحكام الواجبة التطبيق محددة مبينة معروفة للقاضي والمتقاضي و هو ما يحقق العدالة و التيسير على الناس،، و ناهيك عن التجزئة الواقعة في هذا الزمان و التنافر بين كثير من البلاد العربية والإسلامية ، و العداوات بينها من حين لآخر ، أليس هذا يجعل من اجتماعهم متعذرا إن لم يكن مستحيلا فضلا عن إجماعهم؟!.

يرد المانعين للتقنين بأنه مر على القضاء الإسلامي عصور مختلفة و قرون عديدة كانت فيها الدولة الإسلامية باسطة سلطانها على أغلب سكان العالم و كان القضاء محققا للعدالة والتيسير و رفع الحرج عن الناس في مختلف العصور المتعاقبة وما عُرف أحد من العلماء و الأئمة انه قال بالتقنين أو الإلزام بالقول الواحد ، بل الثابت أن الإمام مالك - رحمه الله - عرض عليه بعض خلفاء بني العباس أن يحملوا الناس على ما في كتابه (الموطأ) فامتنع - رحمة الله - في الإجابة إليها⁽¹⁾.

هذا وإن اختلاف الآراء في تفسير النص الواحد لا انتهاء لها، و واقع سجلات القضاء عن القضايا متحدة الوقائع و متماثلتها ، و مختلفة الأحكام لا حد لها ، و مجالات القضاء و المحاماة خير دليل وشاهد على هذا الاختلاف ، الذي ينفي أن تكون الأحكام محددة ومعروفة سلفاً وإن تناقض الأحكام لا حد له في المحاكم الغربية، و يكشف هذا قاضي بريطاني ألف كتاباً بعنوان: (أين العدالة؟)⁽²⁾ ، يدور حول التناقض الملحوظ بين أحكام بعض القضاة بالمحاكم بسبب اختلاف ثقافة القضاة وقلة خبرتهم بالحياة و بالناس ومما جاء فيه: أنه يعرف قضاة كثيرين يتميزون بسداد الرأي والإحساس بالواجب لكنهم يختلفون في الطريقة التي يعالجون بها قضاياهم المطروحة للنظر أمامهم حتى إن المتقاضين والمتصلين بالمحاكم لاحظوا أنه في بعض المحاكم في بريطانيا توجد فروق كبيرة بين الأحكام المنطوق بها في بعض الأيام من الأسبوع عن الأيام الأخرى منه، حسب نوعية القضاة المعنيين بالنظر في هذه القضايا لدرجة أن الناس يتداولون فيما بينهم عبارات مثل: (ضربة حظ أو فلان محظوظ).

و يسوق المؤلف بعض الأمثلة عن اختلاف أحكام القضاة في محاكم الغرب، منها: (أن رجلا تجاوز الثلاثين من العمر ارتكب جرائم اعتداء و كان يبدو عليه أنه ذو أخلاق حميدة ، فحُكِّم عليه بـ18 سنة سجن ، و رجلٌ آخر في نفس العمر، ارتكب نفس الجرائم و له سوابق، و

⁽¹⁾ ينظر المقدمات ، لأبي الوليد ابن رشد، تحقيق: سعيد أحمد العراب، (دار الغرب الإسلامي، ط1، 1408هـ-1988م)، 264/2.

⁽²⁾ مجلة الأصالة الجزائرية، عدد 71/70 ، س8 ، جوان - جويلية 1976م، مقال بعنوان: خطورة الانعزالية، بقلم د.علي عيسى ، ص42.

صدر الحكم ضده بست سنوات سجن فقط)، فالاختلاف في الأحكام عن القضايا المماثلة لا حصر لها.

و أما عن ندرة من يصل درجة الاجتهاد ليتولي القضاء ؛ فالعلماء ذكروا أنه يجب أن يُؤلى من توفرت فيه الشروط على مَنْ دُوِّنَ بحيث يُقدم الأمتل على غيره ، و بحسب الإمكان ، والوجوب إنما يكون مع القدرة ، والله تعالى رؤوف بعباده ، يعلم منهم الضعف؛ فلم يكلفهم بما لا يستطيعون، قال تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾⁽¹⁾، وقال: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾⁽²⁾. ثم إن أقسام و كليات العلوم الشرعية تُخرج أعداداً كبيرة كل عام ؛ ويمكن تأهيلهم لعمل القضاء ليقوموا به بجدارة.

و أما الحكم بالتشهي و الذي يكون بالتخير من الأقوال ، فيقال: إن من شرط تولية القاضي القضاء: العدالة عند جمهور الفقهاء ، وكونه أهلاً للشهادة ، فضلا عن ضمان الرقابة القضائية من درجة أعلى.

و إذا حكم القاضي -في قضية أمامه- بحكم اجتهادي على أحد القولين أو الأقوال، و في قضية أخرى بالقول الثاني فيها مبينا وجه عدوله عن القول الأول، فلا ينبغي التثريب عليه، فإنه ظاهرا مجتهد متحرٍ للحق و الله تعالى يتولى السرائر ، ثم إنه على فرض وقوع الحكم بالتشهي، فأين هو من وعيد الله جل و علا لمن حكم بالهوى؛ لما جاء في الحديث الصحيح عن بريدة - رضي الله عنه - أن رسول الله - ﷺ - قال: (القضاة ثلاثة، قاضيان في النار وقاض في الجنة، و فيه رجل قضى بغير الحق وهو يعلم ، فذلك في النار)⁽³⁾.

و أما القول: بأنه قد تختلف الأحكام بين القضاة أو القاضي الواحد في القضايا المتماثلة ، مما ينتج عنه التفرق في القضاء ، و التقنين يسد هذا الباب.

فيقال: قد يكون هذا التماثل ظاهريا فقط بينما الأحكام في جوهرها تختلف كل الاختلاف. و قد تكونان متماثلتين و قضى فيهما قاض واحد بزمنين مختلفتين و عن نظر و اجتهاد، و أوضح ذلك في حيثيات حكمه، فهذا سائغ شرعا و لا تثريب عليه، و كذا إذا ما كانت القضيتان متماثلتين فقضى فيهما قاضيان في بلدين و اختلف الحكم ، بأن أخذ كل منهما برأي مأثور، و اجتهادا في تحري الحق ، فهذا لا بأس به شرعا.

(1) سورة التغابن الآية رقم (16).

(2) سورة البقرة الآية رقم (285).

(3) رواه أبو داود و النسائي و الترمذي و ابن ماجة و الحاكم و صححه، من جامع بيان العلم و قفله، للإمام الحافظ أبي عمر يوسف بن عبد البر القرطبي (دار الكتب العلمية ، بيروت، د.ت.)، 119/2.

و أما أن تكون القضيتان متماثلتين من كل وجه عند قاضي واحد، ففضى فيهما بأن واحد بحكمين مختلفين ، فهذا ممتنع شرعا، و يكون كل من القاضي و حُكْمه محل طعن و إعادة نظر من درجة أو هيئة قضائية أعلى⁽¹⁾.
وأما عن أوجه المانعين للتقنين و أدلتهم فسيتضح في المطلب التالي :

المطلب الثالث

أدلة وأوجه القائلين بمنع التقنين

قبل ذكرنا لأدلة هذا الفريق وجب التنبيه إلى أن محل الخلاف في الإلزام بالأحكام المقننة هي الأحكام الاجتهادية ، أما الأحكام الثابتة بنص قطعي الثبوت و الدلالة من كتاب أو سنة أو إجماع، فهي ملزمة بنفسها و لا تحتاج إلى أمر خارج عنها إجماعا.
و أن الشخص المختلف في إلزامه بالتقنين هو: القاضي الذي لم تتوفر فيه أهلية الاجتهاد ، و أما القاضي المجتهد فهو ليس محل خلاف في أنه لا يجوز إلزامه في التقليد لأحكام مناطها الاجتهاد ؛ لأن التقليد لا يصح للمجتهد فيما يرى خلافه بإجماع⁽²⁾.
قالوا: وإذا عُلم هذا- وإضافة إلى ذلك - فالأدلة على المنع هي من الكتاب و من السنة ومن الإجماع.

- فأما الكتاب: فقول الله عز و جل : ﴿.. وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بِنَهْيِهِمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾⁽³⁾ و القسط: العدل ، و الله تعالى أمر به، فإذا كان الحكم المقنن الملزم به، قد ظهر للقاضي أن الصحيح هو بخلاف ما نُص عليه بالتقنين ، صار القسط و العدل في أن يحكم وفق معتقده ، لا بما جاء بالتقنين.

وعند التنازع في أمر ما ، بين الله سبحانه المرجع وهو الرد إلى الله و إلى رسوله - ﷺ - قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَ الرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَ أَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾⁽⁴⁾ ، فالرد إلى الله هو: إلى كتاب الله تعالى ، و الرد إلى رسوله - ﷺ - هو: الرد إليه في حياته و إلى سنته بعد مماته⁽⁵⁾.

(1) ينظر: فقه النوازل ، بكر أبو زيد (م.س) ص53.

(2) تبصرة الحكام في أصول الأفضية و مناهج الأحكام للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن فرحون، راجعه طه عبد الرؤوف سعد (مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط1، 1406هـ- 1986م) 64/1.

(3) سورة المائدة، من الآية (44).

(4) سورة النساء من الآية (58).

(5) ينظر: فقه النوازل بتصرف، (م.س) ص58.

يقول ابن القيم - رحمه الله تعالى - : (فمنعنا سبحانه من الرد إلى غيره و إلى غير رسوله و هذا يبطل التقليد ، قال تعالى : ﴿ وَ لَمْ يَتَّخِذُوا مِنْ دُونِ اللَّهِ وَ لَأَ رَسُولِهِ وَ لَأَ الْمُؤْمِنِينَ وَ لِيَجْزَأَ ﴾⁽¹⁾ ، ولا وليجة أعظم ممن جعل رجلا بعينه مختارا على كلام الله و كلام رسوله و كلام سائر الأمة ، يقدمه على ذلك كله)⁽²⁾ .

وذكر البيهقي : أن الإمام الشافعي - رحمه الله - قال : (فإن تنازعتم في شيء - والله أعلم - فردوه إلى ما قاله الله و الرسول)⁽³⁾ ، فأمر الله تعالى بطاعته و طاعة رسوله ، و أعاد الفعل إعلاما بأن طاعة الرسول تجب استقلالاً من غير عَرْض ما أمر به على الكتاب ، بل إذا أمر وجبت طاعته مطلقاً ، ولم يأمر بطاعة أولي الأمر استقلالاً ، بل حذف الفعل و جعل طاعتهم في ضمن طاعة الرسول ، إيذاناً بأنهم إنما يطاعون تبعاً لطاعة الرسول ، فمن أمر منهم بطاعة الرسول و جبت طاعته ، و من أمر بخلاف ما جاء به الرسول فلا سمع له و لا طاعة كما صح عنه - ﷺ - أنه قال : (فإذا أمر ولي الأمر بمعصية فلا سمع و لا طاعة)⁽⁴⁾ .

و الله تعالى نفى الإيمان عن من لم يحكم الرسول صلى الله عليه وسلم فيما شجر بينهم فقال : ﴿ فَلَا وَ رَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَ يُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾⁽⁵⁾ ، ولم يقل عز وجل : حتى يُحَكِّمُوا فلانا و فلانا فيما شجر بينهم ، و لا قال : حرجاً مما قال فلان و فلان .

و قوله تعالى : ﴿ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ ﴾⁽⁶⁾ نكرة في سياق الشرط تعم كل ما تنازع فيه المؤمنون من مسائل الدين دَقِّه و جَلِّه ، ولو لم يكن في كتاب الله و سنة رسوله بيان حكم ما تنازعو فيه ، لم يأمر بالرد إليه؛ إذ من الممتنع أن يأمر تعالى بالرد عند التنازع إلى من لا يوجد عنده فصل النزاع .

و الله عز وجل جعل الرد من موجبات الإيمان و لوازمه ، فإذا انتفى هذا الرد انتفى الإيمان . و الله تعالى يقول : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْدُمُوا بَيْنَ يَدَيِّ اللَّهِ وَ رَسُولِهِ ﴾⁽⁷⁾ ، و في التقنين توهين للإخلاص لله؛ إذ أن حُكْم القاضي على خلاف ما يعتقد ، تقديم لقول غير المعصوم على ما يعتقد عن المعصوم .

و في الحديث الصحيح من حديث بريدة - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله - ﷺ - : (القضاء ثلاثة اثنان في النار و واحد في الجنة ، و فيه : رجل عرف الحق فلم يقض به و جار في

(1) سورة التوبة من الآية (16)

(2) إعلام الموقعين ، لابن القيم 170/2

(3) السنن الكبرى ، للبيهقي 112/10 .

(4) صحيح البخاري ، كتاب الأحكام باب : السمع والطاعة ، للإمام ما لم تكن معصية ، ح رقم (71445) .

(5) سورة النساء من الآية (64)

(6) سورة النساء من الآية (58) .

(7) سورة الحجرات من الآية رقم (1)

الحكم فهو في النار..) الحديث⁽¹⁾، ففيه بيان الوعيد للقاضي إذا حكم على خلاف ما يعتقده حقاً؛ لأنه عمل محرم باتفاق، و يجب على القاضي أن يعمل بموجب اعتقاده و مبلغ اجتهاده فيما له و عليه إجماعاً، و لم يسعه اتباع غيره فيما أداه له اجتهاده⁽²⁾.

- إن الحَجْر و الإلزام بقول مقنن أو رأي معين لم يسبق الحمل عليه في صدر الإسلام و لا في القرون المفضلة، فلا يُعلم من هدي الصحابة رضوان الله عليهم مع مشاركتهم في العلم و المشاورة مع بعضهم لبعض إلزام واحد منهم للآخر بقوله، قال ابن عبد البر - رضي الله عنه-: (إن عمر - رضي الله عنه- لقي رجلاً فقال ما صنعت؟ فقال: قضى عليّ و زيدٌ بكذا فقال: لو كنت أنا لقضيت بكذا قال: فما يمنعك و الأمر إليك؟ قال: لو كنت أردك إلى كتاب الله أو إلى سنة رسول الله - ﷺ - لفعلت و لكني أردك إلى رأيي و الرأي مشترك، قال ابن عبد البر: فلم ينقض ما قال علي و زيد و هذا كثير⁽³⁾).
- قالوا: و إنه لا خلاف في أنه لا يجوز أن يقدّ القضاء لواحدٍ على أن يحكم بمذهب معين، قال ابن قدامة⁽⁴⁾ - رحمه الله - : (و لا يجوز تقليد القضاء لواحدٍ على أن يحكم بمذهب بعينه، قال: و هذا مذهب الشافعي و لا أعلم فيه خلافاً؛ لأن الله تعالى قال: ﴿ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ﴾ و الحق لا يتعين في مذهب، و قد يظهر له الحق في غير هذا المذهب، فإن قلده على هذا الشرط؛ بطل الشرط⁽⁵⁾، وجاء هذا في حاشية الخطاب أيضاً⁽⁶⁾، و ذكّر الإمام ابن فرحون في تبصرته: بطلان كل من الشرط و التولية⁽⁷⁾. و معنى هذا أن مَنْ وُلِّيَ القضاء على أن لا يحكم إلا بهذا التقنين، أو إلا بهذا بهذا الرأي، فإنه لا يجوز له التقيد بهذا الشرط و تنفيذه.
- كما و أنّ أيّ تقنين، كان بعمل واحد أو جماعة، لا بدّ أن يقع فيه خطأ، إذ لا عصمة إلاّ للأنبياء، و الخطأ خلاف الحق، و ما كان بخلاف الحق لا يجوز قبوله، و ما لا يجوز

(1) الحديث رواه الأربعة و الحاكم و صححه.

(2) زاد المعاد 4/1 و جامع بيان العلم و فضله، للحافظ ابي عمر يوسف بن عبد البر، (دار الكتب العلمية، بيروت (د.ت.))، 61/2.

(3) جامع بيان العلم المرجع السابق 59/2.

(4) هو: موفق الدين ابي محمد ابن عبد الله ابن قدامة المقدسي، كان عالماً في علوم شتى و إماماً في علم الخلاف، له مؤلفات عدة و أهمها: المغني، توفى بدمشق عام 630 هـ..

(5) المغني لابن قدامة تحقيق د. شرف الدين الخطاب، ود. السيد محمد السيد (دار الحديث، القاهرة، ط1، 1416هـ- 1696م)، 628/13.

(6) مواهب الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد الطرابلسي المعروف بالخطاب (م،س) 93/6.

(7) تبصرة الحكام، لابن فرحون 24/1.

قبوله حَرَمَ الأَخْذَ به ، و ما حَرَمَ الأَخْذَ به فَيَحْرُمُ الإلزام به من باب أولى ، فوجب منع فرضه⁽¹⁾.

قالوا: و إن من القواعد الشرعية (سدّ الذرائع)⁽²⁾ و إنه بدراسة التقنين ماضيا و حاضراً، وُجد فيه إضعاف لحرمة الإجماع، و العملُ به كثيراً ما يكون على خلافه، و أنّ القاضي قد يرى رأياً و يتحرى صوابه و يراه هو الحق و غيره الخطأ، و لكنه مع ذلك يعدل عن رأيه إلى التقنين الملزم، فيكون بذلك حاكماً بغير ما يراه صواباً ؛ فيكون حكمه بما لا يعتقد ديناً و لا شرعاً ، و ظالماً بتركه ما تبين له من الحق ، و إتباع ما تبين له أنه باطل ، فذلك هو الضلال المبين ، و الدخول تحت طائلة الوعيد الوارد بالحديث : (القضاء ثلاثة ...) الأنف الذُكر ، و إعمالاً للقاعدة المذكورة آنفاً، يلزم سدّ باب التقنين لما يترتب عليه من مفسد.

- ثم إن ما يقال من أنّ التقنين موادّه سهلة ميسرة يُرجع إليها بسهولة، فقد ثبت خلاف هذا، ذلك أنّ المواد التفسيرية و اجتهادات الشُراح و اختلافهم لا ينتهي ، و ذلك للخلاف القائم بين مفاهيم القضاة و الشُراح في تفسير النصوص و في تطبيقها على القضايا، و إيراد عدّة مفاهيم على نص واحد ، و بالتالي فما تَخَلَّص الناس من مساوئ الخلاف الموعود انتهاؤه بالتقنين .

- ثم إن التقنين يقتل في القاضي روح الاجتهاد و يذيب معلوماته و يجعله أشبه بالآلة ، و من مساوئه أيضاً هجر المكتبة الإسلامية و تضييع جهود علمائها لعدم الرجوع إليها ، و فيه سدُّ لطرق الاستنباط ، و يقطع طريق القاضي و المفتي و المتعلم عن الرجوع إلى ما قال الله و قال الرسول -ﷺ- كدلائل في حيثيات الأحكام و أسبابها و أخذ الأحكام منها، نصاً أو استنباطاً، كما أن التدوين الذي يريدون به درء مفسدة اختلاف القضاة ، يستلزم مفسدة أعظم من ذلك؛ لأنه خطوة إيجابية إلى الانتقال عن النظام الشرعي المتوارث للأمة جيلاً بعد جيل ، إلى النظام الوضعي الغريب عن أصالة و منهج و لغة الأمة الإسلامية ، التي يتعين على أهلها أن يحذروا العُدول عن الحق و الانهزام و لا خلاف بين العلماء في تخفيف الشر بارتكاب أخف الضررين⁽³⁾، و الحق أحق أن يُتبع .

الترجيح:

(1) ينظر: فقه النوازل، بكر بن عبد الله أبو زيد، (م،س) ص80

(2) سد أبواب الوسائل إلى الفساد، من القواعد الشرعية، ينظر: إيصال السالك إلى أصول مذهب الامام مالك، محمد يحيى بن محمد المختار الولاتي، قدم له و علق عليه مراد بوضاية، ط1427، 1هـ-2006م، ص170.

(3) الشيخ محمد الأمين الشنقيطي ، عن فقه النوازل ، بكر أبو زيد (م،س) ص95.

و باستعراضنا للقولين بجواز التقنين و منعه ، تبين لنا - و الله أعلم - ترجيح و اختيار القول بمنع التقنين ، و ذلك لرجاحة و قوة الأدلة و التعليقات التي استند عليها أصحاب هذا الرأي، فضلا عن الإجابة عن أكثر أدلة القائلين بجواز التقنين، و فضلا عن أن وجوب "الرد" - عند التنازع- إلى الله تعالى و إلى رسوله ، فإن بالتقنين حجراً على العقول و حصر لها في نصوص جامدة ، و منع للاجتهاد و قتل لروح البحث و هجر للمكتبة الإسلامية و تضييع لجهود العلماء، و جعل للقاضي بما يشبه الآلة.

و عن طريقه فُتِحَ باب التلاعب بالدين و بأحكام الشرع و الجرأة عليه من الطغاة و المتفرنجين، فحُشرت نصوص أحلت الحرام و حرمت الحلال، تحت عنوان: **تقنين الأحكام**، و من الأمثلة على ذلك القانون رقم (4) في ليبيا و القانون رقم 84/10 (م13) منه ، و مجلة الأحوال الشخصية بتونس (الفصل 18) منها و المادة (8) مكرر من قانون الأسرة الجزائري رقم (5-9) لسنة 2005م ، و القانون رقم 85/100 بمصر المادة (11) مكرر سنة و غير هذا كثر في البلاد العربية و الإسلامية و التي كثير منها تحلل الربا و الخنا، و تحرم ما أحل الله تعالى .

فقفلًا لهذا الباب، و سداً لذريعة الفساد، نرى ترجيح الرأي القائل بمنع التقنين ، لدرء مفسده الغالبة على مصالحه ، و ضرره و مآلاته، و ما يترتب عليه من ماس بالدين و الدنيا الغالب على منفعتة .

و مما يجب **التنبيه إليه** أن الإلزام بمذهب معين ليس كالإلزام بالتقنين على وجه الدقة ، ذلك أن دائرة الإلزام بمذهب معين واسعة و حرية الحركة فيه غير مقيدة كتلك الصرامة و القيود التي بالتقنين ، فالقاضي المذهبي يتخير من آراء الفقهاء بالمذهب و يرجح ما يراه صائبا منها ، و ليس هذا بمقدور ملتزم التقنين و غير ممكن.

و أما عن نشأة التقنين و مراحله ، فهذا ما نتناوله في المطلب التالي.

المطلب الرابع

ظهور (التقنين) في البلاد الإسلامية و المراحل التي مر بها.

أشرنا إليه آنفا إلى أن هناك farkا كبيرا بين إلزام التقنين و بين اعتماد او التزام مذهب معين، و من جوانب عدة ، و يذكر هنا أن الدولة العباسية قامت بتولية القاضي أبي يوسف - تلميذ أبي حنيفة - صاحب المذهب - منصب قاضي القضاة⁽¹⁾ فقام - بحكم منصبه - بتولية القضاة من نفس المدرسة ، و بالتالي أمكن القول بأن الدولة تكون قد تبنت - بقصد أو بغير قصد - مذهب الإمام أبي حنيفة ، و قد عدّ بعض الباحثين أن هذا النهج يعد مرحلة من مراحل التقنين، حيث أخذ أبو يوسف يولي المناصب القضائية فقهاء المدرسة الحنفية غالبا و من ثم سادت هذه المدرسة في

(1) لقب بقاضي القضاة؛ وهو وصف لا يليق إلا بالذات العلية (الله) جل وعلاه، فلا ينبغي ترداده، وهو بمثابة وزير العدل الآن.

أرجاء الدولة و الأقاليم التابعة لها، أما الأقاليم التي لا يطالها سلطان الدولة فربما تتبنى مذهباً آخر، كما في المغرب الإسلامي مثلاً و بلاد الأندلس و غرب وسط أفريقيا حيث ساد المذهب المالكي ، وفي أقاصي الشرق من بلاد الإسلام ساد المذهب الشافعي ، وفي بلاد مصر كان يُنصَّب القضاة من المذهب الأكثر شيوعاً و هي الحنيفة و المالكية و الشافعية أحياناً وقد حصل هذا زمن الدولة الأيوبية و دولة المماليك، وقد تنقسم المذاهب الأربعة السيادة في البلد الواحد في الزمن الواحد، فتعدد القضاة بتعدد المذاهب.⁽¹⁾

وتبنت الدولة العثمانية هي الأخرى المذهب الحنفي رسمياً بموجب (فرمان)⁽²⁾ يقضي بذلك، ويكون بموجبه رئيس القضاة -في عاصمة الخلافة، أو في الأيالات (الولايات)- حنفياً، يساعده نواب (قضاة) من أهل تلك البلاد، يحكمون الأهالي بالمذهب السائد فيها.⁽³⁾

وقد صاحب هذا التبني للمذهب في تلك الفترة اهتمام بالجمع الفقهي ، أي جمع المتون والفتاوى الشرعية وفق الآراء المعتمدة، وتمثل هذا الاهتمام في تكليف السلطان سليمان الأول المعروف بـ (الكبير) و بـ (القانوني) في منتصف القرن السادس عشر الميلادي شيخ الإسلام أبا السعود⁽⁴⁾ بجمع مجموعة الفتاوى التي صدرت عن الشيخ، باسم (معروضات أبو السعود أفندي)، وأيضاً بجمع اللوائح التي أصدرها السلطان فرتبها الشيخ في المجموعة المعروفة باسم (قانون نامة)⁽⁵⁾. واهتم الشيخ أحمد الحلبي - إمام جامع السلطان محمد الفاتح بالآستانة - بتلخيص مسائل أحكام الفقه الواردة في كتب المتون الحنفية الأربعة، فكان هذا التلخيص كتاباً هاماً ومن الكتب المعتمدة في المذهب الحنفي.⁽⁶⁾ وفي الهند: اهتم السلطان محمد أورنگ بهادر عالمكير - أحد ملوك الهند في القرن السابع عشر - بجمع الفتاوى الشرعية المنقولة عن كتب ظاهر الرواية في المذهب الحنفي، وعيّن لذلك لجنة من مشاهير علماء الهند، برئاسة الشيخ: نظام برهان، فدونت المجموعة المعروفة الآن بـ(الفتاوى الهندية).⁽⁷⁾

(1) ينظر: تاريخ المذاهب الإسلامية، لأبي زهرة (م.س)، 100/2، 173، وينظر: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، زكي الدين شعبان، (جامعة قاريونس، ليبيا، ط4، 1978م)، ص22، 23.

(2) كلمة فارسية، بمعنى: أمر، وبراءة سلطانية.

(3) ينظر: تطور النظام القضائي في إقليم طرابلس الغرب في العهد العثماني الثاني، علي عمر الهازل، رسالة ماجستير، جامعة طرابلس (الفتح سابقاً)، ليبيا، 1998م، ص88، وينظر إلى: مجلة المحاماة الشرعية (تاريخ القضاء والقضاة)، النظام القضائي بمصر في عهد العثمانيين، عبد الرحمن الرفاعي المؤرخ، ص60 وما بعدها.

(4) محمد محيي الدين العمادي، انتهت إليه رئاسة الحنيفة في زمنه قاضي القسطنطينية، له تفسير: إرشاد العقل السليم، توفي 982هـ. شذرات الذهب ، عن الفكر السامي لمحمد بن الحسن الحجوي (ت 1376 هـ)، ط1977، 187/2.

(5) المعنى: إرادة سنوية، أو خط شريف، باللغة التركية.

(6) ينظر: مقدمة إحياء علوم الشريعة، لمحمصاني، ص97، (م.س).

(7) ينظر: تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، د. صوفي حسن أبو طالب، (دار النهضة العربية، القاهرة، ط4، 2001م)، هامش ص252.

وقد أصدر الخلفاء العثمانيون العديد من التنظيمات (التقنيات) في الأمور المالية والإدارية، المعتمدة على الشريعة الإسلامية والعرف السائد وقتئذ، حتى لقب أحد خلفاء الدولة بـ(القانوني)⁽¹⁾ - كما ذكرنا آنفاً- لكثرة ما أصدره من تقنيات في شتى المجالات.

مرحلة التقنين الفعلي:

وبدأت في أواخر الدولة العثمانية المناداة من مختلف الأيالات (الولايات) بوضع تقنيات يرجع إليها القضاء، وتصدر الأحكام وفقها، متأثراً بالتوجه الذي ساد في البلاد الأوروبية، خاصة بعد أن وضعت الدولة الفرنسية قوانينها المسماة بـ(قوانين نابليون) وتبعتها أكثر دول أوروبا، واستجابة لتلك النداءات، شكلت دولة الخلافة لجنة من كبار العلماء لصياغة أحكام المعاملات في صورة مواد مقننة مرقمة معتمدة على أرجح أقوال المذهب الحنفي، فصدرت في عام 1876م مجلة (الأحكام العدلية) التي أصبحت التقنين (القانون) الواجب التطبيق في سائر أجزاء الدولة العثمانية⁽²⁾، فكانت أول تجربة رسمية لتقنين مدني حديث مأخوذ بكامله من الفقه الإسلامي جاء على نمط القانون الغربي، وكان المسوغ المبيح لتقنين الفقه، حاجة الناس إلى ذلك وانسجاماً مع السياسة الشرعية، وحق ولي الأمر في تقنين وصوغ ما يرى فيه مصلحة، يقول د. محمد أبو ركاب: (في أواخر عهد الدولة العثمانية أصبح وجود القاضي المجتهد نادراً... رأت الخلافة، أن من المصلحة تقنين الفقه على شكل مواد سهلة العبارة يرجع إليها القضاة لتطبيقها على ما يرفع إليهم من قضايا من غير أن يرجعوا إلى بطون الكتب، فكانت لجنة من العلماء للقيام بهذه المهمة، ووضعت سنة 1286هـ مجموعة قوانين على الكتب والأبواب الفقهية المعهودة ولكنها فصلت الأحكام بمواد ذات أرقام متسلسلة كالقوانين الحديثة، فجاء مجموعها 1851 مادة، وسميت هذه المجموعة بمجلة الأحكام العدلية، وفي سنة 1293هـ صدر مرسوم من الدولة يوجب العمل بها)⁽³⁾. و لم تتعرض المجلة لأحكام العبادات، ولا لأحكام الزواج والطلاق؛ بسبب ما لهذه الأحكام من ارتباط بالأحكام الدينية، وتباين أحكامها بين المسلمين، وغيرهم تبعاً لتباين عقائد (رعايا الدولة)⁽⁴⁾، وذلك حتى عام 1917م حين صدر تقنين (حقوق العائلة).

ونتيجة للتغلغل الأجنبي وضغوطه التي مارسها على دولة الخلافة، أنشئت محاكم نظامية، تطبق القوانين الأوروبية كامتيازات لرعاياها، ولأقليات الدينية⁽¹⁾، فأقصيت بالتالي الشريعة

(1) الملقب بالقانوني: هو سليمان الأول، تولى الخلافة ما بين (1520-1566م)، وأصدر جملة من التشريعات عرفت باسمه. ينظر إلى: تطور النظام القضائي في إقليم طرابلس الغرب، ص 6-8، وأيضاً إلى: مقدمة إحياء علوم الشريعة، ص 109.

(2) ينظر إلى: تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، د. صوفي أو طالب، ص 256، وأيضاً إلى: تطور النظام القضائي في إقليم طرابلس الغرب، ص 89، م.س.

(3) المصالح المرسله، م.س، ص 366.

(4) ينظر: مقدمة إحياء علوم الشريعة، ص 106، م.س، وإلى مقدمة درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تأليف: علي حيدر، المجلد الأول، (بيروت، ط1، 1411هـ-1991م)، ص 10.

الإسلامية عن التطبيق في دولة الخلافة في كثير من المجالات القضائية، كما أقصيت عن التطبيق في مصر أيضاً عام 1883م حين ألزم المستعمر الإنجليزي حكام مصر بتطبيق القوانين المدنية والجنائية الغربية.⁽²⁾

وقام الخديوي إسماعيل - حاكم مصر حينها - بتكليف القاضي الشيخ مخلوف بن محمد البدوي الميناوي، بوضع مقارنة بين الفقه الإسلامي، وتلك القوانين - قبل تاريخ فرضه المذكور آنفاً، فألف الشيخ كتاب (المقارنات التشريعية) قارن فيها بين الفقه المالكي والقوانين الأجنبية، وكان هذا قبل عام 1878م وذلك لمعرفة مدى تقارب أو تناقض تلك القوانين الغربية الغازية مع أحكام الشريعة الإسلامية.⁽³⁾

وبصدور مدونة (مجلة الأحكام العدلية) المذكورة آنفاً⁽⁴⁾

أخذ كثير من الفقهاء يؤلف على شاكلتها، فألف الشيخ أحمد بن عبد القاري مجلة: (الأحكام الشرعية) وهي تعد تقنياً لأحكام الشريعة على المذهب الحنبلي.⁽⁵⁾

ثم قام الشيخ محمد قدرى باشا⁽⁶⁾ - في النصف الثاني من القرن التاسع عشر - متأثراً بموجة التقنين هذه بتدوين مجلة سماها: (مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان)، ثم قام بتدوين مدونة الأوقاف سماها: (قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف)، وكذلك نجده قد دون في أحكام المناكحات، مدونة سماها: (الأحكام الشرعية لأحوال الشخصية)، والتي كان يعول عليها كثيراً - في بابها - في مصر، وكثير من البلاد العربية، وإن لم تتبناها الدولة المصرية بصورة رسمية.⁽⁷⁾

⁽¹⁾ تطور النظام القضائي في إقليم طرابلس الغرب، ص70 وما بعدها، ومن تلك الامتيازات ما جاء في الاتفاقية الفرنسية العثمانية، بند ينص على: (إعفاء الرعايا الفرنسيين من الخضوع للقضاء العثماني)، وأيضاً بند اتفاقية فرنسا مع إيالة طرابلس أنه: (إذا أراد أحد رعايا الفرنسيين أن يعتنق الإسلام فلا يجوز للسلطات الطرابلسية قبوله إلا بعد مرور 72 ساعة، ويجب تسليمه للقتل الفرنسي). ينظر: المصدر السابق، ص273

⁽²⁾ ينظر: مقدمة تحقيق (المقارنات التشريعية) تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك، للشيخ مخلوف محمد الميناوي (1235هـ-1878م) دراسة وتحقيق: أ.د. محمد أحمد سراج، أ.د. علي جمعة محمد، (نشر دار السلام، القاهرة، ط1، 1420هـ-1999م).

⁽³⁾ المرجع السابق، مقدمة التحقيق.

⁽⁴⁾ درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تأليف: علي حيدر، تبويب: فهمي السيني، (دار الجبل، بيروت، ط1، 1411هـ-1991م)، وقد جاء في مقدمة الشارح ذكر بعض مبررات تدوينها.

⁽⁵⁾ عاش الشيخ القارئ ما بين (1314-1396هـ) ونشرت مجلته لأول مرة في المملكة السعودية عام 1401هـ-1980م، تحقيق: د. عبد الوهاب إبراهيم سليمان. ينظر: مقدمة المقارنات التشريعية لمخلوف الميناوي.

⁽⁶⁾ هو أحد رجال القضاء بمصر آنذاك، أناضولي الأصل، تولى وزارة المعارف...، وله عدة مؤلفات في المناكحات و المعاملات وغيرها، (ت 1888م). ينظر: مقدمة كتاب: التعليقات المرضية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، فتحي أحمد صافي، (دار العلوم الإنسانية، دمشق، 1993م)، ص6.

⁽⁷⁾ ينظر: مقدمة كتاب: إحياء علوم الشريعة لمحمصاني، ص109، وتضم هذه المدونة (581) مادة.

وقام الشيخ سيد عبد الله علي بتأليف: (المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية، والتشريع الإسلامي، مقارنة بين القانون الفرنسي، ومذهب الإمام مالك -رضي الله عنه-)⁽¹⁾.

وفي ليبيا قام الشيخ محمد محمد بن عامر بتأليف كتابه (ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية)، وهو يُعدُّ تقنياً لأحكام المذهب المالكي، جاء على نسق المجلة العدلية، ومؤلفات الشيخ محمد قذافي باشا المذكور.⁽²⁾

وتحول هذا النفوذ الأجنبي إلى احتلال وسيطرة فعلية لأغلب البلاد العربية والإسلامية، وألغيت الخلافة الإسلامية، وتحقق بذلك أمل الصهاينة والدول الصليبية، وفرضت الدول المسيطرة قوانينها على مستعمراتها لتحل محل الشريعة الإسلامية، كما عملت على ترسيخ قيمها ولغتها وثقافتها، محاولة بذلك محو الهوية العربية الإسلامية.⁽³⁾

وتمت ترجمة مجموعات القوانين الأوروبية، المدنية والجنائية والتجارية وغيرها، لتطبق قسراً في هذه البلاد ولم تسلم من نفوذها سوى بعض نواحي من شبه الجزيرة العربية.⁽⁴⁾

وكانت مصر المدخل الرئيسي للقوانين الوضعية ومنها تسربت إلى بقية البلاد العربية. حيث أنشئت بها المحاكم المختلطة، ثم المحاكم الأهلية ليتقاضى الأجانب والمواطنون أمامها بقوانين أجنبية أو ملفقة، وضعها أجنبان رغم اعتراض الناس عليها ورغبتهم في تطبيق الشريعة الإسلامية، ولم يبق مجالاً للشريعة، سوى قضاء ما يسمى بـ(الأحوال الشخصية).

وفي ليبيا نقلت القوانين الوضعية من مصر بشكل شبه حرفي وخاصة القانون المدني وكذلك الحال في أغلب البلاد العربية والإسلامية.⁽⁵⁾

بالرغم من أن بعض الآراء تقول: إن كل قوانين العالم منبثقة عن الشريعة الإسلامية، ومقتبسة منها، ولكن الغربيين استكباراً منهم لا ينسبون الفضل إلى أصحابه، والدليل على هذا الأخذ والافتباس: كتاب المقارنات التشريعية، للشيخ مخلوف المنياوي.⁽⁶⁾

ومع ذلك فإن المواطن في البلاد العربية والإسلامية غير واثق في هذه القوانين الغربية، ولا مصداقية اقتباسها من الشريعة الإسلامية، وأمله وغايته تطبيق الشريعة نصاً وروحاً من مصدرها القرآن الكريم والسنة النبوية.

(1) نشر هذا العمل بمصر، في أربعة أجزاء عام 1366هـ-1947م، أي قبل صدور القانون المدني بمصر عام 1949م. ينظر: مقدمة المقارنات، م.س.

(2) نشر لأول مرة في بنغازي ليبيا عام 1357هـ-1938م، ويضم (928) مادة، جمعت أحكام القضاء، والأنكحة، والمعاملات.

(3) ينظر: المصدر السابق، ص258 وما بعدها، وكان سقوط الخلافة 1921م.

(4) من تلك النواحي: اليمن، المملكة العربية السعودية، المصدر السابق، ص260.

(5) ينظر: مجلة دراسات قانونية، (تصدر عن كلية الحقوق بجامعة قاريونس، المجلد 7، س8، 1978م)، عدد خاص، بحث حول: إحلال الشريعة الإسلامية محل القوانين الوضعية، للمستشار علي منصور، ص33.

(6) الشيخ مخلوف بن محمد البدوي (ت 1295هـ)، (ونشرت هذا الكتاب دار السلام، القاهرة، 1420هـ-1999م).

ولذلك قامت كثير من البلاد الإسلامية بإصدار العديد من التنظيمات المقننة لأحكام الشريعة الإسلامية كما هو الشأن في السودان، وليبيا والدول الخليجية، وغيرها ، كما تم تعديل المادة (2) من الدستور في مصر ليُمنع صدور أي تقنين يجيء بالمخالفة للشريعة الإسلامية. و بسقوط الخلافة العثمانية انكشفت تركيا إلى حدود الأناضول برئاسة أتاتورك و تنكرت للإسلام واللغة العربية ومنعت الكتابة بحروفها وأعلنت أنها دولة علمانية لا دينية ، وألغت المحاكم الشرعية التي كانت تطبق الشريعة الإسلامية، و استوردت القوانين الأوروبية بكاملها و طبقتها بحذافيرها ، فأصبحت المرأة المسلمة التركية تتزوج زواجا مدنيا، و تتزوج بغير المسلم، مسيحيا، أو يهوديا، أو مجوسيا⁽¹⁾، و أعلنت الحكومة الكمالية الحرب التي لا رحمة فيها على علماء المسلمين و على الدين و على الشرع الشريف ؛ بحجة أن قوانينه لا تلائم تركيا الحديثة التي تريد أن تعيش قوانين وثقافة العصر لا العصور القديمة المتخلفة.

وقد كان لحملة نابليون على مصر في نهاية القرن الثامن عشر، الأثر الكارثي المدمر⁽²⁾ على مصرفي المجال التشريعي وغيره ، وإت كان بعض الناس يرى أنها تركت أثرا إيجابيا، و تحولا كبيرا من جراء البعثات العلمية التي رافقت الحملة و تخصصات في مختلف العلوم الحديثة كعلم الفلك و الهندسة و غيرهم، كما كان من بينهم رجال التشريع⁽³⁾ الذين كانوا وراء إصدار بعض التشريعات التي تمس المجتمع المصري.

و لم يتأثر القضاء في مصر كثيرا بهذه الحملة ، و إنما استمر كما كان وفقا لفقهاء الحنفي السائد حينذاك بشكل عام، هذا مع أن نظام الحكم في عهد محمد علي - الذي استولى على الحكم بعد انسحاب بقايا حملة نابليون - كله يقوم على المظالم و النزوات التي لا يمكن أن تقرها شريعة و لا عرف ولا قانون .

و أغلب التقنيات في البلاد العربية متأثرة بالقوانين الأجنبية ذاك أن المستعمر بعد تفتت الدولة العثمانية تقاسم تركتها و أخذ يفرض تشريعاته على مستعمراته، ففي السودان فرض الاحتلال البريطاني قانونا جنائيا مستمدا من نضيره الهندي ، و أخذت تتغلغل روح القانون البريطاني في القضاء السوداني بمرور الوقت.

و في الجزائر و تونس ، كانت القوانين الفرنسية هي المهيمنة فيهما، كما فرض الاحتلال الإيطالي قوانينه في ليبيا ، و هكذا في بقية البلاد العربية في فترة احتلالها ، إما بشكل كلي ، او جزئي ، ذلك أنه في كثير من البلاد العربية بقيت أحكام (المجلة العدلية) مطبقة فيها ، كما هو الشأن في الأردن و لبنان ، و سوريا ن و العراق ، وإلى أن ظهرت موجة التقنينات العارمة في

(1) ينظر: بحث للمستشار علي علي منصور بعنوان إحلال الشريعة الإسلامية محل القوانين الوضعية، (مجلة دراسات قانونية تصدر عن كلية الحقوق بجامعة بنغازي (قاريونس سابقا) المجلد 7 ،س8 ، 1978م) ص31.

(2) ينظر: تاريخ الجبرتي 26/3 نقلا عن رسالة (في الطريق إلى ثقافتنا) لمحمود شاكر د.ت ص99.

(3) مجلة دراسات قانونية ،م،س (نفس الصفحة).

آخر الأربعينيات وبعدها من القرن الماضي، بعد استقلالها و التي تزعم الأستاذ السنهوري لجان تدوين فرع القانون المدني وغيره فيها .

و هناك بلاد لم تتأثر نضمها الشرعية بأي قانون أجنبي ، فعصمها الله- تعالى- و بقيت محافظة إلى حد كبير على أحكام الشريعة، كالمملكة السعودية و اليمن و بعض البلاد الأخرى بالجزيرة العربية⁽¹⁾.

كما سلمت أحكام الأسرة (الأحوال الشخصية) من تدخل الأجنبي و فشلت محاولاته في أن يضع يده عليها ، و قد مر بنا موقف مسلمي الهند من محاولة الانجليز التدخل في هذه الأحكام و فشله في ذلك.

وقد كان أول تقنين رسمي لأحكام الأسرة يصدر على مستوى العالم الإسلامي هو تقنين (حقوق العائلة) الذي صدر في أواخر دولة الخلافة في محرم سنة 1336هـ -1917م ليعمل به في سائر البلاد و الولايات الخاضعة للدولة آنذاك.

وتلاه التقنين المرقم ب 25 لسنة 1920م بمصر و الذي أخذ فيه بفكرة الاستفادة من المذاهب الفقهية المتنوعة إلى أبعد مدى حيث اجتاز واضعوه المذاهب الأربعة في طائفة من أحكامه إلى الأخذ باجتهادات كانت تعد ضعيفة قبل صدور هذا التقنين .

و صدر تقنين بأحكام الأسرة بسوريا عام 1953م و هكذا تلاقت صدور التقنينات في البلاد العربية في مجال أحكام الأسرة و في غيرها دون التقيد بمعتمد الأقوال أو المذاهب المتنوعة في كثير من الأحوال بل خرج بعضها عن أحكام الشرع أصلا ، في الوقت الذي كان يجب أن يتبع عند تدوين هذه التقنينات الضوابط التالية:

- 1- التزام التام بأحكام الشرع المتفق عليها في المذاهب السنية .
 - 2- النظرة إلى قوة الدليل و تحقق المصلحة و اتباع قاعدة (لا اجتهاد مع النص)⁽²⁾.
 - 3- أن يقوم بمهمة التقنين فقهاء أجلاء أكفاء مستقلين ، لا يخضعون لسلطة ترجى أو تخشى، رائدهم الحق ، و لا يخشون في الله لومة لائم.
- هذا و إلا فالأوجب والأحق أن يرجع إلى الأقوال المعتمدة من الكتب الفقهية المعتمدة المعززة والمؤيدة بقرارات واجتهادات المجامع الفقهية ، ووفق ما ذكرناه سلفا.

⁽¹⁾ ينظر : الوجيز في تاريخ القوانين، د.محمود مغربي، (المؤسسة الجامعية للدراسات والبحوث ، ط1، 1979م ص396.

⁽²⁾ مادة 14 من مجلة الأحكام العدلية ص32 .

المصادر و المراجع

- 1- الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، زكي الدين شعبان، جامعة قاريونس، بنغازي ليبيا، ط4، 1978م.
- 2- إحياء علوم الدين، للإمام أبي حامد الغزالي، دار المعرفة، بيروت.
- 3- إرشاد الفحول للحافظ محمد علي الشوكاني، تحقيق: د. شعبان إسماعيل، القاهرة، دار السلام، ط1، 1998م.
- 4- أساسيات القانون في القانون الليبي، د. عبد القادر محمد شهاب، جامعة قاريونس، بنغازي، ط4، 2001م.
- 5- أصول الفقه، د. وهبة الزحيلي، نشر كلية الدعوة، طرابلس، ط1، 1990م.
- 6- إعلام الموقعين، لابن القيم، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، بيروت، المكتبة العصرية، 1987م.
- 7- تاريخ الفقه الإسلامي، د. عبد المجيد ع الحميد الديباني، الدار الجماهيرية للكتاب مصراته، ط1، 1992.
- 8- تاريخ المذاهب الإسلامية، محمد أبي زهرة، (دار الفكر العربي، القاهرة، د.ت).
- 9- تبصرة الحكام في أصول الأقضية و مناهج الأحكام للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن فرحون، راجعه طه عبد الرؤوف سعد (مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط1، 1406هـ- 1986م).
- 10- تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني لأحمد ابن مكرم الهيثمي (دار إحياء التراث العربي، بيروت).
- 11- تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، د. صوفي أبو طالب، دار النهضة العربية القاهرة، ط4، 1421هـ-2001م.
- 12- تطور النظام القضائي في إقليم طرابلس الغرب، في العهد العثماني الثاني، علي عمر الهازل (رسالة ماجستير) كلية الآداب جامعة طرابلس (الفتاح سابقاً)، ليبيا، 1998م.
- 13- التعليقات المرضية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، فتحي أحمد صافي، دار العلوم الإنسانية، دمشق، 1993م.
- 14- تقسر ابن كثير، للحافظ إسماعيل بن كثير، تحقيق: إبراهيم الجمل، القاهرة، دار القلم للتراث.
- 15- جهود تقنين الفقه الإسلامي، د. وهبة الزحيلي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1408هـ- 1987م.
- 16- جوهر الإسلام، للمستشار سعيد العشماوي، نشر دار سينا، القاهرة، ط3، 1993م.
- 17- حاشية الدسوقي (دار إحياء الكتب العلمية بمصر).
- 18- الدر المختار للحصكفي (دار المعرفة للطباعة و النشر، بيروت).

- 19- رد المحتار لابن عابدين، (دار الفكر ، بيروت).
- 20- درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تأليف: علي حيدر، تبويب: فهمي السيني، دار الجبل، بيروت، ط1، 1411هـ-1991م.
- 21- الشرح الصغير للعلامة : احمد محمد الدريير ، دار المعارف بمصر (د.ت).
- 22- شرح الورقات في أصول الفقه، لجلال الدين محمد بن أحمد المحلى الشافعي (ت 864 هـ)، تحقيق: د. حسام الدين بن موسى عفانة، الرياض، مكتبة العبيكان، ط1، 1421هـ-2001م
- 23- شرح محمد بن أحمد ميارة الفاسي علي تحفة الحكام لابن عاصم (المكتبة التجارية الكبرى، مصر).
- 24- صحيح البخاري مع فتح الباري، تحقيق: عبد العزيز بن باز وآخرون، ، المكتبة السلفية، القاهرة، ط3، 1407هـ.
- 25- طرق الإثبات الشرعية، للشيخ أحمد ابراهيم بك، المطبعة الحديثة للطباعة، القاهرة، 1985م.
- 26- علم أصول الفقه، لأحمد إبراهيم بك، دار الأنصار، القاهرة، 1357هـ-1939م.
- 27- عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ، للشيخ أحمد بن يوسف الحلبي (ت 756 هـ)، تحقيق: عبد السلام أحمد التونجي الحلبي، نشر: جمعية الدعوة الإسلامية، طرابلس، ليبيا، ط1، 1995م.
- 28- فقه النوازل لبكر عبد الله ابوزيد، (مؤسسة الرسالة ناشرون ،بيروت، ط1، 1427 هـ - 2006 م).
- 29- الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، لمحمد الحجوي، مكتبة التراث، القاهرة، ط1، 1396 هـ .
- 30- القاموس الفقهي، لسعد أبو جيب ،دار الفكر دمشق ،اعادة طبع واحد، 1419هـ-1998م.
- 31- القاموس المحيط للفيروز آبادي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط6، 1998م.
- 32- كتاب التعريفات، للعلامة علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني (ت 816 هـ)، تحقيق: د. عبد المنعم الحفني، نشر دار الرشد، القاهرة، (ب.ت).
- 33- لسان العرب: للإمام أبي الفضل جمال الدين محمد ابن منظور، دار صادر، بيروت، (ب.ت).
- 34- اللؤلؤ و المرجان وضعه: محمد فؤاد عبد الباقي (دار الحديث، القاهرة، 1421 هـ - 2001 م).
- 35- المجلة العدلية، علي حيدر وآخرون، ترجمة: فهمي الحسيني، بيروت، دار الجبل، ط1، 1991م،

- 36- مجلة المحاماة الشرعية (تاريخ القضاء والقضاة)، النظام القضائي بمصر في عهد العثمانيين، عبد الرحمن الراجحي المؤرخ.
- 37- مجلة دراسات قانونية، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة قاريونس، المجلد 7، س 8، 1978م، عدد خاص، بحث حول: إحلال الشريعة الإسلامية محل القوانين الوضعية، للمستشار علي علي منصور.
- 38- مجموعة فتاوى لابن تيمية، جمع: أحمد عبد الحليم طبع بإشراف (الرئاسة العامة لشؤون الحرمين بالسعودية).
- 39- مختار الصحاح للإمام محمد بن أبي بكر الرازي، طبعة منقحة، المكتبة الأموية، دمشق، 1972م
- 40- مختار القاموس للشيخ الطاهر الزاوي، أمانة التعليم (سابقاً) ليبيا، 1981م.
- 41- المدخل إلى الشريعة والفقہ الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط 1، 1425هـ - 2005م.
- 42- المصالح المرسله و أثرها في مرونة الفقہ الإسلامي د.محمد أبو ركاب، دار البحوث والدراسات الإسلامية و إحياء التراث، دبي دولة الامارات، ط 1، 1423هـ - 2000م.
- 43- المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، مصر، 1990م.
- 44- المغني، للإمام ابن قدامة، تحقيق: د.عبدالله التركي و د.عبد الفتاح الحلو (دار هجر، القاهرة).
- 45- المقارنات التشريعية، تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك، للشيخ مخلوف محمد المنياوي (1235هـ-1878م) دراسة وتحقيق: أ.د. محمد أحمد سراج، أ.د. علي جمعة محمد، نشر دار السلام، القاهرة، ط 1، 1420هـ-1999م.
- 46- مقدمة في إحياء علوم الشريعة المحامي صبحي المحمصاني، نشر دار العلم للملايين، ط 1، 1962م.
- 47- مواهب الجليل، على مختصر خليل للعلامة محمد ابن محمد الخطاب، (دار الفكر، بيروت).
- 48- الموسوعة الإسلامية العامة، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، 1422هـ-2001م.
- 49- نظام القضاء في الشريعة الإسلامية (مؤسسة الرسالة بيروت، ط 3، 142هـ - 2002م).

العمل وضمن رأس المال في صيغة المضاربة الشرعية

عبدالله أمبارك أحمد الدعيكي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله على نعمة الإسلام وكفى، والصلاة والسلام على حبيب الله المصطفى وآله وصحبه.

ويعد:

مقدمة

في ليبيا بعد طول انتظار وترقب صدر القانون رقم 46 لسنة 2012 م بتعديل بعض أحكام القانون رقم 1 لسنة 2005 م بشأن المصارف وإضافة فصل خاص بالصيرفة الإسلامية، وبهذا القانون فتح الباب أمام المصارف الإسلامية وسمح لها بالتواجد على الساحة المصرفية الليبية أسوة بالمصارف التجارية الأخرى، رغم أن هذا القانون قد جاء متأخراً قياساً إلى باقي الدول الإسلامية التي قطعت شوطاً لا بأس به في مجال الصيرفة الإسلامية.

المضاربة الشرعية فصلت أحكامها الكتب الفقهية أتم تفصيل، وإن ما يعنينا في هذا البحث كيفية التطبيق من قبل المصارف الإسلامية وبيانها، خاصة من حيث العمل وتقاسم الأرباح خاصة وأن صيغة المضاربة تعتبر من الركائز الأساسية للعمل المصرفي الإسلامي سواءً في علاقته بأصحاب حسابات الاستثمار أو علاقته بطالب التمويل منه وهو ما نصت عليه المادة المائة مكرر (3) فقرة 4، 5.

البحث يهتم ببيان أنواع المضاربة التي قال بها الفقهاء وما استجد عليها من أنواع خاصة بعد ظهور المصارف الإسلامية ويدرس المركز القانوني للمصرف الإسلامي في صيغة المضاربة، وأي هذه الأنواع يصلح للعمل المصرفي، خاصة وأن القانون المذكور أعلاه قد ذكرها في المادة المائة مكرر (3) فقرة 4 التي ذكر فيها المضاربة على عمومها، وفي الفقرة 5 ذكر إحدى أنواعها وهي المضاربة المشتركة ويجعل هذا البيان في مبحث مستقل. أما ما تبقى فيتناول فيه الباحث كيفية العمل وتقاسم الأرباح في هذه الصيغة وتركيز البحث حول نقطة ضمان رأس المال الذي يعد نقطة مفصلية عند الكثير من الفقهاء في شرعية العقد من عدمه، وأن هذه النقطة لا زالت محل بحث وتساؤل من قبل الباحثين الذين يميل أكثرهم إلى تطبيق الضابط المتعلق برأس المال في هذه الصيغة باعتبار أن يد المضارب يد أمانة لا يجوز تضمينها، وهو أمر متعلق بالنظام العام في هذه الصيغة أو الشراكة، ويرى البعض الآخر غير ذلك خاصة وأن المصرف المركزي هو الضامن لكافة المصارف العاملة في البلاد، باعتبار أن القوانين واللوائح المصرفية في مجملها تمنع تعريض أموال المودعين إلى المخاطر، وتشكل هذه القضية في نظرهم عنصراً مهماً في إنجاز عمل المصرف الإسلامي كوسيط مؤتمن في مجال

الاستثمار المالي، وحتى لا يجد المتعامل مع المصرف التقليدي نفسه أحسن حالاً من الوضع الذي يمكن أن يتحقق له في تعامله مع المصرف الذي يسير في استثمار الأموال على نظام المضاربة، وهناك من الباحثين من كان له رأي اعتبره توفيقياً للخروج من الخلاف.

سيتم تقسيم البحث على النحو الآتي:

تمهيد

المبحث الأول:

أنواع المضاربة الشرعية ومركز المصرف في عقد المضاربة.

المطلب الأول: أنواع المضاربة.

المطلب الثاني: المركز القانوني للمصرف الإسلامي في عقد المضاربة.

المبحث الثاني: الربح وضمن رأس المال في عقد المضاربة.

المطلب الأول: العمل.

المطلب الثاني: تقاسم الأرباح.

تمهيد:

المضاربة في اللغة اسم مشتق من الضرب في الأرض، قال ابن منظور: (ضرب في الأرض يضرب ضرباً وضرباً ومضرباً، بالفتح: خرج منها تاجراً أو غازياً، وقيل: سار في ابتغاء الرزق، وضرب في التجارة وفي الأرض وفي سبيل الله وضاربه في المال، من المضاربة: وهي القراض).¹ وهذه تسمية أهل العراق لها، وأما أهل الحجاز فيسمونها قراضاً، قال الراجزي: (أشهر اللفظين القراض عند الحجازيين والمضاربة عند العراقيين، واشتقاق القراض من قولهم: قرض الفأر الثوب أي: قطعه ومنه المقرض، لأنه يقطع به، وسمي قراضاً إما لأن المالك اقتطع قطعة من ماله فدفعها إلى العامل، أو لأنه اقتطع له قطعة من الربح).²

1. ابن منظور، ابن منظور (أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم)، لسان العرب، بيروت، لبنان: دار صادر، الطبعة السادسة، 2008م، ص 26.

2 الراجزي (أبو القاسم عبد الكريم بن محمد)، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1997م، الجزء السادس، ص 3.

وفي الاصطلاح الشرعي عرف الفقهاء المضاربة على النحو الآتي: قال ابن قدامة: (هي اشتراك بدن ومال، وذلك بأن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه على أن ما حصل بينهما حسب ما يشترطانه).¹

وعرفها ابن رشد بقوله: (أن يعطي الرجل الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال: أي جزء كان يتفان عليه ثلثاً أو ربعاً أو نصفاً).²

وقال النووي: (القراض والمضاربة: أن يدفع إليه مالاً ليتجر فيه والربح مشترك).³ أما في الاقتصاد الوضعي فإنها تختلف تمام الاختلاف عن المضاربة في الفقه الإسلامي، فالمضاربة في اصطلاح الاقتصاديين هي: (المخاطرات بالبيع والشراء بناءً على التنبؤ بتقلبات الأسعار، بغية الحصول على فارق الأسعار، وقد يؤدي التنبؤ إذا أخطأ إلى دفع الأسعار، بدلاً من قبضها).⁴

وهي تقتضي ضرورة السماح لهؤلاء المضاربين بالتعامل بالمكشوف، بمعنى السماح بالبيع وعقد الصفقات دون أن يكون المضارب مالكا للسلعة، مع العلم بأن من بين هذه الصفقات ما ليس بيعاً حقيقياً ولا شراءً حقيقياً، لأنه لا يجري فيها تسليم أو تسلم حقيقيان، وإنما المسألة كلها تنحصر في قبض أو دفع فروق أسعار.

أما عن حكمها: المضاربة جائزة بالإجماع لدى الفقهاء، رغم عدم وجود نص في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة تبين مضمونها وشروطها، وهي ثابتة عند الفقهاء بالسنة التقريرية، وإجماع الأمة.

قال ابن رشد: (لا خلاف بين المسلمين في جواز القراض).⁵

وقال ابن قدامة: (أجمع أهل العلم على جواز المضاربة بالجملة).⁶

¹ ابن قدامة (محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، القاهرة، مصر: دار الحديث، 2004م، الجزء السادس، ص382.

² ابن رشد (محمد بن أحمد بن محمد "ابن رشد الحفيد")، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، القاهرة، مصر: المكتبة التوفيقية، الجزء الثاني، ص301.

³ النووي (محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف)، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، جدة، السعودية: دار المنهاج للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2005م، ص300.

⁴ الأمين (حسن)، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة، المصرف الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، بحث رقم 11، الطبعة الثالثة، 2000م، ص20.

⁵ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مصدر سابق، الجزء الثاني، ص301.

⁶ ابن قدامة (محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، مصدر سابق، ص383.

ودليل مشروعيتها السنة النبوية الشريفة، قال ابن حزم في كتابه: (القراض أي المضاربة كان في الجاهلية، وكانت قريش أهل تجارة ولا معاش لهم من غيرها، ومنهم الشيخ الكبير الذي لا يطيق السفر، والمرأة والصغير واليتيم، فكانوا وذوو الشغل والمرض يعطون المال مضاربة لمن يتجر به بجزء مسمى من الربح، فأقر رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك في الإسلام، وعمل به المسلمون عملاً متيقناً لا خلاف فيه، ولو وجد فيه خلاف ما أنتفت إليه لأنه نقل كافة بعد كافة إلى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلمه بذلك، وقد خرج صلى الله عليه وسلم في قراض بمال خديجة رضي الله عنها).^{1، 2}

(وعن السائب؛ أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم: كنت شريك في الجاهلية، فكنت خير شريك، كنت لا تداريني، ولا تماريني).³

خلاصة القول ومن خلال ما تم عرضه من تعريفات للمضاربة الشرعية يتبين لنا اتفاق هذه التعريفات على الآتي:

1. أن المضاربة تقوم على طرفين هما رب المال والمضارب، فرب المال لديه المال اللازم للعمل التجاري، وليس لديه الخبرة في هذا الميدان، بينما نرى المضارب أو العمل ينقصه المال ولا تنقصه الخبرة في هذا المجال.
2. أن المضاربة تقوم على تقديم المال من رب المال، وفي المقابل العمل من المضارب.
3. أن المضاربة غايتها تحقيق الربح الذي يشترك فيه الطرفان وعلى ما يتفقان عليه.

المبحث الأول

أنواع المضاربة الشرعية ومركز المصرف في عقد المضاربة

المطلب الأول: أنواعها

المضاربة نوعان: مطلقة ومقيدة، لكن هناك من قال أنها أربع: (مضاربة مقيدة، مضاربة مطلقة، مضاربة ثنائية، مضاربة جماعية).¹

¹ ابن حزم (أبو محمد علي بن أحمد)، المحلى، كتاب المضاربة، بيروت، لبنان: دار الجيل، د.ت، ص 247.
² أورد ابن ماجة حديث عن المضاربة نصه: (عن صهيب؛ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ثلاث فيهن البركة: البيع إلى أجل، والمقارضة، وإخلاق البر بالشعير للبيت لا للبيع)، قال عنه الألباني: ضعيف جداً، أنظر الألباني (محمد ناصر الدين)، ضعيف سنن ابن ماجة، الرياض: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1997م، ص 178.

³ قال الألباني: صحيح، أنظر الألباني (محمد ناصر الدين)، صحيح سنن الترمذي، الرياض: مكتبة المعارف، الطبعة الأولى، 1997م، المجلد الثاني، ص 243.

لكن الواقع أنها ثنائية التقسيم، فمن حيث العمل أو الشروط تنقسم إلى اثنتين: مضاربة مقيدة ومضاربة مطلقة، ومن حيث الأشخاص فتتقسم إلى: مضاربة ثنائية ومضاربة جماعية، وتتداخل المضاربة الفردية والجماعية في كلا النوعين، وظهرت مع ظهور المصارف الإسلامية تسميات أخرى للمضاربة متعلقة بالزمن، وهي مضاربة قصيرة الأجل أو متوسطة الأجل أو طويلة الأجل، فقد يضارب المصرف على صفقة واحدة فهي مضاربة قصيرة الأجل، وقد يضارب في سلعة تشتري ثم تباع على فترات فهي مضاربة متوسطة الأجل، وقد يشترك مع آخرين في تمويل رأس مال مشروع بالكامل لفترة طويلة فهي مضاربة طويلة الأجل.

وهناك من قسم المضاربة إلى مضاربة عامة وهي: قيام المصرف باستثمار رأس مال المضاربة في كافة أوجه الاستثمار، حيث تصب كل الأموال في وعاء استثماري واحد هو حساب الاستثمار العام الذي يقوم المصرف باستخدامه في كافة أوجه التمويل الاستثمار، والمضاربة الخاصة: أي تكون خاصة بمشروع معين أو قطاع استثماري معين.

وآخرون قسموا المضاربة إلى مضاربة خاصة وهي المضاربة الشرعية المعروفة عند الفقهاء ومضاربة مشتركة، تختلف عن الأولى من حيث أشخاص المضاربة والعلاقة فيما بينهم، (فالخاصة: لا تخرج عن نطاق العلاقة الثنائية بين من يملك المال ومن يعمل فيه، أما المضاربة المشتركة فإنها: تضم ثلاث علاقات مترابطة تمثل مالكي المال والعاملين فيه والجهة الوسيطة بين الفريقين المصرف).

2

والراجح لدى الباحث أن هذه التقسيمات الحديثة للمضاربة من خاصة وعامة أو من خاصة ومشاركة، أو ثنائية وجماعية، جميعها تصب في نوعي المضاربة كما قسمها الفقهاء، وهما المضاربة المقيدة والمضاربة المطلقة، فالمضاربة المطلقة تعني إطلاق يد المضارب في الاستثمار وفي أي نوع من الأنشطة الاستثمارية، والمضاربة المقيدة وتعني تحديد نوع النشاط الاستثماري للمضارب، وعلى ذلك يكون تقسيمنا لها.

أولاً: المضاربة المقيدة:

وهي: (أن يقيد صاحب المال عامل المضاربة بنوع معين من العمل كأن يشترط عليه ألا يشتري إلا سلعة كذا، أو ينهاه أن يشتري سلعة باسمها، أو يقيد بالعمل في مكان معين. كأن يقول له: دفعت إليك هذا المال لتعمل به مضاربة في الكوفة أو البصرة أو القاهرة مثلاً، أو يقيد بوقت

¹ صوان (محمود حسن)، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، عمان، الأردن: دار وائل للنشر، الطبعة الثانية، 2008 م، ص 136، 137.

² حمود (سامي أحمد)، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، مكتبة دار التراث القاهرة، الطبعة الثالثة، 1991 م، ص 393.

معين، كوقت الشتاء، أو الصيف أو الربيع، أو يقيده بنوع معين من التجارة، سواء أكان النوع مما يعم وجوده أم لا يعم، أو اشترط عليه ألا يسافر بالمال أو اشترط عليه أن يسافر فيه).¹
وباختصار فإن المضاربة المقيدة، قيدت من قبل رب المال، وأن هذا القيد قد يكون على مكان المضاربة أو الزمن أو نوع المضاربة أو أي تقيد آخر، وسبب هذا القيد قد يكون في المحافظة على المال وتأمينه من مخاطر الهلاك، أو لمنفعة مقدره من رب المال، وليس إحداث ضرر بالمضارب.

ثانياً: المضاربة المطلقة:

وهي: (ما خلقت من تقيد العمل بزمان أو مكان أو نوع معين كأن قال له: خذ هذا المال واعمل فيه مضاربة، وما رزق الله من ربح فهو بيننا على كذا، فله في هذا الحال أن يبيع ويشترى بما هو معروف، طلباً للحصول على الربح الذي هو موضع العقد).²
وهذه الصيغة تكون عندما تكون الثقة كبيرة في المضارب من قبل رب المال نظراً للخبرة التي يمتلكها، وهي: (مضاربة مفتوحة لا تقيد بعمل معين، أو التعامل مع أفراد محددين، أو فترة زمنية أو مكان معين، وبدون فرض أية قيود أخرى من رب المال على المضارب، وتترك حرية التصرف في أنشطة المضاربة وفقاً لإرادته ومعرفته أمانته).³
وهي النوع الغالب على أنواع المضاربة في المصارف الإسلامية، حيث يترك للمصرف كامل الحرية في المضاربة بالمال الذي أخذه من المودع، أو من المصرف إلى غيره.
هناك من الفقهاء من قال بالمضاربة المطلقة دون سواها، وهم المالكية والشافعية، والعلّة عندهم أن: (الإشتراط يؤدي إلى فوات مقصود العقد).⁴
وأما الأحناف والحنابلة فلم يشترطوا هذا الشرط، وقالوا أنها: (تصح مؤقت، نحو إذا مضى كذا فلا تشتري، أو فهو قرض، فإذا مضى وهو متاع فلا بأس: إذا باعه كان قرضاً).⁵

¹ الأمين (حسن)، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة، مرجع سابق، ص46.

² المرجع نفسه، ص 46.

³ صوان (محمد حسن)، مرجع سابق، ص 137.

⁴ الدمشقي (تقي الدين أبو بكر بن محمد)، كفاية الأخبار في حل غاية الاختصار، قطر: إدارة إحياء التراث الإسلامي، الطبعة الأولى، الجزء الأول، ص 571. وانظر كذلك البغدادي (أبو محمد عبد الوهاب)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 1999م، المجلد الثاني، ص، ص643.

⁵ الفتوحى (تقي الدين محمد بن أحمد)، منتهى الإيرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، دار عالم الكتب، د،ت، الجزء الأول، ص461.

وخلاصة القول أن المصرف عندما يكون هو المضارب كما في الودائع الاستثمارية دون تفويض ثلاثه المضاربة المطلقة وعندما يكون هو رب المال أو نائباً عنه كما في تمويل المستثمرين ثلاثه المضاربة المقيدة، مع الأخذ بالاعتبار أنه من الصعب بمكان في ظروف اليوم أن تحدد أعمال المصرف اليوم كمضارب بشروط أوقيد.

المطلب الثاني: مركز المصرف الإسلامي في عقد المضاربة :

مصادر الأموال في المصارف الإسلامية تنقسم في العادة إلى مصدرين أساسيين هما: المصادر الداخلية والمصادر الخارجية.⁽¹⁾

• المصادر الداخلية:

تشمل هذه المصادر على حقوق المساهمين، والتي تتكون من رأس المال المدفوع والاحتياطات والأرباح المرحلة في حال تحقيقها، وتكون هذه المصادر بالمقارنة نسبياً مع غيرها ضئيلة لا تقارن مع المصادر الأخرى في كثير من المصارف الإسلامية، خاصة إذا كانت هذه المصارف في بداية تكوينها، نظراً لاستغراق هذه المصادر في الأصول الثابتة لهذه المصارف.

• المصادر الخارجية:

والتي تتكون في مجملها من الودائع تحت الطلب "الحسابات الجارية"، والودائع الادخارية" حسابات التوفير"، والودائع الاستثمارية" حسابات الاستثمار" التي بدورها تنقسم إلى نوعين هما: الإيداع على التفويض والإيداع بدون تفويض، وصكوك الاستثمار، ودفاتر الادخار الإسلامية، وودائع المؤسسات المالية الإسلامية، وصكوك المقارضة المشتركة، وشهادات الإيداع، والودائع العينية من ذهب وغيره والتي تخصص لها خزائن حديدية يتقاضى عنها المصرف أجره معينة، أو أي منتج يستحدث مستقبلاً، وتعد ودائع الاستثمار من أهم مصادر الأموال الخارجية للمصارف الإسلامية، وتقابلها في المصارف التقليدية حسابات الودائع لأجل.

أولاً: تشغيل المصرف لأمواله:

المصرف الإسلامي يكون رباً للمال عندما يشغل أمواله الخاصة عند الغير، والتي تنحصر في المصادر الداخلية للأموال، والمتمثلة في حقوق الملكية التي تتضمن كلاً من رأس المال والاحتياطات

¹ سليمان (محمد جلال)، الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية، موسوعة الاقتصاد الإسلامي في المصارف والنقود والأسواق المالية، القاهرة، مصر: دار السلام للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2009م، الجزء الثالث، ص 9، 10، بتصرف.

والأرباح المحتجزة، وكذلك استخدامه لأموال المودعين في الحسابات الجارية، وحسابات الادخار دون تفويض، وبمعنى أدق أموال المودعين التي لا تستحق أرباح بل هي على سبيل الوديعة يحق للمودع استرجاعها أو استرجاع مثلها في أي وقت شاء، ويكون للمصرف حق التصرف التام بها مدة حيازته لها، ويكون له الحق في استثمارها في الأوجه التي يراها ومن بينها المضاربة الشرعية.

وأموال الحسابات الجارية هي من أهم المصادر الخارجية التي يستفيد منها المصرف في عملياته الاستثمارية (إذ تجد ما يربو على 70% سبعين في المائة من مواردها التي تعبئها للاستثمار وتتأتي عنها عوائد، من الودائع الجارية).¹

والحسابات الجارية تعد حقوق على المصرف تعود إلى المودعين، (وهذا النوع من الودائع يمكن المطالبة بها فوراً أي بدون تأخير زمني أو شروط مسبقة، فتحول إلى نقد عند سحب صك أو شيك عليها، وتتجه معظم التشريعات المصرفية في العالم إلى عدم دفع تعويضات أي فائدة لأصحاب الحسابات الجارية بسبب عدم وجود أي قيد عند السحب عليها، بل جرت العادة أن تأخذ المصارف الإسلامية رسوم خدمات مقابل الحسابات الجارية).²

ثانياً: المصرف كمضارب:

يكون المصرف مضارباً في حالة استخدامه للودائع الاستثمارية للمودعين، والمحصورة لغرض المضاربة والمشاركة مع المصرف في الربح، ويقوم المصرف باستثمار هذه الأموال مقابل نسبة من الربح يحصل عليها المصرف أو المودع، وهي كما ذكرنا سلفاً تنقسم إلى نوعين: الأول: ودائع على التفويض، (حيث يودع العميل المبلغ في المصرف عن طريق فتح حساب الاستثمار باسمه ويخول المصرف باستثمار هذا المبلغ في أي المشروعات التي يراها المصرف مناسبة من الناحية القانونية والشرعية سواءً محلياً أو خارجياً، ويكون هذا الحساب لأجل مختلفة، ولا يجوز لصاحب هذه الوديعة أن يقوم بسحبها أو جزء منها قبل نهاية المدة المحددة، ويأخذ الاستثمار بهذه الوديعة حكم المضاربة الشرعية).³

ويحكم هذا النوع عقد المضاربة في صورته المطلقة.

والنوع الثاني: ودائع بدون تفويض، ويطلق عليه حساب الاستثمار بدون تفويض، وفي هذا النوع من الحساب يختار العميل مشروعاً من المشروعات التي يريد أن يستثمر فيها أمواله التي أودعها

¹ شيخون (محمد)، المصارف الإسلامية، عمان، الأردن: دار وائل للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2002م، ص 101.

² المرجع نفسه، ص 95، 96.

³ سليمان (محمد جلال)، الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، المجلد الثالث، ص 3.

وله أن يحدد المدة، وهذا النوع من الاستثمار يستحق العميل نصيبه من الأرباح في هذا المشروع الذي أختاره فقط، ويطلق على هذا النوع المضاربة المقيدة¹.

وعلى المصرف في هذه الحالة التقييد بما حدده المودع في مجال الاستثمار ومدة حياة المشروع أو مدة النشاط وعلى المصرف أن يلتزم بشروط المودع، ويمسك لهذه الودائع حساباً مستقلاً. وهناك نوع آخر من الودائع غير السابق ذكرها وهي الودائع الادخارية، والتي هي: (حسابات مزدوجة الفائدة لأصحابها. ففي الوقت الذي يستطيع صاحب الحساب السحب من حسابه في أي وقت يتمتع الحساب بعائد سنوي ونظراً لطبيعة السحب على الحساب فإن المصرف الإسلامي لا يستثمر كل رصيد حسابات التوفير إنما يستثمر قسماً منها "50%" في أغلب الأحيان ويصرف العائد على حساب التوفير سنوياً حسبما تتحقق من نتائج فعلية في نهاية السنة المالية للمصرف، ويتحدد العائد تبعاً للنسبة المستخدمة فعلاً من حقيبة الاستثمارات العامة في المصرف ونسبة مشاركة الحساب فيها، وذلك في ضوء صافي الربح الذي تسفر عنه نتائج الحسابات الختامية للمصرف ومدة استثمار المبالغ)^{2,3}.

¹ المرجع نفسه، ص 3. وانظر كذلك الوادي(محمود حسين) وسمحان(حسين محمد)، المصارف الإسلامية الأسس النظرية والتطبيقات العملية، عمان، الأردن: دار المسيرة، الطبعة الثانية، 2008م، ص 74.
² جناحي (عبد اللطيف عبد الرحيم)، مبادئ وتطبيقات العمل المصرفي الإسلامي، الطبعة الأولى، أبريل 1992م، ص 35...

1. ³ يقول الدكتور حسن الأمين أن: العلاقة ثنائية بين المصرف والمودع سواء عمل بهذه الأموال بنفسه مباشرة أو بدفعها إلى مضارب ثان، وهي أيضاً ذات العلاقة بين المصرف والمضارب الثاني من جهة أخرى، ولا يكون المصرف وسيطاً بين أصحاب الأموال الاستثمارية والمضارب الثاني، وإنما تنحصر علاقة المضارب الثاني مع المصرف فقط باعتباره عاملاً له، ويظل المصرف في هذه الحالة صاحب العلاقة بمفرده مع أصحاب الأموال الاستثمارية، مسئولاً عن هذه الأموال أمام أصحابها، وضامناً لها عند التقصير أو التعدي من المضارب الثاني، على أن يكون له الحق في أن يعود عليه بما ضمن. راجع الأمين (حسن)، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة، مرجع سابق، ص 56. وهو ما استقر عليه مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دور انعقاد مؤتمره الثاني بتاريخ 22 28 ديسمبر 1985م في قراره رقم (135)122، والذي جاء فيه: إذا عهد المضارب المصرف إلى طرف ثالث بالاستثمار فإنها مضاربة ثانية بين المضارب الأول وبين من عهد إليه بالاستثمار، وليست وساطة بينه وبين أرباب الأموال (أصحاب الحسابات الاستثمارية)...نقلًا عن السالوس (علي أحمد)، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، قطر: دار الثقافة، الطبعة الثامنة، 2005م، ص 162، 163.

وقد اختلف الفقهاء في تكيف العلاقة التي تربط المصرف مع المودعين أصحاب الأموال والمستثمرين، فمنهم من اعتبر (المصرف مضارباً مضاربة مطلقة والمودعين هم أرباب المال، فيتصرف المصرف في أموالهم كمضارب يعطي تلك الأموال إلى غيره بمقتضى المضاربة المطلقة أو التفويض العام، ويستحق على عمله الربح).¹

ومنهم من اعتبر أن المصرف وكيل عن أصحاب المودعين، (وهو ليس عنصراً أساسياً في عقد المضاربة؛ لأنه ليس هو صاحب المال ولا المستثمر، وإنما يتركز دوره في الوساطة بين الطرفين، وهذه الوساطة التي يمارسها المصرف تعتبر خدمة محترمة يقدمها المصرف للطرفين ومن حقه أن ينال مكافأة عليها على أساس الجعالة).²

وذهب بعضهم إلى أن المصرف له صفة مزدوجة تتمثل في كونه مضارباً مرة، ورب مال مرة أخرى، فبالنظر إلى علاقة المصرف بالمودعين يكون مضارباً، وبالنظر إلى علاقته مع المستثمرين يكون رب مال.⁽³⁾

والراجح لدى الباحث هو أن صفة المصرف في هذه الحالة هي صفة مضارب، وأن العلاقة التي تربطه مع المودعين هي علاقة المضارب ورب المال في عقد مضاربة مطلقة، يحق له من خلاله العمل بهذه الودائع بنفسه أو إعطائها لطرف ثالث أو مشاركته بها لأطراف أخرى في أي مشروع يراه مناسباً.

ثالثاً: الحالات المشتركة:

ويقصد بها عندما يقوم المصرف الإسلامي بخلط أمواله مع أموال المودعين لغرض المضاربة ويعمل في المالين معاً، فإذا ربح قسم الناتج على المالين، فيكون للمصرف حصة من الربح كمضارب وحصة كرب للمال، وفي هذه الحالة مركز المصرف في العقد يكون رب مال من جهة ومضارب من جهة أخرى، ويمكننا أن نلمس هذه الحالة إذا تم خلط الودائع بأنواعها في محفظة واحدة، لما له من حق أي المصرف في التصرف الممنوح له من المودعين في كل ما يراه مناسباً لتحقيق المصلحة المشتركة، بما في ذلك تحديد أساليب ومجالات الاستثمار، وهو المعتاد في كثير من أعمال المصارف، حيث يقوم المصرف بدراسة فرص الاستثمار المتاحة والمرشحة للتمويل، ومن ثم يقوم بخلط الأموال إذا رأى ذلك ويدفع بها إلى المستثمرين أصحاب الحرف والتجار، كل على حدة، وهو ما ينتج

¹ شبير (محمد عثمان)، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع، الطبعة السادسة، 2007م، ص 346، 347.

² الصدر (محمد باقر)، البنك اللاربيوي في الإسلام، بيروت، لبنان: دار التعارف للمطبوعات، الطبعة الثانية، 1983م، ص 41.

³ حمود (سامي حسن أحمد)، تطوير الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص 394.

عنه انعقاد مجموعة من شركات المضاربة الثنائية بين المصرف والمستثمر، وقد شبه أحد الباحثين هذه العمليات بالنهر الجاري قائلاً: (أساس عمل المصرف أن الودائع تصب في سلة عامة أشبه بالنهر الجاري الذي تأخذ منه قنوات الاستثمار المختلفة، وأضاف أن: الخلط في سلة المودعين خلط متداخل؛ تدخل فيه بعض الودائع بعد أن تكون بعض العمليات قد بدأت، وتخرج منه بعض الودائع قبل أن تنتهي بعض العمليات).¹

وهذا الخلط الذي يقوم به المصرف لأموال المودعين بعضها ببعض، بالإضافة إلى أمواله الخاصة، مرده إلى ما قال به الفقهاء بجواز خلط أموال المضاربة، مع اختلافهم حول مسألة الإذن من رب المال للمضارب، فعن خلط ماله بمال المضاربة، قال ابن رشد الحفيد: (اختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة والليث في العامل يخلط ماله بمال القراض من غير إذن رب المال، فقال هؤلاء كلهم ما عدا مالكا: هو تعدٍ ويضمن أي أنه يجوز بإذن رب المال بمفهوم الخلاف؛ وقال مالك: ليس بتعدٍ)² وأما عن خلط أموال المضاربة بعضها ببعض أي تعدد أرباب المال، فقد ذكر الدكتور سامي حمود في كتابه أن: (مسألة خلط أموال المودعين أمر لم يرد فيه أي رأي أو قول فيما هو معروف من المذاهب، بحسب ما أطلع عليه).³

هذا القول محاولة منه إثبات ما قال به أن المضاربة التي تقوم بها المصارف الإسلامية تختلف من حيث الأشخاص عن المضاربة الخاصة، لكن في الواقع أن هذا القول يرد عليه، ودليلنا على ذلك ما جاء في المدونة: (قلت: رأيت إن أخذ رجل مالاً قراضاً من رجل آخر قراضاً؟ قال: قال مالك: نعم، له أن يأخذ من غير الأول إذا لم يشغله عن قراض الأول، لكثرة مال الأول، فإذا كان المال كثيراً، فلا يكون له أن يأخذ من الآخر حينئذ شيئاً. قلت: ويكون له أن يخلط المالين إذا أخذهما وهو يحتمل العمل بهما؟ قال: نعم، إذا أخذ المالين من غير شرط من الثاني الذي يدفع إليه، أن يخلطهما ولا ضمان عليه).⁴

ومنع مالك رضي الله عنه الخلط عندما يكون المال كثيراً في القراض الأول، إنما كان من سياق السؤال والإجابة هو التحرز من عدم السيطرة على العملية التجارية من قبل المضارب الفرد إذا

¹ عطية (جمال الدين)، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم، قطر: رئاسة المحاكم الشرعية والحقوق الدينية، الطبعة الأولى، 1407 هـ، ص 111.

² ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مصدر سابق، الجزء الثاني، ص 308.

³ حمود (سامي حسن أحمد)، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 391.

⁴ ابن أنس (الإمام مالك)، المدونة الكبرى، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1994م، ص 644، 645.

كان مال القراض الأول كثيراً ويشغله عنه، وهذا الحوار بين الإمام عبد الرحمن بن قاسم والإمام مالك اقتصر على المضارب الفرد الطبيعي، فمن باب أولى جواز تعدد أرباب الأموال في حالة المصارف الإسلامية اليوم نظراً لما تتمتع به هذه المصارف من إمكانيات هائلة من حيث توفر الكوادر المؤهلة لتسيير هذه العقود، وبيان نصيب كل مودع في كل عملية تجريبها بدقة تكاد تكون متناهية.

وأيضاً ما بيناه فيما سبق أن المضاربة إنما قررت بالسنة التقريرية التي رأت ما هو عليه حال الناس في التعامل بهذه الطريقة، وما احتوته من أحكام لم تخالف أصل من أصول التشريع الإسلامي، فأقرها صلى الله عليه وسلم على ما هي عليه، وقد كان من المعروف أن أهل مكة في جاهليتهم ينظمون الرحلات التجارية من بلدهم الحرام إلى البلدان المجاورة والبعيدة، وكان هناك تجار يعهد إليهم العديد من الناس المضاربة بأموالهم في هذه التجارات، فيقوم هؤلاء التجار بخطط الأموال بعضها ببعض، دون أن يكون ذلك مخالفاً لما عهدوا أو ما اتفقوا عليه.

وأما عن دفع مال المضاربة لآخر، فهو قول الحنفية بجواز دفعه إذا أذن رب المال، جاء في بدائع الصنائع: (إذا قال رب المال للمضارب: أعمل برأيك، فله أن يدفع مال المضارب مضاربة إلى غيره).¹

المبحث الثاني

العمل وضمأن رأس المال

المطلب الأول: العمل

أولاً: العمل من اختصاص المضارب:

المضاربة - كما أسلفنا - تقوم على طرفين هما: رب المال والمضارب، فرب المال لديه المال اللازم للعمل التجاري، وليس لديه الخبرة في هذا الميدان، بينما نرى المضارب أو العامل ينقصه المال ولا تنقصه الخبرة في هذا المجال.

واشترط جمهور الفقهاء أن يختص المضارب بالعمل للمضاربة، فلا يجوز أن يشترط رب المال أن يعمل معه، وذهب الجمهور إلى فساد المضاربة بهذا الشرط، (والحنابلة يجيزون هذا الاشتراط، ويرون أن المضاربة تكون صحيحة معه، ويجوز لرب المال مع هذا الشرط جميع التصرفات التي تجوز للمضارب).²

وتنقسم الأعمال التي يمكن للمضارب أن يقوم بها بحسب مصدرها إلى:

¹ الكاساني (أبو بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، القاهرة، مصر: دار الحديث، 2005م، ص 49.

² ابن مفلح (أبو إسحاق إبراهيم بن محمد)، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، د.ت، ص 23

1. أعمال يملكها بمطلق العقد: وهي التصرفات التي من لوازم وتوابع المضاربة، أي التصرفات المعتادة بين التجار، والتي يقتضيها العرف وتحقق مقصود المضاربة وهو الربح، مثال ذلك الشراء والبيع والتخزين والنقل، لأن جميع هذه التصرفات من التصرفات المعتادة التي تقتضيها مصلحة السوق.
2. أعمال يملكها بالتفويض: وهي التصرفات التي لم يكن المضارب مأذوناً بعملها بمجرد المضاربة بل تتوقف على التفويض، كخلط مال المضاربة بماله، أو مال غيره.
3. أعمال لا يملكها إلا بالإذن الصريح، (وهي التصرفات التي لم يكن المضارب مأذوناً بها بمجرد عقد المضاربة أو بتفويض رب المال بقوله: اعمل برأيك، بل هي متوقفة على إذن صريح من رب المال وهي من الأشياء التي لم تكن من باب المضاربة، أو ملحقة بالمضاربة، كالاستدانة والإقراض والهبة والصدقة).¹

ثانياً: عدم تضيق رب المال على المضارب:

عدم التضيق على العامل إنما تكون في نطاق المضاربة المطلقة، أما في المضاربة المقيدة فيجوز لرب المال الاشتراط، وأن الغاية من التقييد قد يكون في المحافظة على المال وتأمينه من مخاطر الهلاك، أو لمنفعة مقدره من رب المال، وليس إحداث ضرر بالمضارب. إن هذا الشرط جائز شرعاً في المضاربة المقيدة، عند من ذكرناهم سابقاً وهم الأحناف والحنابلة، ويجب الوفاء به وذلك لأن رب المال له أن يشترط على المضارب مثل هذا الشرط في نطاق المضاربة المقيدة والتضيق من رب المال على المضارب يكون في عدة صور منها الآتي:

1. التدخل في أمور البيع والشراء، كأن يشترط عليه البيع بالنقد دون النسيئة.
2. إلزام المضارب بالبيع بثمن محدد، أو الشراء بثمن محدد.
3. إلزام المضارب بشراء سلعة معينة أو تحمل مواصفات معينة.
4. إلزام المضارب بالعمل ببلد معين.
5. إلزام المضارب بالتعامل مع صنف من الناس دون غيرهم.
6. إلزام المضارب ببيان الحركة التجارية لعمله بين فترة وأخرى.
7. إلزام المضارب بأجل لانتهاء العقد يمنعه من التصرف، وغيرها من الصور.

¹ الشرييني (شمس الدين محمد الخطيب)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، القاهرة، مصر: دار الحديث، د، ت، ص 409.

هذه الصور في أغلبها جائزة في المضاربة المقيدة، أما في المضاربة المطلقة فإنها لا تصح، قال البغدادي: (إذا شرط رب المال على العامل ألا يبيع إلا من فلان، ولا يشتري إلا من فلان، أو لا يشتري إلا نوعاً مخصوصاً مما لا يعم وجوده، كان القراض فاسداً).¹

والسؤال الذي يطرح نفسه: هل يحق للمصرف باعتبار رب المال أن يضيق على المضارب؟. وهل يحق للمستثمر باعتباره رب للمال أن يضيق على المصرف في حالة كون المصرف مضارباً؟. المضاربة المقيدة والمضاربة المطلقة، كلا النوعين يلائم عمل المصارف الإسلامية، فالمضاربة المقيدة تكون عندما يكون المصرف رب للمال، وهذا النوع من المضاربات يكون في مشاريع محددة المدة والتكاليف، أي في المشاريع قصيرة الأجل، ويكون دور المصرف فيها توفير الموارد اللازمة لتمويل المشروع، ويحق في هذه الحالة للمصرف أن يضيق على المضارب، وذلك بأن يشترط الشروط الملائمة والمناسبة التي تضمن نجاح المشروع والعائد المتوقع منه، وللمصرف توجيه القائمين عليها لما له من خبرة ودراية بأحوال السوق.

أما إذا كان المصرف هو المضارب فالمضاربة المطلقة ثلاثمة أكثر من الأخرى، وفي هذه الحالة من المعتاد أن يكون العقد بين المصرف والمستثمر فيه ما ينص على نوع المضاربة، وهي المضاربة المطلقة التي بموجبها يأذن رب المال أو المستثمر للمصرف في كل تصرف فيه المصلحة، فهذه الصيغة تجيز للمصرف أن يباشر جميع التصرفات التي يرى فيها المصلحة، ويعتبر مضارباً في الوديعة فيخلطها بأموال أصحاب الأسهم والودائع الأخرى، وتجزئ له أيضاً أن يدفعها لغيره ليضارب بها، باعتبار أن كل ما للمضارب أن يعمله فله أن يوكل فيه غيره، دون تضيق من المستثمر أو اعتراض منه.

المطلب الثاني: الربح وضمن رأس المال

أولاً: نصيب كل طرف معلوماً عند التعاقد:

لاعتبار أن الربح هو المعقود عليه، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد، ويتحدد نصيب كلاً منهما حسب الاتفاق بين المضارب ورب المال كالنصف أو الربع أو السدس أو غيرها، فإن كان كالجزة والنصيب والحصة بطلت المضاربة لجهالة المعقود عليه، (ولا تصح المضاربة إلا على قدر معلوم).²

¹ البغدادي (أبو محمد عبد الوهاب بن علي)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، دار بابن حزم، الطبعة الأولى، 1999، ص 643.

² ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، الجزء الخامس، ص 389.

ولو قال رب المال للمضارب اعمل في هذا المال مضاربة والريح بيننا، (صحت المضاربة، لأنه أضافه إليهما إضافة واحدة لم يترجح فيها أحدهما على الآخر، فافتضى التسوية كما لو قال : هذه الدار بيني وبينك).⁽¹⁾

ولو تضمن عقد المضاربة تحديد حصة المضارب من الريح دون حصة رب المال صحت المضاربة لأن المضارب يستحق الريح بشرط العمل فلم يقدر إلا به، أما رب المال فإنه يستحق الريح بالملك لأنه نماء ملكه فلا يحتاج في استحقاق باقي الريح إلى شرط.

ثانياً: الربح مشتركاً بين المتعاقدين بحيث لا يختص به أحدهما دون الآخر:

وذلك بأن يكون الربح مشتركاً بين العاقدين لا يستقل به أحدهما عن الآخر، فإذا شرط الربح كله لأحدهما فسدت المضاربة لمنافاة هذا الشرط لمقتضى العقد، وذلك أن مقتضى عقد المضاربة اشتراك العاقدين في الربح فإذا استقل به أحدهما كان ذلك منافياً لهذا المقتضى، (وبذلك قال الشافعية والحنابلة).²

وعند الأحناف أن هذا الشرط يحول عقد المضاربة إلى عقد قرض، إذا شرط الربح كله للمضارب وإلى عقد إبطاع وهو إعطاء المال لمن يستثمره لصاحبه والريح كله لصاحب المال، إذا شرط الربح كله لرب المال⁽³⁾

ورأى المالكية أن المضاربة مع هذا الشرط صحيحة، جاء في المدونة: (سألت مالكا عن الرجل يعطي الرجل المال، يعمل به على أن الربح للعامل ولا ضمان على العامل؟ قال: قال مالك: قد أحسن ولا بأس به).⁴

ثالثاً: توزيع الربح حصة شائعة لكل من المضارب ورب المال:

ذلك أن مقتضى عقد المضاربة اشتراك المتعاقدين في الربح الناتج عنها، وهذا لا يتحقق إلا بهذا الشرط، فإذا شرط لأحد العاقدين مبلغ مقطوع ولو مع نسبة شائعة من الربح كان العقد باطلاً لأنه

¹ المصدر نفسه، ص 388.

² الدمشقي، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، مصدر سابق، الجزء الأول، ص 573... وانظر كذلك...
النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، مصدر سابق، ص 300.

³ أنظر في ذلك السرخسي، المبسوط في الفقه الحنفي، تحقيق: أبو عبد الله محمد إسماعيل الشافعي، بيروت لبنان: دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، 2009م الجزء 22، ص 23.

⁴ ابن أنس (الإمام مالك)، المدونة الكبرى، مصدر سابق، الجزء الثالث، ص 632.

قد لا يربح غيرها فتنقطع الشركة بينهما في الربح، وهو مقتضى العقد وكذلك لو شرط لأحدهما ربح صفقة بعينها أو بضاعة بعينها لأنها قد لا تبيع ويبيع غيرها، أو العكس فتنقطع الشركة في الربح.⁽¹⁾

رابعاً: الخسارة على رب المال ولا يتحمل العامل شيئاً:

هذه النقطة محل اتفاق بين الفقهاء إذا لم يكن هناك تعدد من المضارب أو إهمال أو تقصير، قال ابن قدامة: (إذا اتفق رب المال والمضارب على أن الربح بينهما والوضيعة عليهما. كان الربح بينهما والوضيعة على المال، وجملته: أنه متى شرط على المضارب ضمان المال أو سهماً من الوضيعة فالشرط باطل، لا نعلم فيه خلافاً والعقد صحيح. نص عليه أحمد. وهو قول أبي حنيفة ومالك. وروي عن أحمد: أن العقد يفسد به. وحكي ذلك عن الشافعي، لأنه شرط فاسد فأفسد المضاربة كما لو شرط لأحدهما فضل دراهم).²

لكن هناك من الباحثين والفقهاء المعاصرين من قال بضمن رأس المضاربة كما تجرئها المصارف الإسلامية، وذلك بأن يتعهد المصرف الإسلامي بضمن رأس المال ورد قيمة الوديعة الاستثمارية كاملة حالة خسارة المشروع، وتشكل هذه القضية في نظر الذين دعوا إلى تطوير المضاربة عنصراً مهماً في إنجاح عمل المصرف الإسلامي كوسيط مؤتمن في مجال الاستثمار المالي، وحتى لا يجد المتعامل مع المصرف التقليدي نفسه أحسن حالاً من الوضع الذي يمكن أن يتحقق له في تعامله مع المصرف الذي ييسر في استثمار الأموال على نظام المضاربة المطلقة أو المقيدة.⁽³⁾

وكان أول من قال بذلك محمد باقر الصدر رحمه الله والذي رأى أن يضمن المصرف الأموال المودعة على سبيل المضاربة والتعهد بقيمتها كاملة من قبل المصرف باعتباره طرفاً ثالثاً وهو بمركز

¹ انظر في ذلك الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، المجلد الثامن، ص 24. وكذلك ابن رشد، بداية

المجتهد ونهاية المقتصد، مصدر سابق، الجزء الثاني، ص 304.

² ابن قدامة، مصدر سابق، الجزء السادس، ص 436. وانظر كذلك ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مصدر سابق، الجزء الثاني، ص 305. وانظر كذلك ابن تيمية (أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام)، مجموع فتاوى ابن تيمية، مكتبة ابن تيمية، الطبعة الثانية، 1399هـ، ص 82... ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، الجزء التاسع، ص 248.

³ من بين هؤلاء الباحثين الدكتور سامي حسن حمود في كتابه تطوير الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص 399، والذي بني فيه حكمه على الضمان من قول لابن رشد: "أنه إن دفع العامل رأس مال القراض إلى مقارض آخر أنه ضامن إن كان خسران"، وأيضاً قاس المضارب المشترك على الأجير المشترك. وقد رد الدكتور حسن الأمين على ما أورده الدكتور سامي حمود من أدلة، وبين عدم صحة ما ذهب إليه وما أستند عليه من دليل. راجع في ذلك حسن الأمين، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة، مرجع سابق، ص 32 وما يليها.

الوسيط بين العامل ورأس المال أي أن المصرف ليس أحد طرفي المضاربة، بل وذهب أبعد من ذلك باقتراحه ضمان حد أدنى من الدخل المودع وتعويض الفائدة المعطاة في المصارف التقليدية بنسبة مئوية معينة من الربح للمودعين بوصفهم أصحاب المال في عقد المضاربة، ورأى أن لا تقل النسبة المئوية من الربح التي تخصص للمودعين عن الفائدة التي يتقاضاها المودع من المصرف التقليدي.⁽¹⁾

وقال بعضهم أن من دواعي ذلك أي ضمان المصرف لرأس المال :

1. ضخامة الأموال في الحسابات الجارية وضخامة الأرباح التي تحققها المصارف من هذه الأموال، مما يؤدي إلى تركيز الثروة وحبس الكفاءة التي تعاني منها بعض المصارف، وعدم استعادة أصحاب الحسابات من هذه الأرباح وإنما تذهب جميعها إلى المصرف.

2. استعداد المصارف للتبرع بالضمان لرغبتها في جذب الودائع وحسن استخدامها لهذه الأموال وتشتيت مخاطر الاستثمار مع تنويع استثماراتها واستخدام أساليب استثمارية مما يحقق عوائد كلية إيجابية.

3. القوانين واللوائح السائدة تمنع تعريض أموال المودعين إلى المخاطر مما لا يمكن معه تبني عقد المضاربة وتحميل رب المال الخسارة في حالة تحققها.⁽²⁾

وهناك من قال بوجود طرف ثالث في العلاقة إنما في صفة ضامن متبرع ليس بذئ علاقة تعاقدية أيًا كانت درجتها بأي من المتعاقدين أو المشروع موضوع العقد، واعتبر ذلك من قبيل التبرع بمقدار ما يحصل من نقص لرأس المال.⁽³⁾

والأساس الشرعي لذلك هو التبرع المحض، ذلك أن لأي إنسان أن يتبرع بما يشاء من ماله، ولا قيد عليه في أن يتبرع لمن يشاء وكيفما يشاء.

قال تعالى: (وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ)⁽⁴⁾.

¹ المصدر (محمد باقر)، مرجع سابق، ص 32،33،34، بتصرف.

² أحمد (التيجاني عبد القادر)، مستخلص لحوار الأربعاء الأسبوعي، تبرع المضارب بضمان رأس المال في الودائع المصرفية، بتاريخ الأربعاء 17 / 10 / 2001م، جامعة الملك عبد العزيز، كلية الاقتصاد والإدارة، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي.

³ انظر مجلة المجمع الفقہ الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الثالث، ص (2162).

⁴ سور المائدة، آية رقم 2.

غير أن هناك من اعترض على ذلك بقوله: (أن الخسارة المالية تقع على رب المال في المضاربة، وهو أمر يتعلق بالنظام العام لهذه الشركة، ولا يجوز أن يتفق العاقدان على خلافه. وهو موضع إجماع بين الفقهاء، وهو إجماع مؤسس، ذلك لأن عامل المضاربة لم يتقدم إلى شركة المضاربة بأي حصة مالية، إنما حصته عمل فقط، ومن ثم فإنه مسؤول عن حصة العمل، ورب المال مسؤول عن حصة المال).¹

إن ما ذكره بعض الباحثين من أسباب تلزم المصرف بضمن رأس المال، هي أسباب واقعية في مجتمعنا اليوم، الذي لا زال المشرع فيه متأثراً بمنهج الاقتصاد الوضعي، والذي في واقعه يصلح للمصارف التقليدية، ويوافق أهدافها، وعلى الرغم من واقعية هذه الأسباب فإنها لا تلزمنا إذا علمنا أنها تخالف إجماع الفقهاء، وتدخل في الشروط الفاسدة عندهم، وأن هذه التبريرات تجعلنا نطرح السؤال هل المصارف الإسلامية مطلب شرعي أم توسع في الخدمات المالية والمصرفية؟. والإجابة على ذلك بطبيعة الحال أنها مطلب شرعي أولاً وأخيراً، وليس المقصود منها التوسع وجذب الأموال دونما التقيد بأحكام الشريعة الإسلامية، لذلك وجب عند العمل بأي صيغة من الصيغ أن تتوافق مع القواعد الشرعية العامة وأن لا يتعارض هذا التكييف مع النصوص الشرعية، وبما لا يوقع الناس في الحرج أو الحرام.

إن هذه التخريجات جميعها التي تدعو إلى ضمان رأس المال تصطدم وما أجمع عليه السلف على أن المضارب لا يضمن مال المضاربة، وأن اشتراط رب المال ضمان ماله يفسد المضاربة، وعليه فإن المضارب سواءً في المضاربة الفردية أو المشتركة لا يضمن مال المضاربة مطلقاً، باعتبار أن يد المضارب يد أمانة لا يجوز تضمينها إلا إذا تعدى أو قصر في عمله أو خالف الشروط المنصوص عليها في العقد، والنهي عن فرض الضمان علقته عند معظم الفقهاء هو ما يترتب عليه من وقوع الربا والغرر بين المتعاقدين.

إن من قال بضمن المضارب لرأس المال في الأعمال المصرفية إنما في الواقع قول أراد به محاكاة أعمال المصارف التقليدية التي تضمن الودائع للمودعين في حالة الخسارة، لذا نجدهم محاولين إعطاء هذه الميزة كما يعتقدون للمصارف الإسلامية، وذلك لمجاراة المصارف التقليدية، ولجذب رؤوس أموال ربما يكون أصحابها في تردد من تحمل أية مخاطر، أو أنها مجارات للقوانين واللوائح السائدة التي تمنع تعريض أموال المودعين إلى المخاطر.

¹ المصري (رفيق يونس)، ندوة حوار الأربعاء بعنوان: هل يمكن لعامل المضاربة ولا سيما إذا كان مصرفاً أن يشترك في الخسارة مع رب المال، بتاريخ الأربعاء 7 / 01 / 2004م، جامعة الملك عبد العزيز، كلية الاقتصاد والإدارة، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي.

وأما حديثهم عن ضمان الطرف الثالث، فإنه وكما ذكر أحد الباحثين: (لا يتصور وجود طرف ثالث غير مستفيد من العملية أو غير ذي مصلحة أو متداخل بصورة أو أخرى في العملية يمكن أن يقدم مثل هذا الضمان، رغم أنه يمكن تبنيه في حال المشروعات الحيوية التي تتبناها الدولة).^{1*}

وأما قولهم بأن المضاربة المشتركة تختلف عن المضاربة المطلقة⁽²⁾، فهو قول لا يسنده دليل، وإنما الواقع أن المضاربة المشتركة هي ذاتها المضاربة المطلقة، وبالتالي تأخذ أحكامها في وجوب عدم تضمين المضارب أو المضاربين، وإن فقهاء الأمة قد تنبهوا إلى حالة تعدد أرباب المال أو المضاربين، وأجمعوا كما أسلفنا على تضمين المضاربين.

ويمكن لعلماء الأمة أن يجدوا الترخيص الفقهي الملائم لهذا الشرط دون أن يتعارض مع ما أجمع عليه الفقهاء، وقد كان للدكتور حسن الأمين مقترح في ذلك رأينا أنه الأنسب من بين ما طرح ولو إلى حين في مسألة ضمان المال، وهو: أن يتم تخريج ضمان رأس المال على أساس التكافل الاجتماعي بين المستثمرين، فينشأ صندوق تأمين إسلامي تعاوني يقوم على أساس اقتطاع جزء من أرباح المضاربة لمواجهة خطر الاستثمار، (مع ملاحظة أن أقساط هذا التأمين التعاوني لا ينبغي أن تكون من الربح المشترك بين المصرف والمستثمرين حتى لا يتحمل المصرف جزءاً منها، وهو عامل المضاربة، فيكون بذلك ضامناً من حيث أردنا أن نجنبه ذلك).³

¹ أحمد (أحمد محي الدين)، تطبيق المضاربة والمشاركة الثابتة والمتناقصة في التمويلات المصرفية، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الرابع للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، مملكة البحرين، 34 أكتوبر 2004م، ص 26.

* تساءل الدكتور محمد علي القرني في بحثه عن الجهة الثالثة التي تتبرع بالضمان دون أن يكون لها مصلحة مباشرة في الاستثمار؟، وقال: (إذا كانت جهة ثالثة لها مصلحة وفائدة في هذا الاستثمار لم تعد في الحقيقة جهة ثالثة. فوجود جهة ثالثة حقيقية غير متصور. وقد ذكر لنا أن الحكومة الأردنية قبلت ضمان صكوك المضاربة التي كانت مؤسسة الأوقاف تريد إصدارها لعمارة بعض ممتلكاتها، ومثل هذا لا بأس به، إلا أن وجود طرف ثالث بهذه الصورة نادر الحدوث والنادر لا حكم له، فالأكثر أن الطرف الثالث ليس مستقلاً عن طرفي العقد بل هو شريك أو بائع أو مشتر وهكذا، ومثل هذا لا يصلح في غالب الأحيان). انظر في ذلك.. القرني (محمد علي)، ضمان المصرف الإسلامي للوديعة الاستثمارية، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، المجلد 16، العدد 2، 1424هـ، السنة 2003م، ص 64.

² سامي حسن حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 393.

³ الأمين (حسن)، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة، مرجع سابق، ص 64.

وقد تبنى هذا الرأي المشرع السوداني عند صياغته للقانون رقم 5 لسنة 1996م بشأن صندوق ضمان الودائع المصرفية.⁽¹⁾

إلا أن ما يأخذ على هذا القانون هو اشتراط اقتطاع نسبة مئوية من رأس مال الودائع الاستثمارية لغرض المضاربة، وكان على المشرع أن يقتطع النسبة من الأرباح لا من رأس المال وهو الأصح في نظر الباحث.

المشرع الليبي حديث العهد فيما يتعلق بالتشريعات المصرفية الإسلامية لذلك نرى أن بعض نصوصه في القانون رقم 46 لسنة 2012م الصادر من المجلس الوطني الانتقالي بشأن المصارف وإضافة فصل خاص بالصيرفة الإسلامية⁽²⁾، قد جاءت مقتضبة وخاصةً فيما يتعلق بعضوية المصارف الإسلامية بصندوق ضمان المودعين التي أحالت أحكامها إلي المادة 91 من القانون رقم 1 لسنة 2005م التي في أساسها وضعت لتلاءم عمل البنوك التجارية ولا تصلح للبنوك الإسلامية.

وأما فيما يتعلق بالعمليات المتعلقة بالاستثمار والتمويل فينشأ لها صندوق خاص لضمان مخاطر التعدي والتقصير دون تفصيل منه للأسباب والهدف من إنشائه ومن الملزم بالمساهمة من أطراف العقد.

وخلاصة القول أن المحاولات لتضمين المضارب أو إيجاد طرف ثالث ضامن لم يلق القبول التام، مما يؤكد أن يد المضارب يد أمانة لا يجوز تضمينها، وإن هذه المحاولات كما يعتقد الباحث هي في سبيل مجارات بل محاكاة الأنظمة الاقتصادية الوضعية المعاصرة التي جاءت في ظل ظروف مختلفة كان لها الأثر المباشر على صياغة القوانين الصادرة في العديد من الدول الإسلامية المنظمة للعمليات المصرفية، والتي من بينها إلزام المصارف بضمن الودائع وردها، ضناً من المشرع في تلك الدول بمنع تعرض أموال المودعين لخطر الخسارة وما قد يسببه ذلك من مشاكل اقتصادية لها الأثر على العام والخاص، وهي أيضاً نتيجة عدم اقتناع العديد من تلك الدول بضرورة وجود تشريعات خاصة بالمصارف الإسلامية تختلف في أساسها عما تضمنته تشريعاتها الأخرى المتعلقة بالمصارف التقليدية، وأيضاً كما يعتقد الباحث توغل العقلية الربوية في المصارف الإسلامية والتي بدورها تعمل على أسلمه الكثير من المنتجات والصيغ غير الشرعية المقابلة في المصارف التقليدية، وإعطاء الحوافز ذاتها التي تمنحها المصارف التقليدية، دون أن يكون لها أي دور في المحافظة على ما قام به

¹ المصدر: www.sudanjudiciary.org/sub/law.

² الجريدة الرسمية، العدد 13، الصادر بتاريخ 05/07/2012م، ص 780.

المنظرون الأوائل للمصارف الإسلامية، الذين لم يخطر ببالهم الدعوة أو حتى البحث عن ما يسمى بضمن الودائع في هذا العقد، نتيجة ما هو ثابت لديهم بما يجره الضمان من بطلان للعقد. وكذلك لا ننسى ما لا يحبذه الكثير من المستثمرين من المجازفة بالمخاطر، وعدم استعدادهم الكافي للمشاركة في الربح والخسارة، ويميل هؤلاء دائماً إلى الاستثمار الذي يقدم أعلى عائد بأقل درجة من المخاطرة، وهم نسبة لا بأس بها تحاول المصارف جميعها التقليدية منها والإسلامية جذبهم إليها.

إن القول بضمن أموال المودع من الخسارة في عقد المضاربة، يقابله من ناحية أخرى خسارة أخرى للمضارب وهو ما قام به من جهد وما كان يتوقعه من ربح، بل إن الخسارة في رأس المال قد تكون جزئية لا تأكل رأس المال كله، بينما الخسارة التي يتلقاها المضارب في هذا العقد تكون كلية، لا جزئية لها، وبذلك فمن غير العدل أن نحمل المضارب كلتا الخسارتين، خسارته للعمل وضمانه لرأس المال، والأمر الأخير أن الربح في عقد المضاربة ليس بالمؤكد عند صياغة العقد أو العمل بالمضاربة، فالربح متوقع وكذلك الخسارة متوقعة ولو بنسبة أقل من سابقتها، وإن رب المال ما أقدم على صياغة هذا العقد إلا ويعلم بهذه النتائج، وكذلك هو الحال للمضارب، غير أنه على المضارب إذا كان مصرفاً أن يتفادى الخسائر في عقد المضاربة بأقل نسبة ممكنة وذلك بالدراسة المتأنية للمشاريع، وحسن انتقاء عملاء المضاربة ممن لديهم الخبرة الكافية والاسم التجاري والتجارب العديدة في هذا المضمار، وإلى غير ذلك.

الخاتمة

تناول البحث صيغة المضاربة من حيث التطبيق في المصارف الإسلامية مستعرضاً في تمهيده تعريف الفقهاء لها وحكمها والدليل على شرعيتها والفرق بينها وبين مفهوم المضاربة في الاقتصاد الوضعي، ثم انتقل في مبحثه الأول إلى بيان أنواع المضاربة الشرعية التي قال بها الفقهاء وما استجد عليها خاصة بعد ظهور البنوك الإسلامية، وقد رجح الباحث التقسيم الثنائي لها وبين أسباب الترجيح.

المبحث الثاني لعله كان بيت القصيد في هذا البحث وبخاصة نقطة ضمن رأس المال في صيغة المضاربة، حيث استعرض البحث الرأي الفقهي المتعلق بعدم جواز ضمن رأس المال، وما استجد عليه من تخريجات وأقوال تدعو إلى ضمن رأس المال، وبين البحث الأسباب التي دعت من قال بالضمن وما رافقها والرد عليها من قبل بعض الباحثين، وقد خلص البحث إلى أن إن هذه التخريجات جميعها التي تدعو إلى ضمن رأس المال تصطدم وما أجمع عليه السلف على أن المضارب لا يضمن مال المضاربة، وأن اشتراط رب المال ضمن ماله يفسد المضاربة، وعليه فإن المضارب سواء في المضاربة الفردية أو المشتركة لا يضمن مال المضاربة مطلقاً، باعتبار أن يد

المضارب يد أمانة لا يجوز تضمينها إلا إذا تعدى أو قصر في عمله أو خالف الشروط المنصوص عليها في العقد، والنهي عن فرض الضمان علقه عند معظم الفقهاء هو ما يترتب عليه من وقوع الربا والغرر بين المتعاقدين. وإن من قال بضمن المضارب لرأس المال في الأعمال المصرفية إنما في الواقع قول أراد به محاكاة أعمال المصارف التقليدية التي تضمن الودائع للمودعين في حالة الخسارة، محاولة منهم إعطاء هذه الميزة كما يعتقدون للمصارف الإسلامية، وذلك لمجاراة المصارف التقليدية، ولجذب رؤوس أموال ربما يكون أصحابها في تردد من تحمل أية مخاطر، أو أنها مجارات للقوانين واللوائح السائدة التي تمنع تعريض أموال المودعين إلى المخاطر.

كم استعرض البحث القانون رقم 46 لسنة 2012م الصادر من المجلس الوطني الانتقالي بشأن المصارف وإضافة فصل خاص بالصيرفة الإسلامية، وخاصة فيما يتعلق بالضمان في المادة 100 مكرر (9) ثانياً فقرة 5 التي ذكرت إنشاء صندوق خاص لضمان مخاطر التعدي والتقصير وما تبين للباحث من أن هذه المادة جاءت مقتضبة وكان على المشرع أن يفصلها للخروج من أي خلاف، وعلى أي أساس أنشئ الصندوق هل من باب التكافل أو من باب الضمان؟، وخصم المستحقات للصندوق هل من رأس المال أو من الأرباح، ومن هم الأشخاص المساهمين في الصندوق.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المصادر والمراجع:

المصادر:

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: كتب الحديث:

1. ابن ماجة (أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني)، سنن ابن ماجة، دار إحياء التراث الإسلامي، د.ت.
2. الألباني (محمد ناصر الدين)، صحيح سنن الترمذي، الرياض: مكتبة المعارف، الطبعة الأولى، 1997م.
3. الألباني (محمد ناصر الدين)، ضعيف سنن ابن ماجة، الرياض: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1997م.

ثالثاً: معاجم اللغة:

1. ابن منظور (أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم)، لسان العرب، بيروت، لبنان: دار صادر، الطبعة السادسة، 2008م.

رابعاً: كتب الفقه:

1. ابن أنس (الإمام مالك)، المدونة الكبرى، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1994م.
2. ابن تيمية (أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام)، مجموع فتاوى ابن تيمية، مكتبة ابن تيمية، الطبعة الثانية، 1399هـ.
3. ابن حزم (أبو محمد علي بن أحمد)، المحلى، كتاب المضاربة، بيروت، لبنان: دار الجيل، د.ت.
4. ابن رشد (محمد بن أحمد بن محمد " ابن رشد الحفيد"، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق مجدي فتحي السيد، القاهرة، مصر: المكتبة التوفيقية، د. ت.
5. ابن قدامة (أبو محمد بن عبد الله بن أحمد)، المغني، تحقيق محمد شرف الدين خطاب وآخرون، القاهرة، مصر: دار الحديث، 2004م.
6. ابن مفلح (أبو إسحاق إبراهيم بن محمد)، المبدع في شرح المقنع، المكتبة الإسلامي، د.ت.
7. البغدادي (أبو محمد عبد الوهاب بن علي)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، دار بابن حزم، الطبعة الأولى، 1999.
8. الدمشقي (تقي الدين أبو بكر بن محمد)، كفاية الأخبار في حل غاية الاختصار، قطر: إدارة إحياء التراث الإسلامي، الطبعة الأولى.

9. الرفاعي(أبو القاسم عبد الكريم بن محمد)، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1997م.
10. السرخسي، المبسوط في الفقه الحنفي، تحقيق: أبو عبد الله محمد إسماعيل الشافعي، بيروت لبنان: دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، 2009م.
11. الشربيني (شمس الدين محمد الخطيب)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، القاهرة، مصر: دار الحديث، د، ت.
12. الكاساني(أبو بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، القاهرة، مصر: دار الحديث، 2005م.
13. النووي (أبو زكريا يحيى بن شرف الدين)، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، جدة، المملكة العربية السعودية: دار المنهاج للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2005م.

المراجع:

أولاً: الكتب:

1. جناحي (عبد اللطيف عبد الرحيم)، مبادئ وتطبيقات العمل المصرفي الإسلامي، الطبعة الأولى، أبريل 1992م.
2. السالوس (علي أحمد)، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، قطر : دار الثقافة، الطبعة الثامنة، 2005 م.
3. سليمان (محمد جلال)، الودائع الاستثمارية في البنوك الإسلامية، موسوعة الاقتصاد الإسلامي في المصارف والنقود والأسواق المالية، القاهرة، مصر: دار السلام للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2009م.
4. شبير (محمد عثمان)، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع، الطبعة السادسة، 2007م.
5. شيخون(محمد)، المصارف الإسلامية، عمان، الأردن: دار وائل للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2002م.
6. الصدر (محمد باقر)، البنك اللاروي في الإسلام، بيروت، لبنان: دار التعارف للمطبوعات، الطبعة الثانية، 1983م.
7. صوان (محمود حسن)، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، عمان، الأردن: دار وائل للنشر، الطبعة الثانية، 2008م.
8. عطية(جمال الدين)، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم، قطر: رئاسة المحاكم الشرعية والحقوق الدينية، الطبعة الأولى، 1407 هـ.

9. الوادي(محمود حسين) وسمحان(حسين محمد)، المصارف الإسلامية الأسس النظرية والتطبيقات العملية، عمان، الأردن: دار المسيرة، الطبعة الثانية، 2008م.
- ثانياً: البحوث والدوريات والمؤتمرات:
1. أحمد (أحمد محي الدين)، تطبيق المضاربة والمشاركة الثابتة والمتناقصة في التمويلات المصرفية، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الرابع للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، مملكة البحرين، 34 أكتوبر 2004م.
10. الأمين (حسن)، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، بحث رقم 11، الطبعة الثالثة، 2000م.
11. الجريدة الرسمية، العدد 13، الصادر بتاريخ 05 /07 /2012م
12. مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، المجلد16، العدد2، 1424هـ، السنة 2003م.

الجريمة المنظمة

خالد عبدالله محمد قرقر

المقدمة

نتيجة لما شهده العالم من تغيرات كثيرة اقتصادية وسياسية واجتماعية وانفتاح اقتصادي وحرية للتجارة وتلاشي معظم حدود الدول (كالاتحاد الأوروبي) وسهولة تنقل الأشخاص والبضائع بين الدول ليصبح العالم قرية واحدة كل ذلك أدى إلى تطور الجريمة المنظمة وانتشارها لتصبح عابرة للحدود الوطنية وخطراً يهدد معظم دول العالم، ولاسيما الدول النامية كالدول العربية وذلك لقيامها بتقديم التسهيلات الاقتصادية كافة لجذب رؤوس الأموال والمستثمرين وهو ما يكون على حساب رقابة مصدر هذه الأموال.

ولا يقتصر اثر الجريمة المنظمة على الصعيد الدولي بل يتعداه ليهدد الأمن والاستقرار داخل الدول وذلك لعدم ترددها في استخدام وسائلها لتحقيق أغراضها من عنف وتهديد ورشوة، وهو ما يؤدي إلى فشل النظام السياسي والإداري في الدولة، فضلا عن نشرها الفساد بين أفراد المجتمع.

كما تقوم عصابات الجريمة المنظمة بتوظيف الأموال الطائلة التي تحققها في السيطرة على الاقتصاد أو على قطاع منه، وتخفي أنشطتها غير المشروعه بالاستعانة بذوي الخبرة في مختلف المجالات كالقانون والاقتصاد والمحاسبة وهو ما يؤدي في النهاية إلى التأثير على التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الدول، وزعزعة الأمن والاستقرار فيها وبالأخص في الدول النامية وهذا ما جعل دول العالم وهيئة الأمم المتحدة تعطي لهذه الجريمة أهمية كبيرة .

وسنتناول الموضوع من خلال مبحثين على النحو التالي: المبحث الأول نتناول فيه تعريف الجريمة المنظمة وخصائصها وأهدافها وآثارها.

وفي المبحث الخامس سنتناول الجهود الدولية والتعاون القضائي في مكافحة

المبحث الأول

الجريمة المنظمة (خصائصها، أهدافها، آثارها)

تعتبر الجريمة المنظمة شكلا من أشكال الإجرام الجسيم الذي يشكل تحديا خطيرا لأجهزة العدالة الجنائية في العديد من بلدان العالم، حيث أصبحت الجريمة المنظمة بعناصرها الإجرامية الجديدة تجني أموالا طائلة غالبا ما تكون من مصادر غير مشروعة كالاتجار بالمخدرات أو الأسلحة بما فيها أسلحة الدمار الشامل أو استغلال النساء والأطفال أو غسيل الأموال وإدخالها في إطار الاقتصاد المشروع لتصبح أموالا مشروعة وغيرها من الأنشطة الإجرامية، وهو ما جعل قوة

الجريمة المنظمة تزداد يوماً بعد يوم ولم تعد مقتصرة على الدول الفقيرة بل أصبحت آثارها تطل الدول الغنية، مما جعل هذه الجريمة أحد المشاكل الرئيسية والهامة التي تواجه المجتمع الدولي.

المطلب الأول

مفهوم الجريمة المنظمة

على الرغم من الخطورة البالغة للجريمة المنظمة ومع تعدد الدراسات التي تناولت ظاهرة الإجرام المنظم سواء كانت هذه الدراسات على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي إلا أنه لا يوجد حتى الآن تعريف جامع متفق عليه لهذه الجريمة وذلك بسبب تعدد أنواع وأشكال الجريمة المنظمة⁽¹⁾.

أولاً: المفهوم اللغوي والفقهي.

* التعريف اللغوي.

تفيد كلمة الجريمة والجرم لغة: الذنب، تقول منه (جرم و أجرم و اجترم) والجرم بالكسر للجسد وقولة تعالى (ولا يجرمنكم شنآن قوم) أي لا يحملنكم و (تجرم) عليه أي ادعى عليه ذنبا لم يفعله⁽²⁾.

كما يطلق لفظ الجريمة على المخالفة القانونية التي يقرر القانون لها عقاباً بدنياً أو معنوياً. أما كلمة المنظمة فهي مشتقة من (نظم) اللؤلؤ جمعه في السلك ومن (نظم) الشعر و(الانتظام) الاتساق ويفيد فعل نظم التدليل على الوضع أو الحالة التي تكون عليها الجماعة أو الاتحاد الذي تجمعت إرادة الأعضاء فيه على تحقيق أغراض معينة⁽³⁾.

* التعريف الفقهي.

توالت الجهود الفقهية للبحث عن صيغة مثلى لتعريف هذه الجريمة لذلك تعددت التعريفات التي يتميز كل منها بالتركيز على عنصر قانوني من عناصر الجريمة المنظمة بهدف تيسير الأمر للسلطات التشريعية والقضائية.

ومن هذه التعريفات التعريف بأنها الظاهرة الإجرامية التي يكون وراءها جماعات معينة تستخدم العنف أساساً لنشاطها الإجرامي وتهدف إلى الربح، وقد تمارس نشاطها داخل إقليم الدولة أو تقوم بأنشطة إجرامية عبر وطنية، أو تكون لها علاقات بمنظمات متشابهة في دول أخرى⁽⁴⁾.

¹ - د. شريف سيد كامل: الجريمة المنظمة، الطبعة الأولى - دار النهضة العربية، القاهرة 2000م ص 16.

² - محمد أبو بكر الرازي: مختار الصحاح - مكتبة لبنان 1989م ص 89.

³ - د. فائزة يونس الباشا: الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية - دار النهضة العربية، القاهرة 2002م ص 30.

⁴ - د. محمود شريف بسيوني: الجريمة المنظمة عبر الوطنية، الطبعة الأولى - دار الشروق، القاهرة 2004م ص 11.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن كون الجريمة المنظمة عابرة للأوطان هو صفة قد تلحق بالجريمة المنظمة وقد لا تلحق بها فإن توافرت هذه الصفة اعتبرت الجريمة المنظمة عبر وطنية وإن لم تتوافر اعتبرت جريمة منظمة ترتكب داخل حدود الدول⁽¹⁾.

كما حددت المادة (3) فقرة (2) من اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والموقعة في باليرمو من عام 2000م متى تعتبر الجريمة المنظمة عبر وطنية، حيث تكون الجريمة المنظمة عبر وطنية، إذا ارتكبت في أكثر من دولة أو إذا تم التخطيط أو الإعداد أو الإشراف في دولة وارتكبت في دولة أخرى، أو إذا ارتكبت في دولة وارتكبتها جماعة إجرامية منظمة تمارس نشاطها الإجرامي في أكثر من دولة أو إذا ارتكبت في دولة وكان لها آثار شديدة في دولة أخرى. كما عرفت الجريمة المنظمة بأنها فعل أو أفعال غير مشروعة ترتكبتها جماعة إجرامية ذات تنظيم هيكلي متدرج، وتتمتع بصفة الاستمرارية ويعمل أعضاؤها وفق نظام داخلي يحدد دور كل منهم، ويكفل ولاءهم وإطاعتهم للأوامر الصادرة من رؤسائهم وغالبا ما يكون الهدف من هذه الأفعال الحصول على الربح، وتستخدم الجماعة الإجرامية التهديد أو العنف أو الرشوة لتحقيق أهدافها كما يمكن أن يمتد نشاطها الإجرامي عبر عدة دول⁽²⁾.

ويعرفها البعض بأنها مشروع إجرامي يقوم على أشخاص يوحدون صفوفهم للقيام بأنشطة إجرامية دائمة ومستمرة، ويتميز هذا التنظيم بكونه يشبه البناء الهرمي وتحكمه لوائح ونظم داخلية لضبط سير العمل داخله في سبيل تحقيق أهدافه باستخدام وسائله من عنف وتهديد وابتزاز ورشوة لإخضاع وإفساد المسؤولين سواء في أجهزة إدارة الحكم أو أجهزة إدارة العدالة وفرض السيطرة عليهم بهدف تحقيق الاستفادة القصوى من النشاط الإجرامي، سواء كان ذلك بوسائل مشروعة أو غير مشروعة⁽³⁾.

كما عرفت على أنها جريمة جماعية لا يرتكبها شخص واحد، تهدف إلى تحقيق أرباح مادية من خلال ممارستها لعدد من الأنشطة المشروعة وغير المشروعة واستخدامها للعنف أو التخويف أو أي أدوات ترغيب أخرى كدفع الرشوى وتقديم الخدمات لمن يتعاون معها في تحقيق أهدافها الإجرامية، فضلا عن النظام الصارم الذي يقوم عليه هيكلها الداخلي⁽⁴⁾.

ثانيا: الجهود الدولية لتعريف الجريمة المنظمة.

- 1- طارق سرور: الجماعة الاجرامية المنظمة-دار النهضة العربية، القاهرة 2000م ص64.
- 2- د. شريف سيد كامل: الجريمة المنظمة، الطبعة الأولى-دار النهضة العربية، القاهرة 2001م ص 71-72.
- 3- أنسرين عبدالحاميد نبيه: الجريمة المنظمة عبر الوطنية-دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006م ص57.
- 4- د.فائزة يونس الباشا: الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية-دار النهضة العربية، القاهرة 2002م ص49.

1- تعريف الأنتربول للجريمة المنظمة.

انتهت الندوة الأولية التي عقدها الأنتربول حول الجريمة المنظمة بفرنسا في (مايو من سنة 1988م) إلى تعريف الجريمة المنظمة بأنها جماعة من الأشخاص تقوم بحكم تشكيلها بارتكاب أفعال غير مشروعة بصفة مستمرة، وتهدف بصفة أولية إلى تحقيق الربح، ولو تجاوزت أنشطتها الحدود الوطنية .

إلا أن هذا التعريف وردت عليه، ملاحظات من عدة دول، كالولايات المتحدة الأمريكية وكندا، حيث انه لم يشر إلى استخدام العنف لتحقيق أهداف الجماعة المنظمة، مما جعل الأنتربول يعيد تعريفه للجريمة المنظمة وبصيف شرطاً في تكوين الجماعة المنظمة وهو الهيكل التنظيمي وبصيف عنصراً جديداً وهو الاعتماد غالباً على التخويف والفساد في تنفيذها لأهدافها⁽¹⁾.

2- تعريف الاتحاد الأوروبي للجريمة المنظمة :

وضعت في (سنة 1993) مجموعة مكافحة المخدرات والجريمة المنظمة بالاتحاد الأوروبي تعريفاً للجريمة المنظمة بأنها (جماعة مشكلة من أكثر من شخصين تمارس نشاطاً إجرامياً بارتكاب جرائم جسيمة لمدة طويلة أو مدة غير محددة ويكون لكل عضو فيها مهمة محددة في إطار التنظيم الإجرامي، وتهدف للحصول على السطوة أو تحقيق الأرباح وتستخدم في ارتكابها الجريمة العنف والتهديد، والتأثير على الأوساط السياسية والإعلامية والاقتصادية والهيئات القضائية)⁽²⁾.

3- تعريف المؤتمر الدولي السادس عشر:

اهتم المؤتمر الدولي السادس عشر والمنعقد في (بودابست في سبتمبر من عام 1999م) بتحديد عدة خصائص تتوافر في الجريمة المنظمة يسبقها شرط ضروري هو الهدف من الجريمة وهو الحصول على الربح أو الوصول إلى السلطة أو الاثنتين معاً، وذلك من خلال استخدام مستوى عال من التنظيم⁽³⁾.

وتتمثل هذه الخصائص فيما يلي:

- 1- تقسيم العمل داخل التنظيم.
- 2- تكييف أعضاء التنظيم مع أهدافه.
- 3- السرية.
- 4- الخلط بين الأنشطة المشروعة وغير المشروعة.

¹ - د. طارق سرور: الجماعة الإجرامية المنظمة- دار النهضة العربية، القاهرة 2000م ص54.

² - د. شريف سيد كامل: الجريمة المنظمة، الطبعة الأولى- دار النهضة العربية، القاهرة 2001 ص54.

³ - د. احمد إبراهيم مصطفى سليمان: الإرهاب والجريمة المنظمة التجريم وسبل المواجهة- (د،ن) 2006م

5- تفادي تطبيق القانون من خلال التخويف والفساد.

6- القدرة على نقل الأرباح⁽¹⁾.

(4) تعريف الأمم المتحدة للجماعة الإجرامية المنظمة:

بسبب الخطر العالمي الذي تمثله الجريمة المنظمة أصدرت الأمم المتحدة اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والتي عرفت هذه الجريمة في مادتها الثانية بأنها جماعة ذات هيكل تنظيمي تتألف من ثلاثة أشخاص فأكثر ، موجودة لفترة من الزمن وتعمل بصورة متضافرة بهدف ارتكاب واحدة أو أكثر من الجرائم الخطيرة أو الأفعال المجرمة وفقا لهذه الاتفاقية، من اجل الحصول بشكل مباشر أو غير مباشر على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى⁽²⁾.

وبالنظر إلى التعاريف السابقة نستخلص أن تعريف الجريمة المنظمة عبر الوطنية يعتمد على تحديد عدة عناصر، وهي أن ترتكب الجريمة من مجموعة أشخاص يجمعهم تنظيم هرمي محدد بهدف تحقيق الربح بممارستها لأنشطة مشروعة وغير مشروعة وغالبا ماتستخدم التهديد والعنف والرشوة إضافة إلى إمكانية امتداد أنشطتها إلى خارج حدود الدولة.

المطلب الثاني

خصائص وأهداف الجريمة المنظمة

يتضح لنا من تعريف الجريمة المنظمة عدة أشياء تبين لنا خصائصها، فالجريمة المنظمة تضم مجموعة أفراد لكل منهم دور محدد، الأمر الذي يعني أن هذه الجريمة من قبيل الجرائم الجماعية التي يشترك عدد من الناس في التحضير لها وارتكابها، وتستخدم العنف والإرهاب لتحقيق أهدافها التي تسعى إليها بالطرق المشروعة وغير المشروعة كافة.

وتأتي الخطورة في هذه الجريمة من كون القائمين عليها من رؤساء ومخططين ومنظمين يحصنون أنفسهم مما يجعل من الصعب مواجهتهم بالوسائل التقليدية لمكافحة الجريمة مالم يتم العلم بما يميز هذه الجريمة من خصوصية⁽³⁾.

أولاً: خصائص الجريمة المنظمة.

أ- من حيث الهيكل والبنيان.

- عدد الأعضاء

¹ - د.احمد إبراهيم مصطفى سليمان: الإرهاب والجريمة المنظمة التجريم وسبل المواجهة-بدون ناشر 2006م ص117.

² - د. شريف سيد كامل: الجريمة المنظمة، الطبعة الأولى-دار النهضة العربية القاهرة2001م ص62.

³ - أنسرين عبدالحميد نبيه: الجريمة المنظمة عبر الوطنية-دار الفكر الجامعي-الاسكندرية2006 ص58.

اشتترطت بعض التشريعات عدداً معيناً من الأشخاص لكي توصف الجماعة الإجرامية على أنها منظمة ، مثل قانون العقوبات الإيطالي وتعريف الاتحاد الأوروبي والذي اشتترط أن تكون الجماعة مكونه من ثلاثة أشخاص فأكثر لكي توصف بأنها جماعة إجرامية منظمة⁽¹⁾.
في حين أن هناك عدداً من التشريعات لم تضع عدداً معيناً من الجناة حتى توصف الجماعة الإجرامية على أنها منظمة مثل القانون الفرنسي والألماني⁽²⁾.
واشتترطت اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية في المادة الثانية أن تكون الجماعة مؤلفة من ثلاثة أشخاص فأكثر لكي توصف بأنها منظمة وهو في نظرنا العدد اللازم لكي توصف الجماعة الإجرامية بأنها منظمة نظراً لما يقتضيه البناء الهيكلي للجماعة.

• التنظيم

يعتبر التنظيم الصفة الرئيسة للجريمة المنظمة عبر الوطنية ويقصد به: ترتيب وتنسيق وجمع الأعضاء داخل بنية أو هيكل شامل ومتكامل قادر على القيام بأعمالها الإجرامية ، ويكفل هذا التنظيم خضوع الأعضاء إلى نظام سلطوي رئاسي ، بحيث يكون الأعضاء تحت قيادة زعيم أو قائد أو لجنة عليا تكون مسئولة عن اتخاذ القرارات وتوجيه الأعضاء لتحقيق أهداف الجماعة الإجرامية، كما يتيح التنظيم لأعضاء الجماعة الإجرامية علاقة تكون قائمة على التدرج في القوة طبقاً لمدى كفاءة تنظيمها. لذلك تتميز الجماعة المنظمة بتوزيع العمل بين أعضائها وهذا التوزيع هو من أنماط ظاهرة الإجرام المنظم ولا يشترط أن يتخذ الهيكل التنظيمي شكلاً معيناً أو أن يعلم كل عضو باختصاص أو أدوار بقية الأعضاء، لذلك عادة ما تكون هذه الهياكل التنظيمية سرية⁽³⁾.

• التخطيط

يعتمد أسلوب العمل داخل عصابات الجريمة المنظمة بالدرجة الأولى على التخطيط، بحيث لا تعتمد على عمل شخص واحد بل على عمل جماعي يقوم على تقسيم الأدوار بدءاً من الإعداد حتى التنفيذ، حيث تقوم بدراسة ما هو متوافر من إمكانيات ووضع خطط دقيقة لتنفيذها بكفاءة، وتستعين لأجل ذلك بذوي الخبرة والاختصاص في المجالات والتخصصات المختلفة والتي تفيدها،

¹ - د. شريف سيد كامل: الجريمة المنظمة، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2001م ص73.

² - د. طارق سرور: الجماعة الإجرامية المنظمة، دار النهضة العربية، القاهرة 2000م ص70.

³ - د. فائزة يونس الباشا: الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية- دار النهضة العربية 2002م ص66-67.

سواء كانت إدارية أو قانونية أو اقتصادية أو حتى سياسية وذلك بهدف تطوير أسلوب عملها وتنمية قدراتها⁽¹⁾.

• البناء الهرمي المتدرج

يعتبر الهيكل التنظيمي الهرمي من الخصائص المهمة التي تميز معظم المنظمات الإجرامية، وهو ما يجعل من الاستحالة ضبط قادة هذه المنظمات متلبسين بارتكاب عمليات إجرامية، كما يجعل من الصعب إثبات ارتباطهم بأية أنشطة إجرامية محددة⁽²⁾.

ويختلف هيكل تلك الجماعات باختلاف نشاطها وطبيعتها والبيئة الثقافية التي تتبع منها، فهناك الجماعات المؤلفة من عدد من العائلات والتي يكون لها تسلسل هرمي وهي تشبه في ذلك النقابات، مع ملاحظة أن اختيار الأعضاء في السابق كان يتم على أساس عائلي، ولكن في الوقت الحالي هناك تنظيمات إجرامية تضم مجرمين من أصحاب السوابق دون أن يكون الأساس العائلي ضرورياً، كما أن هناك جماعات تقوم على أساس عرقي، ويكون الانتساب فيها على هذا الأساس⁽³⁾.

ويحكم هذا البناء نظام صارم لا يعرف الرحمة أو التسامح وهو ما عير عنه البعض بقاعدة الصمت ، حيث يلتزم أعضاؤها لأجل خدمة أغراضها بعدم إفشاء الأسرار والولاء التام حتى الموت⁽⁴⁾.

ب- من حيث طبيعة النشاط.

• الاحتراف

يعتبر الاحتراف من أخطر نماذج العمل الإجرامي، حيث عادة ما يكون أعضاء الجماعة الإجرامية المنظمة من فئة المحترفين في ارتكاب الجرائم، ويملك هؤلاء المحترفون مهارة وقدرة فائقة ودناءة في تنفيذ الأعمال الإجرامية وقد يصل هذا الاحتراف إلى تخصص أعضاء المنظمات الإجرامية في نشاط معين بحيث يكون كل تنظيم إجرامي متخصصاً في ارتكاب جرائم معينه، فتجد من هو متخصص في المخدرات أو الرقيق أو السلاح وغيرها من الجرائم المختلفة التي تمارسها

¹ - د.فائزة الباشا: الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية-دار النهضة العربية، القاهرة 2002م ص 67.

² - د. احمد مصطفى سليمان:الإرهاب والجريمة المنظمة التجريم وسبل المواجهة-بدون ناشر 2006م ص124.

³ - د.محمود شريف بسيوني: الجريمة المنظمة عبر الوطنية، الطبعة الأولى -دار الشروق، القاهرة 2004م ص 17-18.

⁴ - فائزة يونس الباشا:الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية-دار النهضة العربية، القاهرة 2002م ص69.

تلك المنظمات، وتجد أن معظم الذين لا يملكون هذه الصفة سرعان ما ينكشف أمرهم ويجدون أنفسهم في قبضة العدالة⁽¹⁾.

• الاستمرارية

يقصد بالاستمرارية: استمرار عمل المنظمة بغض النظر عن حياة أي فرد فيها حتى ولو كان رئيساً وهو ما يعني أن الرؤساء الذين يتوفون يأتي بدلا منهم رؤساء جدد، لذلك تستمد هذه التنظيمات الإجرامية صفة الاستمرارية من نشاطها وليس حياة أعضائها ورؤسائها، لأن العبرة في استمرارية الجماعة الإجرامية المنظمة هي مباشرتها لأنشطتها المشروعة وغير المشروعة وليس حياة أي فرد فيها⁽²⁾.

• استخدام العنف

عادة ما تقوم التنظيمات الإجرامية باستخدام العنف أو التهديد باستخدامه ويصل هذا العنف في أغلب الأحوال إلى القتل أو خطف الأشخاص وهي قد تمارس هذا العنف على الأشخاص العاديين لإخضاعهم لسيطرتها أو تجاه أعضاء التنظيم الذين يخالفون الأوامر سواء بإبلاغ السلطات العامة أو الحصول على منفعة شخصية على حساب أعضاء التنظيم كما يمكن أن تمارسه على المنافسين الجدد من التنظيمات الإجرامية الأخرى والتي تدخل مناطق تخصص أو نفوذ العصابة، ولا يقتصر عنف هذه التنظيمات على الأشخاص بل يمتد إلى ذويهم وممتلكاتهم كما تمارس الجماعات الإجرامية المنظمة عنفها على كل من يشكل عقبة في طريقها لتحقيق أغراضها المشروعة وغير المشروعة⁽³⁾.

ثانياً: أهداف الجريمة المنظمة.

• الربح

يعتبر هدف الربح هو الدافع والمحرك الأساسي لأعضاء الجريمة المنظمة، وهو ما يميزها عن غيرها من التنظيمات الإجرامية ويجعلها تمارس نشاطاتها المشروعة وغير المشروعة والتي تدر الأرباح الطائلة كتجارة المخدرات والسلاح والاتجار بالبشر، ولا توجد حتى الآن إحصائيات وأرقام مؤكدة تقدر حجم الأرباح الهائلة التي تحققها هذه التنظيمات على مستوى الدولة، إلا أن بعض الخبراء الدوليين يؤكدون أن قيمة هذه الأرباح تتراوح بين (300 إلى 500 بليون دولار) في العام الواحد.

¹ - د. فائزة الباشا: الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية القاهرة 2002 م ص 71.

² - د. احمد إبراهيم سليمان: الإرهاب والجريمة المنظمة التجريم وسبل المواجهة - (د، ن) 2006 م ص 123.

³ - د. شريف سيد كامل: الجريمة المنظمة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 2000 م ص 90-

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه قد يتم استثمار هذه الأموال في مشاريع مشروعة مثل الفنادق والمطاعم⁽¹⁾.

• الدخول في تحالفات استراتيجية

بسبب زيادة الأعمال الإجرامية التي تمارسها المنظمات الإجرامية في مناطق متعددة من العالم كان لابد لهذه التنظيمات أن تدخل في تحالفات استراتيجية بين بعضها وذلك من خلال إبرام اتفاقيات فيما بينها حتى تحمي نشاطها الذي تمارسه في الدول الخاضعة إلى نفوذ تنظيم إجرامي آخر أو تنظيم عمليات التسويق لما تنتجه من مواد مشروعة وغير مشروعة وكان لهذه التحالفات الإستراتيجية الأثر في تعزيز قدرتها على المواجهات الأمنية والقضاء على العنف الذي كان دائرا بينها بالاضافة إلى الشراكة في اقتسام الأرباح والخسائر⁽²⁾.

هذه خصائص الجريمة المنظمة والتي تميزها عن غيرها من الجرائم لما حققته لها من نفوذ وقوة وذلك لقيامها على أسس قوية أدت إلى تماسك بنيتها الداخلي وأسهمت في تقاوم خطرها والأضرار الناجمة عنها.

المطلب الثالث

آثار الجريمة المنظمة

أصبحت الجريمة المنظمة عبر الوطنية تمثل أحد الأخطار التي تهدد الأمن، والاستقرار على المستويين الدولي والوطني، وذلك بسبب ما يصدر عنها من أعمال تؤدي إلى ضعف مؤسسات الدولة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، فضلا عما تسببه من فقدان الثقة في العملية الديمقراطية، لتأثيرها على أصحاب النفوذ السياسي.

ولا يقتصر أثرها على المستوى الوطني بل يتعداه إلى المستوى الدولي لما تقوم به من أنشطة غير مشروعة عابره للحدود الوطنية⁽³⁾.

إذاً: الجريمة المنظمة عموماً والجريمة المنظمة عبر الوطنية على وجه الخصوص تمثل أثارهما خطراً كبيراً على جميع دول العالم وذلك لاستغلالهما سهولة التنقل بين دول العالم فضلاً عن العولمة وحرية التجارة.

أولاً: آثار الجريمة المنظمة على المستوى الدولي

تمثل الجريمة المنظمة عبر الوطنية على المستوى الدولي خطراً على سيادة الدولة واستقرارها الأمني من خلال قيام عصابات الجريمة المنظمة باختراق سيادة الدول على أراضيها

¹ - أنسرين عبدالحميد : الجريمة المنظمة عبر الوطنية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2006 ص 62.

² - د.فائزة الباشا: الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية، دار النهضة العربية، القاهرة 2002م ص 75.

³ - أنسرين عبدالحميد: الجريمة المنظمة عبر الوطنية - دار الفكر الجامعي ص 80.

عن طريق أنشطتها غير المشروعة سواء كانت تعتبر هذه الدول ممراً لأنشطتها أو هدفاً رئيساً لها وهو ما يستلزم اختراق أجهزة هذه الدول القانونية والإدارية وغيرها للمحافظة على أنشطتها⁽¹⁾.

كما أصبحت الجريمة المنظمة تهدد كيان الدول واستقلالها ، فنظراً للأموال الطائلة التي تحققها من أنشطتها المشروعة وغير المشروعة وتنظيمها الدقيق وقدرتها على اختراق أجهزة الدولة مما قد يولد دولة غير شرعية داخل دولة. وقيل: أن الجريمة المنظمة دولة داخل دولة⁽²⁾.

فضلا على أنها قد تؤثر الجريمة المنظمة على العلاقات الاقتصادية والسياسية بين الدول. حيث ساعدت العولمة والانفتاح الاقتصادي بين الدول على ظهور عصابات للجريمة المنظمة تمارس أنشطتها متخفية وراء شركات دولية مما يؤثر على العلاقات بين الدول⁽³⁾.

ثانياً: آثار الجريمة المنظمة على المستوى الوطني

للجريمة المنظمة آثار كبيرة على المستوى الوطني سواء كانت من الناحية الاقتصادية أو السياسية أو الاجتماعية أو حتى على مستوى الأفراد ومن هذه الآثار:

من الناحية الاقتصادية :

تقوم عصابات الجريمة المنظمة على المستوى الاقتصادي، بالسيطرة على قطاع ما من الاقتصاد أو على الاقتصاد بأكمله وذلك بسبب ماتملكه من مبالغ طائلة، فضلاً عن قيامها بالسيطرة على المسؤولين في القطاع الخاص عن طريق الرشوة أو الابتزاز، وكذلك تقوم عصابات الجريمة المنظمة بالتهرب الضريبي والتشجيع على المعاملات المشبوهة، كما تقوم بعمليات غسل الأموال لإخفاء مصادر أموالها غير المشروعة وهو ما يؤدي في النهاية إلى الخسائر الاقتصادية على مستوى الأفراد والشركات وحتى على مستوى الاقتصاد بأكمله⁽⁴⁾.

من الناحية السياسية:

تؤدي الجريمة المنظمة على المستوى السياسي إلى فقدان الثقة في العملية الديمقراطية، لقيامها بالسيطرة على هذه العملية وإفسادها عن طريق رشوة وابتزاز المسؤولين وأصحاب القرار السياسي في الدولة، واختراق الأحزاب والتنظيمات السياسية للوصول للسلطة والحفاظ على مصالحها مما يؤدي في النهاية إلى تشويه العملية الديمقراطية وسقوط الأنظمة السياسية في هذه الدول⁽⁵⁾.

¹ - د. عادل الكردوسي: التعاون الأمني العربي ومكافحة الإجرام المنظم عبر الوطني، الطبعة الأولى - مكتبة الآداب 2005م ص 112.

² - د. فائزة الباشا: الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية ، ص 79-80.

³ - أ. نسرين عبدالحميد نبيه: الجريمة المنظمة عبر الوطنية الإسكندرية 2006م ص 81.

⁴ - د. عادل عبدالجواد الكردوسي: التعاون الأمني العربي ومكافحة الإجرام المنظم عبر الوطني، الطبعة الأولى - مكتبة الآداب 2005م ص 119.

⁵ - أ. نسرين عبدالحميد: الجريمة المنظمة عبر الوطنية - دار الفكر الجامعي ص 83-84.

من الناحية الاجتماعية:

تؤدي الجريمة المنظمة إلى تفشي الفساد بين أفراد المجتمع ، وانتشار الرشوة وظهور اللأخلاقيات وضياع القيم مما يؤدي إلى هدم كيان الأسرة وتفكيكها إضافة إلى ما تسببه أنشطة الجريمة المنظمة كتجارة الرقيق من إهدار لآدمية الإنسان وكرامته ونفث للأمراض كما تؤدي تجارة المخدرات إلى تدمير المجتمع وبالأخص فئة الشباب⁽¹⁾.
بالإضافة إلى فقدان الأمن وانتشار العنف نتيجة ضعف الأجهزة الأمنية في مواجهة الجريمة المنظمة⁽²⁾.

المبحث الثاني

مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية

يعتبر دافع الربح هو المحرك الأساسي لجماعات الجريمة المنظمة سواء كانت تمارس أنشطة داخلية أو أنشطة عابرة للحدود الوطنية، الأمر الذي يجعلها تزيد من تنظيمها لزيادة نفوذها عن طريق إفساد المسؤولين العاملين في الدولة أو القطاع الخاص أو المواطنين العاديين، فضلاً عن استغلالها للأرباح الطائلة التي تحققها بإدخالها في أنشطة مشروعة مما قد يجعلها تسيطر على قطاع ما من الاقتصاد أو على الاقتصاد بأكمله، وتستخدم لتنفيذ أهدافها أدواتها من عنف وترهيب ورشوة، وهو ما يبين لنا خطر جماعات الجريمة المنظمة من رغبتها في السيطرة على النظام القائم اقتصادياً وسياسياً واجتماعياً لزيادة أرباحها، فضلاً عن استغلالها للعولمة والانفتاح الاقتصادي بين الدول لممارسة أنشطتها العابرة للحدود الوطنية⁽³⁾.

لذلك فالجماعات الإجرامية المنظمة في تزايد مستمر في عددها وحجمها وأنشطتها التي تمارسها في الدول النامية والمتقدمة مما يجعل التعاون الدولي ضرورة حتمية في مكافحتها .

وهو ما سنتناوله في المطلبين القادمين على النحو التالي :

المطلب الأول : التعاون الدولي في مكافحة الجريمة المنظمة

المطلب الثاني : التعاون القضائي في مكافحة الجريمة المنظمة

¹ - د. فائزة يونس الباشا: الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية-ص 79-80.

² - د. عادل الكردوسي: التعاون الأمني العربي ومكافحة الإجرام المنظم عبر الوطني ص 119-121.

³ - د.محمود شريف بسيوني: الجريمة المنظمة عبر الوطنية، الطبعة الأولى-دار الشروق-القاهرة 2004

المطلب الأول

التعاون الدولي في مكافحة الجريمة المنظمة

يعتبر التعاون الدولي ضرورة لمكافحة الجريمة المنظمة وذلك للطبيعة الخاصة لهذه الجريمة التي لا تقتصر آثارها على دولة واحدة ، بل تصل عدة دول ويصعب أو يستحيل على بعض الدول مكافحتها لوحدها⁽¹⁾.

فالجريمة المنظمة قد يتم التخطيط لها في بلد ما ويتم تنفيذها في بلد آخر وتمتد آثارها إلى دول أو عدة دول ، ويتم غسل الأموال المتحصلة من هذه الجريمة في بلد رابع ، وهذا ما يظهر لنا أهمية التعاون الدولي لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية⁽²⁾.

أولاً: الجهود الدولية في مكافحة الجريمة المنظمة

يتخذ التعاون الدولي في مكافحته الجريمة المنظمة عدة أشكال ومن أهمها الاتفاقيات الدولية حيث أنه في مجال الاتفاقيات الدولية كان التعاون الدولي في مواجهة الجريمة المنظمة في السابق يعتمد على مواجهة كل جريمة على حدة ومن أمثلة ذلك: الاتفاقيات الدولية الخاصة بالمخدرات، والاتفاقيات الخاصة بمكافحة الاتجار بالأشخاص والاتفاقيات الخاصة بمكافحة تزييف الأموال، ولكن بعد تنامي خطر جماعات الجريمة المنظمة وزيادة نشاطها أصبح المجتمع الدولي يتعامل معها كجريمة واحدة وهو ما دلت عليه عدة مؤتمرات واتفاقيات كان آخرها اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية في باليرمو سنة 2000م⁽³⁾.

والتعاون الدولي في هذا المجال يكون بالانضمام إلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذه الجريمة، واستحداث اتفاقيات جديدة متعددة الأطراف أو ثنائية تجرم الأنشطة المتجددة التي تمارسها عصابات الجريمة المنظمة.

كما أن هناك شكلاً آخر من التعاون الدولي في مكافحته الجريمة المنظمة والمتعلق بالنصوص التشريعية، حيث تقوم عصابات الجريمة المنظمة باستغلال الاختلاف في النصوص التشريعية بين الدول فتمارس أنشطتها في الدول التي لاتجرم هذه الأفعال أو التي تكون فيها العقوبة أقل لذلك ينبغي أن يكون هناك تعاون دولي في مجال النصوص التشريعية بحيث يتم وضع تعريفات مشتركة للجرائم المتجددة التي ترتكبها عصابات الجريمة المنظمة ووضع نصوص عقابية للفاعلين الأصليين والشركاء بحيث لا يفلت منها أحد⁽⁴⁾.

¹ - أنسرين عبدالحميد: الجريمة المنظمة عبر الوطنية- دار الفكر الجامعي-الإسكندرية 2006م ص109.

² - د. عادل الكردوسي: التعاون الأمني العربي ومكافحة الإجرام المنظم عبر الوطني- الطبعة الأولى-مكتبة الاداب 2005م ص179-180.

³ نسرين عبدالحميد: الجريمة المنظمة عبر الوطنية- دار الفكر الجامعي-الإسكندرية 2006م ص128-130.

⁴ - د. شريف سيد كامل: الجريمة المنظمة - الطبعة الأولى، دار النهضة العربية- القاهرة 2001م ص254.

و قد نصت على هذا النوع من التعاون عدة مواد من اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية كالمادة (18) والخاصة بالمساعدة القانونية المتبادلة والتي تدعو الدول الأطراف إلى أن تقدم كل منها للأخرى أكبر قدر ممكن من المساعدة القانونية والقضائية، والمادتين (26،27) واللتين تدعوان إلى وضع تدابير تعزز من التعاون مع أجهزة القانون في مجال اتخاذ القانون⁽¹⁾. كما يعتبر من أوجه التعاون الدولي دراسة الجريمة المنظمة وتوجهاتها ووضع خطط مشتركة لمواجهتها.

ثانياً: التعاون الأمني ودور الأنتربول

تم إنشاء الأنتربول في فيينا سنة 1923م ، وأصبحت في عام 1971م تتمتع بالشخصية القانونية الدولية بعد إبرامها مع الأمم المتحدة اتفاقية دولية كمنظمة دولية حكومية، ويبلغ عدد أعضائها (177) وتمتعها بالشخصية القانونية لا ينقص من سيادة الدول المشتركة في عضويتها ويهدف الأنتربول إلى التنسيق والبحث والتقصي وتقديم الخبرة والإرشادات في مجال مكافحة الجريمة عموماً والجريمة المنظمة على وجه الخصوص ، كما يهدف إلى تحسين العلاقة المتبادلة بين الأجهزة الشرطة، وتحسين أداء التنظيمات الخاصة بمكافحة الجريمة المنظمة⁽²⁾.

ونصت المادة (1) من ميثاق إنشاء الأنتربول على أن أهدافه هي:

- 1) تشجيع وتطوير المساعدة المشتركة بين سلطات الشرطة الجنائية وتمييزها على نطاق واسع في إطار قوانين الدول المختلفة وبالاتفاق مع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.
- 2) إقامة وتنمية النظم الفعالة التي تساهم في منع ومكافحة جرائم القانون العام دون التدخل في أنشطة سياسية أو عسكرية أو دينية أو عرفية كما نصت المادة الثالثة من الميثاق⁽³⁾.

وتمارس منظمة الأنتربول عملها عن طريق مكاتبها الموجودة في كل دولة من الدول الأعضاء، وتعتبر هذه المكاتب أساس التعاون الدولي في مكافحة الجريمة، وتقوم هذه المكاتب بجمع البيانات والمعلومات اللازمة في مكافحة الجريمة وتبادلها مع المكاتب الأخرى الموجودة في الدول الأعضاء، كما تقوم بالاستجابة لطلبات المكاتب الأخرى الموجودة في دول الأعضاء في إطار القوانين الوطنية⁽⁴⁾.

¹ - أنسرين عبدالحميد الجريمة المنظمة عبر الوطنية، الإسكندرية 2006 ص 71-72.

² - د. فائزة الباشا: الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية، دار النهضة العربية 476-485.

³ - د. شريف كامل: الجريمة المنظمة - الطبعة الأولى ص 363.

⁴ - عادل الكردوسي: التعاون الأمني العربي ومكافحة الإجرام المنظم عبر الوطني الطبعة الأولى ص 132-133.

وفي مكافحتها للجريمة المنظمة قامت في يناير من عام 1990م بإنشاء مجموعة متخصصة في السكرتارية العامة في الأنتربول أطلق عليها ((مجموعة الإجرام المنظم)) وتقوم هذه المجموعة بتزويد الدول الأعضاء بالمعلومات الخاصة بالتنظيمات الإجرامية⁽¹⁾.

المطلب الثاني

التعاون القضائي الدولي

في مكافحة الجريمة المنظمة

يقصد بالتعاون القضائي، تعاون السلطات القضائية في مختلف الدول لمكافحة الجريمة المنظمة، ويهدف هذا التعاون إلى التقريب من الإجراءات الجنائية من حيث إجراءات التحقيق والمحاكمة إلى حين صدور الحكم على المحكوم وضمان عدم إفلاته من العقاب نتيجة لارتكابه جريمته في عدة دول والتنسيق بين السلطات القضائية في هذا الشأن للاتفاق على معايير موحدة⁽²⁾.

ويعتبر التعاون القضائي ضرورة في مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية ويأخذ هذا التعاون عدة أشكال، مثل تبادل الخبرات والمعلومات القضائية والمساعدة التقنية أو الإنبابة القضائية أو المصادرة أو تسليم المجرمين الهاربين أو الاعتراف بالأحكام الجنائية، أو نقل الإجراءات الجنائية وغير ذلك من صور التعاون القضائي⁽³⁾.

وقد نصت على هذا النوع من التعاون المادة(18) من اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة، حيث قضت هذه المادة بأن على الدول الأطراف تقديم أكبر قدر ممكن من المساعدة القضائية في التحقيقات أو المحاكمات فيما يتعلق بالجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية⁽⁴⁾.

أولاً: تسليم المجرمين

ويقصد بتسليم المجرمين أن تقوم دولة ما بالتخلي عن شخص مقيم على أراضيها وتقوم بتسليمه إلى دولة أخرى لتتولى بمقتضى قوانينها محاكمته عن جريمة منسوبة إليه، أو لتنفيذ حكم صادر عليه من محاكمها⁽⁵⁾.

¹ - د. شريف كامل: الجريمة المنظمة- الطبعة الأولى ص363.

² - أ.نسرين عبدالحميد: الجريمة المنظمة عبر الوطنية- دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2006م ص126.

³ د.اسكندر غطاس: مدخل إلى التعاون القضائي الجنائي ، من إصدارات معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية ص4.

⁴ - د.شريف كامل: الجريمة المنظمة- الطبعة الأولى- دار النهضة العربية- القاهرة 2001 ص276.

⁵ - د.اسكندر غطاس: مدخل إلى التعاون القضائي الجنائي فيما بين الدول، من إصدارات معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية ص8.

ويعتبر قرار التسليم قراراً سيادياً وليس قرار من السلطة القضائية ويتم عادة بالطريق الدبلوماسي، ولكن تقوم الدولة بإحالة الطلب إلى محاكمها الوطنية لتفصل في مدى صحة هذا الطلب⁽¹⁾.

وقد تستند الدول في تسليمها للمجرمين إلى اتفاقيات دولية سواء كانت متعددة الأطراف أو اتفاقيات ثنائية، كما قد تستند إلى مبدأ المعاملة بالمثل وهو قبول الدولة تسليم المجرمين إلى دولة أخرى شريطة أن تتعهد الدولة الطالبة بالموافقة على طلبات التسليم⁽²⁾.

وتشترط الدول لتسليم المجرمين إلى الدول الأخرى أن يكون الفعل الذي ارتكبه هذا الشخص مجرماً في قانونها الداخلي وهو ما يعبر عنه بازدواج التجريم، وجاءت اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لتؤكد على هذا المبدأ في المادة (18) فقرة (9) ولكن بسبب طبيعة عصابات الجريمة المنظمة والتجدد المستمر للجرائم التي ترتكبها أعطت نفس المادة الدول الموقعة - متى ما رأت ذلك مناسباً حسب تقديرها - الحق في تسليم المجرم إلى دولة أخرى وإن كان الفعل الذي ارتكبه غير مجرم في القانون الداخلي لهذه الدولة⁽³⁾.

إذاً: يعتبر تسليم المجرمين من التدابير والوسائل الفعالة في مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، نظراً لامتداد أنشطتها الإجرامية بين الدول، فضلاً عن استغلالها لسهولة التنقل بين دول العالم.

ثانياً: مصادرة الأموال المتحصلة في الجريمة المنظمة

تعتبر مصادرة الأموال المتحصلة من الجريمة من أكثر الوسائل فاعلية في مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لأن المصادرة تقضي على الهدف الرئيس لعصابات الجريمة المنظمة وهو الربح وهو ما يؤدي إلى شلل هذه التنظيمات⁽⁴⁾.

وعادة ما تقوم عصابات الجريمة المنظمة بإخفاء الأموال المتحصلة من الجريمة في دول أخرى غير التي ارتكبت فيها الجريمة.

وقد قضت اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة بهذا التعاون في المادة (12) فقرة (1) بأنه على الدول الموقعة تقديم أقصى ما يمكن من مساعدة في حدود القوانين الداخلية والأغراض المصادرة كما أعطت الفقرة (6) من المادة نفسها السلطات القضائية في الدول الموقعة أن تأمر

¹ - د.اسكندر غطاس: ملامح التعاون القضائي الجنائي فيما بين الدول والمحاكم الجنائية الدولية، من إصدارات معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية ص 12.

² - د.اسكندر غطاس: مدخل إلى التعاون القضائي الجنائي، من إصدارات معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية ص 13.

³ - د.شريف كامل: الجريمة المنظمة - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة 2001م ص 277-279.

⁴ - د.محمود بسيوني: الجريمة المنظمة عبر الوطنية - الطبعة الأولى - دار الشروق القاهرة 2004م ص 53.

بتقديم السجلات المصرفية أو المالية أو التجارية أو التحفظ عليها ولا يجوز لها الاحتجاج بالسرية المصرفية للامتناع عن القيام بهذا الأمر⁽¹⁾.

كذلك على كل دولة طرف في هذه الاتفاقية، تتلقى طلبا من دولة أخرى بمصادرة أموال أو معدات أو أشياء أخرى متعلقة بالجريمة على إقليمها عليها أن تقوم بإحالة الطلب إلى سلطاتها المختصة لاستصدار حكم مصادرة أو تنفيذ أمر مصادرة صادر بالفعل أو تنفيذ حكم مصادرة صادر من الدولة الطالبة بالقدر المطلوب وفي حدود الطلب مادة (13) فقرة (1) بالإضافة إلى مواد أخرى من الاتفاقية اهتمت بالتعاون القضائي في مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية⁽²⁾.

كما دعت الاتفاقية الدول إلى أن تقوم بإبرام اتفاقيات متعددة الأطراف أو ثنائية في سبيل المزيد من التعاون الدولي لتسهيل إجراءات مصادرة الأموال المتحصلة من الجريمة المنظمة. لذلك تأتي أهمية عقد المزيد من الدورات التدريبية المشتركة بهدف التعاون القضائي بشكل عام والتعاون في مكافحة الجريمة المنظمة بشكل خاص، إضافة إلى إبرام الاتفاقيات الدولية لتعزيز التعاون القضائي سواء عن طريق مجلس التعاون الخليجي أو جامعة الدول العربية أو أي منظمة دولية، لتسهيل إجراءات التحقيق والمحاكمة وتبسيطها ولمزيد من التعاون القضائي في مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية فضلا عن استخدام التكنولوجيا الحديثة في تعزيز هذا التعاون.

¹ - د. شريف كامل: الجريمة المنظمة- الطبعة الأولى- دار النهضة العربية- القاهرة 2001م ص 285.

² - د. شريف كامل: الجريمة المنظمة- الطبعة الأولى- دار النهضة العربية القاهرة 2001م ص 285 .

الخاتمة

لقد تعرفنا في هذا البحث على خطورة الجريمة المنظمة عبر الوطنية على المجتمع الدولي بأسره وما تسببه من آثار خطيرة على المستوى السياسي والاقتصادي والاجتماعي ، كما رأينا مدى استغلال عصابات الجريمة المنظمة للعولمة والانفتاح الاقتصادي وسهولة المواصلات والاتصالات والاستفادة منها في تحقيق أهدافها وجرائمها بسهولة ويسر .

كما تعرفنا على مايميز الجريمة المنظمة عن غيرها من الجرائم فهي مؤلفة من ثلاثة أشخاص فأكثر يجمعهم تنظيم هرمي وتستخدم وسائل غير مشروعة مثل العنف والتهديد والرشوة ، وترتكب الجرائم بهدف تحقيق الربح ، ومن هذه الجرائم التي ترتكبها ، المخدرات والاتجار بالبشر والسلاح وغيرها من الجرائم وتقوم بغسيل الأموال المتحصلة من جرائمها

ولقد توصلنا إلى عدة نتائج وهي:

* استخدام كافة الوسائل التي من شأنها أن تسهل الوصول إلى الرؤساء في هذه التنظيمات والقبض عليهم ، ومن هذه الوسائل تقديم الإغراءات لمن يبلغ عنهم والحماية للأعضاء الهاربين وتخفيف العقوبة عنهم أو الإعفاء منها للحصول على معلومات منهم.

* عدم إضاعة الوقت في البحث عن تعريف للجريمة المنظمة أو الاختلاف في خصائصها ، وإنما توجيه هذه الجهود نحو إيجاد أساليب وحلول مشتركة للتصدي لهذه الجريمة ومكافحتها بالتعاون مع الهيئات والمنظمات بهذا الشأن.

* الاستفادة من التكنولوجيا ووسائل الاتصال الحديثة والأنترنت وتسخيرها لمواجهة هذه الجريمة.

المراجع

أ. المراجع العامة:

- 1- د. محمود شريف بسيوني: الجريمة المنظمة عبر الوطنية، الطبعة الأولى-دار الشروق- القاهرة 2004
- 2- د. شريف سيد كامل: الجريمة المنظمة، الطبعة الأولى-دار النهضة العربية-القاهرة 2001م
- 3- د. فائزة يونس الباشا: الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية-دار النهضة العربية ، القاهرة 2002م
- 4- د. طارق سرور: الجماعة الإجرامية المنظمة-دار النهضة العربية ، القاهرة 2000م
- 5- أنسرين عبدالحميد نبيه: الجريمة المنظمة عبر الوطنية-دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2006م
- 6- د. احمد إبراهيم مصطفى سليمان: الإرهاب والجريمة المنظمة التجريم وسبل المواجهة(د،ن (2006م
- 7- د. عادل عبدالجواد محمد الكر دوسي: التعاون الأمني العربي ومكافحة الإجرام المنظم عبر الوطني، الطبعة الأولى-مكتبة الاداب 2005م
- 8- محمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح -مكتبة لبنان 1989م
- 9- أ. عبدالفتاح سليمان: مكافحة غسيل الأموال، الطبعة الأولى-دار الكتب القانونية، مصر 2006م
- 10- د. موسى نعيم: تجارة غير مشروعة، مكتبة الإسكندرية ، الاسكندرية 2006م

ب: الدوريات:

- 1- أ. اليمامة الحربي: مجلة الفتوى والتشريع، العدد الثاني عشر، الكويت 2004م
- 2- د. فايز الظفيري: مواجهة جرائم غسيل الأموال ،مجلس النشر العلمي، لجنة التأليف والتعريب والنشر-الكويت 2004م
- 3- د. اسكندر غطاس:مدخل إلى التعاون القضائي الجنائي. من إصدارات معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية.
- 4- د. اسكندر غطاس:ملامح التعاون القضائي الجنائي فيما بين الدول والمحاكم الجنائية الدولية، من إصدارات معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية

طبيعة السلطة التقديرية للقرار الإداري في ركن الشكل

معمر إبراهيم المريمي

المقدمة

يشغل القرار الإداري أهمية بين الوسائل القانونية التي تستخدمها الإدارة في تحقيق الأهداف التي يتطلبها القانون، وتتغياها من أعمالها بما يحقق المصلحة العامة التي هي هدف كل تصرف تقوم الإداري

ولتمكين الإدارة من تحقيق هذه الأهداف يستعمل المشرع أحد أسلوبين في تحديد اختصاص الإدارة، فإما أن يفرض عليها بطريقة أمره التصرف الذي يجب مراعاته

بأن يحدد لها القواعد والشروط الواجبة، التي تلزم الإدارة عند تحققها باتخاذ قرار معين، حيث أنها لا تملك أي حرية في القدير، ويكون اختصاصها حينئذ مقيداً، أو أن المشروع يغفل ذكر هذه الشروط متعمداً لغرض منح الإدارة مجالاً من الحرية، تستطيع خلاله تقدير التصرف حسب الظروف والمعطيات المحيطة به، وهو ما يمنح الإدارة سلطة تقديرية في اختيار ما تراه مناسباً في إطار المصلحة العامة، مع ملاحظة أن ممارسة السلطة التقديرية إنما تتم في إطار القانون الذي يحكم نشاط الإدارة وداخل حدوده، وإن السلطة سواء كانت تقديرية أو مقيدة ليست سوى وسيلة لتطبيق القانون على أكمل وجه، وعلى ذلك فقد ظهرت ضرورة التمييز بين الاختصاص المقيد، والسلطة التقديرية، وهي ضرورة لا تتأسس على تعارض أو تناقض بينهما، بل إن هاتين السلطتين تتكاملان عند مباشرة سلطة اتخاذ القرار الإداري، فكل قرار لا يخلو من جانب التقدير والتقييد فهما يتداخلان معاً في كل قرار إداري، لكن من شأن التمييز بينهما أن يحدد مشروعية القرار الإداري على نحو دقيق، وتحديد مدى الرقابة التي يمارسها القضاء على القرار، والقيود والشروط الواجب مراعاتها فيما إذا كان الاختصاص مقيداً أو تقديرياً، فما هو مفهوم هاتين لسلطتين ومعيار تحديدهما؟

وإذا كان الاختصاص المقيد يتجسم فيه أكبر ضمان لحرية الأفراد وحمايتهم من تعسف الإدارة وعنيتها، وهو ما دفع الكثير من الدول إلى توسيع مدى الاختصاص المقيد في تشريعاتها، بتحديد اختصاصات الإدارة سلفاً، إضافة إلى ما يرسيه القضاء من مبادئ في هذا الشأن للعمل على رد عائلة الإدارة ومنعها من التعسف والانحراف.

لكن إذا كانت حرية الأفراد وتحقيق مصالحهم واجبة الرعاية والحماية بعدم تركها عرضة لعبث الإدارة دون قيد، فإن الإسراف في هذا التقييد يترتب عليه أوجم العواقب، لأنه يؤدي إلى شل حركة الإدارة وكبت نشاطها، ويعدم روح الابتكار ولإبداع فيها، ويبت الآلية البغيضة في أرجائها، الأمر الذي يتطلب منح الإدارة قدرًا من حرية التصرف في بعض الجوانب من القرار الإداري، باعتبار المشرع لا يستطيع أن ينظم ويحدد كل عناصر القرار بشكل تفصيلي، إضافة إلى أن الإدارة هي الأقرب لمعالجة الحدث الإداري وأعلم بالمعطيات والظروف المحيطة به، فالإدارة ليست بالآلة الصماء، بل تدار من قبل أفراد مبصرين يواجهون ظروفًا متغيرة، تقتضي في كثير من الأحيان تنوعاً في الاختصاص الذي يمنح لهم، من أجل خلق إدارة إيجابية مبدعة تواكب التطورات والمستجدات وتحقق المصلحة العامة المبتغاة، فما هي المبررات والأساس القانوني للسلطة التقديرية والاختصاص المقيد؟ وما مجالها في القرار الإداري؟

من ذلك نلاحظ الأهمية البالغة التي يحظى بها كل من الاختصاص المقيد والسلطة التقديرية في تحديد طبيعة اختصاص الإدارة، حيث أن كلاً منهما لازمان لكل قرار إداري، فإذا كان الاختصاص المقيد تكمن فيه حماية حقوق الأفراد وحررياتهم، والسلطة التقديرية تمنح الفاعلية للإدارة بما يخدم المصلحة العامة، وهو ما يعني أن الاختصاص المقيد يهدف إلى توفير الضمانات للأفراد على حساب فاعلية الإدارة، في الوقت الذي تكون فيه الإدارة ملزمة ومسؤولة عن ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وتقديم أفضل الخدمات للأفراد بأيسر السبل.

لذا فإن الأمر يقتضي إيجاد نقطة للتوازن بين هاتين السلطتين، فالمحافظة على المصلحة العامة من أن تهدر، وحقوق الأفراد من أن تنتهك، أمر واجب فكلتاها جديرتان بالرعاية، ولا يتحقق هذا التوازن إلا بوجود قضائية فاعلية، تقف إلى جانب المصلحة العامة عندما يتعلق الأمر بسلامة الدولة وأمنها ويتحقق مصالح الجماعة، وترد غائلة الإدارة إن هي أساءت التصرف وتعسفت في استعمال السلطة المخولة لها.

لكن أما وإن اعترفنا للقضاء بالرقابة على أعمال الإدارة، فما هي حدود هذه الرقابة التي يمارسها القضاء؟ وهل هي تدخل في نطاق رقابته للمشروعية أم أنه يمكن أن يتجاوزها إلى رقابة الملائمة التي تجريها الإدارة؟ كل ذلك يقتضي البحث في أشكال هذه الرقابة وحدودها.

من كل ذلك نرى أن هناك مجالاً خصباً للبحث في طبيعة اختصاص الإداري التقديري والمقيد، وحدود الرقابة القضائية على هذا الاختصاص.

ولهذه الأهمية العلمية والعملية التي يحظى بها هذا الموضوع هو الذي دفعنا لخوض غمار البحث لعلنا نضيف لبنة جديدة في صرح هذا البناء القانوني، واستكمال النقص في ما بدأه الذين قبلنا، فأنا هنا لا أدعى السبق في بحث هذا الموضوع، فقد أشبعه بحثاً الكثير من الباحثين، لكن النقص الذي اعتراه عدم وجود بحث شامل ومعمق لهذا الموضوع في مجال الفقه والقضاء بالجمهورية، وهو ما سوف نركز على بحثه خلال صفحات هذه الدراسة، وسوف لن نلجأ إلى إلا من باب المقارنة أو في حالة تعذر وجود الأحكام القضائية التي تعالج الموضوع - خاصة وإن كثيراً من المسائل لم تتح الفرصة بعد لقضاء الإداري الليبي النظر فيها - الأمر الذي يضطرنا إلى الرجوع لأحكام القضاء العربي والفرنسي بالخصوص .

كذلك قد تكون بعض الأحكام للقضاء الإداري الفرنسي ذات أهمية في استنباط مبادئ جديدة، أو تغيير في اتجاه قضائي سائد، مما يدفعنا ذلك لعرض مثل هذه الأحكام أو الإشارة لأهميتها في تأصيل المبادئ، وتحديد الاتجاهات في الفقه والقضاء، كون فرنسا بلد نشأة القانون الإداري وأسهم قضاؤها في خلق وتطوير الكثير من قواعد هذا القانون.

وتعتبر ندرة الكتابات الفقهية، وقلة الأحكام القضائية التي تعالج الموضوع في الواقع الليبي من أهم المشكلات التي اعترضت سبيلنا عند إعدادنا لهذا البحث والتي حاولنا التغلب عليها باللجوء لأراء الفقه وأحكام القضاء الإداري المصري، وقراءة ما بين السطور لبعض الأحكام الحديثة للمحكمة العليا بالجمهورية.

ولتوضيح هذا وذاك، ولسلامة البحث من جانبه الشكلي، قمنا بتقسيمه إلى جانبين، جانب نظري تأصيلي للمبادئ والمفاهيم التي تحكم الاختصاص المقيد والسلطة التقديرية، وجانب عملي تطبيقي تمثل في بحث الرقابة القضائية وتطبيقاتها وحدودها وما استقر عليه القضاء من مبادئ تحكم اختصاص الإدارة المقيد والتقديري.

والبحث في مجمله يدور حول الإجابة على العديد من التساؤلات التي سبق طرحها ومجال بحثها وتطبيقاتها في الفقه والقضاء الإداري، وقد عقدنا لذلك خطة للبحث تتكون.

المبحث الأول

مجال التقييد والتقدير في ركن الشكل للقرار الإداري

يقصد بعنصر الشكل في القرار الإداري، المظهر الخارجي الذي يشترطه القانون على مصدر القرار لإفراغه فيه، أي مجموعة القواعد الشكلية والإجرائية التي ينبغي على الإدارة أتباع عند إصدارها لقراراتها الإدارية، وتعد قواعد الشكل هذه على قدر كبير من الأهمية، فهي تقوم كحاجز وموازن لسلطات الإداري في مجال القرارات الإدارية، مقررة للمصلحة العامة، ومصالحة للأفراد على السواء، إذ هي من ناحية تجنب الإدارة مواطن الزلل، والتسرع، وتمنحها فرصة للتروي، والتمعن، والدراسة المتأنية لموضوع القرار قبل إصداره، كما أنها تحمي الأفراد من تعسف الإدارة وعنتها، فعن طريق هذه القواعد الشكلية يعلم الأفراد بها ولا تؤخذ في غفلة منهم.

وإذا كان الأصل هو عدم تقييد الإدارة بشكل معين عند إصدارها لقراراتها، إلا أنه إذا ألزم القانون الإدارة بصب قراراتها في شكل معين وجب عليها التقييد بذلك وإلا اعتبر قرارها معيباً في شكله. وهذا ما أشارت إليه المحكمة العليا في حكمها بتاريخ 14/3/1964م بقولها إذا كان الأصل في القرارات الإدارية هو عدم تقييدها بشكل معين أو صورة معينة تفصح عن إرادة الإدارة ما لم يوجب القانون إتباع ذلك الشكل أو تلك الصورة في إصدار قراراتها، ذلك لأن القرارات الإدارية لا تحصرها أشكال ولا ألوان، فكما يكون القرار الإداري بالقول، يكون بالكتابة، وهو جائز بالبرق، أو البريد، أو الهاتف، وكما يكون صريحاً يكون ضمنياً، هذا إذا لم ينص القانون على صدور القرار الإداري في شكل خاص، فإذا أوجب القانون ذلك وجب النزول على حكمة " (1)

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا أين يكمن جانب التقدير والتقييد في عنصر الشكل في القرار الإداري؟ بمعنى هل الإداري تكون دائماً مقيدة اتجاه هذا العنصر، أما أنها تملك جانباً تقديراً بشأنه؟.

تدور الإجابة على ذلك بين دور المشرع ودور القاضي، فالمشروع قد يلزم الإدارة بصب قراراتها في شكل معين، أو إتباع إجراءات محددة قبل أو عند إصدارها لهذه القرارات، حيث تعتبر هذه القواعد الشكلية والإجرائية التي يوجبها المشرع، من القواعد الجوهرية المتعلقة بالنظام العام، مع ما يربته القانون على ذلك من آثار.

(1) طعن إداري رقم 20 لسنة 6ق - م. م. ع - السنة الثانية العدد الثالث - ص 13.

وفي أغلب الأحوال يتجه المشرع بصورة متزايدة إلى تقييد الإدارة لحماية لمصالح الأفراد ومنعاً لتعسف الإدارة، كاشتراط النشر للقرار قبل العمل به، مما يحتم أن يصدر القرار مكتوباً، أو اشتراط أن يكون القرار مسبباً، أو إجراء التحقيق، وأخذ الرأي، والمشورة المسبقة قبل إصدار القرار، وغيرها من القواعد والإجراءات التي لا توجد الإدارة مناصباً من إتباعها وإلا اعتبر قرارها باطلاً⁽¹⁾.

لكن القضاء الإداري يعمل جاهداً للتخفيف من هذه القيود الشكلية ومنح الإدارة جانباً من حرية التقدير عند إصدار قراراتها، وإعمالاً لهذا النهج ميز بين نوعين من الإجراءات والشكليات، فجعل من الأولى شكليات وإجراءات جوهرية، ومن الثانية شكليات وإجراءات غير جوهرية، حيث يختلف موقف الإدارة اتجاه كل منها وسنعرض لهذين الجانبين، لنرى أياً منها يكون اختصاص الإدارة اتجاهه مقيداً وأياً منها تملك الإدارة سلطة تقديرية حياله.

يعتبر الشكل أو الإجراء جوهرياً يتحتم على الإدارة إتباعه في حالتين:

الحالة الأولى:- عندما يوجب النص القانوني على الإدارة أن تفرغ قرارها في شكل معين، أو إتباع إجراءات محددة عند إصداره.

الحالة الثانية:- عندما يكون الشكل أو الإجراء مقررراً لمصلحة الأفراد والذي من شأن مخالفته الانتقاص من هذه المصالح⁽²⁾.

ومن أبرز الأمثلة على الشكليات والإجراءات الجوهرية الآتي:-

1- شكل القرار في ذاته، ويقصد به إخراج القرار في شكل معين حسب ما ينص عليه القانون، كأن يكون القرار في شكل مكتوب سواء بالنص على ذلك صراحة أو ضمناً، حيث تكون الكتابة في هذه الحالة شرطاً جوهرياً لا تملك الإدارة حياله حرية التقدير أو الاختيار، فاخصاصها هنا مقيداً، كذلك قد

(1) راجع: د. محمد عبد الله الحراري - مبادئ القانون الإداري الليبي - الثاني - مرجع سابق - ص 162 كذلك: د.

سامي جمال الدين - قضاء الملائمة - مرجع سابق - ص 95 وما بعدها.

(2) راجع قرار المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم 3 لسنة 7 ق بتاريخ 1965/1/2م - الذي أعتبر أن العيب

الشكلي الذي يعيب القرار الإداري هو الذي يكون من شأنه التأثير على موضوع القرار أو الانتقاص من

الضمانات المقررة لمصالح الأفراد.

يشترط القانون أن يكون القرار مهوراً بأكثر من توقيع، بأن يقترن توقيع مصدر القرار بتوقيع أو توقيعات أخرى إلى جانبه، ويصبح القرار باطلاً إذا صدر القرار وتخلف هذا الشكل⁽¹⁾.

2- أخذ الرأي مقدماً وإتباع إجراءات تمهيدية قبل إصدار القرار، حيث يشترط القانون في بعض الحالات أن تقوم الجهة الإدارية قبل إصدارها القرار، الإداري بأخذ رأي جهة إدارية أخرى، سواء كانت في مرتبة أعلى منها أو ذات صفة استشارية فنية أو رقابية، كأخذ رأي الإدارة العامة للقانون أو الجهاز الشعبي للمتابعة والرقابة الشعبية، حيث تلزم الجهة الإدارية بإجراء هذه الاستشارات بل إصدارها لقراراتها، حيث جزاء مخالفة هذه الشروط البطلان.

كذلك قد يلزم المشرع الجهة الإدارية بإتباع إجراءات معينة، كإجراء التحقيق كتابة مع المخالف، وسماع أقواله، وتحقيق دفاعه قبل إيقاع الجزاء التأديبي عليه، وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة 80 من قانون الخدمة المدنية والمادة الرابعة من القانون رقم 3 لسنة 1985م بشأن قواعد تطهير الأجهزة الإدارية، اللتان تقضي بعدم توقيع العقوبة على الموظف إلا بعد التحقيق معه كتابة، وسماع أقواله وتحقيق دفاعه⁽²⁾، وهي ضمانات ضرورية توفر الاطمئنان والحماية للموظف موضوع المساءلة التأديبية، والتي لا تملك الإدارة إلا التقيد بها.

3- التسبب:- ويعني أن تفصح الإدارة في صلب قرارها عن الدوافع والأسباب التي دعتا إلى لإصداره، فهو إجراء شكلي يتطلبه المشرع.

ويختلف التسبب عن السبب في القرار الإداري، فالسبب هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تدفع الإدارة إلى إصدار قرارها، فهو شرط موضوعي وأحد أركان القرار الإداري، ويؤدي تخلفه إلى عدم مشروعية القرار لعيب في سببه، أما التسبب فهو شرط شكلي لصحة القرار يؤدي إغفاله إلى بطلان القرار لعيب في شكله، وإذا كان الأصل أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها، إلا أنه إذا أوجب

(1) أنظر قرار المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم 1 لسنة 1ق الصادر بتاريخ 1957/5/4م - في الدعوى المقامه من السيد على الديب بالطعن في القرار الملكي القاضي بحل المجلس التشريعي لولاية طرابلس الغرب حيث كان أحد أسباب طلب إلغاء القرار الملكي أنه جاء خالياً من توقيع رئيس مجلس الوزراء الاتحادي إلى جانب توقيع الملك - في ذلك الوقت - حسبما تنص عليه المادة 85 زمن الدستور آنذاك، هذا وقد قضت المحكمة ببطلان الأمر الملكي المشار إليه وما ترتب عليه من أثار، قضاء المحكمة العليا - الإداري والدستوري - الجزء الأول - ص 9- 35

(2) راجع نص القانون رقم 3 لسنة 1985م المشار إليه الجريدة الرسمية عدد 19 السنة الثالثة والعشرون ص 590.

القانون ذلك، فإن الإدارة تكون ملزمة بتسبب مثل هذه القرارات، حيث يصبح التسبب شكلاً وإجراءً جوهرياً يترتب على إغفاله بطلان القرار، أما في حالة عدم وجو التزام بالتسبب فإن الأمر يكون جوازياً بالنسبة للإدارة، وفي نظر القاضي يكون القرار سليماً من حيث الشكل.

ومن أمثلة وجوب التسبب على لسان المشرع، ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 34 من قانون والخدمة المدنية التي أوجبت على لجنة شؤون الموظفين بالجهة الإدارية التي تنظر في طلب تظلم الموظف، من تقدير الكفاءة المتحصل عليه بدرجة متوسط أو ضعيف، حيث يكون لها أن تعتمد تقرير لمتظلم منه أو تعدله حسب ما يتبين لها، على أن يكون قرارها مسبباً كذلك اشترطت المادة 80 فقرة 4 من نفس القانون عند توقيع العقوبة التأديبية على الموظف المخالف، اشترطت أن يكون القرار بتوقيع العقوبة مسبباً.

وقد أكدت هذا الاتجاه المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 17/3/1977م حيث قالت "لما كان الأصل أن الإدارة غير ملزمة بأن تفصح عن أسباب قرارها، إلا إذا ألزمتها القانون ببيان الأسباب، وفي هذه الحالة يصبح التسبب شرطاً يترتب على إغفاله بطلان القرار، ولو كان له سبب صحيح في الواقع، أما إذا لم يشترط القانون صراحة تسبب القرار الإداري، فلا تثريب على جهة الإدارة إن هي أغفلت بيان الأسباب التي بُني عليها قرارها" (1).

وبذلك يمثل التسبب ضماناً بالغة الأهمية وللأفراد، لأنه يسمح لهم وللقضاء في ذات الوقت بمراقبة القرار الإداري من حيث سببه، وأن تكون الأسباب مرآة صادقة لما يختلج في نفس الإدارة عند إصدارها لقرار الواجب التسبب، فتفصح عن دوافع إصداره وتضفي الاطمئنان على نفوس المتنازعين، وذلك بتوفير رباط منطقي وثيق بين منطوق القرار وأسبابه ليرتفع القرار عن مظنة الشك والشبهات.

هذه أهم الشكليات والإجراءات الجوهرية التي لا تجد الإدارة أمامها طريقاً إلا التقيد بها وإتباعها، لأنها مقررة لمصلحة الأفراد والتي من شأن مخالفتها الانتقاص من الضمانات الممنوحة لهم، وبذلك فإن الإدارة لا تملك حيالها أي سلطة تقديرية، بل اختصاصها مقيداً في هذا الجانب من عنصر الشكل.

(1) طعن إداري رقم 40 لسنة 23 ق - م. م. ع - السنة الثالثة عشر العدد الرابع - ص 41.

كذلك طعن إداري رقم 5 لسنة 2 ق - م. م. ع - السنة الحادية والعشرون العدد الرابع - ص 14.

المبحث الثاني

الشكليات والإجراءات الغير جوهرية

يعتبر الشكل أو الإجراء ثانوياً غير جوهري متى كان مقررًا لمصلحة الإدارة وحدها، ولم يكن من شأن إغفاله التأثير على طبيعة القرار، أو على الضمانات المقررة للأفراد، وبذلك تملك الإدارة إزاءها سلطة تقديرية واسعة، فهي إن شاءت أتبعته هذه الإجراءات أو أهملتها، بمعنى أن إغفالها لا يؤثر على صحة ومشروعية القرار⁽¹⁾.

ومن أبرز الأمثلة على الشكليات والإجراءات الغير الجوهرية، والتي لا تؤثر على سلامة القرار الإداري في حالة إغفالها، ولا يتم إلغاء القرار من قبل القضاء بالرغم من مخالفته لهذه الشكليات.

1- الشكليات المقررة لمصلحة الإدارة:- إذا كان الأصل أن الشكليات مقررة لمصلحة الأفراد والإدارة على السواء، غير أن المشرع قد يقرر بعض الإجراءات والشكليات لمصلحة الإدارة وحدها، حيث يكون لها حرية إتباعها أو إغفالها، ودون أن يكون للأفراد حق التمسك ببطلان القرار الإداري استناداً لمخالفتها، تأسيساً على أن الشكليات المقررة لمصلحة الإدارة لا يجوز لسواها التمسك بإتباعها، وبذلك إن لم تتراع هذه الشكليات المقررة لصالحها فإن قرارها لا يوصم بعدم المشروعية.

لكن الصعوبة تظهر هنا في إيجاد معيار يحدد الإجراءات والشكليات المقررة لصالح الإدارة، والأخرى المقررة لصالح الأفراد أو المصلحة العامة.

كما أن جانباً كبيراً من الفقه لا يجاري هذه التفرقة، لأن من الصعوبة بمكان التعرف على الشكليات المقررة لمصلحة الإدارة وحدها، ففي أغلب الأحيان نجد المصلحة العامة إلى جواز ملحة الإدارة، فليس هناك خط فاصل بينهما، إضافة إلى أنه ليس هناك مصلحة ذاتية للإدارة، قياسياً على مصالح الأفراد، فمصلحة الإدارة دائماً ترمي إلى تحقيق الصالح العام، عكس الأفراد الذين يسعون إلى تحقيق مصالحهم الخاصة.

فالإجراءات المقرر اتخاذها في حالة ضبط الطالب متلبساً بالغش في الامتحانات، وقبل تقديمه إلى مجلس التأديب، هي مقررة للمصلحة العامة، ولا يمكن الإدعاء بأنها مقررة لمصلحة الإدارة وحدها،

(1) أنظر: د. محمد عبد الله الحراري - أصول القانون الإداري الليبي - الجزء الثاني - مرجع سابق - ص 166.

فمصلحة جميع الطلاب تحقيق تكافؤ حقيق للفرص بينهم، والتي تستلزم عدم المساواة بين من يذاكر لينجح ومن يغش ليحقق نفس الغرض، هي التي تفرض اتخاذ هذه الإجراءات.

كما يضيف أصحاب هذا الرأي سبباً آخر لمعارضتهم في وجود شكليات مقررة لمصلحة الإدارة، بقولهم أن هذا المسلك لا ينسجم مع طبيعة دعوى الإلغاء، كونها دعوة عينية تستهدف مخاصمة القرار الإداري في ذاته، دون النظر إلى مصالح الخصوم في الدعوى (1).

2- الشكليات الثانوية التي لا تؤثر في سلامة القرار موضوعياً: - يعتبر الشكل أو الإجراء ثانوياً إذا لم تؤثر مخالفته على القرار من حيث الموضوع ولا تمس الضمانات المقررة للأفراد، فمثلاً قيام الإدارة بتخفيض المدة المنصوص عليها قانوناً، والتي تخول الموظف المحال لمجلس التأديب لتقديم دفاعه خلالها، إذا تبين أن الموظف قد قدم مذكرة بدفاع قبل ذلك، حيث لم يلحقه أي ضرر من جراء تقصير هذه المدة، وقد أشارت إلى ذلك المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها الصادر بتاريخ 12/5/1979م حيث قالت " إن قواعد الشكل في إصدار القرار الإداري ليست كأصل عام هدفاً في ذاتها أو طقوساً لا مندوحة من إتباعها تحت جزاء البطالان الحتمي، وإنما هي إجراءات سداها المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على السواء ويفرق فيها بين الشكليات الجوهرية التي تتال من تلك المصلحة، ويقدم إغفالها في سلامة القرار وصحته، وغيرها من الشكليات الثانوية، وعليه لا يبطل القرار لعيب شكلي، إلا إذا نص القانون على البطالان لدى إغفال الإجراء، أو كان الإجراء جوهرياً في ذاته يترتب على إغفاله تفويت المصلحة التي عنى القانون بتأمينها" وتستطرد المحكمة فتقول " أما كان الإغفال متداركاً من سبيل آخر دون مساس بمضمون القرار الإداري وسلامته موضوعياً، وضمانات ذوي الشأن، واعتبارات المصلحة العامة الكامنة فيه، فإن الإجراء الذي جرى إغفاله لا يستوي إجراءً جوهرياً يستتبع البطالان" (2)، لكن التمييز بين وجود أشكال وإجراءات جوهرية يتحتم على الإدارة إتباعها والتقييد بها عند إصدارها لقراراتها، وإلا اعتبر قرارها باطلاً، وأخرى غير جوهرية لا يؤثر إغفالها على صحة القرار ومشروعيته، ووجه لهذا التمييز نقاً شديداً من الفقه في مصر، وكان في مقدمة هؤلاء المنتقدين د. سامي جمال الدين، الذي طالب القضاء بالتخلي عن هذه التفرة، بوله أنه مهما كانت

(1) راجع: د. سليمان محمد الطماوي - نظرية القرارات الإدارية - مرجع سابق - ص 286 وما بعدها.

كذلك لمزيد من التفصيل في هذا الشأن راجع: د. سامي جمال الدين - قضاء الملاءمة - مرجع سابق - ص 114.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 12/5/1979م في القضية رقم 571 لسنة 18ق، نقلاً عن: د. محمد ماهر

أبو العينين - دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري - الكتاب الأول - دار الطباعة الحديثة - القاهرة 1996 -

ص 136.

علة أو الحكمة من هذا التمييز فإنها لا تنهض أساساً كافيًا لإهدار المشروعية ومخالفة القانون، بحجة عدم جوهرية الشكل أو الإجراء، إذا يتعين على القاضي الإداري، وهو قاضي المشروعية الأول، الالتزام باحترام المشروعية دون تفصي لأهداف المشرع والبحث عن علة التشريعات، وما على الإدارة إن رأت أن هناك أعاققة من شأنها شل عملها نتيجة وجود بعض الشكليات أن تبادر إلى إلغائها إن كانت مقررّة بنص لاتحي، أو طلب ذلك من المشرع إذا كانت مقررّة بنص تشريعي، أو عليها الالتزام بها بدلاً من محاولات الدفع أمام القضاء بثانوية أو عدم جوهرية الشكل، أو الإجراء الذي أغفلته، في محاولة منها لتبرير مخالفتها، وانتهاكها للنصوص القانونية، كما أن القول بوجود شكليات لا قيمة لها يحمل ضمناً اتهاماً غير جائز للمشرع بالعبث، وعدم الجدية عند إصداره للتشريعات⁽¹⁾. نخلص مما تقدم أن ركن الشكل في القرار الإداري تتمحور سلطة الإدارة حياله إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يمنح الإدارة سلطة تقديرية واسعة في حالة تخلي المشرع عن تحديد أية أنماط أو إجراءات تلزم الإدارة بإتباعها عند إصدارها القرارات الإدارية، وهذا هو الأصل العام حيث أن الإدارة غير ملزمة بإتباع إجراءات، أو صب قراراتها في قوالب وأشكال معينة، حيث يفترض أن تصدر قراراتها مطابقة للقانون، مستهدفة بها المصلحة العامة، وتبقى هذه القرينة قائمة إلى أن يثبت عكسها، حيث يكون قرارها مشروعاً في أي شكل اختارته.

لكن قد يسأل البعض هنا عما إذا يحدد القانون شكلاً أو إجراء معيناً للإدارة، واختارت بنفسها شكلاً أو إجراء اتبعته عند إصدار القرار، فهل تكون ملزمة به وتلتزم أن تأتي به بصورته الصحيحة طبقاً للقواعد المنظمة له، أما أنها لا تلزم بذلك ما دامت قد اختارت الشكل والإجراء بنفسها دون نص من القانون؟

نرى أن الإدارة طالما اختارت إتباع إجراء أو شكل - حتى وإن كانت غير ملزمة به في الأصل فإنه يجب أن تأتي به في صورته الصحيحة وحسب الشروط والقواعد التي يتطلبها لصحة هذا الإجراء أو الشكل، وإلا عد تصرفها غير مشروع، لأنها باختيارها الإجراء أو الشكل وهي غير ملزمة بذلك أصلاً تكون قد انتقلت من مجال التقدير إلى مجال التقييد، وبالتالي تخضع لرقابة المشروعية ويصبح اختصاصها مقيداً.

(1) لمزيد من التفصيل راجع: د. سامي جمال الدين - قضاء الملاءمة - مرجع سابق - ص 120.

كذلك في نفس السياق: د. محمد ماهر أبو العينين - المرجع السابق - ص 140.

فمثلاً إذا كان القانون لا يلزم الإدارة بتسبب قراراتها في بعض الحالات، فإن هي أصد لصحته، فيجب أن يكون تسبباً واضحاً وكافياً لفهم الأسباب التي بني عليها القرار، فإن تختلف هذه الشروط كان الشكل معيباً ونعت القرار بعدم المشروعية.

الاتجاه: يجعل من اختصاص الإدارة مقيداً عندما يحدد المشرع أشكالاً وإجراءات معينة تلزم الإدارة باتباعها عند إصدارها للقرار الإداري، فالإدارة هنا لا تملك مجالاً للتقدير، فهي ملزمة بالتقيد بما نص عليه القانون.

مع ملاحظة أن القضاء يحاول بقدر الإمكان التخفيف من هذا التقيد ومنح الإدارة شيئاً من حرية التقدير، وذلك بأن حاول التمييز بين الإجراءات والأشكال الجوهرية، التي تلزم الإدارة التقيد بها، والإجراءات والأشكال الغير جوهرية التي لا تؤثر على صحة القرار في حالة إغفالها من جانب الإدارة، لكن بالمقابل كما رأينا نجد جانباً من الفقه يعارض هذا التمييز حيث يرى أنه يجب على الإدارة التقيد بالنصوص في حالة وجودها، باعتبار الشكليات المقررة قانوناً هي في حقيقتها ضمانات ضد تعسف الإدارة، وحماية لحرية الأفراد وحقوقهم.

وخلاصة القول في ركن الشكل أن الإدارة مقيدة في حالة وجود النص القانوني، حيث تلزم بإتباع إجراءات وأشكال معينة عند إصدارها لقراراتها، وتملك سلطة تقديرية إذا تخطى المشرع عن تحديد هذه الشكليات حيث تكون لها حرية اختيار الشكل الذي تراه مناسباً، أو حتى عدم أي نوع من الشكليات.

الخاتمة

يعتبر القرار الإداري من الوسائل القانونية التي تستخدمها الإدارة لتحقيق أهدافها بل يعتبر أهمها، حيث يقف القرار الإداري وراء أغلب التصرفات التي تجربها الإدارة، ولا تخرج طبيعة اختصاص الإدارة عند إصدارها لقراراتها عن حالتين: إما أن يكون اختصاصها مقيداً، أو أن تتمتع بسلطة تقديرية، ومن طبيعة هذا الاختصاص التقديرية والمقيد، كانت بداية رحلتنا مع هذا الموضوع

حيث بدأنا هذه الدراسة باتباع مراحل تطور القرارات الإدارية من التقييد إلى التقدير في فصل تمهيدي، حيث رأينا أن هذه القرارات مرت بمراحل عديدة من التقييد الكامل في البداية، إلى القرارات البحثية، التي تحررت فيها الإدارة من كل قيد أو رقابة، ثم القرارات التقديرية حيث أخضع جانب منها للرقابة بشكل محدود في ركني الشكل والاختصاص، وأخيراً منحت الإدارة سلطة تقديرية في بعض جوانب القرار الإداري، وبقاء البعض الآخر اختصاص الإدارة فيه مقيداً، ومن خلال البحث في هاتين السلطتين، يمكن تأكيد الحقائق والنتائج التالية:

1- إذا كنا قد اخترنا عنوان هذا البحث القرار الإداري بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد، فإنه كان لزاماً علينا تحديد ماهية التقدير والتقييد، وبيان مضمونهما، وكذلك فعلنا، فوجدنا أن اختصاص الإداري يكون مقيداً عندما تفرض القواعد التي تحكم نشاط الإداري المسار الذي يجب عليها أن تسلكه عند توافر شروط معينة، فهو الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية التي لا تملك معها الإدارة أي اعتبارات للملاءمة.

أما السلطة التقديرية فإنها تتحقق عندما تترك تلك القواعد مجالاً من الحرية للإدارة عند مباشراتها لنشاطها، فتكون حرة في اختيار السبب الملائم لقرارها والمحل المترتب عليه والغاية التي تسعى إليها في إطار المصلحة العامة.

2- وإذا كنا قد أوردنا تعريفين منفصلين لكل من مصطلح التقييد والتقدير إلا أن ذلك لا يعني أنهما على طرفي نقيض، فكلاهما يكمل الآخر، حيث توصلنا إلى أنه لا يوجد قرار إداري تحضي فيه الإدارة بالتقدير الكامل، أو تكون فيه مقيدة بصورة مطلقة، بل إن كل عمل إداري هو مزيج من التقدير والتقييد وهذا التمازج يمكن في فكرة المصاحبة بينهما في أغلب القرارات الإدارية، ولا يعني أنهما متوازنان أو متعادلان في القرار الإداري.

3- كذلك تحريبا للبحث لإيجاد معيار للتمييز بين الاختصاص المقيد، والسلطة التقديرية، فتبين لنا أن هناك ثلاثة اتجاهات لتحديد هذا المعيار، الأول اعتبر مصدر التقييد والتقدير يكمن في إرادة المشرع وحدها، أما الاتجاه الثاني فقد ربط بين طبيعة اختصاص الإدارة - التقديري والمقيد - وبين وجود الرقابة القضائية، بمعنى وجود الرقابة القضائية يرتبط بالاختصاص المقيد، وتختلف هذه الرقابة يعطي الإدارة سلطة تقديرية، أما الاتجاه الثالث فمزج بين القواعد التشريعية والمبادئ التي يرسبها القضاء عند مباشرته للرقابة، وجعل منها معياراً يهتدي به لمعرفة اختصاص الإدارة، وهو ما أطلق عليه التنظيم القانوني، وقد أيدنا هذا الاتجاه واعتبرناه يتفق مع الواقع العملي للقرار الإداري.

4- وتقصياً لدقائق وخفايا كل من السلطة التقديرية والاختصاص المقيد، بحثنا في أساسها القانوني، حيث تبين لنا وجود ثلاث نظريات تؤسس لهذا المجال، أولاً نظرية تدرج القواعد القانونية، وثانيها نظرية الحقوق الشخصية، وثالثها، نظرية المشروع، وقد لاحظنا من خلال عرض هذه النظريات والانتقادات التي وجهت إليها، بأنه لا يمكن الارتكان إلى إحداها في تفسير الأساس القانوني لسلطة الإدارة، وقد لرأينا في التزام الهيئات الإدارية القائمة على تسيير المرافق العامة، وضرورة تأمين الخدمات التي تقدمها بشكل دائم ومطرد، وقابلية هذه المرافق للتعديل والتغيير حسبما تقتضيه المصلحة العامة، هي المبادئ التي تحكم نشاط الإدارة، وأساس تدخل المشرع والقاضي بتقييد الإدارة أو منحها سلطة تقديرية.

5- وبحثنا في آثار التمييز بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد، في مجال الرقابة التي يمارسها القضاء، وفي ميعاد سحب القرار الإداري من قبل الإدارة، حيث تبين لنا أن مجال الرقابة يتسع في حالة الاختصاص المقيد كونها رقابة على المشروعية، وتضيق هذه الرقابة في حالة السلطة التقديرية، كون هذه الرقابة لا تمتد إلى ملاءمة القرار. أما آثار التمييز فيما يخص سحب القرار الإداري المعيب، فوجدنا إن القضاء الإداري في البداية قد استثنى القرارات المبنية على سلطة مقيدة من قاعدة السحب، وسمح بسحبها خارج قيد الميعاد، السحب، واعتبرناه قضاء محموداً، يحقق الأمان والاستقرار للأوضاع القانونية للأفراد، ويجعلها تستقر بعد فترة من الزمن، ولا تبقى محل شك إلى ما لا نهاية، إضافة إلى أنه من الصعوبة بمكان الزعم أن هذا القرار صادر عن سلطة مقيدة، وذلك قرار صادر عن سلطة تقديرية.

6- وقد بحثنا في مجال السلطة التقديرية والاختصاص المقيد في عناصر القرار الإداري، فقسّمنا هذه العناصر إلى قسمين، يتعلق الأول بكيفية ممارسة الإدارة لسلطتها، ويمثل الشرعية الخارجية للقرار، ويكون في عنصري الاختصاص والشكل، اللذان يغلب عليهما الاختصاص المقيد. والقسم الثاني

ويتمثل في جوهر سلطة الإدارة ذاتها ويتعلق بالشرعية الداخلية للقرار، ويكون في عناصر السبب والمحل والغاية، وعرفنا إن فيهما مجالاً أوسع لسلطة الإدارة التقديرية.

7- وفي الباب الثاني من هذا البحث تطرفنا لمجال الرقابة التي يمارسها القضاء الإداري وحدودها، ووجدنا أن هذه الرقابة مرت بمرحلتين: المرحلة التقليدية، وتشمل الرقابة على ماديات الوقائع، والرقابة على التكييف القانوني والرقابة على تقدير وأهمية هذه الوقائع، والمرحلة الحديثة التي شملت الرقابة على التناسب بين سبب القرار ومحل - الغلو - ، ورقابة الخطأ البين، ورقابة الموازنة بين المنافع والمضار، فإذا انتقلنا من التعميم والتجريد إلى التخصيص والتحديد في هذا الشأن، لوجدنا أن الإدارة تخضع لرقابة القضاء فيما يتعلق بقيام الوقائع من الناحية المادية، وتكييفها القانوني، سواء كان اختصاصها مقيداً أو تقديرياً، لكن القضاء الإداري لم يصل برقابة التكييف القانوني إلى آخر المشوار، حيث امتنع عن ممارسة الرقابة في بعض الحالات، منها إذا تعلق القرار بالمصلحة العليا للدولة وبما يتصل بسلامتها وأمنها في قرارات الضبط الإداري، والقرارات الإدارية ذات الطابع العلمي والفني التي يتطلب الوقوف على حقيقتها مقدرة عملية وفنية متخصصة، أما تقدير أهمية وخطورة الوقائع، فقد رأينا أن القضاء اعتبره مجالاً محجوزاً للإدارة، وعدم جواز البحث في حسن التسنييد أو معقولية التسبب الذي تجرته الإدارة خلال هذه المرحلة.

8- أما أوجه الرقابة القضائية الحديثة المتمثلة في رقابة التناسب - الغلو - ورقابة الخطأ البين، ورقابة الموازنة بين المنافع والمضار، فهي من أوجه الرقابة التي ابتدعتها القضاء الإداري، ليقاوم التقديرات الغير معقولة، والتجاوز في استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية، وهي تمثل تجديداً قضائياً حققه هذا القضاء لسد الفراغ في الرقابة القضائية التقليدية، وزيادة لمجال الشرعية وتوسيعها، وإن أساس هذه الرقابة ومشروعيتها يكمن في القواعد والمبادئ التي أرساها القضاء الإداري، انطلاقاً من دوره الإنشائي في بناء قواعد القانون الإداري.

وإن القضاء الإداري الليبي، أخذ بشكل واضح وصريح بأحد أوجه هذه الرقابة، وهي رقابة الغلو، وأرسى مبدأ ضرورة التناسب بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره، وقد أيدنا هذا الاتجاه واعتبرنا الجزاء الممعن في الشدة أو المفرط في الشفقة، كلاهما لا يحقق المصلحة العامة، وإن التوازن والتناسب بين هذا وذلك هو الذي يحمي الأفراد من تعسف الإدارة، ويكفل حسن سير المرافق، العامة بانتظام واطراد.

غير أن هذا القضاء وإن كان لم يستعمل تعبير الخطأ البين، والموازنة بين المنافع والمضار في أحكامه، إلا أنه أعمل مضمون ونتائج هاتين النظريتين في بعض الأحكام، وهو اتجاه وإن كان في بدايته، فإننا نأمل أن نرى اليوم الذي يفصح فيه هذا القضاء صراحة عن أخذه بهذه الأوجه الحديثة في الرقابة القضائية، كونها تحقق موازنة جديدة لمجال السلطة التقديرية، وتجعل من هذه السلطة أكثر توازناً ومعقولية، ويدفع الإدارة إلى إيجاد مبررات قوية وصحيحة لإعمالها قبل أن تقدم عليها.

المقترحات والتوصيات:

لقد اتضح لنا من خلال هذه الدراسة أن القضاء الإداري الليبي لم تكن واضحة لديه العديد من المبادئ والنظريات التي استحدثت في مجال القانون الإداري، إضافة إلى أن هذه النظريات لم تحسن بالبحث والتحليل من جانب الفقه، لذا نطمح إلى تحقيق المقترحات التالية والتي تهدف من ورائها إلى تطوير التشريع وإثراء الفقه وزيادة فاعلية القضاء في هذه الشأن:

1- تطوير نظام القضاء الإداري: إذا كان القانون رقم 88 لسنة 171 اعتبر قفزة نوعية في وقته، غير أن المشرع الليبي لم يتبعها بخطوات أخرى، لتطوير هذا القضاء وجعله أكثر فاعلية، رغم ما صاحب المجتمع من تطور كبير واتساع نشاط الإدارة وشموله العديد من يؤ33 إلى اقتراح تطوير هذا القضاء وجعله أكثر قرباً من المواطنين، بتوسيع قاعدته أفقياً، وذلك بإنشاء دوائر للقضاء الإداري بالمحاكم الابتدائية، لأنها الأكثر انتشاراً وعدداً وتغطي مختلف مناطق الجماهيرية، إذا اقتصر النظام الحالي على وجود هذه الدوائر بمحاكم الاستئناف التي لا تزيد عن خمسة - وهو ما لا يفي بالمطلوب، ويحمل المواطنين أعباء كبيرة عند اللجوء إلى المحاكم، بل قد يدفعهم هذا العبء إلى عدم النزوع إلى هذا القضاء في أغلب الأحوال، إضافة التي أن إنشاء الدوائر المقترحة، يحقق توسعاً عمودياً بإضافة درجة جديدة من درجات التقاضي في المسائل الإدارية، حيث تكون هذه الدوائر بالمحاكم الابتدائية قضاء أول درجة، وتكون الأحكام الصادر عنها قابلة للاستئناف أمام دوائر القضاء الإداري بمحاكم الاستئناف الحالية، ثم تمارس المحكمة العليا دورها، كمحكمة نقض في المرحلة الأخيرة، وهو ما يحقق ضماناً للأفراد بمراجعة الأحكام القضائية أمام محاكم الاستئناف، كما أن ذلك يخلق كفاءات قضائية متخصصة، بأن يتدرج من يجلس للقضاء الإداري في المحاكم الابتدائية بالصعود إلى سلم الدرجات القضائية في نفس التخصص، مما يخلق كوادر قضائية ذات كفاءة عالية ملمة بجوانب القضاء الإداري وتطوراتها.

2- إثراء الفقه القانوني: نظراً لمحدودية وندرة الكتابات الفقهية في مجال القانون الإداري كغيره من فروع القانون الأخرى، واقتصار ما هو موجود منه في معظم الأحيان على ما يقدم من خلال الكتب الدراسية، ويرجع ذلك إلى عدم وجود الوعاء الذي يمكن من خلال تقديم هذه البحوث والكتابات، لذلك نقترح إصدار دورية قانونية تهتم بنشر البحوث، والتحليل القانونية، والتعليق على الأحكام القضائية، واستطلاع وملاحقة كل ما هو جديد في مجال القانون الإداري، وتقع هذه المهمة على عاتق هيئة التدريس الجامعي بكليات القانون بالجامهيرية والعاملين في حقل القانون في المواقع الأخرى.

3- زيادة الوعي القانوني: ونعني بها ضرورة أن تكون هناك رقابة ذاتية من الأفراد على أعمال الإدارة، بعدم السكوت عن تصرفات الإدارة الخاطئة المخالفة للقانون، وإشعارها دائماً بأن تصرفاتها لن تكون في مأمن من الطعن والمخاصمة القضائية، إن هي تتكبت بها السبيل، وأن لا يتولد لدى الأفراد الطعن في أي قرار إداري صادر عن أحد اللجان الشعبية مثلاً لا يعني بحال الطعن في مؤسسة اللجان الشعبية كتنظيم إداري، بل إن الطعن ينصرف إلى القرار الإداري في حد ذاته بغية نصيحة بما يخدم المصلحة العامة.

4- أهمية فهم وتأطير كل من السلطة التقديرية والاختصاص المقيد: إذا كان الاختصاص المقيد يتجسم فيه الضمان والحماية لحقوق الأفراد والسلطة التقديرية تحقق الفاعلية للإدارة، فإن إيجاد نقطة للتوازن بين الضمان والفاعلية في التنظيم الذي يحكم نشاط الإدارة، غاية يجب أن ترتجي من المشرع والقاضي على السواء، ونقترح أن يكون الاختصاص مقيداً كلما تعلق الأمر بالحريات العامة للأفراد والمسائل الثابتة التي لا تتأثر بفعل الزمان والمكان، وتمنح الإدارة سلطة تقديرية في المسائل المتغيرة لتستطيع مواكبة المستجدات والمتغيرات بما يحقق المصلحة العامة.

وفي الختام نقول إذا كان النزوع إلى الكمال غاية ترتجي ومطلباً يستحب التعلق به غير أن ذلك من المستحيل تحقيقه، فالكمال لله وحده، لذلك نأمل أن أكون قد وفقت فيما بدأت فيه بالقدر المستطاع، فليس بالإمكان أبدع مما كان ونرجوا من الناظر الكريم العفو عن الزلل والنسيان فهو من طبيعة الإنسان، فما سمي الإنسان إلا لنسيه وما القلب إلا إنه يتقلب، وما توفيقني إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب.

أهم المراجع

أولاً: كتب التراث:

- * الإمام. أبي عبد الله محمد الأنصاري القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - دار الشام للتراث - بيروت - (بدون تاريخ نشر).
- * الإمام. أبي الفضل جمال الدين محمد بن منظور - لسان العرب - دار صادر - بيروت 1978.
- * د. الصادق عبد الرحمن الغرياني - الغلو في الدين - الشركة العامة للورق والطباعة سبها 2000.
- * العلامة. مجد الدين الفيروزبادي - القاموس المحيط - دار عالم الكتب - بيروت 1970.
- * الإمام. محمد مرتضي الزبيدي - تاج العروس - دار ليبيا للنشر - بنغازي 1966.

ثانياً: الكتب القانونية:

- * د. أحمد يسرى - أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي - مترجم - منشأة المعارف الإسكندرية 1991.
- * د. رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية - دار النهضة العربية - القاهرة 1996.
- * د. سامي جمال الدين:
- = القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة - الدار الجامعية للنشر - القاهرة 1991.
- = قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة - دار النهضة العربية - القاهرة 1992.
- * د. سليمان محمد الطماوي :
- = مبادئ علم الإدارة - دار الفكر العربي - الطبعة الخامسة - القاهرة 1972
- = القضاء الإداري - قضاء التأديب - دار الفكر العربي - 1987 .
- * النظرية العامة للقرارات الإدارية - منشورات جامعة عين شمس - الطبعة السادسة القاهرة - 1991.

- * د. طعيمة الجرف - مبدأ المشروعية و خضوع الإدارة للقانون - دار النهضة العربية الطبعة الثالثة - القاهرة 1976.
- * د.صبيح بشير مسكوني :
- = مبادئ القانون الإداري الليبي - المكتبة الوطنية - بنغازي 1974.
- = القضاء الإداري الليبي - منشورات جامعة بنغازي 1974.
- * د. عبد الفتاح حسن - التفويض في القانون الإداري و علم الإدارة - دار النهضة العربية القاهرة 1971.
- * د. فؤاد العطار - مبادئ علم الإدارة- دار النهضة العربية - القاهرة 1974 .
- * د. محمد عبد الله الحراري :
- = أصول القانون الإداري الليبي الجزء الثاني - منشورات جامعة ناصر 1992.
- = الرقابة على أعمال الإدارة- منشورات مجمع الفاتح للجامعات طرابلس 1992.
- * د. محسن خليل -القضاء الإداري - منشأة المعارف - الإسكندرية 1968.
- * د. فؤاد محمد المهنا - مبادئ و أحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة منشأة المعارف - الإسكندرية 1975.
- * د. محمد كامل ليله - الرقابة على أعمال الإدارة - الكتاب الثاني - دار النهضة العربية - بيروت 1968.
- * د.محمد ماهر أبو العينين - دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري - الكتاب الأول و الثاني - دار الطباعة الحديثة - القاهرة 1996 .
- * د. مصطفى أبو زيد فهمي - القضاء الإداري و مجلس الدولة- الجزء الأول -دار المطبوعات الجامعية -الإسكندرية -1998 .
- * د.نبيلة عبد الحكيم كامل -دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية - دار النهضة العربية - القاهرة 1992 .
- * د. يوسف التلب - التفويض الإداري بين الشريعة والقانون -منشورات كلية الدعوة الإسلامية - طرابلس (بدون تاريخ نشر)
- ثالثاً :- الدراسات الجامعية :

- * د. أحمد أحمد الموفى - فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة - رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الإسكندرية 1992 - غير منشورة.
- * د. أرحيم سليمان الكبيسي - حرية الإدارة في سحب قراراتها - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة القاهرة 1986.
- * د. ثروت عبد العال أحمد - الرقابة القضائية على ملائمة القرارات الإدارية - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة 1988.
- * د. سليمان محمد الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة - رسالة دكتوراه - منشورات جامعة عين شمس - الطبعة الثالثة - القاهرة 1978.
- * د. سيد محمد إبراهيم سليمان - السلطة التقديرية للإدارة و الرقابة الإدارية - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة 1970.
- * د. محمد حسنين عبد العال - فكرة السبب في القرار الإداري و دعوى الإلغاء - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة 1971.
- * د. محمد مصطفى حسن - السلطة التقديرية في القرارات الإدارية - رسالة دكتوراه كلية الحقوق - جامعة عين شمس 1974.
- * د. محمود سلامة جبر - رقابة الغلط البين في تكيف الوقائع - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة عين شمس 1992.
- * نصر الدين مصباح القاضي - النظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة في القانون الإداري للبيبي - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة عين شمس 1997.
- رابعاً : المقالات والبحوث :-
- * د. أحمد حافظ عطية نجم - السلطة التقديرية ودعاوي الانحراف بالسلطة - مجلة العلوم الإدارية - السنة الرابعة و العشرون - العدد الثاني 1982.
- * د. أيمن محمد حسن - المشروعية الإدارية وحدود الملائمة - مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الثامنة و العشرون - العدد الأول 1984.
- * د. سيد محمد إبراهيم سليمان : =الرقابة القضائية على الملائمة في القرارات التأديبية مجلة العلوم الإدارية - السنة الخامسة - العدد الثاني 1963.
- =رقابة القضاء على الوقائع في دعاوي الإلغاء - مجلة العلوم الإدارية - السنة الثانية عشر - العدد الثاني 1970.

- * الأستاذ عادل بطرس - التفرقة بين القرارات المبنية على سلطة مقيدة و القرارات المبنية على سلطة تقديرية - مجلة مجلس الدولة 1975م.
- * د. عبد الفتاح عبد الحليم عبد البر - أوجه الطعن في القرار الإداري - مجلة العلوم الإدارية - السنة الثامنة والثلاثون - العدد الأول 1996.
- * د. محمد إسماعيل علم الدين - التزام الإدارة القانوني في ممارسة السلطة التقديرية مجلة العلوم الإدارية - السنة الثالثة عشر - العدد الثالث 1971.
- * د. محمد عبد الجواد حسن - سلطة الإدارة التقديرية واختصاصها - مجلة مجلس الدولة - السنة الرابعة 1953.
- * د. متولي محمد صبحي - حدود رقابة قضايا الإلغاء - مجلة إدارة قضايا الحكومة - السنة الثامنة عشر - العدد الثاني 1974.
- * د. محمد مرغني خيرى إدريس - المغالاة في التساهل - مجلة العلوم الإدارية - السنة السادسة عشر - العدد الثاني 1974.
- * د. محمد سلامة جبر - الرقابة على تكييف الوقائع في قضايا الإلغاء - مجلة إدارة قضايا الحكومة - السنة الثامنة والعشرون - العدد الرابع 1984.
- * د. يحيى الجمل - رقابة مجلس الدولة الفرنسي على الغلط البين - مجلة القانون و لاقتصاد - السنة الحادية و الأربعون - العددان الثالث و الرابع 1971 .
- * خامساً : الدوريات :-
- * مجلة مجلس الدولة - يصدرها مجلس الدولة بجمهورية مصر العربية * مجلة العلوم الإدارية - تصدرها الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية * مجلة إدارة القضايا - تصدرها إدارة قضايا الحكومة بجمهورية مصر العربية .
- * مجلة دراسات قانونية - تصدرها كلية القانون بجامعة قاريونس بالجمهورية.
- * مجلة المحكمة العليا الليبية - و يرمز لها م. م. ع - يصدرها المكتب الفني بالمحكمة العليا بالجمهورية .

طاعة الرؤساء بين الفقه والقضاء

مصطفى فرج ضو عبدالرحيم

المقدمة

1. أهمية البحث/ يتخذ واجب الطاعة في الوظيفة العامة مفهوماً خاصاً يميزه عما يشابهه من واجبات أخرى، فمن جهة يختلف واجب الطاعة الرئاسية عن الطاعة الشخصية للحاكم أو ما يسمى بالولاء الشخصي الموجود في النظم الاستبدادية، حيث يطلب المستولي على السلطة من الموظفين ولاءً سياسياً إيجابياً داخل وخارج الخدمة، كما قد يطلب منهم حلف يمين يسمى يمين الولاء حيال شخص رئيس الدولة ملكاً كان أو رئيساً.

2. أهداف البحث/ يهدف هذا البحث للتعرف على مفهوم واجب الطاعة الرئاسية وذلك من حيث التشريع والفقه والقضاء .

3. إشكالية البحث/ يثير هذا الموضوع إشكالية في ما يتعلق بتحديد واجب الطاعة في نظرتشريع والفقه والقضاء .

4. أهمية البحث/ يعتبر واجب الطاعة الواجب الرئيسي الذي يتحدد في كنفه واجبات وظيفية أخرى ، كواجب أداء العمل والحفاظ على أسرار الوظيفة والحفاظ على الأموال العامة، وكلها يتحدد مضمونها وتفضيلات القيام بها وفقاً لتعليمات الرؤساء.

5. منهج البحث/ سوف نتناول في هذا البحث مفهوم واجب طاعة الرؤساء وذلك من خلال التعرض لموقف التشريع والفقه والقضاء المقارن بالليبي والمصري في هذا المجال متبعين منهج الوصف التحليلي .

وذلك وفقاً للتقسيم الآتي:

المطلب الأول: مفهوم واجب الطاعة في التشريع .

المطلب الثاني: مفهوم واجب الطاعة في الفقه والقضاء .

المطلب الأول مفهوم واجب الطاعة في التشريع

الطاعة لغة هي الانقياد ، يقال: ((هو طوع يديه أي منقاد له))⁽¹⁾، أما شرعاً فتعني الانقياد إلى الله عز وجل والتسليم لأوامره وعدم عصيانه أو الخروج على شرائعه .
ومفهوم الطاعة في الإسلام يستمد من أصول الدين العقيدية والتشريعية قوته ومداه، فطاعة المسلم للقيادة يؤكد امتثاله لأوامر الله، والقيادة في الإسلام هي السلطة التنفيذية التي تتولى تطبيق أحكام الشريعة الغراء، أو تسعى وتمهد السبيل لاستئناف حياة إسلامية تطبق فيها تلك الأحكام ، وهذا بدون شك أمر من أوامر الله ، وبذلك تصبح طاعة المسلم لها من طاعة الله وعصيانه من عصيان الله، وقد حث القرآن الكريم على ذلك بقوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾⁽²⁾.

ويقصد بواجب الطاعة في الإدارة هو تنفيذ أوامر الرؤساء واحترام قراراتهم بالتعقيب على أعمال وقرارات المرؤوسين بإلغائها أو الوقف أو التعديل، ويتصل اتصالاً وثيقاً بواجب الطاعة واجب احترام الرؤساء وتوقيرهم والتزام حدود الأدب واللياقة في مخاطبتهم⁽³⁾.

فالطاعة دليل الانقياد لأحكام الشرع الإسلامي واجتتاب نواهيه والترفة بين الذي يجب أن يتبع والذي يجب أن يجتنب ، حيث قال الله تعالى ﴿فَبَشِّرْ عِبَادَ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَاهُمُ اللَّهُ وَأُولَئِكَ هُمْ أُولُوا الْأَلْبَابِ﴾⁽⁴⁾.

وكذلك جاءت أحاديث الرسول ﷺ التي تحث على واجب الطاعة: ((السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره ما لم يؤمر بمعصية ... فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة))⁽⁵⁾.
((منأطاعني فقد أطاع الله ومن عصاني فقد عصى الله، ومن أطاع أميري فقد أطاعني، ومن عصى أميري فقد عصاني))⁽⁶⁾.

((اسمعوا وأطيعوا وإن استعمل عليكم عبد حبشي)).

وعن علي عليه السلام - عليه الصلاة والسلام - أنه قال: ((على الإمام أن يحكم بما أنزل الله ويؤدي الأمانة فإن فعل فحق على الرعية أن يسمعوا ويطيعوا))⁽¹⁾.

(1) انظر مختار الصحاح، مادة (طوع) .

(2) سورة النساء، الآية (59).

(3) د.محمد أحمد هيكل ، السلطة الرئاسية بين الفاعلية والضمان ، جامعة عين شمس ، ص 295.

(4) سورة الزمر، الآية (17-18).

(5) صحيح البخاري ، مجلد (9) ، ص 27-59 .

(6) الطبري جامع البيان ، المجلد 2 ، ص 52 .

إن طبيعة العمل في المرافق العامة تقتضي تقسيم الوظائف الإدارية إلى مراتب أو درجات يعلو بعضها بعضاً ، يشغلها مرؤوسون ورؤساء إداريون حتى تنتهي إلى الرئيس الإداري الأعلى وهذا من شأنه أن يجعل للرئيس الإداري سلطة على مرؤوسيه يتعين على هؤلاء احترامها والخضوع لها ، وهذه السلطة هي ما أُصطلح على تسميتها بالسلطة الرئاسية والتي يقصد بها واجب احترام الأوامر الصادرة يومياً من ضمن المسؤوليات العليا التي يتعين على المرؤوسين احترامها والتقيّد بها أثناء الوظيفة.

وأياً كانت هذه الأوامر سواء كانت في صورة توجيهات صادرة عن الرئيس الإداري أو كانت في صورة تعليمات أو منشورات يخاطب بها المرؤوسون أثناء أدائهم لأعمالهم التي تقتضي منهم وجوب التقيد بها واحترامها .

فالرئيس الإداري أثناء مباشرته وظيفته قد يقوم بالتعقيب على عمل الموظف فيما يتعلق بأعماله وبالتالي فإنه قد يقوم بإلغائها أو وقفها أو تعديلها إذا كانت معيبة وغير سليمة. فطاعة المرؤوسين للرؤساء تعتبر العمود الفقري في كل نظام إداري وإذا تسرب إلى هذا المبدأ أي خلل فلن يجدي في إصلاح الإدارة أي علاج⁽²⁾. وهذا ما أكدته بجلاء قوانين الوظيفة العامة⁽³⁾.

حيث نص المشرع الليبي على هذا الواجب وضرورة التقيد بالمحافظة عليه وقد جاء نص قانون الخدمة المدنية الصادر برقم (19) لسنة 1964م الملغي في باب الواجبات على أن: ((الموظف العام يلتزم بأن يؤدي العمل المنوط به بدقة وأمانة وأن يحافظ على مواعيد العمل الرسمية التي يحددها مجلس الوزراء ، وأن يخصص أوقات العمل لأداء واجبات وظيفته ، وأن

(1) مشار إليه في الرازي ، مفاتيح الغيب ، مجلد (3) ، ص341.

(2) د.سليمانالطماوي ، قضاء التأديب ، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1987 ، ص173 .
(3) كما نص قانون الموظفين الفرنسي رقم 634 الصادر في 13 يوليو في المادة (28) على ((على كل موظف كيفما كانت رتبته في السلك الإداري مسئول عن تنفيذ الأعمال الموكولة إليه، ويجب عليه أن يمثل لتعدد رؤسائه، ما عد في الحالة التي يكون فيها الأمر غير مشروع ومن شأنه أن يخل بالمصلحة العامة، ولا يبرأ في شيء من المسؤوليات الملقاة على عاقته بسبب المسؤولية المنوطة بمرؤوسيه)) =

= ونص أيضاً في قانون الوظيفة العامة المغربي الصادر في 24 فبراير 1958 في الفصل السابع من الفقرة الأولى منه على أن: ((كل موظف كيفما كانت رتبته في السلك الإداري مسئولاً عن القيام بالمهام التي عهد بها إليه، كما أن الموظف المكلف بتسيير مصلحة من المصالح مسئولاً أمام رؤسائه عن السلطة المخولة له لهذا الغرض وعن تنفيذ الأوامر الصادرة عنه، ولا يبرأ في شيء من المسؤوليات الملقاة على عاقته بسبب المسؤولية المنوطة بمرؤوسيه)) نقلاً عن مجلة الشئون الإدارية في العدد السادس، سنة 1986، المغرب، ص43-44.

يطيع وينفذ الأوامر التي يصدرها له رئيسه أو غيره ممن يكون له سلطة إصدارها وأن يقوم بواجباته وفقاً للقوانين واللوائح والتعليمات التي تصدر إليه ويجوز لرئيس الموظف تكليفه بالعمل في غير أوقاته الرسمية إذا اقتضت مصلحة العمل ذلك وعليه أن يحسن معاملة رؤسائه وزملائه و مرؤوسيه وأفراد الجمهور⁽¹⁾.

ثم جاء بعد ذلك القانون رقم (55) لسنة 1976م (الملغي) والتي نص في مادته (75) على أن: ((الوظائف العامة تكليف للقائمين بها وواجبهم أن يراعوا وجه الله فيها، ويسلكوا في تصرفاتهم مسلماً يتفق مع الدين والخلق والكرامة وأن يكون رائدهم في القيام بأعمالهم خدمة المواطنين وتحقيق الصالح العام)).

وجاء أيضاً في المادة (76) فقرة (ح) حيث نصت على أنه: ((يجب على الموظف تنفيذ جميع أحكام القوانين واللوائح والتعليمات المنظمة لقيامه بمهام وظيفته أو تتصل بها وعليه بوجه خاص.

(ج) - أن ينفذ ما يصدر إليه من أوامر وذلك في حدود القوانين واللوائح والنظم المعمول بها)).

ويستفاد من ذلك أن المشرع قد جعل واجب الطاعة من ضمن الواجبات المفروضة على الموظف أثناء تأديته لوظيفته وإلزامه بضرورة التقيد به، طالما كان ذلك في حدود القوانين واللوائح المعمول بها.

وإن واجب تنفيذ أوامر الرؤساء هو الذي يمثل الجزء الذي يضمن للسلطة الرئاسية فاعليتها ونفاذها، سواء ظهرت هذه السلطة في صورة رقابة رئاسية أم في صورة إصدار أوامر تنظيمية لازمة لحسن سير العمل، والمفروض أن السلطة الرئاسية في مظاهرها المختلفة إنما يمارسها رؤساء لهم أقدميتهم في الخدمة، مما يجعلهم أكثر إدراكاً للعمل وحاجاته وبالتالي أكثر قدرة ودراية على مواجهة العمل وحل مشاكله، هذا فضلاً عن كون الرئيس هو المسؤول أولاً وأخيراً عن سير العمل في الوحدة التي يرأسها، فالطاعة في هذا المجال أمر تمليه طبائع الأمور مادامت هي طاعة قليل الخبرة لمن هو أكثر خبرة منه، هذا بالإضافة إلى أن الطاعة تحقق وحدة الجهاز الإداري الذي يقوم على أساس التدرج الهرمي، والذي يفترض في قمته وجود رئيس مباشر أعلى، وتقتضي طاعة الرؤساء من المرؤوسين إلى جانب تنفيذ ما يصدرونه إليهم من أوامر وقرارات، احترامهم لهم بالقدر الذي يجب أن يسود بين الرؤساء والمرؤوسين.

ويعتبر من أهم واجبات الموظف أن يصدح بالأمر الصادر إليه من رئيسه مادام متعلقاً بأعمال وظيفته، وينفذه فور إبلاغه به لا أن يناقشه أو يمتنع عن تنفيذه بحجة عجزه عن القيام به، وذلك أن الذي يقوم بتوزيع العمل على العاملين هو الرئيس المباشر بحسب التدرج الرئاسي حيث

(1) قانون الخدمة المدنية رقم (19) لسنة 1964.

فإذا ترك الأمر للموظف في أن يختار ما يشاء من الأعمال ، ويقبل ما يرتاح إليه ويرفض ما يستصعب عليه القيام به لاختل النظام الوظيفي وتعرضت مصلحة الوحدة الإدارية للخطر فليس له أن يطعن في قرار متعلق بتنظيم العمل، ويكون أداؤه دون تعقيب على مدى ملاءمته أو مناسبته. وعلى ذلك فإن واجب طاعة الرؤساء ليس فرضاً جامداً ملقى على عاتق المرؤوس بحيث يصدر لكل أمر يصدر إليه متعلق بالعمل دون أن يكون في قدرته تفهمه ، وبحث مدى اتصاله وفاعليته في تسيير العمل والرغبة في توفير النتائج الطيبة ، وعلى نحو يعطي للموظف الحق في إبداء رأيه فيما يصدره الرئيس من أوامر متعلقة بالعمل ولكن في حدود يملئها واجب احترام الرئيس والمصلحة العامة وفي حدود القوانين واللوائح والنظم المعمول بها⁽¹⁾.

أما في التشريع المصري: لم يتضمن قانون الموظفين رقم (210) لسنة 1951 م نصاً على واجب الطاعة حتى ولو بطريقة ضمنية، وكل ما أتى به في هذا التشريع هو نص عام يأتى الخروج على مقتضى الواجب في أعمال الوظيفة، ثم طرأ تعديل تشريعي بعد ذلك على القانون رقم (73) لسنة 1957م أضاف إلى نصوص القانون المذكور المادة (94) والتي أوردت تنظيمياً للمسؤولية عن تنفيذ أوامر الرؤساء فقررت أنه: ((لا يعفى الموظف من العقوبة استناداً إلى أمر رئيسته إلا إذا تبث أن ارتكاب المخالفة كان تنفيذاً لأمر كتابي صادر إليه من هذا الرئيس بالرغم من تنبيهه كتابة إلى المخالفة وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على مصدر الأمر)).

ولم يكتب لواجب الطاعة أن يسجل في نصوص صريحة إلا حين صدر قانون العاملين بالدولة رقم (46) لسنة 1964م فأقره وأبرزه كواجب متميز من واجبات الوظيفة العامة فنص في المادة (53) على أنه: ((يجب على العامل مراعاة أحكام هذا القانون وتنفيذها وعليه أن ينفذ ما صدر إليه من أوامر بدقة وأمانة وذلك في حدود القوانين واللوائح والنظم المعمول بها، ويتحمل كل رئيس مسؤولية الأوامر التي تصدر منه ، كما يكون مسؤولاً عن حسن سير العمل في حدود اختصاصه)).

ثم جاء بعد ذلك القانون رقم (58) لسنة 1971م بشأن العاملين في الدولة حيث نص على واجب الطاعة في المادة (4/52)⁽²⁾.

ثم صدر أخيراً القانون رقم (47) لسنة 1978م بشأن العاملين المدنيين في الدولة فنص على واجب الطاعة فاحتوته المادة (8/76) من القانون السالف الذكر حيث نصت على أنه يجب على العامل أن ينفذ ما يصدر إليه من أوامر بدقة وأمانة وذلك في حدود القوانين واللوائح والنظم المعمول بها .

(1) حسين حمودة المهدي ، شرح أحكام الوظيفة العامة ، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والاعلان ص190.

(2) د.عاصم أحمد عجيلة ، طاعة الرؤساء وحدودها في الوظيفة العامة ، رسالة دكتوراه ، ص 30.

ويتحمل كل رئيس مسئولية الأوامر التي تصدر منه كما يكون مسؤولاً عن سير العمل في حدود اختصاصه (1).

كما أنه يتوجب على المرؤوسين عند مخاطبتهم لرئيسهم أن تكون هذه المخاطبة في حدود الأدب واللياقة، سواء كانت هذه المخاطبة شفاهة أو كتابية، إذ إن مقتضى النظام العام الإداري أن تكون للسلطة الرئاسية احترامها وهيبتها تمكيناً لها من ممارسة عملها ورعاية لحسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

وكذلك يلتزم العامل بوضع الأوامر الرئاسية موضع التنفيذ وإن كان له الحق في إبداء وجهة نظر معينة في المسألة التي يدافع عنها ويجتهد في إقناع رئيسه للأخذ بها، مادام يفعل ذلك بحسن نية في سبيل الصالح العام، ولا جناح عليه أن يختلف مع رئيسه في وجهات النظر إذ الحقيقة دائماً وليدة اختلاف الرأي ولا يجليها إلا قرع الحجة بالحجة ومناقشة البرهان بالبرهان، وإنما ليس للموظف أن يخالف ما استقر عليه رأي الرئيس نهائياً، أو يقيم العراقيل في سبيل تنفيذه؛ إذ أصبحت الطاعة واجبة بعد أن خرجت المسألة من دور البحث إلى دور التنفيذ (2).

كما أن واجب الطاعة يستمد كيانه من طبيعة السلم الوظيفي ذاته حيث أن قوانين الإدارة منوط تنفيذها بشخص عمالها بمعنى أن القائم بالتنفيذ هو الموظف ذاته، وما لم يلتزم الموظف بالأمر الصادر إليه من رئيسه لأدى ذلك إلى تعذر تنفيذ القانون كما أنه لو ترك أمر التنفيذ اختيارياً للمرؤوس أو فتح القانون الباب أمام جدل المرؤوسين لشاعت الفوضى ولتعذر تطبيق قوانين السلطة الإدارية ولذلك فإن واجب الطاعة يعد من أهم الواجبات الوظيفية وهو الذي يحفظ للسلم الوظيفي قيامه (3).

المطلب الثاني

مفهوم الطاعة في الفقه والقضاء

نظراً لأهمية واجب الطاعة في مجال الوظيفة العامة فقد عكف الفقه كل من جانبه على بيان هذا الواجب وتعريفه، ففي الفقه الليبي فقد عرفه الدكتور السيد محمد المدني بأنه: ((لما كان يشمل الموظفين ما يسمى بالسلم الإداري فإن مقتضى ذلك أن يخضع الموظف الأدنى درجة للموظف الأعلى درجة وهو ما يعرف بالسلطة الرئاسية والتي بناء عليها يملك الرئيس أن يوجه

(1) محمود صالح، شرح قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة المصري طبقاً للقانون رقم (47) لسنة 1978، رقم (47) لسنة 1978، ص766.

(2) د.محمد عبد الحميد أبو زيد، طاعة الرؤساء شرعاً ووضوحاً، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2000، ص54.

(3) د.ماهر عبد الهادي، النظم القانونية، مكتبة التعامل، 1984، ص151.

المروءوس في أداء واجبه ، وأن يلغي أو يعدل أعماله إذا رأى إنها مخالفة للقانون أو غير ملائمة وإن على المرؤوس أن يطيع أمر رئيسه ، وأن هذه الطاعة لا تكون إلا لرؤساء الموظف في نفس المصلحة التي يعمل فيها⁽¹⁾.

وجاء أيضاً في تعريف الدكتور محمد عبد الله الحراري بأنه يتعين على الموظف تنفيذ ما يصدر إليه من أوامر، وذلك في حدود القوانين واللوائح والنظم المعمول بها، ويستمد هذا الواجب أساسه من مبدأ السلطة الرئاسية التي يتسم بها التنظيم الإداري، حيث يلتزم الموظف بإطاعة رئيسه والتقيّد بما يصدره إليه من تعليمات وأوامر ويلتزم بأن يحترم القوانين والنظم السائدة⁽²⁾.

وكما أن الموظف لا يقدم على طاعة الأوامر بسبب خاصيتها القاهرة فقط وإنما بما يقدمه واجب الطاعة من حماية له في مجال المسؤولية وهو ما يطلق عليه ((المظلة الواقية)) لذا فإن فقهاء الإدارة العامة يبرزون واجب الطاعة ويشيدون بالنتائج الإيجابية والسلبية التي تترتب عليه ، وهذا يلقي على عاتق الموظف الامتثال لطاعة رئيسه والالتقياد لأوامره ، وتنفيذ تعليماته بدقة وأمانة.

فلا يكفي أن يتواجد العامل في مقر عمله في أوقات العمل الرسمية دون أن يسدي خدمة أو يؤدي عملاً، كما لا يكفي أن يقوم في تلك الأوقات بأي قدر من العمل ولو يسيراً، بل أنه مكلف بتنفيذ الأوامر والتعليمات التي تصدر إليه كما شاءت لها السلطة الرئاسية، وليس له أن يتجاوز حدودها أو يجنح لتحقيق غاية خلافاً لتلك التي تبنتها هذه السلطة لأن الموظف لا يؤدي عمله طبقاً للقوانين واللوائح والقرارات فحسب، وإنما طبقاً لما يحدده له رؤساؤه أيضاً.

ويترتب على ذلك أن الموظف ليس له أن يحتج أو يعارض أوامر رؤسائه المتعلقة بالعمل؛ لأن المنوط به توزيع الأعمال على الموظفين هو الرئيس الذي يعتبر المسؤول عن سير العمل حسب التدرج الإداري .

والطاعة عموماً تشمل بالإضافة إلى التزام الموظف بالخضوع للمنشورات والتعليمات والأوامر الإدارية الصادرة من الرؤساء، أو التنفيذ الدقيق لقواعد المرفق والتطابق مع أوامر الرؤساء الشفوية أو الكتابية وهو ما يعرف بالتعريف الضيق للطاعة، نجد أنها بالإضافة إلى ذلك تشمل احترام النصوص الدستورية والتشريعية واللائحية بوجه عام وهو ما يعرف بواجب الطاعة وفق المفهوم الواسع⁽³⁾.

كما أن هذا الواجب على مبدأ السلطة الرئاسية، الذي مقتضاه تبعية الموظف وخضوعه للموظف الأعلى منه بشكل متدرج ومتصاعد ويترتب على هذا المبدأ ممارسة الرئيس الأعلى على

(1) د. السيد محمد مدني ، القانون الإداري الليبي ، دار النهضة العربية ، 1965 ، ص 288 .

(2) د. محمد عبد الله الحراري ، أصول القانون الإداري الليبي منشورات المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ، الجزء الثاني ص 70.

(3) د. عاشور سليمان شوايل ، طاعة الأوامر الرئاسية ومسؤولية الرئيس والمرؤوس جنائياً وتأديبياً ، منشورات أكاديمية العلوم الأمنية ، طرابلس ، الطبعة الأولى ، 2002 ، ص 14 .

الرقابة السابقة على أعمال المرؤوس بتوجيه الأوامر الشفوية والتحريرية والتعليمات والمنشورات إليه، إضافة إلى ممارسة الرئيس الرقابة اللاحقة على أعمال المرؤوس وذلك بإجازتها عن طريق التصديق عليها أو تعديلها أو إلغائها⁽¹⁾.

أما في الفقه المصري فكانت هناك عدة تعريفات لمفهوم الطاعة، وكانت هذه التعريفات على نوعين منها ما يذهب إلى تعريف الطاعة بمعنى واسع فيعرفها بأنها احترام النصوص الدستورية والتشريعية واللائحية بوجه عام وبالتالي فهي النتيجة المنطقية والسليمة للواجب الذي يلتزم به كل مواطن، حتى الذين هم على رؤوس السلطة، وهو احترام القانون⁽²⁾.

ويعرفونها أيضاً بأنها احترام التشريعات التي تصدرها الدولة سواء كانت تشريعات دستورية أو عادية أو قانونية، تتمثل في اللوائح التي تصدرها الإدارة، فطاعة الرؤساء طبقاً لهذا التعريف تعتبر النتيجة المنطقية والعملية لواجب كل مواطن، سواء كان رئيساً أو مرؤوساً باحترام القانون وتنفيذ أحكامه.

وجاء أيضاً في تعريفهم لمفهوم الطاعة بالمعنى الواسع بأنه طاعة الرؤساء هي النتيجة المنطقية والعملية للواجب الذي يلتزم به كل مواطن حتى الذين على رؤوس السلطة وهو واجب احترام القانون وتنفيذ أحكامه.

وجاء أيضاً بأن الطاعة تنصرف إلى احترام النصوص الدستورية والتشريعية واللائحية بوجه عام.

وفي ذات الاتجاه قيل بأنه لا يوجد واجب طاعة للسلطة الرئاسية يتميز عن واجب طاعة القانون فدور السلطة الرئاسية لا يزيد عن كونه إعطاء تعليمات مطابقة للقانون للعمل بمقتضاها⁽³⁾.

وجاءت تعريفات أنصار المفهوم الضيق، بأنها التنفيذ الدقيق لقواعد المرفق والتطابق مع أوامر الرؤساء شفوية كانت أم كتابية، وعرفوها أيضاً بأنها الخضوع لأوامر الرؤساء فحسب⁽⁴⁾. حيث تم تعريف واجب الطاعة بأنه هو التزام الموظف بالخضوع للمنشورات والتعليمات والأوامر الإدارية التي تصدر من الرؤساء.

(1) د.صبيح بشير مسكوني، مبادئ القانون الإداري الليبي، دار الكتب والتوزيع والاعلان والمطابع، بنغازي 1982 ص 377.

(2) د.عاصم أحمد عجيلة، طاعة الرؤساء وحدودها في الوظيفة العامة، رسالة دكتوراه، 2000 الطبعة الخامسة، ص 16.

(3) د.مازن ليلو راضي، الطاعة وحدودها في الوظيفة العامة، جامعة درنة، دار المطبوعات الجامعية، ص 15.

(4) د.محمد أحمد هيكال، السلطة الرئاسية بين الفاعلية والضمان، مرجع سبق ذكره، 297.

وتم تعريفها أيضاً: ((بأن الطاعة هي الامتثال للأوامر سواء كانت مكتوبة أو شفوية، وسواء تمثلت في المنشورات أو التعليمات أو الأوامر والقرارات التي يصدرها الرؤساء))⁽¹⁾. وجاء كذلك عند تعريف الطاعة بالمعنى الضيق بأنه ((تنفيذ ما يصدر إليه من أوامر بدقة وأمانة، وذلك في حدود القوانين واللوائح والنظم المعمول بها، وكذلك يتعين على الموظف إطاعة الرؤساء الإداريين واحترامهم وهو واجب ينبع من طبيعة تدرج السلم الوظيفي ومقتضيات الوظيفة العامة))⁽²⁾.

وجاء في تعريف آخر بأن واجب الطاعة هو امتثال الموظف لأوامر الرؤساء واحترامهم في نطاق الوظيفة العامة⁽³⁾.

والملاحظ أن التعريف الضيق هو الذي يوافق المعنى الواقعي لواجب الطاعة في الوظيفة العامة، حيث أن واجب طاعة القانون يسري على جميع المواطنين الموظفين منهم وغير الموظفين ويرتبط واجب طاعة الموظف لرئيسه في الوظيفة العامة بواجب احترام الرؤساء والتزام آداب اللياقة معهم.

وبالتالي يتوجب على العامل أن يتصرف مع رؤسائه ويناقشهم ويبيدي رأيه في حدود ما تقتضيه الوظيفة العامة من تحفظ ووقار، وما تستوجبه علاقته برؤسائه من التزام حدود الأدب واللياقة سواء داخل الإدارة أو خارجها، ونظراً للسلطة التي يتمتع بها الرئيس الإداري فله في ذلك أن يصدر للمرؤوسين الأوامر والتعليمات الشفوية أو الكتابية التي يجب أن يلتزم المرؤوس باحترامها وإطاعتها، وعلى هذا الأساس فإن المرؤوس لا يخضع للقانون فحسب، بل يخضع أيضاً للأوامر التي تصدر إليه من رؤسائه والتي تهدف أساساً إلى حسن سير المرافق العامة فلا يملك المرؤوس حيالها إلا طاعتها...⁽⁴⁾.

وبناء عليه فإن واجب الطاعة مفترض دون حاجة إلى نص صريح يقضي به لأنه والحال هذه يتفق وطبيعة العمل بأجهزة الإدارة العامة من ناحية والسلم الإداري الذي يشتمل عليه البناء التنظيمي للوظائف العامة من ناحية أخرى، وفضلاً عن هذا فإنه إذا كانت المسؤولية ملازمة وموازية للسلطة فإن مساءلة الرؤساء عن أعمال الوحدات التي يديرونها لا تكون مقبولة إلا إذا كان لهم سلطات على مرؤوسيه، وعلى ما يؤذونه من أعمال موكولة إليهم سواء بالنسبة لتوقيع

(1) د. محمد محمود علي الشحات، واجب الطاعة الرئاسية في الوظائف، منشورات دار الكتب العربية، 1996، ص 11.

(2) د.نبيلة عبد الحليم كامل، الوجيز في القانون الإداري، جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، 1998، ص 285.

(3) د.عاصم أحمد عجيل، طاعة الرؤساء وحدودها في الوظيفة العامة، مرجع سبق ذكره، ص 17.

(4) د.سليمانالطماوي، القضاء الإداري ورقابته على أعمال الإدارة، الطبعة الأولى، 1956، ص 169.

الجزاءات في حالة الإخلال بالواجب الوظيفي أو في منحهم مكافآت تشجيعية نظير ما يؤديه من أعمال متميزة تشهد لهم بالكفاءة والامتنان⁽¹⁾.

وذهب الدكتور سليمان الطماوي إلى القول: ((بأن احترام الرؤساء لا يقتصر إلى دائرة العمل وإنما الاحترام بين الرئيس والمرؤوس هو واجب أخلاقي يتابع الاثنين في كل مكان يلتقيان فيه، والاحترام والتوقير لا يقيد المرؤوس في ممارسة حرياته وحقوقه لا داخل الوظيفة ولا خارج الوظيفة؛ لأنه أمر يتعلق بالأسلوب لا بالموضوع))⁽²⁾.

وبناء على ما تقدم يمكن أن نذهب مع الرأي الذي عرف واجب الطاعة بأنه التزام وظيفي مقتضاه تنفيذ المرؤوس الأوامر المشروعة للرؤساء واللباقة معهم ، بما يحقق وحدة الجهاز الإداري وانتظام العمل به ويتضح من هذا التعريف أنه قد اشتمل على العناصر الآتية⁽³⁾:

- طبيعة واجب الطاعة والذي لا يعدو أن يكون قيام رابطة قانونية بين شخصين بمقتضاها يحق للأول (الرئيس) أن يطلب من الثاني (المرؤوس) أداءً معيناً.
- مجال واجب الطاعة الوظيفة العامة وهي المجال الذي يبسط واجب الطاعة فيه أحكامه.
- الهدف الأول والأخير من وجوب الطاعة الهدف يكمن جلياً إلى حسن سير المرافق العامة فبدون هذا الواجب يختل العمل في الوحدة الإدارية حيث يعمل كل من الرئيس والمرؤوس في اتجاه مختلف ودونما أي تنسيق، فتهدر بذلك المصلحة العامة.
- مضمون واجب الطاعة وهو خضوع الموظف الأدنى للموظف الأعلى درجة والتي بناء عليها يملك الرئيس أن يوجه المرؤوس في ممارسته لعمله أو أن يلغى أو يعدل أعمال المرؤوس إذا رأى عدم ملاءمتها أو مخالفتها للقانون أو لمصلحة المرفق الذي يعمل على إدارته.

وحق الطاعة للرؤساء ووجوب احترامهم هو من المبادئ التي يقوم عليها النظام الوظيفي، حيث جاء في أحد أحكام المحكمة العليا على أنه: ((تجب الطاعة أساساً إلا إذا كان مخالفاً للقانون مخالفة ظاهرة...))⁽⁴⁾.

وجاء في أحكام المحكمة الإدارية العليا: ((أنه في مقدمة الواجبات التي يتعين على الموظف أو العامل مراعاتها أثناء العمل واجب طاعة الرؤساء...))⁽⁵⁾.

(1) د.محمد محمود الشحات ، واجب الطاعة الرئاسية في الوظائف ، مرجع سبق ذكره ، ص18.

(2) راجع في هذا الشأن ، د.سليمان الطماوي ، قضاء والتأديب ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، طبعة 1987 ، ص185.

(3) د.محمد محمود الشحات ، واجب الطاعة الرئاسية في الوظائف ، مرجع سبق ذكره ، ص18.

(4) راجع حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم (12/121ق) بتاريخ 1970/5/3م بمجلة المحكمة العليا ، السنة السادسة ، العدد الرابع ، ص31 .

(5) حكم المحكمة الإدارية العليا في 1965/6/5 ، السنة العاشرة ، ص1553 .

وقد أرست المحكمة الإدارية العليا في الكثير من أحكامها حيث جاء في أحدها: ((...)) تقتضي طاعة الرؤساء من العامل إلى جانب تنفيذ ما يصدر عنه من أوامر وقرارات احترامه لهم بالقدر الذي يجب أن يسود بين الرئيس والمرؤوس (...))⁽¹⁾.

وجاء في حكم المحكمة الإدارية العليا بأنه: ((...من أهم واجبات الوظيفة أن يصدر الموظف بالأمر الصادر إليه من رئيسه وأن ينفذه فور إبلاغه بلا عقبة))⁽²⁾.

وكذلك أصلته وتوجته في حكمها فقالت عنه: ((... وفي مقدمة الواجبات التي يتعين على الموظف أو العامل مراعاتها أثناء العمل واجب طاعة الرؤساء))⁽³⁾.

وقضت أيضاً في أحد أحكامها بأنه: ((يجب على العامل أن ينفذ أوامر الإدارة طالما وصلت إليه من القنوات الشرعية الصحيحة، دون الاعتراض بعجزه عن الأداء أو عدم ملاءمة المكان والظروف والملابسات...))⁽⁴⁾.

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها أيضاً: ((من أول مقتضيات احترام السلطة الرئاسية أن تكون مخاطبة المرؤوس في حدود الأدب واللباقة الواجبين دون تجاوز ذلك...))⁽⁵⁾.

وعلى هذا يمكن القول أن التزام المرؤوس بإطاعة أوامر الرئيس يقتضي وجود علاقة تبعية بينهما، ومن ثم فإن الالتزام باحترام الرؤساء يقع على عاتق الموظفين تجاه رؤسائهم في الإدارة التي يعملون فيها.

وبالتالي ونظراً لأن المرؤوس الإداري هو موظف عام يخضع لواجب الطاعة في الوظيفة العامة تربطه علاقة تبعية بمن هم أعلى منه في الدرجة الوظيفية في الهرم الإداري الذي يجمعهم معاً، وجب عليه أن يبدي اللياقة في مخاطبة الرؤساء واحترامهم والذي يمثل المظهر الخارجي الملموس الذي يجب أن يتحلى به المرؤوس في التعامل مع الرؤساء وأن هذه اللياقة في الحقيقة هي الأساس في مساءلة ذلك المرؤوس فلا يصح قانوناً محاسبة المرؤوس عن مشاعره الكامنة في مدارج نفسه تجاه رؤسائه أي كانت هذه المشاعر ولا يعني ذلك القول أن المرؤوس غير مطالب باحترام الرؤساء، بل يعد الاحترام المتبادل بين الرئيس والمرؤوس يتقل كاهل كل منهما،

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا ، مجموعة المبادئ القانونية ، ص 2048 ، بتاريخ 1965/6/5 .

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1955/11/5 ، مجموعة المبادئ القانونية ، السنة (11) ، ص 54 .

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1965/6/5 ، مجموعة المبادئ القانونية ، السنة (3) ، ص 630 .

(4) طعن إداري رقم (1029) لسنة 7ق، جلسة 1963/11/30، مشار إليه بمجموعة النيابة الإدارية، الجزء الأول، ص 98.

(5) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1989/1/7، السنة (5) ، ص 448 .

غير متعارض مع حقوق وحريات أي منهما سواء داخل المرفق أو خارجه، فالاحترام يتعلق بالوسيلة لا بالغاية.

الخاتمة

في ختام هذا البحث عن واجب الطاعة بين التشريع والفقه والقضاء فقد تم التعرض لمفهوم الطاعة وذلك من حيث بيان مفهوم الطاعة لغة واصطلاحاً وفي الاسلام وكذلك مفهومها في الادارة كما تم تحديد مدلول الطاعة في التشريعين الليبي والمصري كما تم التعرض لمفهوم الطاعة من وجهة بعض الفقهاء (الليبي والمصري) كما كان للقضاء الليبي والمصري دورهام في إبراز واجب طاعة الرؤساء واحترامهم.

النتائج

_ يعتبر واجب الطاعة من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام الوظيفي.
_ يعتبر واجب الطاعة المظهر الخارجي الملموس الذي يجب أن يتحلى به المرؤوس في التعامل مع الرؤساء.

. الاحترام المتبادل بين الرئيس والمرؤوس واجب يتقل كلا منهما . فالاحترام يتعلق بالوسيلة لا بالغاية

التوصيات

_ ضرورة سن القوانين التي تلزم المرؤوسين بأن يبدو دور اللباقة في مخاطبة واحترام رؤسائهم . العمل على كل ما من شأنه أن يحفظ للسلطة الرئاسية احترامها وهيبتها تمكينها لها من ممارسة عملها ورعاية لحسن سير المرافق العامة بانتظام وإضطراد.

قائمة المراجع

أولاً- الكتب :

- 1- السيد محمد مدني: القانون الإداري الليبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1965.
- 2- حسين حمودة المهدي: شرح أحكام الوظيفة العامة، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الثانية، 2002.
- 3- سليمان الطماوي: قضاء التأديب، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987.
- 4- سليمان الطماوي: الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، جامعة عين شمس، دون ذكر دار النشر، 1984.
- 5- صبيح بشير مسكوني: مبادئ القانون الإداري الليبي، دار الكتاب والتوزيع والإعلان والمطابع، بنغازي، 1982.
- 6- عاصم أحمد أبو عجيبة، طاعة الرؤساء وحدودها في الوظيفة العامة، رسالة دكتوراه، الطبعة الخامسة، 2000.
- 7- عاشور سليمان شوايل: طاعة الأوامر الرئاسية ومسئولية الرئيس والمرؤوس جنائياً وتأديبياً، منشورات أكاديمية العلوم الأمنية، الطبعة الأولى، طرابلس، 2002.
- 8- مازن ليلوراضي، الطاعة وحدودها في الوظيفة العامة، جامعة درنة، دار المطبوعات الجامعية.
- 9- ماهر عبد الهادي: النظم القانونية، مكتبة التعامل، 1984.
- 10- محمد عبد الحميد أبو زيد: طاعة الرؤساء ومبدأ المشروعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- 11- محمد أحمد هيكل. السلطة الرئاسية بين الفاعلية والضمان، جامعة عين شمس.
- 12- محمد محمود علي الشحات، واجب الطاعة الرئاسية في الوظائف، منشورات دار الكتب العربية، 1996.
- 13- محمد عبد الله الحراري: أصول القانون الإداري الليبي، منشورات المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، الجزء الثاني، طرابلس، 2003.
- 14- محمود صالح: الموسوعة الإدارية للفقه والقضاء، شرح نظام العاملين المدنيين بالدولة طبقاً للقانون رقم (47) لسنة 1978م والقوانين المعدلة والحكمة وكل ما يتعلق بالموظف العام من دخول الخدمة للمعاش، 2004، طبعة مستحدثة، دار المعارف للنشر، الإسكندرية.
- 15- نبيلة عبد الحلیم كامل: الوجيز في القانون الإداري، جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، 1998.

ثانياً- المجالات ومجموعة الأحكام القضائية

- 1- مجلة المحكمة العليا، السنة الثالثة، العدد الأول، أكتوبر 1966، المكتب الفني طرابلس.
- 2- مجلة المحكمة العليا، السنة السادسة، العدد الرابع، مايو 1970، المكتب الفني طرابلس.
- 3- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة العليا الليبية، مجلة المحكمة العليا، الأعداد الثالث والرابع، 1991.

الأسس التي تقوم عليها المناقصة

مصباح عمر التائب

المقدمة

إنَّ عقود الإدارة تتميز بنظام قانوني خاص يختلف في كثير من نواحيه عن النظام القانوني للعقود المدنية ، ويرجع السبب في ذلك إلى أنَّ العقود التي تبرمها السلطات العامة تهدف إلى خدمة المرافق العامة وما يرتبط بها من مصالح عامة ، في حين أنَّ العقود المدنية والتي تبرم بين الأفراد ترمي إلى تحقيق أهداف شخصية لهؤلاء الأشخاص .

وحيث أنَّ العقد الإداري يفتقد لخاصية هامة تقوم عليها العقود المدنية والتي تكون فيها للجهة المتعاقدة الحرية الكاملة في اختيار المتعاقد معها؛ وحيث يخضع التعاقد في المجال الإداري لأساليب محدّدة ، تشكل في ذاتها قيداً على حرية الإدارة في اختيار الطرف الآخر في التعاقد .

لذلك فرض المُشرِّع على جهة الإدارة عندما ترغب في إبرام أي عقد إداري العديد من القيود والإجراءات والتي يهدف من خلالها إلى تحقيق غايتين الأولى هي تطبيق أفضل الشروط المالية بما يكفل تحقيق الوفر المالي للخزانة العامة ، والثانية هي ضمان تعاقد جهة الإدارة مع أفضل المتقدمين بالعطاءات فالمناقصة ما هي إلا وسيلة لاختيار أفضل متعاقد من بين المتقدمين من حيث الشروط والأداء .

أولاً: تحديد موضوع البحث

إنَّ موضوع البحث يكمن في دراسة لائحة العقود الإدارية والمتمثل في الأسس التي تقوم عليها المناقصة العامة، وكذلك كيفية تطبيقها من قبل جهة الإدارة وعليه سيكون عنوان البحث " الأسس التي تقوم عليها المناقصة العامة " وستكون المقارنة بالقانون المصري نظراً لتقارب نصوصه مع القانون الإداري الليبي معتمداً على القواعد العامة في القانون الإداري ، ومستعيناً بقواعد القانون المدني عند الحاجة ، وكذلك أحكام المحاكم .

ثانياً: أهمية الموضوع

تعتبر العقود الإدارية ذات أهمية كبيرة في نطاق تسيير المرافق العامة في الدولة ، سواء في العلاقة الناشئة عن عقود الإدارة مع الأفراد ، أو الأشخاص المعنوية الخاصة ، أو العلاقة التعاقدية بين الهيئات العامة فيما بينها ، وبعد أن تأكد من أنَّ إبرام جهة الإدارة لعقودها في نطاق القانون الخاص لا يكفي لتحقيق أهدافها التي تحققها في نطاق القانون الإداري ، فعندما تظهر الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد الآخر استناداً إلى تحقيق المصلحة العامة؛ ويكتسب هذا الموضوع أهمية كبيرة على الصعيد العملي والنظري ، فأماً على الصعيد العملي فيحظى بعناية واهتمام رجال القانون والمهندسين والإداريين إلى جانب رجال

الأعمال والشركات والتشاريكات التي تعمل على تنفيذ المشروعات الحكومية بكافة أنواعها وذلك لكثرة تعاقدنا مع الجهات الادارية ، وأما من الناحية النظرية فتتجلى في إثراء وتعميق الدراسات العلمية ذات الصلة بالتعاقد الإداري باعتبارها أساساً في إتمام عملية التعاقد .

ثالثاً: إشكالية البحث

هذا البحث يثير العديد من التساؤلات :

- هل للإدارة مطلق الحرية في إرساء المناقصة على مجموعة من الأفراد أو شركات محددة ؟

- هل تستطيع الإدارة زيادة مدة الإعلان عن المناقصة ؟

- إذا ألغيت المناقصة هل يرد ثمن مستندات العطاء وهل تستطيع لجنة العطاءات أن ترسئ المناقصة على غير أقل العطاءات سعراً ، وما هي الضوابط التي تحكم تشكيل لجان العطاءات وهل من جزاء يوقع في حالة مخالفة تلك الضوابط ؟

رابعاً: منهج البحث

من المعروف أن أي نوع من أنواع البحوث لا بد وأن يكون في إطار منهجي صحيح منظم يسير عليه ويرسم حدوده .

عليه فقد وقع اختياري في هذا البحث على أسلوب المنهج المقارن والذي من أهم وظائفه زيادة المعرفة وتطوير القوانين الوطنية لأنه يسمح بتسليط الضوء على القانون الوطني ليوضح ويكشف مزاياه وعيوبه مقارنة بالقانون الأجنبي ، وقد يستعين المُشرع بفكرة مطبقة في القانون الأجنبي تنطبق تماماً على المجتمع الوطني مما يساعد المُشرع على الاستعانة بها وإدخالها في تشريعه ، كذلك الدراسة المقارنة تلقي الضوء على الجانب التطبيقي والمتمثل في أحكام المحاكم . والتعاقد عن طريق المناقصات العامة (حسب طبيعة العقد) يمر بالعديد من المراحل وسوف نقوم بتوضيحها فيما يلي: (1)

المطلب الأول

الإعلان والمساواة بين المتنافسين

إعلان الإدارة عن رغبتها بالتعاقد شرط ضروري لضمان فرص متساوية للراغبين بالتعاقد تتيح لهم تقدير كلفة المشروع موضوع العقد ونوع الخدمات المراد تقديمها وشروطها ومن مقتضيات ذلك إعطاء الحق لكل المقاولين أو الموردين المنتمين للمهنة التي تختص بنوع النشاط الذي تريد الإدارة التعاقد عليه

أولاً الإعلان

(1) عبد الفتاح صبري ، أبو الليل - أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق ، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق ، جامعة القاهرة 1994 . ص 232 .

يقصد بالإعلان " إخطار ذوي الشأن عن المناقصة التي تجرى وإبلاغهم عن كيفية الحصول على دفتر الشروط العامة والمواصفات وجدول الفئات ليتسنى لأصحاب الشأن من أرباب العمل التقدم إلى الجهة الإدارية بعبءاتهم مع بيان شروطهم ونسبة التخفيض التي يتناقصون بها (1).

وعليه فإن حقيقة الإعلان هي دعوى إلى التعاقد ، وإذا كانت الإدارة تسعى دائماً إلى تحقيق المصلحة العامة باختيار أفضل العطاءات فإن الإعلان يحقق لها مجالاً واسعاً للوصول إلى هذا الهدف أضف إلى ذلك بأنه لا يتصور بدون الإعلان تحقيق أهم مبادئ المناقصة ، من علانية ومساواة بين المتناقصين ، وحرية المنافسة (2).

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن " إعلان الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزيدة أو ممارسة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بعبء وفقاً للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقى عنده قبول الإدارة لينعقد العقد " (3).

وبذلك يعتبر إعلان جهة الإدارة عن رغبتها في التعاقد شرطاً ضرورياً لضمان فرص متساوية للراغبين في التعاقد كي تتاح لهم فرصة تقدير كلفة المشروع موضوع العقد ونوع الخدمة المراد تقديمها وفي نفس الوقت يتوجب على الإدارة أن تضع مواصفات تفصيلية كاملة (4).

والإعلان ضروري حتى يكون هناك مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة ، لأن بعض الراغبين في التعاقد قد لا يعلم بحاجة الإدارة إلى ذلك، وبين قصر عقودها على طائفة معينة من المواطنين بحجة أنهم وحدهم الذين تقدموا ، ولهذا فإن مبدأ الإعلان قد ورد النص عليه في المادة الثانية من قانون المناقصات والمزايدات المصري حيث قالت : -

يتم الإعلان عن المناقصة العامة في الوقت المناسب على مرتين في صفحة أو صفحتين يوميتين واسعتي الانتشار ويجب أن يبين في الإعلان الجهة التي تقدم إليها العطاءات وأخر موعد لتقديمها والصنف أو العمل المطلوب ومبلغ التأمين المؤقت ونسبة التأمين النهائي وثمن نسخة كراسة الشروط وملحقاتها وأية بيانات أخرى تراها الجهة الإدارية ضرورية لصالح العمل .

ويتم الإعلان عن المناقصات الخارجية في مصر والخارج باللغتين العربية والانجليزية كما يطلب إلى سفارات الدول الأجنبية بمصر أو قنصلياتها بحسب الأحوال أخطار المشتغلين بنوع النشاط موضوع التعاقد بتلك الدول بصيغة الإعلان عن المناقصة ويجوز بالإضافة إلى ما تقدم أن يتم " الإعلان في غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار وذلك بموافقة السلطة المختصة بحسب أهمية التعاقد وقيمه وإذا كان في الإعلان عن المناقصة ما يؤدي إلى إعلام المخاطبين

(1) توفيق شحاته - مبادئ القانون الإداري . الجزء الأول القاهرة . دار النشر للجامعات المصرية . ط الأولى . 1954 ص 775 .

(2) مطيع على حمود . العقد الإداري بين التشريع والقضاء ، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه كلية الحقوق ، جامعة عين شمس دار النهضة العربية ، (ب ، ط) 2006 ، ص 331 .

(3) طعن رقم 333 لسنة 10 ق . جلسة 2 - 12 - 1967 . مجموعة المبادئ القانونية، س 13 . ع1.

(4) عبد الفتاح حسن ، مبادئ القانون الإداري - دار النهضة العربية بيروت ، (د ، ط) 1969 ص 481 .

بها من العاملين بالنشاط موضوع التعاقد برغبة الإدارة في إبرام العقد ، إلا أنه حتى يحدد هؤلاء موقفهم من المناقصة بالتقدم بعطاءاتهم أو الإحجام عن ذلك ، فإنه يتعين أن تتوفر لديهم معلومات كافية عنها يتخذون قرارهم في ضوءها (1).

لذلك أو جب المشرع المصري ، احتواء الإعلان عن المناقصة على بيانات جوهرية بخصوص الصنف أو العمل المطلوب انجازه ومبلغ التأمين المؤقت ونسبة التأمين النهائي وثمان كراسة الشروط وملحقاتها ، والجهة المنوط بها تلقي العطاءات ، وآخر موعد لقبول تقديمها وآية بيانات أخرى ترى جهة الإدارة أنها ضرورية لصالح التعاقد .

والشروط التي يتطلبها المشرع في الإعلان ملزمة للإدارة ، ومن ثم يتعين عليها احترام أو ضاع الإعلان من حيث المدد وكيفية إجرائه وعدد مراته ، ويترتب على مخالفة تلك الشروط بطلان المناقصة وكذلك الشأن إذا لم تحترم الإدارة التزامها بتسليم أحد المتعاقدين الشروط الكاملة للمناقصة (2).

وفي القانون الليبي وعبر لائحة عقوده الإدارية نقف على تنظيم إجراءات الإعلان عن المناقصة من خلال المادة (26) . والتي أو جبت على لجنة العطاءات المختصة بإجراء الإعلان ، التأكد قبل الإعلان من :

- 1 - اتمام الدراسة والمتطلبات المنصوص عليها في المادة (11) من هذه اللائحة .
 - 2 - توفر عدد كاف من نسخ مستندات العطاء .
 - 3 - تحدد الجهة طالبة التعاقد ثمن النسخة بما يغطي تكاليف طبعها مضافاً إليها نسبة 10 % كمصاريف إدارية .
- وتسلم النسخة أو النسخ لمن يرغب في التقدم إلى المناقصة بمجرد طلبه لها بعد سداد ثمنها ، ويجوز إضافة مصاريف الشحن لمن يطلب إرسالها بالوسائل المتاحة .
- ولقد وضع المشرع الليبي في المادة (27) من لائحة العقود الإدارية عدّة شروط يجب أن يتضمنها الإعلان بقوله " يجب أن يتضمن الإعلان عن المناقصات البيانات التالية : -
- أ - ملخصاً وافياً لموضوعها وشروطها .
 - ب - المدة المحددة لتقديم العروض خلالها وتاريخ فتح المظاريف .
 - ج - المدة التي يظل مقدم العطاء ملتزماً خلالها بعطائه .
 - د - الجهة التي تقدم إليها العطاءات .
 - هـ - قيمة التأمين الابتدائي للتقدم بالعرض .

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة - الأسس العامة للعقود الإدارية - دار الفكر العربي ، الإسكندرية ، (ب ، ط) 2007 ، ص 129؛ ومن المقرر في قضاء محكمة القضاء الإداري المصرية بأن العقد يعتبر منعقدًا باتصال القبول بعلم من وجه إليه وأن الإعلان عن المناقصة عن طريق التقدم بعطاء ليس إلا دعوة للتعاقد وأن التقدم بعطاء هو الإيجاب الذي يجب أن يلتقي عنده قبول الإدارة لينعقد العقد... راجع الطعن الإداري 2857 لسنة 11ق، جلسة 2013/3/26.

(2) محمد سعيد أمين دراسة وجيزة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها . دار الثقافة الجامعية ، القاهرة 1992 ، ص 253 .

و - قيمة التأمين النهائي عند الترسية .
 ز - فئة التصنيف للمقاولين الذين يحق لهم التقدم بالعطاء .
 ح - غير ذلك من البيانات التي ترى لجنة العطاءات أن تضيفها إلى الإعلان " (1) .
 أما عن طرق الإعلان فيقول الدكتور محمود حلمي " في المناقصة العامة يكون النشر عنها في الجريدة الرسمية وفي جريدتين واسعتين الانتشار " (2) .
 وأيضاً يجوز للجنة الإدارية أن تطرح شروط العطاء في شكل إعلانات تقوم بإصاقتها على الجدران ولوحات الإعلان في الأماكن العامة (3)؛ ولقد أكد المُشرع المصري على هذه الطرق في المادة (12) من اللائحة التنفيذية بقوله " ... ويجوز بالإضافة إلى ما تقدم أن يتم الإعلان في غير ذلك من وسائل الإعلان واسعة الانتشار وذلك بموافقة السلطة المختصة بحسب أهمية وقيمة التعاقد " (4) .

أما عن طرق الإعلان في ليبيا فقد بينتها المادة (30) من لائحة العقود الإدارية بقولها :
 " يجرى الإعلان عن المناقصات العامة المحلية والعالمية وفقاً لما يلي :

أ - يعلن عن المناقصات العامة المحلية بالنشر في وسائل الإعلام المحلية ، ويحدد عدد مرات النشر تبعاً لأهمية المناقصة من حيث قيمتها ، ويجوز بالإضافة إلى ذلك الإعلان عن المناقصات في لوحة تعد لهذا الغرض بمقر الجهة طالبة التعاقد .

ب - يعلن عن المناقصات العالمية عن طريق النشر في وسائل الإعلام المحلية والعالمية وتزود المكاتب لليبيا في الخارج وما في حكمها - وفق طلبها بالعدد اللازم من نسخ الإعلان وشروط المناقصة والمواصفات والقوائم وملحقاتها ، وذلك لتسليمها مقابل الثمن المحدد لمن يرغب في الاشتراك فيها " (5) .

وقد بين المُشرع الليبي في المادة (28) من لائحة العقود الإدارية بخصوص المدة اللازمة لتقديم العطاءات حيث نصت على " تحدد المدة اللازمة لتقديم العطاءات تبعاً لأهمية موضوع المناقصة وطبيعته بحيث لا تقل عن ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان لأول مرة ، ويجوز بموافقة الجهة المختصة باعتماد محاضر الترسية - تقصير هذه المدة إذا كان تمة مقتضى لذلك " (6) .

وقد بين المُشرع المصري المادة اللازمة لتقديم العطاء من خلال المادة (14) من اللائحة التنفيذية حيث نصت على :

(1) لائحة العقود الإدارية المادة 27.

(2) محمود حلمي ، العقد الإداري ، دار الفكر العربي ط 2 1977 ص 34 .

(3) عدنان العجلاني - الوجيز في العقود الإدارية الجزء الأول ، مطابع دار الفكر ، دمشق ، ط - 2 ، 1961 - ص 260 .

(4) المادة "12" من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري .

(5) لائحة العقود الإدارية المادة 30.

(6) لائحة العقود الإدارية المادة 28.

" تحدد مدة ثلاثين يوماً على الأقل لتقديم العطاءات في المناقصة العامة من تاريخ أول إعلان الصحف اليومية ويجوز بموافقة السلطة المختصة تقصير هذه المدة بحيث لا تقل عن عشرين يوماً" (1).

ويراعى تضمين شروط الطرح المدة المناسبة لسريان العطاءات بحيث لا تزيد على ثلاثة أشهر على أنه في حالات الضرورة التي تحتّمها طبيعة موضوع التعاقد فيجوز بموافقة السلطة المختصة تضمين الشروط مدة تجاوز ذلك ، وتحسب مدة سريان صلاحية العطاءات اعتباراً من التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية ، على أن يتم البت في المناقصة والإخطار في حالة القبول قبل انتهاء مدة صلاحية سريان هذه العطاءات ، فإذا تعذر ذلك فعلى مدير إدارة المشتريات ان يطلب في الوقت المناسب إلى مقدمي العطاءات قبول مد مدة صلاحية سريان عطاءاتهم إلى المدة اللازمة .

وعليه فإن الإعلان عن المناقصة العامة يتم بالطرق سالفه الذكر ، بينما يتم عن الأنواع الأخرى للمناقصات بالإعلان الشخصي للمقاول أو المورد المختص بهذا النوع من الأعمال (2). حيث إنه في المناقصات المحدودة والمحلية ، توجه الدعوة لتقديم العطاءات في المناقصات المحدودة لأكثر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة والذين تعتمد أسماؤهم السلطة المختصة من بين المقيدین بسجلات الجهة الإدارية أو غيرهم وذلك بموجب كتب موسى عليها قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية بخمسة عشر يوماً على الأقل.

ومما تجدر الإشارة إليه أن الطرف المتعاقد مع الجهة الإدارية هو من يتقيد بالإعلان نظراً لارتباطه بمصلحته .

والسؤال الذي يطرح هنا ما هو مصير العطاءات التي قدمت بعد انتهاء مدة الإعلان ؟
فقد تولت المادة (38) من لائحة العقود الإدارية الإجابة عن هذا التساؤل :
ب - " ومع ذلك يجوز للجنة العطاءات أن تصدر - قبل انتهاء الميعاد أو بعد انتهائه قراراً مسبباً بمد ذلك الميعاد لأحد الأسباب الآتية :

- 1 - إذا رُؤى أن عدد العطاءات المقدمة قليل في ضوء أهمية المشروع .
 - 2 - إذا طلب مد الميعاد عدد كبير من أدوات التنفيذ الراغبة في التقدم بعطاءاتها .
 - 3 - إذا استجدت ظروف تتعلق بالموضوع تُحتم مد الميعاد . (3)
- ج - في جميع الأحوال يجب أن يصدر قرار المد قبل فتح المظاريف ، وأن يحدد القرار المدة الإضافية الجديدة ، وأن يعلن عن مد الميعاد بنفس الوسيلة التي أعلن بها عن العطاء ذاته.

(1) المادة 14 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري . رقم 89 ، لسنة 1998 م.

(2) محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الإداري، الدار المصرية الحديثة الإسكندرية. ط ، 1 ص 125.

(3) لائحة العقود الإدارية المادة (38) .

ويؤخذ في الاعتبار إذا صادف آخر يوم من أيام المدة الإضافية يوم عطلة رسمية امتد هذا الموعد إلى اليوم التالي ليوم العطلة .

والمسلّم به أن الشروط التي يتطلبها المُشرّع في الإعلان ملزمة للإدارة ، فيتعين عليها احترام أوضاع الإعلان من حيث المدد ، وكيفية إجرائه وعدد مراته ، وإلا ترتب على ذلك بطلان المناقصة ، وعلى هذا يسير قضاء مجلس الدولة الفرنسي فقد حكم ببطلان المزاد إذا لم يتم الإعلان بالطريقة التي نص عليها القانون وهي اللصق على اللوحات المعدة لذلك .

وكذلك الشأن إذا لم تحترم الإدارة المدة المقررة للإعلان أو إذا لم تسلم لأحد المتقدمين الشروط الكاملة للمناقصة . (1)

ثم إن الإدارة إذا ما احترمت طريقة الإعلان المنصوص عليها قانوناً ، فلا ضير عليها في أن تلجأ إلى طرق إعلان أخرى ترى أنها أفضل في نقل رغبتها إلى الأفراد . كالإعلان في الإذاعة المسموعة والمرئية .

ثانياً /المساواة بين المتنافسين

تقوم المناقصات العامة المفتوحة . وكذلك الأنواع الأخرى من المناقصات في خارج ما تفرضه طبيعتها من قيود - على أساس عام ، هو المساواة بين المتنافسين ، بمعنى أن لكل من يملك قانوناً أن يتقدم إلى المناقصات العامة الحق في الاشتراك فيها على قدم المساواة مع باقي المتنافسين .

ويقصد بمبدأ المساواة بين المتنافسين ضرورة احترام شروط ومواعيد المناقصة بالنسبة لكافة المناقصين دون تفرقة ، فلا يقبل أي شخص أيّاً كان إذا لم تتوافر فيه هذه الشروط ، أو تقدم بعد الميعاد ، أو تقدم في الميعاد ولم يستوف الإجراءات الضرورية للاشتراك في المناقصة والتعاقد مع الإدارة بأن تحلّف مثلاً عن دفع التأمين كاملاً ، كما لا يجوز للإدارة كقاعدة عامة أن تتفاوض مع أحد المناقصين في شأن تعديل عطائه في خارج الاستثناءات التي يقررها المُشرّع على هذه القاعدة العامة (2)

وكذلك عدم استبعاد أي عطاء بقرار فردي أو أعفاء أي عطاء من شروط معينة أو تحميل عطاء بشروط أكثر من الشروط المطلوبة ، ولقد أكدت على هذا . المحكمة العليا الليبية في حكمها الصادر بتاريخ 24 - 6 - 1961 ف بأنه " وحيث إن القرار القاضي بمنع الطاعن من المشاركة في المناقصة الجديدة لإتمام باقي طريق فزّان يترتب عنه حرمان الطاعن من فرصة العمل خرقاً لمبادئ المساواة التي قررها الدستور وحرماناً من حق العمل الذي كفله لجميع الليبيين على السواء ومن ثم يكون هذا القرار مخالفاً للأمر الذي يتعين معه إلغاء هذا القرار " (3) وليس

(1) سليمان الطماوي الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة دار الفكر العربي، 5ط ، ص 249 .

(2) محمد فؤاد عبد الباسط - القانون الإداري - (ب ، ط) (ب ، ت) ص 516 .

(3) طعن إداري رقم 1 لسنة 8 ق ، قضاء المحكمة العليا الاتحادية ، القضاء الإداري والدستوري . ج 2 ، ص 116.

للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بين المتنافسين ، غير أن هذا المبدأ ترد عليه قيود متعددة ترجع إلى اعتبارات مختلفة نجلها فيما يلي :

1 - طبيعة المناقصة فالمناقصات المحدودة أو المحلية بطبيعتها مقصورة على أفراد معينين ، وبالتالي تكون المنافسة بين من لهم حق الاشتراك فيها دون غيرهم (1).
ومن هذا القبيل فقد فرض المُشرِّع المصري بعض القيود نتيجة للسياسة الاشتراكية للدولة فقد قصر التعاقد بالنسبة لعقود معينة على شركات القطاع العام بنسبة معينة ، أو منحها أولوية في التعاقد مثل الحالات التي تستلزم نقل البضائع بحراً فيتم النقل عن طريق الشركة المصرية لأعمال النقل البحري ، ويكون الاستثناء من ذلك بموافقة وزير النقل .
وقد يميز الجانب الوطني عند تساوى أسعار العطاءات ومن ذلك تشترط بعض التشريعات أن يكون المتقدم إلى المناقصات العامة مواطناً ، ويكون ذلك لتحقيق اعتبارات متعددة تتعلق بطبيعة العقد ومدى السلطات التي يخولها للمتعاقد ، أو بقصد حماية المواطنين وأحياناً تفرض الإدارة مقدماً شرط الجنسية دون نص خاص من المُشرِّع ، وقد جرى القضاء الفرنسي في أول الأمر على بطلان مثل هذا الشرط ، ولكنه عدل عن هذا المسلك واعترف بشرعية الشرط ، لا في العقود ذات الطابع السياسي أو الحربي فحسب وإنما في سائر العقود الإدارية .
وقد نصت المادة (16) من قانون المناقصات والمزايدات المصري على أنه " يعتبر العطاء المقدم عن توريدات الإنتاج المحلي أو عن أعمال أو خدمات تقوم بها جهات مصرية أقل سعراً إذا لم تتجاوز الزيادة فيها 5 % عن قيمة أقل عطاء أجنبي " (2)
ولا يجوز الخروج على حكم هذه الفقرة إلا في حالات الضرورة القصوى التي تقتضيها المصلحة العامة وبموافقة وزير المالية .

2 - ضرورة توافر الإقامة لمقدم العطاء أو وجود وكيل عنه أورد القانون استثناءً بخصوص إقامة مقدّم العطاء في البلد الذي توجد فيه العملية المطروحة أو أن يكون له وكيل في ذلك البلد ، ويجب أن يكون مقدم العطاء مقيماً في جمهورية مصر العربية أو يكون له وكيل فيها وإلا وجب عليه أن يبين في عطائه الوكيل المعتمد منه في جمهورية مصر العربية فيما لو رست عليه المناقصة وإذا كان العطاء مقدماً من وكيل عن صاحب العطاء فعليه ان يقدم معه توكيلاً مصدقاً عليه من السلطات المختصة بالإضافة إلى كافة البيانات والمستندات التي يجب عليه تقديمها وفقاً لأحكام القوانين والقرارات التي تنظم ذلك .

3- الإعفاء من تقديم التأمين .

(1) وحيث إن المستقر في قضاء مجلس الدولة المصري أن المشرع حدد حصراً في أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات أساليب التعاقد وهي المزايدة العامة، والمناقصة العامة والمناقصة المحدودة والمناقصة المحلية والممارسة والأمر المباشر، ورسم لكل أسلوب منها حدوده وبين حالاته والإجراءات التي يقتضي الأخذ بها....." الطعن الإداري رقم 40848 لسنة 65 ق ، جلسة 2011/9/21م.

(2) المادة "16" من قانون المناقصات والمزايدات المصري ، رقم 89 ، لسنة 1998.

لضمان جدية التقدم إلى المناقصات العامة يلزم المُشرِّع المتنافسين بتقديم تامين مؤقت لا يقل عن مجموع قيمة العطاء في مقاولات الأعمال ولا يقل عن 2% من قيمة العطاء فيما عدا ذلك، ويعفي من التامين المؤقت والنهائي الهيئات العامة وشركات القطاع العام و الجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية وذلك عن العروض الداخلة في نشاطها وبشرط تنفيذها للعملية بنفسها، ويجوز عند الضرورة للسلطة المختصة بعد موافقة لجنة البث، إعفاء الشركات المحتكرة من إيداع التامين المؤقت والنهائي إذا طلبت في عروضها ذلك .

وقضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 8 مارس سنة 1969 حيث قالت " إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على ان إيداع التامين المؤقت من مقدم العطاء في الوقت المحدد شرط أساسي للنظر في عطائه، وهذا الشرط مقرر للمصالح العام دون ترتيب جزاء البطلان على مخالفته، إذا ما اطأنت جهة الإدارة إلى ملائمة مقدم العطاء ومن ثم فإنه لا يقبل من مقدم العطاء التحدي بأنه لم يدفع التامين المؤقت مادام أن التامين غير مشروط لمصلحته، وبناء على ذلك فإن ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من ضرورة استبعاد العطاء لأنه لم يكن مصحوباً بالتامين المؤقت دون ان يكون لجهة الإدارة الحق في قبوله أمر غير سديد لتعارضه مع اعتبارات المصلحة العامة⁽¹⁾ .

4- ضرورة توافر الكفاية المالية والفنية والخبرة وحسن السمعة :

هذا الاستثناء مقرر لمصلحة الجهة الإدارية المتعاقدة وذلك لضمان تحقيق نتائج مالية وفنية عالية للعملية محل التعاقد .

ولقد أجاز القانون لجهة الإدارة ان تتحرى على مقدمي العطاءات من حيث الجانب المالي والفني وحسن السمعة وأكد المُشرِّع الليبي على ذلك في المادة 18 من لائحة العقود الإدارية .

وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا شرط الكفاية المالية والفنية وحسن السمعة في حكمها الصادر بتاريخ 17-2-1962⁽²⁾ بأنه " يشترط دائماً في من يتقدم للتعاقد مع الإدارة أن يكون متمتعاً بحسن السمعة وهذا قيد لمصلحة المرفق فللإدارة إذاً حق أصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها و مما يتمتعون بحسن السمعة ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة .

وحيث يمنع بعض الأفراد من الاشتراك في المناقصات العامة كعقوبة وذلك إذا سبق التعاقد معه وأخل بالتزاماته التعاقدية إخلالاً جسيماً .

وإذا استعمل المتعهد الغش أو التلاعب في معاملته يمنع من دخول المناقصة وهذا يؤكد على ان شرط حسن السمعة من الشروط التي ينبغي أن تتوفر فيمن يريد الدخول إلى المناقصة .

(1) المحكمة الإدارية العليا : حكمها في 8 مارس 1969 ، س14 ، ص 437، نقلاً عن سليمان الطماوي .

(2) طعن رقم 1067 - لسنة 5 قضائية ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، ص735 .

5- حظر دخول العاملين بالجهة الإدارية التي تقوم بطرح عملية التعاقد :
لقد بينت هذا الحظر المادة "39" من قانون المناقصات والمزايدات المصري حيث نصت على :

"يحظر على العاملين بالجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون التقدم بالذات أو بالواسطة بعهادات أو عروض لتلك الجهات، كما لا يجوز الشراء منهم أو تكليفهم القيام بأعمال، ولا يسري ذلك على شراء كتب من تأليفهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال فنية كالرسم والتصوير وما يماثلها أو شراء أعمال فنية منهم إذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية، وبشرط ألا يشاركوا بأية صورة من الصور في إجراءات قرار الشراء أو التكليف وان يتم كل منهما في الحدود وفقاً للقواعد والإجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية كما يحظر على العاملين بتلك الجهات الدخول بالذات أو بالواسطة في المزايدات أو الممارسات بأنواعها، إلا إذا كانت الأشياء المشتراة لاستعمالهم الخاص وكانت مطروحة للبيع عن طريق جهات أخرى غير جهة عملهم ولا تخضع لإشراف هذه الجهة".

المطلب الثاني

حرية المنافسة وسرية العطاءات

لا يجوز للإدارة أن تبعد أياً من الراغبين في التعاقد من الاشتراك في المناقصة، فهي ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية، إلا أن هذا المبدأ لا يسري بإطلاقه بل ترد عليه قيود تقتضيها المصلحة العامة تسمح للإدارة إبعاد بعض الراغبين بالتعاقد مؤقتاً أو نهائياً من التعاقد مع الإدارة .

أولاً/حرية المنافسة

عرفت محكمة القضاء الإداري في مصر مبدأ حرية المنافسة بقولها "..... والمقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم إلى المناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه " (1)

إلا أن هذا المبدأ لا يعني إطلاق كامل الحرية للمتقدمين حيث منح القانون لجهة الإدارة سلطة تقديرية بموجبها تستطيع استبعاد بعض الشركات أو الأفراد من الدخول إلى المناقصات، حيث

(1) حكمها في القضية 7/2946 ق، جلسة 21-4-1957 م ، مجموعة س11، ص 369 ؛
وحرية المنافسة بين التجار أن يكون لكل تاجر الحق في اتباع الوسائل الناجحة لاجتذاب عملائه وتشجيعهم على الاستمرار في التعامل وأن هذه الحرية مقيدة بأن تكون وسائل المنافسة مشروعة..
راجع الطعن رقم 607 لسنة 2011 ق، جلسة 2012/5/31م.

تتمتع الإدارة بسلطة حرمان بعض الأشخاص من التقدم إلى المناقصات كجزاء جزائي أو وقائي ، ولا يحد من سلطتها سوى عيب إساءة استعمال السلطة⁽¹⁾.

وعلاوة على سلطة الإدارة في حرمان الأفراد والمشروعات من دخول المناقصات العامة، فإن القانون قد ينص في حالات محددة على الحرمان، كعقوبة تبعية وحرمان الأفراد والمشروعات من دخول المناقصات العامة قد يكون حرماناً جزائياً وقد يكون وقائياً⁽²⁾.

وقد ميّز حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 21-4-1957 ، بين نوعين من الحرمان بقوله " وكما يجوز إصدار قرارات الاستبعاد بالنسبة للمتقدمين والمقاولين كجزاء بسبب العجز في تنفيذ التزام سابق، يجوز أيضاً استبعاد بعض الأشخاص غير المرغوب فيهم بما يتجمع لدى الإدارة من تقدير عام عن كفاءة هؤلاء وقدرتهم دون أن يسبق ذلك ارتباطهم مع جهة الإدارة في عمل ما وذلك كإجراء وقائي لتهيئة الجو الصالح للمناقصة⁽³⁾.

وعليه فإن الحرمان ينقسم إلى نوعين :

أ- الحرمان الجزائي :

وهو جزاء إداري تتخذه الجهة الإدارية لكي تحرم شخصاً طبيعياً كان أم معنوياً من التقدم إلى المناقصات لمدة محددة أو بدون تحديد، والأصل فيه ان يصدر كجزاء يوقع على أخطاء سابقة ارتكبها هذا الشخص .

وفي ذلك نص المشرع الليبي من خلال المادة 18 من لائحة العقود الإدارية على حالات الحرمان من التعاقد بقولها " ... يجوز بقرار من اللجنة الشعبية العامة سابقاً - بناءً على عرض أمين اللجنة الشعبية العامة للقطاع المختص - حرمان المتعاقد بصورة دائمة أو لمدة يحددها القرار، من التعاقد مع الجهات الإدارية أو الوحدات الإدارية سواء بطريق مباشر أو غير مباشر وذلك في الحالات الآتية :

أ- إذا تأخر في تنفيذ عقد إداري بما يجاوز المدّة المتفق عليها فيه دون مبررات تقبلها الجهة المتعاقدة .

ب- إذا وقع منه غش أو خطأ جسيم في إبرام أو تنفيذ العقد .

ج- إذا امتنع عن دفع التأمين النهائي أو امتنع عن توقيع العقد بعد اختياره للتعاقد.

(1) أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة

القاهرة . دار النهضة العربية ، ط/ 1973 ، ص 149

(2) جابر جاد نصّار: المناقصات العامة ، دراسة مقارنة ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، مصر، ص 17 .

(3) المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 1654 لسنة 6 ق، جلسة 1969/12/22م، مكتب فني 8

الجزء 1، ص 299 .

د- إذا وقع منه احتيال في تعامله أو ثبت أنه قدّم أو حاول تقديم رشوة بنفسه أو من خلال وسيط سواء بطريق مباشر أو غير مباشر إلى موظف له صلة بالتعاقد .
ويبلغ القرار الصادر بالحرمان من التعاقد فور صدوره إلى جميع الجهات التي تطبق هذه اللائحة، ويؤشر بمضمونه في ملف أداة التنفيذ لدى الجهة المختصة بقيد وتصنيف أدوات التنفيذ " (1).
أيضاً يوقع الحرمان الجزائي كعقوبة أصلية مثلاً على الأشخاص الذين حكم عليهم بعقوبة جنائية ، أو يوقع كعقوبة تبعية كالحكم بالإفلاس على أحد التجار، أو إذا وقع من المقاول غش أو محاولة رشوة أحد الموظفين (2).

وسلطة الإدارة في حرمان الشخص الطبيعي والمعنوي من الدخول في المناقصات التي تعلن عنها نتيجة أخطاء سابقة لهذا الشخص اقتربها في تنفيذ عمليات سابقة مع الإدارة ، قد يكون منصوص عليها في العقد بأوضاع معينة وبشروط محددة، وهنا لا يكون قرار الإدارة بالشطب أو الحرمان صحيحاً إلا إذا توافرت هذه الشروط .

وفي حالة عدم وجود نص في العقد أو في كراسة الشروط فقد نصت المادة 24 من قانون المناقصات والمزايدات المصري على إن : " فسخ العقد تلقائياً في الحالتين الآتيتين:

أ- إذا ثبت أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد .

ب- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر .

ويشطب اسم المتعاقد في الحالة المنصوص عليها في البند "أ" من سجل الموردين أو المقاولين .

وتخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك بنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية .

ويرى الدكتور جابر جاد نصّار أن الإدارة لا تستطيع أن تباشر سلطة الحرمان كجزاء لإخلال المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته إلا في الحالات التي حددتها المادة "24" من قانون المناقصات والمزايدات ، وأن ذلك لا ينفي حق الإدارة في أن تستبعد من لا تراه جديراً بالدخول في المناقصات العامة استناداً إلى شرط السمعة(3).

وحيث نصت المادة "24" من قانون المناقصات والمزايدات على ان يشطب اسم المتعاقد إذا استعمل المتعاقد الغش أو التلاعب في معاملته مع الجهة الإدارية المتعاقدة ، أو إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون .

(1) لائحة العقود الإدارية المادة 18.

(2) إبراهيم محمد على : د. جمال عثمان جبريل : العقود الإدارية (ب، ط) 1996 ، ص 280 .

(3) جابر جاد نصّار : المناقصات العامة ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 22.

ومن حيث إن المُشرِّع قد حدد على سبيل الحصر في هاتين الحالتين فإن أي قصور في التنفيذ وفقاً للمواصفات الفنية، فقد خول فيها المُشرِّع صلاحيات وإجراءات أخرى تستطيع ان تتخذها حيال المقاول .

ومن حيث أن الجهة الإدارية لم تذكر أنه قد قام بالمدعي سبب من الأسباب المبررة لشطب اسمه ومن حيث إن وقف التعامل مع المدعي هو من قبيل شطب الاسم ويرتب ذات الأثر، ومن حيث أنه إذا ما ثبت تقصير من المدعي في التنفيذ أو مخالفة المواصفات الفنية تستطيع الجهة الإدارية أن تسلك حياله وتتخذ في مواجهته الإجراءات المقررة في هذا الشأن⁽¹⁾.

ويتضح لنا من خلال المقارنة بين نص المادة "18" من لائحة العقود الإدارية في ليبيا، ونص المادة 24 من قانون المناقصات والمزايدات المصري ان الحالات التي أوردها المُشرِّع الليبي أكثر وأشمل من الحالات التي أوردها المُشرِّع المصري .

فالمُشرِّع المصري حصرها في حالة الغش والتلاعب وفي حالة إفلاس وإعسار المتعاقد، بينما المُشرِّع الليبي حصرها في حالة التأخير في التنفيذ دون مبرر ، وحالة الغش أو الخطأ الجسيم في إبرام أو تنفيذ العقد، وحالة الامتناع عن أداء التأمين النهائي⁽²⁾ أو الامتناع عن التوقيع على العقد، وفي حالة وقوع الاحتيال أو محاولة تقديم الرشوة .

ونلاحظ ان المُشرِّع الليبي لم يتناول حالة إفلاس المتعاقد أو إعساره المنصوص عليها في القانون المصري، وهو ما يشكل فراغاً تشريعياً ونأمل من المُشرِّع أن يأخذه بعين الاعتبار وذلك بالنص على حالة الحرمان إذا كان المتعاقد قد أفلس أو أعسر وذلك لتجنب الإدارة مشاكل هي في غنى عنها .

ب- الحرمان الوقائي :

وهو الحرمان الصادر عن جهة الإدارة لتقديرها بأن الشخص المتقدم غير جدير بالمناقصة لقصور إمكانياته المالية أو الفنية مثلاً⁽³⁾.

(1) أنظر حكم محكمة القضاء الإداري ، صادر في 39.1987 ، الدعوى رقم 148، السنة 4 ق .

(2) ومن المقرر في قضاء المحكمة الإدارية العليا الليبية " أنه في حالة تخلف صاحب العطاء المقبول عن إيداع التأمين النهائي المقرر خلال المدة المحددة يكون للجهة الإدارية المتعاقدة أن تختار بين أمرين إما إلغاء العقد ومصادرة التأمين المؤقت وإما التمسك بالعقد وتنفيذه على حساب من رسى عليه العطاء مع الأحقية في المطالبة بالتعويض عن جميع الأضرار المباشرة التي تترتب على عدم التنفيذ ولا يجوز لها الجمع بين الأمرين في وقت واحد..." أنظر الطعن رقم 10 لسنة 24 ق ، جلسة 1980/3/26م. مكتب فني 17 ،الجزء الأول ،ص14.

(3) عمر حلمي : طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص214 ؛ ومن المقرر في قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية أن الحرمان الوقائي بالنسبة للإدارة هو حق أصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون =

وتقوم الإدارة في حالة الحرمان الوقائي بإصدار قرار إداري بمقتضى سلطتها التقديرية بحرمان الشخص الطبيعي أو المعنوي من التقدم إلى المناقصات العامة لا باعتباره جزاء بسبب التنفيذ المعيب لالتزام سابق ولكن لأنها تقدر أنه غير جدير بالمناقصة نتيجة للتحري عن إمكانياته وقدراته المالية أي أنها تقرر حرمانه من الاشتراك في المناقصات و الممارسات لأسباب تتصل بالمصلحة العامة (1).

وقضى مجلس الدولة الفرنسي بأن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في إصدار قرار الحرمان الوقائي وأنه لا يجوز للقاضي في هذه الحالة التعقيب على قرار الحرمان إلا إذا كان مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة ، وإن الوزير من حقه أن يصدر قراراً بحرمان المقاول أو المورد من دخول المناقصات الخاصة بوزارته وفقاً لسلطته التقديرية طالما أنه يقصد توقيع جزاء على المحروم ، و قصد اتخاذ إجراء تتطلبه مصلحة المرفق

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ 9 - 4 - 1985 ، بأنه " ومن حيث إن حظر التعامل كما يجوز بالنسبة للمتعهدين والمقاولين مع الجهات الإدارية بسبب العجز في تنفيذ التزام قائم أو سابق ، فيجوز أيضاً بالنسبة للمتعهدين والمقاولين الذين لم سبق لهم التعامل مع الجهات الإدارية والذين كانت لهم صلة بتنفيذ بعض العقود سواء كانت هذه الصلة مقررة في هذه العقود أو ملحوظة عند تنفيذها (2).

ثانياً : - سرية العطاءات

تتحقق السرية عن طريق تقديم المناقصين عطاءاتهم في مظاريف مغلقة بحيث يظل محتوى هذه المظاريف غير معلوم للجهة الإدارية ولباقي المتقدمين حتى يعاد فتح المظاريف عن طريق لجنة العطاءات المختصة بفتحها في الزمان والمكان المحددين (3).

= بحسن لسمعة ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة ... " أنظر الطعن الإداري رقم 344 لسنة 50 ق، جلسة 2005/6/28م.
(1) أنظر حكم محكمة القضاء الإداري ، صادر في 1987 ، الدعوى رقم 148 ، السنة 4 ق .
(2) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم 436 لسنة 26 ق - جلسة 9 - 4 - 1985 ص 925.

(3) داود الباز أصول القانون الإداري (ب ، ت) ، (ب ، ط) 1995 . ص 298 ، ومن المقرر في قضاء المحكمة المصرية أنه في حالة عدم البت والاختار في المناقصة في حالة القبول خلال مدة صلاحية سريان العطاءات أن يطلب مدير إدارة المشتريات في الوقت المناسب إلى قبول مد مدة صلاحية سريان عطاءاتهم إلى المدة اللازمة " أنظر الطعن رقم 2328 لسنة 2010 ق، جلسة 2010/11/30م.

ومن الواضح أن مبدأ السرية يمثل ضماناً هامة لمنع أي تحايل أو اتفاق جانبي لرفع الأسعار ، أو استبعاد أحد المتنافسين من ميدان المنافسة (1).

ولقد بينت المحكمة الإدارية العليا بجلاء تلك المبادئ التي تحكم المناقصات بقولها " إنه كمبدأ أصيل يكون تعاقد الإدارة عن طريق المناقصة ، والأخذ بأسلوب الممارسة لا يكون إلا في حالات معينة وفي أضيق الحدود ، طبقاً للأوضاع والشروط المرسومة قانوناً ، ذلك لأن المناقصة تحقق ضمانات أكثر للمصلحة العامة ، ولا يتأتى تحقيق ذلك إلا إذا أحيطت بالسرية التامة ، وجعل مبدأ المساواة بين المتنافسين هو المبدأ السائد دون أي تمييز لأحد ، و إلا أختل التوازن واضطرب حبل المنافسة الذي يقوم على تكافؤ الفرص مما يخرج المناقصة عن الهدف الذي تقررت من أجله ويفوت الغرض من عقدها ، وشروط المناقصة على هذا الوضع هي بمثابة قانون التعاقد ، فلم توضع لمصلحة أحد المتعاقدين إن شاء أخذ بها وإن شاء لا يأخذ وإنما وضعها كان للمصلحة العامة فلا سبيل للانفكاك منها وكل عمل يتم على خلافها لا يعتد به ولا يترتب عليه أي أثر لأنه يناقض الأساس الذي قامت عليه المنافسة بين المتنافسين.

الخاتمة

بعد أن وصلنا إلى نهاية بحث الأسس التي تقوم عليها المناقصات العامة نأتي إلى بيان أهم النتائج التي يمكن استخلاصها في هذا الشأن وجملة من التوصيات التي رأينا إبدائها وذلك على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

نستنتج أن الإدارة ليس حرة في اختيار المتعاقد معها كما هو الحال في عقود القانون الخاص إذ فرض المشرع العديد من الإجراءات تلتزم الإدارة بإتباعها لتحقيق المصلحة العامة. واتضح لنا بأن المناقصة العامة لم تعد تفي بالغرض المطلوب نظراً لتقييد جهة الإدارة في اختيار المتعاقد معها والتي تصل إليها بعد مرورها بعدة إجراءات وشروط وجهد ووقت طويل يمكن معه أن تتغير ظروف الحال والأحوال.

ونستنتج أن المناقصة العامة تقوم على من يتقدم بأقل العطاءات سعراً وإن كان العمل قد جرى على أن الشيء الأرخص ليس في جميع الحالات هو الأفضل للجهة الادارية لأنه كقاعدة عامة جودة الأصناف تتعارض مع رخص الأثمان وقد تكشف لنا أن الإجراءات التي تقوم عليها المناقصة العامة لا تراعي في كثير من الأحيان المصلحة الفنية للمرفق العام ناهيك عن عدم اتفاق هذه الطريقة مع طبيعة بعض العقود الادارية ومنها على سبيل المثال حالة احتكار بعض السلع والخدمات.

(1) عبد الغني بسيوني عبد الله ، القانون الاداري، المجلد الثاني الدار الجامعية بيروت ، ص 475 .

ونستنتج بأنّ السعر والجودة والكفاءة والزمن من الأمور المعتبرة في إرساء المناقصة؛ ونستنتج أيضاً أنّه يجوز إعمال نظرية الظروف الطارئة في عقود المناقصات لأنّ في إعمالها رفع للضرر عن المتضرر وإعادة الموازنة بين طرفي العقد.

ثانياً: التوصيات:

المُشرّع الليبي قد حدد حالات الحرمان من التعاقد على سبيل الحصر إلا أنّه لم يتناول حالة إفلاس المتعاقد أو إفساره المنصوص عليها في القانون المصري وهو ما يشكل فراغاً تشريعياً عليه - نوصي المُشرّع الليبي بأن يأخذ هذه الحالة من حالات الحرمان بعين الاعتبار وذلك بالنص عليها إذا كان المتعاقد قد أفلس أو أعسر. وينبغي على جهة الادارة ألا تقوم بإرساء المناقصة إلا بعد الحصول على معلومات كافية على المتعاقد.

- ونوصي المُشرّع بإعطاء الأولوية عند إرساء المناقصة للمواطنين في حالة تساوي العروض .
- ونوصي المُشرّع بإيجاد رقابة فعالة لمنع أي تجاوز أو محاباة أو رشوة أو تسريب للمعلومات المتعلقة بالمناقصة والعطاءات المقدمة.

- ونوصي المُشرّع بالنّص على إشراك المهندسين المشرفين على مقاولات البناء والتشييد مع المقاولين في ضمان تلك الأبنية والمنشآت من أجل تضيق الخناق على حالات الغش والخداع.
- ونوصي أيضاً المُشرّع بإقرار عقوبة رادعة على من تثبت عليه الغش والإحتيال والتواطؤ حتى لا تتعرض أرواح الناس للخطر وحتى لا يتعرض المال العام للسلب والعبث.

وفي النهاية لا املك إلا أن أقول إنني اجتهدت في إخراج هذا البحث الذي يتناول موضوعاً من أهم الموضوعات المعاصرة، وبذلت ما في وسعي في بحث مسائله والعمل على تأصيلها بحسب قدرتي وإمكانياتي المتواضعة، ولا أدعي له الكمال، فما هو إلا جهد بشري وصاحبه أحوج الناس إلى التوجيه والإرشاد إلى الحق والدلالة إلى الصواب

قائمة المصادر والمراجع

أولاً الكتب:

- 1- إبراهيم محمد على. و جمال عثمان جبريل: "العقود الإدارية"، (د، ن) 1996م .
- 2- توفيق شحاتة: "مبادئ القانون الإداري"، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1954م .
- 3- جابر جاد نصّار: "المناقصات العامة_ دراسة مقارنة"، منشورات دار النهضة العربية " ط/2 القاهرة، 2001م .
- 4- داود الباز: "أصول القانون الإداري"، (د، ن) الإسكندرية، 1995م .
- 5- سليمان الطماوي: "الأسس العامة للعقود الإدارية_ دراسة مقارنة"، منشورات دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، القاهرة، 1991م.

- 6- عبد العزيز عبد المنعم خليفة: "الأسس العامة للعقود الإدارية"، منشورات دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2007م .
- 7- عبد الغني بسيوني عبد الله: "القانون الإداري"، المجلد الثاني، منشورات الدار الجامعية، بيروت 1998 م .
- 8- عبد الفتاح حسن: "مبادئ القانون الإداري"، منشورات دار النهضة العربية، (د ، ط) ، 1969م .
- 9- عدنان عجلان: "الوجيز في الحقوق الإدارية"، الجزء الأول، مطابع دار الفكر ، دمشق، ط/1، 1961م .
- 10- عمر حلمي: "طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية"، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة . 1993م .
- 11- محمد رفعت عبد الوهاب: "القانون الإداري"، منشورات الدار المصرية، الإسكندرية، ط/1، (د ، ت) .
- 12- محمد سعيد أمين: "دراسة وجيزة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها"، منشورات دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1992م .
- 13- محمد فؤاد عبد الباسط: "القانون الإداري"، منشورات دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006م .
- 14- محمود حلمي: "العقد الإداري"، منشورات دار الفكر العربي، ط/ 2 ، الإسكندرية، (د،ت).
ثانياً: الأطروحات و الرسائل العلمية :
- 1- أحمد عثمان عياد: "مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية"، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1973م .
- 2- عبد الفتاح صبري أبو الليل: "أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق"، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1994م .
- 3- مطيع علي حمود: "العقد الإداري بين التشريع والقضاء _ دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه في الحقوق - جامعة عين الشمس، 2006م .
- ثالثاً: القوانين و التشريعات:
- 1 - قرار اللجنة الشعبية العامة سابقاً رقم (563) لسنة 2007 م، بإصدار لائحة العقود الإدارية في ليبيا .
- 2 - قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998 م .
- 3 - اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري لسنة 1998 م .

العلم الكافي بالمبيع في القانون المدني الليبي

مصطفى مجحد الواتي

مقدمة

أصل العلم بالمبيع وأساسه حكم من أحكام القانون المدني، وهي ليست وليدة اليوم وإنما لها جذور تاريخية تضرب في القوانين القديمة، ممتدة إلى القانون اليوناني وحتى الروماني، وترجع هذه الأحكام إلى بعض المبادئ الأخلاقية والقواعد الدينية، كمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود والعدالة والتعاون والصدق.

وإن كانت هذه المبادئ تتمتع بالطابع الأخلاقي والديني، إلا أنه لا ينكر تأثيرها وانعكاسها في إطار تقرير القواعد القانونية التي تحكم العلاقات والمعاملات بين الناس،¹ فالالتزام البائع بإعلام المشتري بعيوب المبيع التزام أصيل ومفترض، وإلا تعرض لجزاء قانوني يتمثل في جوار فسخ العقد.

كذلك الأمر بالنسبة للقانون الروماني، نجد أن التزام البائع بالإعلام يتولد عن إجراءات ثانوية مستقلة تماماً عن عقد البيع يلقي فيها هذا الالتزام بالإعلام بالعيوب على عاتق البائع، ويستوي بعد ذلك أن يكون البائع عالماً بها أو غير عالم، على عالم على أساس افتراض علم البائع بالمحل، وأن نية المتعاقدين اتجهت إلى كون المحل خالياً من العيوب² فعلم المشتري بالمبيع المتمثل في حقه بالعلم الكافي بالمبيع وحقه في طلب إبطال البيع، إذا لم يتوافر لديه العلم الكافي بحقيقة المبيع، إنما يقوم على أساس تشريعي وفقاً لنص المادة (408 مدني ليبي).

أما أساس التزام البائع بإعلام المشتري بحقيقة المبيع، فيرى جانب من الفقه المصري الحديث أنه مستفاد من نص تشريعي، وهو المادة (408 مدني ليبي) ويؤكد من قال بهذا الرأي أن أساس البطلان المقرر كجزاء لعدم تنفيذه هو ذات النص التشريعي³، وزاد بعضهم إن أساس هذا الالتزام إنما يجد مصدره في النص التشريعي المشار إليه وغيره من النصوص⁴، كما وأيد هذا الرأي

¹ - د. / مصطفى أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية رسالة دكتوراه مقدمة لحقوق عين شمس 2000م ص 186 هامش 47.

² - د. / نزيه محمد الصادق المهدي. الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية فضائية. ط1990م، دار النهضة العربية، ص 107 و282 و283 و332.

³ - د. / نزيه محمد الصادق مهدي، المرجع السابق ص 107، 282، 283، 232.

بعض من الفقه على أساس لغوي 1، ويؤكد جانب آخر أن القانون هو الذي يفرض على البائع الإفشاء للمشتري ببيانات المبيع، فمن الممكن التعبير عن ذلك بلفظ واجب الإعلام أو الالتزام بالإعلام على حد سواء بينهما 2.

هذا وستكون دراستنا في هذا البحث على النحو التالي :

المبحث الأول : أحكام العلم بالمبيع ومضمونه

المطلب الأول: تعريف العلم الكافي بالمبيع وبيان معناه

المطلب الثاني : مضمون العلم بالمبيع.

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية لنظام العلم الكافي بالمبيع ونطاقه

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لنظام العلم الكافي بالمبيع.

المطلب الثاني : نطاق نظام العلم الكافي بالمبيع.

المبحث الأول

أحكام العلم بالمبيع ومضمونه العلم بالمبيع

تمهيد:

ما هو العلم الكافي ومعناه؟ وما مدى اتفاق الفقه حول تعريف العلم الكافي بالمبيع؟ وهل وضع القانون تعريفاً جامعاً مانعاً للعلم الكافي بالمبيع أم لا؟ وهل للعلم الكافي بالمبيع خصائص معينة يستقل بها فتميزه وتجعله بمعزل عن غيره؟ (المطلب الأول).

وما هو مضمون العلم الكافي بالمبيع (المطلب الثاني)

المطلب الأول

تعريف العلم الكافي بالمبيع وبيان معناه

سننكلم - إن شاء الله - عن تعريف العلم الكافي بالمبيع وبيان معناه (أولاً) وعن

خصائص العلم الكافي بالمبيع وصفاته (ثانياً)

أولاً:- تعريف العلم الكافي بالمبيع وبيان معناه

أورد المشرع الليبي أحكام العلم الكافي بالمبيع في المادة (408 مدني ليبي) وردت في

حيث نصت علي :

¹- د. /ممدوح محمد مبروك أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ف145/ص 267..

²- د. / جابر محجوب علي ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المبيعة دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانونين المصري والكويتي ط1995م دار النهضة العربية ف308 ص 299.

1- يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه .

2- وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في طلب الإبطال بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع .

فالذي يظهر من خلال النص أن القانون لم يضع تعريفاً جامعاً مانعاً للعلم الكافي بالمبيع ، ولم يضبط أو يحدد معنى العلم الكافي بالمبيع، وإنما أوجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع ، وأن يكون العلم بالمبيع كافياً نافياً للجهالة .

وبناءً على ذلك ، فإن القول بتعريف العلم الكافي بالمبيع ، لم يكن محل اتفاق بين الفقهاء، وانقسموا في ذلك إلى اتجاهين :
الأول: ويمثله غالبية الفقه المصري¹.

وقد عرفوا العلم بالمبيع بمعرفة ذات المبيع وأوصافه الأساسية ، التي تبين مدى ملاءمته للغرض من شرائه، ليكون هذا العلم أساساً للرضا الذي يصدر عن المشتري .

يتضح من هذا التعريف ، أنه لوجود العلم الكافي بالمبيع يشترط أن يعلم به المشتري ، وبصفاته الأساسية معرفة تامة وحقيقية ، وإلا كان الرضا بالاشتراء معدوماً .

ذلك أن المبيع قد يكون معيناً في العقد تعيناً كافياً ، دون علم المشتري به عالماً كافياً ، والمعنى أنه لم يرتضه، فلا يقوم البيع بحسب الأصل ولا ينعقد العقد من ذلك مثلاً: إذا كان محل البيع سيارة فإن العلم به يتم ببيان نوعها وبلد صنعها وسنة الصنع ، فهذا كاف جداً لانعقاد البيع ، إلا أنه غير كاف للعلم الكافي، فإذا كان المشتري يعلمه إلا أنه لم يره فيرتضيه فتتجه إرادته لانعقاد، بل يجب فيه أن يبين جميع الأوصاف الجوهرية بدقة تامة .

الثاني: ويمثله بعض الفقه المصري الآخر .

هؤلاء عرفوا العلم الكافي بأنه معرفة المشتري للمبيع بأوصافه الأساسية التي تبين ما إذا كان ملائماً ، للغرض المطلوب منه أو غير ملائم ليتم للمشتري رضاه ويمتنع عنه تضرره .

فالمقصود بالعلم هو معرفة أوصاف المبيع دون ذاتيته، وهذا ما يوافق الأحكام المقررة في الشريعة الإسلامية في باب خيار الرؤية ، ولا يلزم المشتري إلا أن يكون عالماً بالأوصاف الأساسية التي تميزه عن غيره دون أن يعلم تفصيلاته وجزئياته ودقائقه².

¹ -د-أنور سلطان: العقود المسماة شرح عقد البيع والمقايضة.دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، 43 ط 1983 م دار النهضة العربية بيروت 37 ص 32 .ود.جميل الشراوي، شرح العقود المدنية البيع والمقايضة ط 1975 م دار النهضة العربية ف 18 ص 38 ود .محمد على عمر ود./ السيد عيد نايل عقد البيع ط 1987 م القاهرة ف38 ص98.

² -د./ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي ط 1984 م ف25 ص 36.

وبالتالي فإن المشتري لا يعتبر جاهلاً بالمبيع الذي اشتراه ، إذا كان لا يعلم جزئياته وتفصيلاته كلون السيارة مثلاً.

إلا أن جانباً آخر من الفقه يذهب إلى تعريف العلم الكافي بالمبيع بأنه "حق المشتري في معرفة حقيقة المبيع ذاتاً وصفات ، وكافة البيانات الضرورية واللازمة لحسن الانتفاع به، وتجنب أضراره، على الوجه الذي يناسبه ، بحيث يكون هذا العلم أساساً للرضا الذي يصدر عن المشتري¹.

ثانياً: خصائص العلم الكافي بالمبيع وصفاته

من جماع التعريفات الآنف بيانها للعلم الكافي بالمبيع نخلص إلى أن نظام العلم الكافي بالمبيع يتمتع بصفات تبين جوهره وحقيقته وهي .

- العلم الكافي بالمبيع حق مفترض ومقرر للمشتري ومكفول بمقتضى نص المادة (408) مدني ليبي) ويرتب التزاماً يقع على عائق البائع بإعلام المشتري بحقيقة المبيع وصفاته الجوهرية وبياناته ومعلوماته التامة التي تميزه عن غيره .

- العلم بالمبيع يعني علم المشتري بالأوصاف الأساسية للمبيع وتفصيلاته وجزئياته ودقائقه التي تبين ذاتية المبيع ووسائل تحققه واستخدامه وطريقة التعامل معه عن طريق النشرات والكتيبات والكتالوجات ، التي ينبغى على البائع تقديمها للمشتري ، وتحذيره من خطورة المبيع إذا كان لها محل .

- العلم الكافي بالمبيع تنتمه لرضاء المشتري المتعاقد ، فنتجته نيته إلى إبرام العقد وهو على علم تماماً بطبيعته وعلى بينة من أمره ، كما ويتحقق العلم الكافي بالمبيع بالوسائل والسبل المشروعة.

المطلب الثاني

مضمون العلم بالمبيع

تمهيد:

ما يهم المشرع في عقد البيع، هو معرفة الأوصاف وجميع البيانات والمعلومات المتعلقة بالشيء محل البيع، ومن بينها ما يتعلق بالمضمون أو الوضع القانوني للشيء محل التعاقد ، ذلك أن حاجة المشتري إلى العلم الكافي بوضع الشيء القانوني، وكذلك المادي، تبدو ظاهرة قبل إبرام العقد ، لأنه والحال هذه يجب أن يتيسر له - أي المشتري- اختيار الشيء المناسب لحاجته وغرضه من الشراء ، الأمر الذي سيجعله يقدم على إبرام العقد أو يحجم عنه.

كذلك - أيضاً- يلتزم البائع بالإعلام بعيوب الشيء المبيع وقت التعاقد أو قبله ، وأن يبين ما يتعلق بطريقة استخدام المبيع، والتحذير من خطورته، ليتم الانتفاع به لأن مثل هذه المعلومات والبيانات تعد ذات أهمية خاصة للمشتري، حيث يتوقف على علمه بها اتخاذ قراره النهائي بإبرام العقد أو الإحجام عنه.

¹ - د./ ممدوح محمد مبروك - المرجع السابق ص 79

وعليه سنتكلم عن المضمون القانوني للمحل المبيع (أولاً) وعن المضمون المادي لمحل المبيع (ثانياً).

أولاً: المضمون القانوني للمحل المبيع

لاشك أن البيانات والمعلومات التي ينبغي للمشتري أن يكون على علم بها تلك التي تتعلق بالوضع القانوني للمبيع ، والمقصود بها القيود التي تؤدي إلى المساس الجوهرى باستغلال الشيء المبيع ، أو الانتفاع به على الوجه الذي أعد له .

هذه البيانات والمعلومات ، هي التي تبين ما إذا كان المبيع خالياً من أية أعباء أو تكاليف ، وما قد يتعرض له بسببها من صور التعرض وأنواعه ، من جانب الغير في المستقبل 1 والتي قد يكون المبيع محملاً بها كحق عيني أو شخصي لغيره ، الأمر الذي قد يترتب على وجودها تعرض المشتري في انتفاعه بالمبيع ، ولذلك يتعين على البائع ، أن يلتزم بإعلام المشتري بحيثيات الوضع القانوني للشيء المبيع ، من جميع جوانبه، حتى لا يفاجأ المشتري بما لم يكن في حسبانته².

ثم إن التزام البائع بإعلام المشتري بالوضع القانوني للمبيع لا ينسحب إلى الحقوق والارتفاقات الظاهرة أو التي يعلمها المشتري، وإنما يقتصر التزامه بالإعلام بالوضعية القانونية للمبيع على الحقوق والارتفاقات غير الظاهرة أو المستترة ، كالارتفاق بعدم البناء ، أو عدم التعليق مثلاً³.

ثانياً: المضمون المادي للمبيع

- من البيانات الهامة والتي يجب أن يكون المشتري عالماً بها عند إبرام العقد ، ما يسمى بالخواص المادية والأوصاف الأساسية للشيء المبيع ، وما به من عيوب ومميزات، وذلك مقرر بمقتضى نص المادة (408 مدني ليبي) "يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن تعرفه".

- والحق أن العلم بالمواصفات والبيانات المادية والأوصاف الأساسية للشيء المبيع أمر يقتضي - بالضرورة - معرفة دقائقه ومكوناته وكميته ونوعه وتحديد جودته ومدى كفاءته أو ملاءمته للغرض الذي أعد له.

- وتتم معرفة أوصاف وبيانات المبيع المادية ، بمعانية المبيع وفحصه من قبل المشتري نفسه إذا كان متخصصاً، أما إن كان جاهلاً، ولم تكن لديه الخبرة الكافية فله أن يستعين بمن يراه صالحاً

¹ - د./ مصطفى أبو مندور موسى المرجع السابق بند 276 ص 277

² - د./ عبد العزيز المرسي حمود. الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة دراسة مقارنة 2005 ص 35.

³ - د./ نزيه المهدي ، المراجع السابق ص 93، ود/ محمد إبراهيم دسوقي أبو الليل ، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ط 1985م ، دار إيهاب للنشر والتوزيع ، أسبوط 41 ص 117.

من أهل الخبرة ، كأن يندب خبيراً لشراء معدات طبية مثلاً ، أو جهاز حاسوب أو أخرى تكنولوجية ، وإن كان قاصراً قام وليه أو القيم عليه ، بمعينة المبيع بنفسه¹. هذا وإذا لم يتمكن المشتري من معرفة أوصاف المبيع ، أو استحاله عليه ذلك ، فإن التزام البائع بإعلام المشتري بالصفات الجوهرية يظل قائماً²، ذلك أن علم المشتري بالمبيع علم حقيقي لا افتراضياً³.

- ثم إن الأوصاف الأساسية للشيء المبيع ، والتي يلتزم البائع بإعلام المشتري بها قبل التعاقد إنما تختلف باختلاف الأشياء ، وهي مسألة موضوع لقاضي الموضوع القول الفصل فيها⁴
- فلو كان المبيع مزرعة مثلاً فيجب على البائع - والحال هذه - أن يعلم المشتري بمساحة الأرض ، وحدودها وموقعها ، وعدد الأشجار الموجودة بها ونوعيتها ، وكذلك نوعية التربة ومزروعاتها ، وطرق الري لها والصرف منها .

- وإذا كان المبيع دواء فيجب عليه أن يبين خواصه وتركيبته ، والمواد الداخلة في صناعته ، وتاريخ انتهاء صلاحيته ، والشركة أو الدولة التي قامت بصناعته .

- وعليه فإذا أخفى البائع بيان الأوصاف الأساسية ، والخصائص المادية والمعلومات الجوهرية الخاصة بالمبيع عن المشتري ولم يخبره بها ثبت لهذا الأخير الحق في طلب إبطال البيع وفقاً لنص المادة (408 مدني ليبي).

- ثم إنه من البيانات الهامة المرتبطة بالحالة المادية ، والتي يجب أن يعلم بها المشتري وقت إبرام العقد ، ما يسمى بالعيوب الخفية الكامنة في المبيع .
التزام البائع بالإعلام بعيوب المبيع:

تنص المادة (436 مدني ليبي) في الفقرة الأولى منها على " يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي تكفل للمشتري وجودها فيه أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته زمن نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن علماً بوجوده".

يستفاد من هذا النص أنه يتعين على البائع أن يعلم المشتري بالعيوب الخفية الكامنة في الشيء المبيع ، وإلا كان ضامناً لها .

ويشترط للقول بالتزام البائع بالضمان أن يكون العيب خفياً غير ظاهر ، والعيوب الخفية هو ذلك العيب الذي ليس للمشتري أن يتبينه إذا بذل في ذلك عناية الرجل العادي⁵، فالعيوب الظاهرة أو

¹ - د/خالد جمال أحمد حسن ، المراجع السابق ، ص 308

² - د/ ممدوح محمد مبروك . المرجع السابق ف82 ص 159 ود. خالد أحمد حسن المرجع السابق ص 308.

³ - نقض مدني مصري في 28/3/1935 مجموعة القواعد القانونية جمال . رقم 342 ، ص 665

⁴ - د/ عبد العزيز المرسي حمود المرجع السابق ص 29.

⁵ - نقض مدني مصري في 14/9/1962م مجموعة المكتب الفني السنة الثالثة عشرة ص 808

تلك التي تحتاج فحصاً عادياً لا يضمنها البائع ، اللهم إلا إذا أكد هذا الأخير للمشتري خلو المبيع من هذا العيب ، أو إذا أثبت المشتري أن البائع إنما تعمد إخفاء العيب غشاً منه أو تدليساً. كما ويشترط في العيب أن يكون مؤثراً، والعيب المؤثر، هو الذي ينقص من قيمة المبيع أو منفعته، بحسب الغاية المقصودة من البيع، ولو كان المشتري قد علم بوجود العيب وقت العقد أو قبله لما أقدم على التعاقد، والعبرة بقدوم العيب أو جدته، هو أن يكون العيب بالمبيع وقت العقد أو وقت تسليمه للمشتري.

كذلك الأمر فإن مسؤولية البائع بضمان العيب الخفي الذي يجهله المشتري تظل قائمة، ويستوي بعد ذلك أن يكون البائع عالماً بوجود العيب أو غير عالم (436) المشار إليهما¹. ثم إن جانباً من الفقه المصري يرى أن أساس إلزام التقنين المدني المصري للبائع بضمان العيب الخفي حتى ولو لم يكن يعلمه ، هو أن البائع يكون ملزم بالإفشاء للمشتري بكافة المعلومات المتعلقة بالمبيع ذلك أن الالتزام النابع عن استحالة علم المشتري بهذه المعلومات بسبب حيازة البائع للشيء فإن كان ولا بد من تحديد شخص يتحمل ذلك فهو البائع ، بمقتضى التزامه بالضمان الذي يحمله إياه عقد البيع ، ويلزمه بمقتضاه بالإفشاء للمشتري بكافة بياناته². التزم البائع بالإعلام في بيوع السيارات المستعملة:

الالتزام بالإعلام ، يوجب على البائع الإعلام بالبيانات والمعلومات والأوصاف المتعلقة بالحالة المادية للشيء المبيع ، ولا يحد من التزامه إلا كون العيب ظاهراً أو يسهل كشفه ببذل عناية الشخص المعتاد³، وفي مجال بيع السيارات المستعملة ، يتخذ في مواجهة الباعة موقف متشدد، حيث فرض عليهم التزام بإعلام المشتري بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بحالة السيارة المبيعة وأوصافها، حتى ولو لم يكن بها أي عيب من العيوب ، والحال أن مثل هذه الأوصاف إنما هي لازمة لتوفير إرادة المشتري وتكوين رضائه الصحيح بحقيقة السيارة وكفاءتها وملاءمتها للاستخدام

وإذا كان المشتري شخصاً متخصصاً تتوافر لديه المعرفة الفنية في مجال السيارة فيمكن له بناء على هذه المعرفة والخبرة ، التأكد من العيوب التي تظهر بقاعدة السيارة أو أجزائها الداخلية مثلاً⁴

¹ - نقص مدني مصري 1970/3/19 م مجموعة المكتب الفني السنة الحادية والعشرون ،ص 475 حكمها في 1969/5/15 م مجموعة المكتب الفني السنة العشرون ص 296 قاعدة 126 فقد جاء فيها "أن البائع ملزم بالضمان إذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه"

² - / نزيه المهدي المرجع السابق ص 114-115

³ - نقص مدني سابق الإشارة إليه.

⁴ - د/ أحمد شوقي عبد الرحمن ،ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات ط 1983 ،ف 41ص 41-42

وفي الوقت نفسه، تبقى مسؤولية البائع قائمة، إذا ما عمد بطريق الغش أو التدليس، إلى إخفاء معلومات تتعلق باستعمال السيارة، ولو كان المشتري شخصاً متخصصاً تتوافر لديه الخبرة الفنية في هذا المجال.

كذلك يجب على البائع، إعلام المشتري بالصفات المادية وكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالسيارة محل الشيء المبيع ولو لم تكن داخلة في نطاق العيب الخفي¹. وبذلك يكون التزام البائع بالإعلام قد ساهم في توفير الحماية الكافية للمشتري على خلاف نظرية العيوب الخفية، التي تتطلب إثبات الشروط من حيث الخفاء أو الظهور من عدمه، ومن حيث القدم والجسامة والتأثير، بمعنى أن تقرير الالتزام على عاتق البائع بإعلام المشتري في هذه الحالة، يغطي مالا تستطيع نظرية العيوب الخفية شموله².

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لنظام العلم الكافي بالمبيع ونطاقه العلم الكافي بالمبيع

تمهيد وتقسيم:

سنتكلم في هذا المبحث عن الطبيعة القانونية للعلم الكافي بالمبيع ونطاقه

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لنظام العلم الكافي بالمبيع.

أولاً:- طبيعة العلم الكافي بالمبيع وفق نص المادة (408 مدني ليبي،).

ثانياً:- طبيعة التزام البائع بالإعلام.

المطلب الثاني: نطاق العلم الكافي بالمبيع من حيث:

الأشخاص - الأشياء المبيعة - التأقيت - الإثبات - العقود

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لنظام العلم الكافي بالمبيع

تمهيد:-

لما كان عقد البيع عقداً ملزماً للجانبين، والعقد شريعة المتعاقدين، فيلتزم البائع بتنفيذ ما عليه من التزامات، كالالتزام بنقل الحق العيني، وبالإعلام بالعيوب والالتزام بتسليم المبيع والالتزام بالضمان وعدم التعرض، كما يلتزم المشتري بدفع الثمن، ونفقات العقد وتسليم المبيع.

¹ والعيب كما عرفته محكمة النقض المصرية " هو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع نقض مدني مصري 1948/4/10 م مجموعة عمر ج 4 رقم 296 ص 587.

² د/ أحمد محمد الرفاعي. الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي. رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الزقاريق ط 1994م دار النهضة العربية ص 129.

ثم إن نظام العلم الكافي بالمبيع ، نظام يجمع بين الحق والالتزام ، فالأول حق مقرر لمصلحة المشتري وفقاً لنص المادة (408 مدني ليبي) وله في ذلك أن يبذل عناية الشخص المعتاد.

وأما الآخر فهو التزام يقع على عائق البائع ، مفاده إعلام المشتري بحقيقة المبيع وأوصافه الأساسية المعتبرة ، لإمكانية القول بأن العلم مبني على الحتم واليقين، لا على الشك والتخمين، وذلك عندما لا يستطيع المشتري التعرف على حقيقة المبيع بوسائله الخاصة، أي ولو بذل في ذلك عناية الشخص المعتاد.

وعليه في هذا سنبحث:

- طبيعة العلم الكافي بالمبيع وفقاً لما جاء في نص المادة (408 مدني ليبي) (أولاً)
- طبيعة التزام البائع بالإعلام (ثانياً)

أولاً: طبيعة العلم بالمبيع وفقاً لما جاء في نص المادة (408 مدني ليبي)

اتخذ فقه القانون المدني المصري حيال طبيعة العلم القانونية بالمبيع وفقاً لما جاء في نص المادة المشار إليها موقفاً مختلفاً، فتباينت آراؤه في هذا الشأن ، فمن قائل بأن نظام العلم الكافي بالمبيع ، إنما يجمع بين قواعد الغلط وقواعد تعيين المبيع، إلى قائل أن نظام العلم الكافي بالمبيع والبطان المقرر كجزاء لعدم توافره، ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة في الغلط ويرى فريق ثالث أن أحكام العلم بالمبيع ما هي إلا مجرد رخصة للمشتري بينما يرى فريق رابع أن نظام العلم الكافي بالمبيع نظام متميز، مأخوذ من خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية.

هذا وإن القول بالطبيعة القانونية لنظام العلم الكافي بالمبيع ، ليست محل اتفاق بين الفقهاء ، ويمكن حصر هذا الاختلاف في الآراء الآتية:-

الرأي الأول:

يرى من قال به أن نظام العلم الكافي بالمبيع، إنما يجمع بين القواعد العامة الغلط وقواعد تعيين المبيع ، كما ويضيف أصحاب هذا الرأي، أن أحكام العلم بالمبيع لم تكمل بجديد ولم تكمل نصاً ناقصاً ولم تنظم ما سكتت عنه النصوص، ذلك أن الجهل بالمبيع وعدم العلم به ، إنما يترتب البطان كجزاء لعدم توافره، إما لوقوع المشتري في غلط ، وإما أن المبيع لا يكون معيناً، والحال أن القانون يوجب تعيينه 1.

ويعيب هذا الرأي ، أنه يجعل نص المادة المشار إليها لغواً وغير مفيد2.

والصحيح أن ما وقع فيه أصحاب هذا الاتجاه ، إنما هو راجع إلى ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، حيث جاء فيها أن المشرع "أراد أن يوفق بين هذا العلم

¹ د/ أحمد نجيب الهلالي، د /حامد زكي ، شرح القانون المدني في عقود البيع والحوالة والمقايضة. الطبعة الثانية 1357هـ، 1939م ف 103 ص 76

² د/ منصور مصطفى منصور .مذكرات في القانون المدني - العقود المسماة - البيع والمقايضة والإيجار ط 1956-1957م .دار المعارف بمصر ،ف41ص 70.

(والمقصود به خيار الرؤية) وبين الاكتفاء بتعيين الشيء ، فذكر أن العلم يعتبر كافياً، إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية ، بحيث يمكن التحقق منه، ف رؤية المبيع يغني عنها تعيينه بأوصافه الأساسية ، تعيينا من شأنه أن يمكن من تمييزه عن الأشياء الأخرى، وبديهي أن هذا التعيين يختلف باختلاف الأشياء¹ ثم إن المستقريء لما جاء في المذكرة الإيضاحية، يتبادر إلى ذهنه للوهلة الأولى، أن تعيين المبيع يغني عن رؤيته، إلا أن الواقع على خلاف ذلك ، كما فسر بعضهم أن المقصود بالعبارة الواردة، ليس التعيين الذي نصت عليه القواعد العامة ، والذي يترتب البطلان على تخلفه ، كونه شرطاً لانعقاد العقد وإنما المقصود به وصفاً للمبيع وصفاً كافياً نافياً للجهالة، عن طريق بيان أوصافه ، وليس مجرد التعيين ، الذي يميزه عن غيره، فالتعيين بالوصف جنس ومجرد التعيين نوع من جنسه ، بمعنى أن الأول أعم وأشمل من الآخر²

الرأي الثاني:

يرى من قال به أن نظام العلم بالمبيع، والبطلان المقرر لمصلحة المشتري كجزاء لتخلف العلم ، إنما هو تطبيق عادي لذات القواعد العامة في الغلط.

في حين أن علم البائع بالمبيع أمر مفترض بمطلق النص ، وأن عدم علم المشتري بالمبيع قرينة قانونية على وقوعه في الغلط إذا ما ثبت الغلط واتضح العيب ،³ إلا أن هذه القرينة غير قاطعة ، فتقبل إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات⁴.

ويضيف أصحاب هذا الرأي مؤكدين بأن كلا النظامين متحدان من حيث الغاية، وهي أن المشتري وهو على بينة من أمر المبيع ، كما ويتحدان - أيضاً- من حيث الجزاء ، إذا ما تخلف العلم بالمبيع وهو ثبوت حق المشتري في طلب الإبطال.

ما يعاب على هذا الرأي ، أنه يعتبر حكم (408مدني ليبي) ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة في الغلط ، لا لشيء إلا لمجرد وجود اتفاق في بعض الأمر بين نظام العلم الكافي بالمبيع من جهة ، والقواعد العامة في الغلط من جهة أخرى من حيث الغاية والجزاء المترتب على عدم توافر العلم.

الحق وإن كان هنالك اتفاق في بعض الأمر بين هذين النظامين إلا أن الاختلاف يظهر واضحاً وجلياً بينهما ، إذا ما أمعنا النظر من حيث الحقوق التي تمنح للمشتري فهي أوسع بكثير وفقاً لنص المادة المشار إليها من تلك التي تمنحها القواعد العامة للغلط

ثم إن نص المادة يعد نصاً خاصاً بنظام العام بالمبيع ، فلا نعد إلى غيره للعمل بالقواعد العامة في الغلط ، لأن القول بهذا عبث ، والعبث في جانب المشرع محال، هذا من جهة ، ومن

¹ - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج4 ص 19

² - منصور مصطفى منصور . المرجع السابق ص 72 هامش (1)

³ - د/ سليمان مرقص. العقود المسماة، المجلد الأول عقد البيع ط رابعة 1980 م عالم الكتب ، ف 125 ص 220

⁴ - د/ أنور سلطان ود/ جلال العدوي- العقود المسماة - عقد البيع 1730 ط 1966 دار المعارف ، ف 233 ص

جهة أخرى فإن العام والمطلق يؤخذ به على عمومته وإطلاقه حتى يرد في شأنه ما يقيد به أو يخصصه.

نظام العلم الكافي بالمبيع يمنح المشتري حقوقاً أوسع بكثير، من تلك الحقوق التي تمنحها القواعد العامة في الغلط فبمجرد أن يثبت أن المشتري لم يكن يعلم بالشيء المبيع، كان له حق طلب إبطال العقد.

في حين أن القواعد العامة للغلط تشترط من الشروط ما يجعل المشتري في ضيق من أمره، فعليه أولاً أن يقيم الدليل على صحة ادعائه، وأن وقوعه وحده في الغلط لا يكفي، لمنحه حق إبطال البيع، بل يجب أن تتوافر شروط أخرى، نصت عليها المادة (120 مدني ليبي) وهي أن يكون الغلط جوهرياً، وأن يكون المتعاقد الآخر قد وقع بدوره هو الآخر في الغلط، أو كان على علم به، فهو بالتالي سيء النية وسيء النية غير جدير بالحماية، أو كان مهملًا مقصراً من السهل عليه أن يتبينه¹.

نخلص من ذلك إلى أن أحوال الطعن بالإبطال، المترتب على كل منهما يختلف اختلافاً تاماً، ففي نظام العلم بالمبيع، يثبت للمشتري حق طلب إبطال البيع لعدم توافر العلم بالشيء المبيع، على خلاف أحكام نظام الغلط التي لا تمنحه هذا الحق بمعنى لو افترضنا أن يكون المشتري عالماً بالشيء المبيع طبقاً للمادة (408) فلا يجوز له طلب إبطال العقد، استناداً إليها وإنما يجوز له طلب إبطال العقد وفقاً للقواعد العامة في الغلط إذا ما توافرت شروطها التي ذكرت وما عليه إلا أن يثبت تلك الشروط².

الرأي الثالث:

يقول أصحاب هذا الرأي أن أحكام العلم بالمبيع، إنما تختلف عن أحكام الغلط، فالمشتري أن يطلب إبطال العقد لعدم توافر العلم، ولو لم يكن هناك غلط في صفة جوهرية أو غير جوهرية، في الشيء المبيع محل التعاقد.

كما ويؤكد هؤلاء على أن أحكام العلم بالمبيع، إنما هي مجرد مكنة أو قدرة تمنح للمشتري، وله مطلق الحرية في استعمالها، أو عدم استعمالها إلى أن يوجد ما يبطلها قياساً على حرите في الفسخ وفقاً لأحكام خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية ولا يقع عليه-في مثل هذه الأحوال - عبء إثبات أن المتعاقد الآخر واقع في غلط مثله، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه (120)³.

ويؤخذ على هذا الرأي أنه استند إلى رأي بعض فقهاء أحد المذاهب، والذي يرى أن خيار الرؤية ما هو إلا مجرد رخصة أو مشيئة تجعل المشتري في حل من أمره، من حيث إضاء العقد

¹ - د/ محمد على البدوي المرجع السابق ص 115

² - د/ محمد لبيب شنب ود/ مجدي صبحي خليل المرجع السابق ف47ص79

³ - د/ خميس خضر - العقود المدنية الكبيرة- المرجع السابق ف29ص63 ود/ منصور مصطفى منصور المرجع السابق ف41ص74.

أو فسخه، والحال أن فقهاء المذهب الواحد والمذاهب الأخرى ، لم يكن بينهم إجماع أو اتفاق يمنح المشتري مثل هذه الرخصة المشار إليها فهم مختلفون في تحديد مدى حق المشتري، في فسخ العقد فمنهم من يرى أنه حق مطلق للمشتري يستعمله سواء كان المبيع على غير ما وصف له ، أو ما اشترطه¹.

الرأي الرابع:

يقول أصحاب هذا الرأي، أن نظام العلم الكافي بالمبيع نظام متميز ، استقت أحكامه من أحكام الشريعة الإسلامية ، المقررة في حكم خيار الرؤية 2 والذي من الواجب أن ترد أحكامه للمصدر الذي استقى منه.

فإذا كان خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية يرتبط بالعقد ، دون أن يرتبط بعيوب إرادة المشتري، فذلك أحكام العلم بالمبيع فهي تعتبر شرطاً لازماً لصحة البيع ولو كان المشتري جاهلاً أو صاف المبيع وقت البيع 3 ما يؤخذ على هذا الاتجاه أنه كيف نظام العلم الكافي بالمبيع بإرجاعه إلى المصدر التاريخي، والذي استقى منه أحكامه، والمتمثل في خيار الرؤية في الفقه الإسلامية في حين أن الواجب تكييفه وتقريبه إلى القواعد والنظم القانونية، التي يتسق معها ولو كان مصدره الشريعة الإسلامية.

الرأي الخامس :-

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن نظام العلم الكافي بالمبيع ، إنما يتمتع بطبيعة قانونية مستقلة، ولا يمكن رده أو تكييفه إلى القواعد العامة في الغلط، ولا إلى أحكام تعيين محل الالتزام. فالمادة (408)، وإن كانت قد أضافت عبارة "ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه " إلا أنه لا يعني أن المشرع قد استغنى عن اشتراط العلم بالمبيع باشتراط تعيينه 4 ذلك أن العلم بالمبيع، أمر يختلف عن تعيينه⁵. ويؤكد أيضا أنصار هذا المذهب بأن المادة المذكورة قد أوردت حكماً خاصاً ومتميزاً ومستقلاً، يتضمن حكماً موضوعياً وشرطاً، مفاده وجوبية علم المشتري الكافي بالمبيع ، بحيث إذا

¹ - د/حسن الذنون- النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني -دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه ط1946م كلية الحقوق جامعة القاهرة ص173.

² -المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد .التقنين المدني- دار المطبوعات ص 1379.

³ - د/ محمد على عمران ود/ محمد نصر الدين منصور . مباحث في البيع في القانون المدني وفي الشريعة الإسلامية ط1990/89 دار الحقوق للطباعة والشرف 189ص208.

⁴ - د/ خميس خضر- المرجع السابق -ف-29ص62

⁵ -تقضى مدني مصري 194/10/24وقد جاء في الحكم " إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت أن المشتري لم يكن يجهل مساحة المنزل الذي اشتراه وأنه عاينه بنفسه وتحقق من أوصافه وكان هذا الاستخلاص سليماً مبنياً على ما أوردته في حكمها من وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها فلا يجوز بعد ذلك إثارة هذا لأول مرة أمام محكمة النقض لتعلقه بموضوع الدعوى"

تخلف هذا الشرط ، ثبت له حق طلب إبطال العقد ولو لم يقع في غلط ، بل وزاد بعضهم ولو وجد المبيع مطابقاً لتصوره¹.

كما وأن استقلالية الشرط مرتبطة بمعرفة المشتري لكافة البيانات والأوصاف الخاصة بالمبيع، والحال أن هذا الأخير يحوزه البائع قبل إبرام العقد ، الأمر الذي يجعل الوسيلة الوحيدة لعلم المشتري، أن يحمل البائع بالتزام بالإفشاء بجميع الصفات والمعلومات، بحيث يعتبر الشرط تطبيقاً نموذجياً للالتزام قبل التعاقد بالإفشاء بالبيانات في القانون المصري².

وتجدر الإشارة إلى أن جانباً من الفقه القانوني الليبي، يرى أن العبارة المضافة للمادة المشار إليها ، تمثل استثناء يرد على القواعد العامة في الغلط³.

ثانياً: طبيعة التزام البائع بالإعلام

اشتهد وثيق عرى الخلاف حول الطبيعة القانونية لالتزام البائع بالإعلام ، وقد انقسم الفقه في ذلك إلى أمرين:

الأول: الاختلاف في مدى عقدية أو غير عقدية الطبيعة القانونية لالتزام البائع **والآخر:** تباين آراء الفقه حيال هذا الالتزام هل هو ببذل عناية أو بتحقيق غاية.

ونوضح ذلك في الآتي:

أولاً: مدى عقدية أو غير عقدية التزام البائع بالإعلام

انقسم الفقه حيال الطبيعة العقدية وغير العقدية لالتزام البائع بالإعلام قبل التعاقد بالنظر إلى مصدر الالتزام إلى رأيين.

فمن رأى مصدر الالتزام قبل التعاقد نابعاً من المبادئ العامة للقانون ونصوصه اعتبره ذا طبيعة غير عقدية ، ومن رآه نابعاً من عقد البيع ذاته اعتبره ذا طبيعة عقدية.

الرأي الأول

يرى أنصار هذا الرأي أن التزام البائع بالإعلام ، التزام عام غير عقدي لأنه سابق على العقد، ويعد أساسه في نظرية صحة وسلامة الرضا من العيوب ، وفي نص المادة (408،419) والتي توجب على البائع إعلام المشتري قبل التعاقد، والمبادئ العامة في القانون كتنفيذ العقود بحسن نية ، ومن حسن النية إعلام المشتري- المتعاقد الآخر - بكافة الصفات الجوهرية ، وكافة البيانات والمعلومات الخاصة بالمبيع والتي يتعذر عليه الاستعلام عنها بوسائله الخاصة وبالتالي يعاقب على الإخلال لهذا الالتزام ، على أساس " التذليل أو المسؤولية التقصيرية"⁴

¹ - د/ عبد الرشيد مأمون. المرجع السابق ف 40 ص 57

² - د/ نزيه مهدي: المرجع السابق، ص 107، 106، 278

³ - د/ محمد المبروك اللافي: شرح أحكام البيع والتأمين والوكالة في التشريع الليبي، ط1997 المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ص 77، 78، 82

⁴ - د/ عبد العزيز المرسي حمود المرجع السابق ص 52. د/ محمد إبراهيم دسوقي أبو الليل المرجع السابق ص 26. ود.نزيه مهدي: المرجع السابق ص 9-10-15

الرأي الثاني:

يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ذو طبيعة عقدية، ذلك أنه يستمد وجوده من عقد البيع ذاته، على أن هذا الالتزام يولد قبل إبرام العقد ويستمر معه إلى فترة تنفيذه، لكي ينور إرادة المشتري إلى مدى ملاءمة المبيع وطريقة استخدامه، لجلب نفعه ودرء ضرره¹.

حجج وأدلة أنصار هذا الرأي:

- 1- التزام البائع بالإعلام، يجد أساسه في الالتزامات الناشئة عن العقد كالتزام بضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق والالتزام بالتسليم، والحال أنها التزامات عقدية ومصدرها عقد البيع.
- 2- وجود صعوبة عملية في التمييز بين التزام البائع بالإعلام قبل وأثناء إبرام العقد، وبين التزامه بالإعلام الناتج عن العقد، فلو افترضنا إخلال البائع بتنفيذ الالتزام الأول، فبالضرورة سيؤدي ذلك إلى عدم تنفيذ هذا الالتزام الآخر وهو التزام عقدي.
- 3- البائع وهو يُعلم المشتري بكافة المعلومات والبيانات والأوصاف الجوهرية إنما يقوم بذلك بصفته متعاقداً، لأن إخفاء المعلومات عمداً أو تقصيراً إنما يكتشف بعد إبرام العقد أو أثناء تنفيذه². الأمر الذي يترتب عليه المسؤولية العقدية

ترجيح:

يرى بعض من الفقه ترجيح كفة الرأي الأول، الذي يضيف الطبيعة القانونية غير العقدية على التزام البائع قبل التعاقد بالإعلام الذي يجد أساسه ومصدره في نصوص القانون ومبادئه العامة، والتي توجب على كل متعاقد أن يدلي - قبل إبرام العقد - إلى قرينه بالمعلومات الجوهرية والبيانات الكاملة المتصلة بالمبيع، والتي يتعذر على هذا الأخير العلم بها بوسائله الخاصة أو العامة وأن إضفاء الطبيعة العقدية على التزام البائع قبل التعاقد بالإعلام محل نظر، فمن غير المقبول عقلاً أن يولد الالتزام قبل ميلاد مصدر وجوده، إذ كيف يقوم التزام عقدي وينشأ، قبل ميلاد ونشأة العقد الذي يفرض مناسبته³.

ثانياً: تكييف التزام البائع بالإعلام إلى التزام ببذل عناية أو بتحقيق غاية.

البائع يلتزم بإعلام المشتري بحقيقة المبيع وأوصافه وكافة بياناته حسب الطريقة التي يراها المتعاقدان مناسبة فهل هذا الالتزام التزام بتحقيق نتيجة، بحيث يكفي المشتري أن يثبت أن النتيجة لم تتحقق، أم هو التزام ببذل عناية، بحيث يتعين على المشتري أن يثبت تقصير البائع.

ومن خلال النظر من هذه الزاوية انقسم الفقه إلى اتجاهات ثلاثة.

¹ - د/ عبد العزيز المرسي حمود المرجع السابق ص 53.

² د/ عبد العزيز المرسي حمود المرجع ص 52

³ د/ خالد جمال أحمد حسن المرجع السابق من 335 ود/ عبد العزيز المرسي حمود المرجع السابق ص 53

الأول : يرى أن البائع قبل التعاقد بالإعلام، إنما هو التزام ببذل عناية والعناية هنا هي تزويد المشتري بكل ما يؤدي إلى توضيح حقيقة المبيع، كالبيانات والأوصاف والخواص الجوهرية، وطريقة استخدامه وكيفية تجنب أخطاره ، دون أن يضمن تحقيق النتيجة المرجوة¹ ويؤكد أصحاب هذا الرأي أن البائع إذا يقوم بالالتزام بالإعلام ، فلا يستطيع أن يضمن استيعاب المشتري للمعلومات والتنبيهات والتحذيرات كما وفي الوقت نفسه لا يستطيع أن يجبر المشتري على اتباع الأوامر والتعليمات المقدمة له ، وعليه فإن البائع يعتبر قد نفذ التزامه ، إذا بذل في ذلك عناية الشخص المعتاد ، وعلى المشتري يقع عبء إثبات خطأ البائع حتى تقوم مسؤوليته.

الثاني : يقول أصحاب هذا الاتجاه، أن التزام البائع بالإعلام هو التزام بتحقيق نتيجته، على أساس أن هذا الالتزام إنما يهدف إلى حماية رضا المشتري المتعاقد وكفالة حقه في مواجهة الباعة المهنيين والصناع والموزعين ، نظرا إلى قوتهم الاقتصادية والفنية في كثير من الأحيان. فما على المشتري- في مثل هذه الأحوال- إلا أن يثبت أن ضرراً قد لحق جانبه حتى تقوم مسؤولية البائع، وحتى يتخلص هذا الأخير من مسؤوليته المفترضة عليه أن يثبت تنفيذ التزامه بالإعلام فعلاً، أو أن يقيم الدليل على وجود السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه².

الثالث: يرى من قال بهذا الاتجاه من الفقه، أن التزام البائع قبل التعاقد بالإعلام ينطوي على نوعين من الالتزام ، أما الأول فهو التزام بتحقيق نتيجة ، وهو قيام البائع بإيصال كافة المعلومات والبيانات إلى المشتري وأما الآخر فهو التزام ببذل عناية ويتمثل في استعمال الوسائل الضرورية واللائمة التي تتواءم وإيصال المعلومات والبيانات إلى علم المشتري.

وعليه فإن أصحاب هذا الرأي يفرقون بين أن يقوم البائع بنقل الإعلام إلى المشتري ويعتبرونه التزاما بتحقيق نتيجة، فنقوم مسؤولية البائع عند عدم تنفيذ هذا الالتزام ، اللهم إلا إذا أثبت السبب الأجنبي كما ويفرقون بين أن يقوم البائع باختيار السبل والوسائل الناجعة، لتحقيق استيعاب المشتري ، ويعتبرونه التزاما ببذل عناية³

¹ - د/ محمد شكري سرور - مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة ط الأولى 1983 دار الفكر العربي ف 15/ ص 25 ود.محمد إبراهيم بنداري. الالتزام بالتسليم في عقد البيع رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة 1994م ف 26 ص 72 ودعدة محمود أحمد خليل حسن :المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب اللآلي"رسالة دكتوراه جامعة الأزهر سنة 1994 ص 155

² - د/ على سيد حسن - الالتزام بالسلامة في عقد البيع ط1990 دار النهضة العربية ص 106 ود/ ثروت فتحي إسماعيل "المسؤولية المدنية للبائع المهني - الصناع والموزع " رسالة دكتوراه جامعة عين شمس 1987م ص ، 377،378.

³ - عبد العزيز المرسي حمود المرجع السابق من 56-57.

المطلب الثاني

نطاق العلم بالمبيع

يقصد بنطاق العلم بالمبيع، المدى الذي يمتد إليه التزام البائع بالإعلام بالبيانات والأوصاف وكافة المعلومات في عقد البيع، وذلك من حيث الأشخاص والأشياء والتوقيت والإثبات والعقود.

أولاً : نطاق العلم بالمبيع من حيث الأشخاص

ويقصد بالأشخاص أطراف العلاقة العقدية ، ويتمثل ذلك في جميع الأشخاص الدائنين بالحق في العلم الكافي، والمدنيين بالتزام بالإعلام.

1- المدين بالتزام في عقد البيع

يقع عبء القيام بالتزام بالإعلام بكافة الأوصاف على عاتق البائع ، ويستوي بعد ذلك أن يكون صانعاً للمبيع، أو تاجراً له متخصصاً أو غير متخصص ، أو حتى مجرد بائع عرضي له ، ذلك أن البائع هو صاحب الدراية بالمبيع، ويعرفه معرفة تامة حقيقية ، وبحكم هذه فهو يحوز كافة المعلومات والبيانات التي تخص المبيع دون غيره¹

إلا أن نطاق الالتزام بالإعلام يضيق ويتسع حسب صفة البائع

- فالبايع المهني يقع على عاتقه الالتزام بالدرجة الأولى، ذلك أنه بائع وصانع في الوقت نفسه،

ويصرف منتجاته بنفسه، أو عن طريق وكيل له أو فرع عنه أو عن طريق تاجر آخر وسيط²

-أما البائع الموزع فهو الذي يقتصر دوره على شراء السلعة ، وإعادة بيعها من جديد دون أن يقوم بإنتاجها ، فهو يقوم بتسليم المبيع إلى المشتري بما يحتويه من خصائص ونشرات وكتالوجات³.

-ولا تقوم مسؤولية الموزع في حالة التقصير ، وإنما تقع المسؤولية على المنتج ومع ذلك لا يعفى البائع الموزع من المسؤولية كاملة ، فهو يلتزم بالإعلام باعتباره بائعاً وإن كانت تتباين بحسب ما إذا كان البائع متخصصاً أو عرضياً⁴.

فالبايع المتخصص هو الذي يكرس نشاطه لبيع وحدة معينة من السلع دون غيرها ويحوز معلومات وبيانات كافية عن حقيقتها، وبالتالي فهو يلزم بإعلام المشتري بالمعلومات التي يعلمها عن المبيع ، أو التي كان بإمكانه العلم بها⁵.

في حين أن البائع غير المتخصص، وهو الذي يبيع سلعاً مختلفة ومتعددة الأنواع والاستعمالات ، ويقتصر دوره بالإعلام على توفير وسائل البيانات من نشرات وكتيبات وسائر البيانات الأخرى المرفقة للسلعة ، دون أن يلتزم ببيان مخاطر لا يعلمها فعلاً¹.

¹ - د/ محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية ط1 1978 ، مطبعة جامعة القاهرة ،ص 448

² - د/ محمد لبيب شنب، ود/ مجدي صبحي خليل ، المرجع السابق ،ف 45 ص 75

³ - د/ عبد العزيز المرسي حمود ، المرجع السابق /ص 60

⁴ - د/ جابر محبوب علي ،ضمان سلامة المستهلك ، المرجع السابق ، ف 223 ص 229

⁵ - د/ حسام الدين كامل الأهواني ، المراجع السابق ،ف560 ،ص 474

أما البائع العرضي ، فهو من يقدم على بيع شئ بصفة عارضة ، من غير أن يتخذه حرفة له، ويقوم التزامه في الأمانة والثقة وحسن النية لقلّة خبرته الفنية أو لانعدامها في بعض الأحيان ، ولا تقوم مسؤوليته إلا إذ أثبت المشتري سوء نيته وبالتالي يكون غير جدير بالحماية.

1-الدائن بالحق في العلم الكافي بالمبيع

تنص المادة (408 مدني ليبي) "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا" هذا النص يتضمن إشارة إلى أن الدائن بالحق في العلم الكافي بالمبيع هو المشتري ، والحال أن المبيع تحت يد البائع وسلطانه ، وهو على علم بأمره ، الأمر الذي يجعل المشتري في غفلة منه فتثبت له صفة الدائن بالإعلام ، فلو باع أحدهم منزلاً قبل أن يعاينه أو أن يتحقق لديه العلم الكافي ، فليس له أن يطعن في البيع إلا وفقاً للقواعد العامة ، لأنه والحال هذه - يفترض أن يكون مطلعاً عليه ، فيكون قصده الثمن ، أما قصد المشتري فهو العلم بالمبيع.

هذا وإن نطاق الالتزام بالإعلام يتسع ويضيق، فالمشتري العادي غير المتخصص والذي - غالباً- ما يشتري حاجاته الأساسية والشخصية وحاجات أسرته ففي مثل هذه الأحوال ، يتسع نظام الالتزام بالإعلام إلى أقصى حد، ذلك أن المشتري لا يمكن افتراض علمه بأوصاف المبيع وبياناته المتعلقة به، ومن ثم يعد جهله به جهلاً مشروعاً، ويتعين على البائع أن يحيطه علماً بكافة البيانات التي هو في حاجة إليها².

كما ويأخذ حكم المشتري غير المتخصص المشتري الذي يباشر تخصصاً لا يسمح له بمعرفة خصائص الشيء المبيع فهو وإن كان لديه بعض المعلومات ، إلا أنها معلومات ناقصة وغير كافية ، وتفتقر إلى الدقة والتحديد ، ولإجدال في أن إكمال هذه المعلومات وإيضاح الغامض منها يقع على عاتق البائع ، الذي يلتزم نبعاً لذلك بالإدلاء لهذا المشتري بكافة المعلومات المتوفرة لديه³.

كما ويحد من نطاق التزام البائع بالإفشاء ، إذا كان المشتري مهنياً متخصصاً في نفس تخصص البائع ، والحال أن هذا التخصص يكمل نقصاً ما في البيانات التي يأخذها المشتري عن البائع⁴.

ولهذا فإن ما يتعرض له المشتري من مخاطر، إنما هي راجعة إلى خطأ المشتري نفسه ، لا إلى إخلال في تنفيذ التزام البائع بالإفشاء بالمعلومات والبيانات.

إذا سلمنا بالقول بأن للمشتري، الحق في العلم بالمبيع ، والحق في طلب الإبطال لعدم العلم الكافي على أثره، فهل يثبت أيضاً لمن ينوب عنه أو يرثه؟؟
- مدى ثبوت الحق في العلم الكافي بالمبيع لنائب المشتري

¹ - د/ عبد العزيز المرسي حمود المرجع السابق ص 61،60،59.

² - د/ حسام الدين كامل الأهواني ، المرجع السابق ف 561ص474

³ - د/ جابر محبوب علي- المرجع السابق - ف 219 ص 225.

⁴ د/ عبد العزيز المرسي حمود ، المرجع السابق ص 63

الأصل أنه لكل شخص أن يباشر أي إجراء بنفسه أصالة- إذا ما توافرت صفته أو أن ينيب غيره ممن يراه مناسباً في مباشرة إجراءاته ومتابعتها نيابة عنه، فالنيابة أداة قانونية يتولى بمقتضاها شخص يسمي النائب ، إبرام تصرف قانوني لحساب شخص آخر يسمى الأصيل، وتترتب جميع آثار التصرفات في ذمة هذا الأخير¹ كما هي وسيلة لإبرام العقود ، كل الذين لا يستطيعون ، أو لا يريدون الانتقال لمباشرة التصرفات بأنفسهم ، أولاً يرغبون في مناقشة شروطها ، إما لأن ظروفهم ومشاعلهم تغل أيديهم عن إبرام التصرفات ، أو لأنه قد تنقصهم الخبرة بموضوع العقد.

وتنقسم النيابة بحسب مصدرها إلى نيابة قانونية وأخرى اتقاقية ، وفي النيابة القانونية يتولى القانون تعيين شخص النائب وتحديد سلطاته ، فيثبت الحق في العلم الكافي بالمبيع للولي أو الوصي لفاقد الأهلية كالمجنون والمعتوه والصبي غير المميز، ويشترط له أن تكون أهليته كاملة². أما في النيابة الاختيارية أو الاتفاقية فالعقد إنما يبرمه الوكيل لحساب موكله الذي تتصرف إليه جميع آثاره، فعلم الوكيل بالمبيع علماً كافياً نافياً للجهالة إنما يكفي لثبوت حق المشتري³.

والملاحظة هنا أن النائب لا يكتسب أي حق ، ولا يتحمل بأي التزام ، ولا تجوز مطالبته بالتنفيذ⁴ ، وهذا ما يسمى بالنيابة الكاملة .

ويشترط في الوكالة أن تكون خاصة بوكيل معين، وفي شراء مبيع معين ، ويشترط له الأهلية الكاملة إذا كان موكلاً في العلم بالمبيع ومعاينته، أما إذا كان موكلاً في استلام المبيع فقط ، فهو رسول يرسل من طرف المشتري لأخذ المبيع ، فلا تقوم معاينته وعلمه مقام معاينة من أرسله ، لهذا يكفي أن يكون الوكيل بالاستلام فقط مميزاً ، ويسأل عن موكله بقدر نقص أهليته، وهذا ويثبت الحق في العلم الكافي بالمبيع لنائب المشتري، تبعاً لثبوته لموكله وهو المشتري⁵.

-مدى ثبوت الحق في العلم الكافي بالمبيع لورثة المشتري

¹ - د/ جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية ، طبيعتها وأحكامها ، رسالة دكتوراه ، ط1953 كلية الحقوق، جامعة القاهرة ف4 ص7 ، ومجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري .ج4 ص19

² - يشترط القانون الليبي رقم 17 لسنة 1992 م بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن حكمهم صراحة أن يكون الوصي أو القيم كامل الأهلية (م 60) أما بالنسبة للولي فقد التزم المشرع الصمت دون مبرر .

³ - د/محمد حمد مكي - النيابة في التصرفات القانونية في المقارن - رسالة دكتوراه ط 1986 م كلية الحقوق جامعة القاهرة ص109.

⁴ - د/نقص مندي 1984/10/29 م مجلة المحكمة العليا س22 ع (1986م) ص49

⁵ - د/ محمد حلمي عيسى بك، شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية وفي الشريعة الإسلامية 1334 هـ 1916 م مطبعة دار المعارف ، ف1075 ، ص32 ود/ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق ، ف26، ص37-38

طبقاً للقواعد العامة الخلف العام لا يكون إلا بوفاة السلف، ثم إن عقد البيع قد يرتب حقوقاً ويحمل التزامات وآثاراً تتصرف إلى المتعاقدين، وفقاً لما اتجهت إليه إرادتهما من ناحية، ثم إلى خلفهما العام من ناحية أخرى¹.

فكما يثبت الحق في العلم الكافي بالمبيع للمشتري، فيكون له الحق في طلب إبطال دعوى عدم العلم بالمبيع فمن باب أولى، أن يثبت هذا الحق أيضاً لخلف المشتري لرفع الضرر عنهم، والحال أنهم مطالبون بسداد ثمن العين محل العقد، إذا لم يكن المشتري قد وفى به² والحال كذلك أنهم مسؤولون - كورثة - في حدود ما آل إليهم من التركة، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية، فما يتعلق بالحق في الأخذ بالشفعة، حيث أثبتت هذا الحق للورثة³.

هذا ولا يسقط حق طلب إبطال البيع لعدم العلم الكافي بالمبيع لوفاة المشتري، بل ينتقل إلى ورثته أياً كان الموجب لذلك⁴.

ثانياً: - نطاق العلم بالمبيع من حيث الأشياء المبيعة:

الأصل أن حق المشتري في العلم الكافي بالمبيع الذي يلتزم به البائع، يشمل جميع الأشياء المبيعة، ويستوي بعد ذلك أن تكون هذه الأشياء منقولة أو من العقارات، مادية أو معنوية بسيطة أو مركبة، اعتيادية أو خطيرة، مستعملة أو على درجة من الجودة، درجة الاستعمال أو حديثة الابتكار، خاصة إذا كان البائع مهنيّاً متخصصاً والمشتري شخصاً عادياً، والأمثلة على ذلك كثيرة ومعلومة، كالأدوات الكهربائية أو الحاسبات الإلكترونية أو الأسلحة النارية، إذا ما كان القانون يسمح بترخيص استعمالها.

ثم إن نطاق العلم بالمبيع يضيق ويتسع تبعاً لدرجة خطورة المبيع ودرجة تعقيد استعماله، وجدة المبيع وحدثة ابتكاره، على نحو ما سنرى في التوضيح التالي.

1- الأشياء الخطرة

ليس هنالك تعريف جامع مانع، أو حتى محدد للشيء الخطر، إلا أن المهم أنه يجب توافر علم المشتري بالصفة الخطرة لضمان سلامته المادية والجسدية، ولهذا يتعين أن يترك الموضوع للسلطة التقديرية، في تحديد مدى خطورة الأشياء المبيعة من عدمها.

على أن الشيء - الخطر قد يكون خطراً بطبيعته، وقد يحمل بين عناصره مسببات الخطر وقد تكون الخطورة ناتجة عن تعقد استعماله.

- الشيء خطر بطبيعته

¹ د- فلا يقبل من الخلف العام الاحتجاج بعدم تسجيل عقد بيع العقار. نقض مدني ليبي 198402027 م مجلة المحكمة العليا الليبية س

21 ع 3 (1985م) ص 88.

² - نقص مدني ليبي 1975/11/23 م مجلة المحكمة العليا الليبية س 12 ع 3 (1976 م) ص 83

³ - د/ ثروت فتحي إسماعيل المرجع السابق ص 367

⁴ - د/ عبد العزيز المرسي حمود المرجع السابق ص 61، 60، 59

تكمّن خطورة الشيء - في هذا المبيع - في طبيعته وخصائصه الذاتية، ذلك أنه يتم تصنيعها للغرض الذي أعدت له كمواد التنظيف السام والمواد الطبية والأسلحة النارية¹.
- عناصر الشيء المبيع مسببة للخطر.

يقصد بهذه الحالة، أن الشيء بحسب أصله غير مسبب للخطر، إلا أنه يصبح خطراً بتأثير بعض العناصر الخارجية، إذا ما تفاعلت مع مكوناته، واتصلت بها، الأمر الذي يؤثر عليها تأثيراً كيميائياً، فتجعله خطراً، من ذلك مثلاً، المشروبات الغازية بفعل درجة الحرارة التي تؤدي إلى انفجار العلب واشتعالها².

- الخطورة الناتجة عن الاستعمال

تكمّن الخطورة في مثل هذه الحالات عند استعمال الشيء أو استخدامه، الأمر الذي يتطلب توافر خبرة معينة لمواجهة تعقيدات من شأنها أن تحدث خطراً ما، هذا الخطر إنما يكمن في طبيعة الشيء وخصائصه ودقائقه الذاتية، ولا يمكن أن يكون خارجاً عنه كالمواد الكهربائية.

وإذا كان المبيع من الأشياء الخطرة، تعين على البائع أن يعلم المشتري بدرجة خطورة المبيع وطريقة استخدامه، والوسائل الاحترازية الواجب اتخاذها عند استعماله لدرء أضراره³

وتطبيقاً لذلك فقد رفضت الدائرة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية، الطعن المقدم من المتعاقد ضد الحكم الصادر من محكمة الاستئناف، بإلزامه بالتعويض للمتعاقد معه، وهو مربي دواجن رومي، كان قد استخدم مادة لتطهير مكان تربية الدواجن موصى بها من

المتعاقد معه، وقد ترتب عليها نشوب حريق بمكان تربية الدواجن وبعد حصول المربي على التعويض من شركة التأمين، قام بمطالبة المتعاقد معه بالتعويض، على أساس أنه لم يخبره بخطورة المادة المستعملة في التطهير، ومدى التعويض، على أساس أنه لم يخبره بخطورة المادة المستعملة في التطهير ومدى قابليتها للاشتعال، ولبت محكمة الاستئناف طلبه الحكم بالتعويض، إلا أن المتعاقد الآخر طعن في الحكم الصادر بالتعويض ضده بالنقض، على أساس أن صانع المادة لم يشر في نشرة الاستعمال إلى خطورتها، وإنما أشار فقط إلى طريقة الاستعمال، والاحتياطات الواجب مراعاتها عند الاستعمال، إلا أن محكمة النقض رفضت الطعن وأيدت حكم

محكمة الاستئناف بالتعويض، واتجهت بذلك إلى ضمان سلامة المستعمل النهائي⁴

2- الأشياء ذات التقنية العالية والمعقدة

¹ - د/ ثروت فتحي إسماعيل المرجع السابق ص367، ود / محمد شكري سرور، المرجع السابق، ف2ص7.

² - د/ محمد شكري سرور - المرجع السابق - ف2ص8، ود / عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص65-66.

³ - د/ محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق ج1 ص433، ود/ جابر محجوب على المرجع السابق.

⁴ - حكم محكمة النقض الفرنسية (الدائرة الأولى) 4 أبريل 1991 نقلاً عن الدكتور ممدوح محمد مبروك في مؤلفه المرجع السابق ص 230.

يتسع نطاق التزام البائع بالإفشاء بكافة المعلومات إذا كان المبيع شيئاً معقداً الاستعمال دقيق التركيب ، كالحاسب الآلي مثلا ، وغيره من الأجهزة الأخرى التي كثيراً ما توصف بالصعوبة والتعقيد، فيتجه التزام البائع إلى الإفشاء بكافة المعلومات والنصائح ، التي تبين طريقة استعمال البرنامج.

ويرجع السبب في تشديد التزام البائع بتوسعته، أن المشتري لا يستطيع باستخدام وسائله الخاصة وخبرته ، والتي قد تكون محدودة ، أن يستخدم هذه الأشياء والحال أنها متطورة ومعقدة ، الأمر الذي يتطلب عوناً من ذوي الخبرة لتقديم المساعدة الفنية للمشتري قليل الخبرة¹.

3-المنتجات الجديدة والحديثة الابتكار.

قد يستعصى على المشتري، معرفة خصائص المبيع وطرق استخدامه ، وكانت ظروف الحال تنبئ عن جودة المنتج وحدائمه ابتكاره ، الأمر الذي يستدعي -

وبالضرورة -فرض التزام على عاتق البائع بالإفشاء للمشتري- ولو كان متخصصاً- بكافة البيانات اللازمة لتجنب أخطار المبيع وتيسير سبل انتفاعه²

إلا أن جانباً من الفقه يرى أن صفة الجودة والحداثة ، لا ينظر إليها باعتبارها معياراً لتحديد نطاق الالتزام بالإفشاء ، بل تعتبر عنصراً في تقدير استحالة علم المشتري بالمبيع نظر لحداثته³.

هذا وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية ، حكم محكمة الاستئناف الذي قرر مسؤولية البائع لمنتج جديد (بذور بقونس) لأنه لم يوضح في نشرة الاستخدام ، طريقة الإنبات الصحيحة ، رغم أن المنتج كان جديداً بما يحتم على البائع إعلام المشتري بالبيانات الضرورية والمفيدة في استعماله ، وليس على المشتري الاستعلام عنه ولو كان مهنيّاً لأن المنتج كان جديداً⁴

ثالثاً: نطاق العلم بالمبيع من حيث التأكيد

العلم الكافي الذي يعتد به القانون ، هو العلم السابق أو المعاصر لإبرام العقد حتى يستطيع المشتري أن يتبين أن المبيع سيفي بالغرض المقصود منه ويتحقق العلم الكافي لديه بحقيقة المبيع عند إبرام العقد أو قبله.

ولكن إذا علم المشتري بالمبيع في وقت سابق على إبرام العقد ، فالمفترض أن يكون المبيع وقت العقد على الحال التي كان عليها وقت العلم ، فإذا فات هذا الفرض كان للمشتري

¹ - د/ عزه محمود أحمد خليل- المرجع السابق ص 133.

² - د / علي سيد حسن ، المرجع السابق ، ص 82-83، ود/ محمد إبراهيم بنداري ، المرجع السابق ، ف 35 ص 70

³ - د/ نزيه المهدي المرجع السابق ص 151

⁴ - حكم محكمة النقض الفرنسية 4 مايو 1984 م أشار إليه الدكتور عبد العزيز المرسي حمود المرجع السابق ص

الحق في طلب إبطال العقد لتحلف شرط العلم ، ولو تحقق العلم فيما بعد ، ذلك أن العلم اللاحق لا يحقق الغاية المرجوة ، والتي توخاها المشرع من تقرير نظام العلم الكافي بالمبيع ، والتي تهدف إلى تنوير إرادة المشتري قبل التعاقد¹.

رابعاً: نطاق العلم بالمبيع من حيث الإثبات.

الإثبات هو إقامة الدليل على وجود الشيء أو عدم وجوده ، ويقتضي الأمر لإثبات نطاق العلم الكافي بالمبيع دراسة أمرين الأول : إثبات مدى وجود حق للمشتري في العلم الكافي بالمبيع والثاني: مدى تحقق هذا العلم.

1- إثبات مدى وجود حق للمشتري في العلم الكافي بالمبيع.

يتطلب إثبات مدى وجود حق للمشتري في العلم بالمبيع دراسة على من يقع عبء الإثبات ، وموضوع الإثبات.

عبء الإثبات:

تنص المادة (376 مدني ليبي)² "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه" وهذا ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة في الإثبات ، والمستفادة من مبدأ عام يقضى "بأن البينة على من ادعى خلاف الظاهر" والمقصود بالبينة هنا عبء الإثبات الذي يتطلبه القانون ، ولما لم يكن هنالك نص خاص يحكم هذه المسألة - كنص المادة (408) مثلاً- فإن عبء إثبات وجود الالتزام يقع على عاتق المدعي ، عملاً بالقواعد العامة في الإثبات وعليه فإنه يقع على عاتق الدائن بالحق في العلم الكافي بالمبيع، إثبات وجود هذا الحق بصفته الدائن في العقد ، وعلى البائع أن يلتزم بالإفشاء بالمعلومات للمشتري.

ومن ثم فليس للمحكمة أن تنتظر إلى الأدلة التي يسوقها المشتري ، ليثبت من خلالها تقصير البائع في إعلامه عن بعض المعلومات الجوهرية قبل البيع ، إلا بعد أن تتحقق من وجود أدلة مقدمة من جانب المشتري، تبرهن على وجود التزام بالإعلام على عاتق البائع نظراً لعلم المشتري- مثلاً - بمثل هذه المعلومات³

محل الإثبات

¹ - د عزة عبد الرحمن علي "تعيين محل العقد والعلم به علماً كافياً" رسالة دكتوراه مقدمة لحقوق جامعة أسبوط 2005 ص 75- 76

² يقابله نص المادة الأولى من قانون الإثبات المصري الجديد بنفس النص وهو القانون رقم 25 لسنة 1968 م والصادر في ربيع الأول 1388هـ - 1968م الجريدة الرسمية العدد 22 الصادر في 30 مايو 1968 م.

³ -د/ خالد جمال أحمد حسن المرجع السابق ص 439.

محل الإثبات هو الواقعة القانونية المنشئة للحق أو الأثر القانوني، فعلى من يدعي وجود الحق أن يقيم الدليل على وجوده، وذلك عن طريق إثبات الواقعة القانونية وشروطها والعناصر اللازم توافرها لقيامه¹.

كذلك الأمر، يتعين على المشتري، والحال أنه الدائن بالحق في العلم الكافي بالمبيع، أن يثبت عدم علمه بالمبيع وحقيقته، وأن جهله هذا كان مشروعاً له أسبابه ومبرراته، كما يجب عليه أيضاً، أن يثبت أن البائع عالم بالبيانات والأوصاف الأساسية للمبيع. إثبات مدى تحقق علم المشتري بالمبيع.

المبدأ العام في تحديد من يقع عليه عبء الإثبات هو المدعي "الإثبات على من يدعي خلاف الظاهر" وكل من يتمسك بالثابت حكماً أو فعلاً، لا يقع عليه عبء الإثبات" إذاً عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الثابت أو الظاهر، وأن يقيم الدليل على خلافه، فإذا ادعى المشتري عدم علمه بالمبيع، فالظاهر وظروف الحال يصدقان ذلك، ذلك أن المبيع إنما يحوزه البائع وهو تحت يده وسلطانه قبل العقد، وعلى البائع - في مثل هذه الأحوال - أن أثبت علم المشتري بالمبيع، فإن نجح في ذلك قام الظاهر وهو علم المشتري بالمبيع، والثابت هو قيام البائع بتنفيذ التزامه بالإعلام² ولو كان ظاهر الحال ينبيء بتأييد ادعاء الدائن بتخلف العلم الكافي له بالمبيع، فيقع على عاتق البائع الذي يروم خلاف الظاهر - لينفي مسؤوليته - عبء إثبات أمرين. الأول: أنه نقل البيانات الكاملة والمعلومات والأوصاف الأساسية الهامة إلى المشتري، والحال أن التزامه في مثل هذه الأحوال، التزام بتحقيق نتيجة، فلا يستطيع التحلل منه، إلا إذا أثبت أنه قام به فعلاً، أو أن يثبت السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه.

والثاني: أن يثبت أنه ما استخدم إلا الوسائل الملائمة، التي تساعد على فهم وإدراك المعلومات من قبل المشتري، كأن يذكر البائع في نشرة الاستعمال عبارات واضحة وبسيطة، الأمر الذي يسهل فهمها وتطبيقها على الواقع، والحال أن التزامه بالتزام بوسيلة يكفي فيه عناية الشخص المعتاد³ كما ويجوز للدائن أن يثبت أن المدين استخدم الوسيلة غير الملائمة، أو أنها غير كافية لفهم المعلومات، أو أن عبارات النشرة لم تكن مكتوبة بصورة واضحة، أو أن ألفاظها غامضة، أو أن حروفها صغيرة جداً⁴.

ويستشف ذلك من إقرار المشتري نفسه بالعلم بالمبيع وقت العقد، فإذا أقر فليس له أن يطلب الإبطال بدعوى عدم العلم وفقاً لنص المادة (408) ذلك أن الإقرار حجة فيؤخذ عليه،

¹ - عدنان طه الدوري - أحكام الالتزام والإثبات في القانون المدني الليبي منشورات الجامعة المفتوحة الطبعة الأولى سنة 1991 م ص 130.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2 النظرية العامة للالتزامات، المجلد الأول الإثبات، ط1982، دار النهضة العربية ف3 ص 105

³ - نقص مدني ليبي سابق الإشارة إليه

⁴ - د/ خالد أحمد حسن المرجع السابق ص443.

اللهم إلا إذ أثبت تدليس البائع ، فإذا نهض المشتري بإثبات تدليس البائع، كان له أن يتمسك بإبطال البيع لعدم العلم استناداً إلى التدليس ولكن ما هو التدليس الذي نصت عليه المادة (408) ؟ وهل يلزم فيه توافر ولكن ما هو التدليس الذي نصت عليه المادة (408،419) ؟ وهل يلزم فيه توافر نفس الشروط التي نصت عليها المادة (2/125 مدني ليبي)؟

التدليس : هو استعمال الحيلة، لإيقاع الشخص في غلط مستشار، وحمله على التعاقد ، بمعنى أن يقوم في ذهن المتعاقد غلط يدفعه إلى التعاقد، ويشترط في التدليس طبقاً للقواعد العامة ، أن يكون دافعاً للتعاقد ، وأن يتصل بالمتعاقد الآخر كأن كان عالماً به ، أو كان المفترض حتماً أن يعلم به¹.

يرى جانب من الفقه، كفاية أن يكون التدليس قد أدى إلى الحصول على الإقرار بالعلم ، ولو لم يكن قد أدى بالمتعاقد الآخر إلى التعاقد ، كان دس له عبارة العلم في العقد فلم يتيبها². وللمشتري أن يطلب الإبطال لعدم العلم الكافي بالمبيع ، لا على أساس التدليس الدافع إلى التعاقد ، كما أن محكمة الموضوع هي التي تستظهر مدى وقوع التدليس ، وما مبلغ جسامته ومدى تأثيره في نفس المتعاقد³

خامساً: نطاق العلم بالمبيع من حيث العقود

عقد البيع هو الشريعة العامة لكافة العقود الأخرى، كالإيجار والتأمين والوكالة وفي نظام العلم الكافي بالمبيع اشترط المشرع أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً وهذا ما نصت عليه المادة (480)، "يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً" من ذلك يتضح أن المشرع المصري قد قصر شرط العلم بالمحل على عقد البيع دون غيره من العقود ، ولم يحل عليها باقي العقود كما فعل في المادة (133 مدني) الخاصة بتعيين المحل وقابليته للتعيين فقد كانت هناك محاولة لسحب المادة (419) على عقد الإيجار من خلال المادة (756) من المشروع التمهيدي والتي تنص على أنه "يسري على محل الإيجار، ما يسري على محل البيع من أحكام " فالمتبادر إلى الذهن في هذا تطبيق المادة (419) على محل الإيجار فيجب أن يكون المستأجر عالماً بالعين المؤجرة علماً كافياً، لتحقيق الرضا التام ، إلا أنه وعند التلاوة اقترح رئيس اللجنة حذفها من المشروع فوافقت اللجنة على ذلك⁴. إلا أن جانباً مهماً من الفقه المصري ، يرى أن نظام العلم الكافي بالمبيع، يكون أظهر وأبين في عقدي البيع والإيجار عن غيرهما من العقود⁵.

¹ -د/ محمد علي البدوي الأزهرى المرجع السابق ص 123،122

² -د/ إسماعيل غانم .الوجيز في عقد البيع ط1963م مكتبة عبد الله وهبه 51ص81

³ -مدني ليبي 98 21 ق موسوعة المبادئ القانونية الشرعية والإدارية والمدنية والجنائية بند 387 ص 628 ومدني

ليبي 133-21 ق موسوعة المبادئ القانونية الشرعية والإدارية والمدنية والجنائية بند 743 ص

⁴ - مجموعة الأعمال التحضيرية ج 4 ص 472

⁵ - د/ نزيه محمد الصادق مهدي المرجع السابق ص 85 ود/ أحمد محمد الرفاعي المرجع السابق ص 143.

الخاتمة

- ومن خلال دراستي لهذا البحث خلصت إلى بعض النتائج والتي يمكنني سردها في الآتي:
- 1- إن المبيع هو حق الملكية ، أو أي حق مالي آخر يرد على شيء ، لا على ذات الشيء ، وتنتقل الملكية فيه عن طريق تنفيذ الالتزام ، الذي يرتبه العقد على البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري.
 - 2- يمكن تعريف العلم الكافي بالمبيع ، بأنه حق المشتري في معرفة المبيع معرفة تامة حقيقية، من حيث الأوصاف الجوهرية والبيانات الضرورية ، اللازمة لحسن سير الانتفاع به، وتجنب أضراره ، على الوجه الذي يناسبه ، بحيث يكون هذا العلم أساساً للرضا، الذي يصدر من المشتري.
 - 3- يتضح من خلال هذا التعريف ، أن لنظام العلم الكافي بالمبيع خصائص معينة وهي:
 - نظام العلم الكافي بالمبيع نظام يجمع بين خاصيتي الحق والالتزام ، فهو حق مقرر للمشتري بنص القانون ، ويجب فيه على البائع الإدلاء بالبيانات والأوصاف التي توضح حقيقة المبيع ، إذا استحال على المشتري معرفتها أو الاستعلام عنها بوسائله الخاصة.
 - 4- تتمثل البيانات والمعلومات التي يلتزم البائع بإعلام المشتري بها قبل التعاقد في بيان المضمون المادي والأوصاف الأساسية للشيء المبيع ، من حيث مكوناته وتركيباته وأجزائه الداخلية، وما يوجد به من عيوب تؤثر على المبيع أو منفعته.
 - بيان المضمون القانوني للشيء المبيع ، وما إذا كان خالياً من أية تكاليف أو أعباء أو حقوق شخصية أو عينية للغير أو محملاً بها.
 - بيان ما يكتف المبيع أو يحيط باستعماله أو حيازته من خطر، وما يلزم من وسائل واحتياطات لتجنبه.
 - 5- لنظام العلم الكافي بالمبيع ، طبيعة قانونية خاصة بعقد البيع ، وفقاً لما نص عليه القانون ، ويستقل هذا النظام عن أحكام تعيين المبيع ونظرية عيوب الرضا ، ويقرر حقا للمشتري في العلم الكافي بالمبيع، ويرتب التزاما يقع على عاتق البائع ، بالإدلاء بالبيانات والأوصاف الجوهرية ، عندما لا يستطيع المشتري التوصل إليها بوسائله الخاصة ، فنظام العلم الكافي بالمبيع نظام خاص مستقل مميز مشروط من جانب واحد.

6- اختلف الفقه حول طبيعة التزام البائع بالإعلام قبل التعاقد ، فمن قائل بأن التزام البائع هذا التزام ببذل عناية إلي قائل بأنه التزام بتحقيق نتيجة ، وظهر لي أن الالتزام قبل التعاقد بالإعلام لا تكون له جدوى سواء في النطاق النظري أو العملي إلا إذا كان محله تحقيق نتيجة. وأخيرا وليس آخرا أرجو من الله - مخلصا - أن قدمت عملا نافعا يثير لدى الدارسين رغبة البحث والتمحيص ، وأن يكون فاتحة طريق لعمل آخر أتقن وأفسح.

قائمة المراجع

أولاً: - المراجع العامة

- 1- د / أحمد نجيب الهلالي: شرح القانون المدني في عقود البيع والحوالة والمقايضة ط الثانية ، 1357 هـ 1939م.
- 2- د/ إسماعيل غانم: الوجيز في عقد البيع ط 1963م ، مكتبة عبد الله وهبة.
- 3- د/ أنور سلطان: العقود المسماة ، شرح عقد البيع والمقايضة" دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني "ط" 1983 م ، دار النهضة العربية ، بيروت.
- 4- د/ أنور سلطان: العقود المسماة - عقد البيع ط 1966 م، دارالمعارف
- 5- د / جميل الشرفاوي: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام 1981 م دار النهضة العربية
- 6- د/ حسام الدين كامل الأهواني: عقد البيع في القانون المدني الكويتي ط 1989 م مطبوعات الجامعة.
- 7- د/ خميس خضر: العقود المدنية الكبيرة ، البيع والتأمين والإيجار، ط الثانية 1984 م دار النهضة العربية.
- 8- د / سليمان مرقص: العقود المسماة ، عقد البيع الطبعة الرابعة 1980 م عالم الكتب.
- 9- د / عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني البيع والمقايضة : ط 1960 م ، دار إحياء التراث العربي بيروت.
- 10- عبد الرشيد مأمون: الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة ، ط 1997 م ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، دار النهضة العربية.
- 11- د/ عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة متعمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي ط 1948 م دار الفكر.
- 12 - د / عدنان طه الدوري: أحكام الالتزامات والإثبات في القانون المدني الليبي ط الأولى سنة 1991م ، منشورات الجامعة المفتوحة.
- 12-د/ محمد المبروك اللافي: شرح أحكام البيع والتأمين والوكالة في التشريع الليبي ط 1996 م ، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية.

- 13 - د /محمد حلمي عيسى بك: شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية وفي الشريعة الإسلامية 1334 هـ ، 1916 م ، مطبعة دار المعارف.
- 14-د/ محمد علي البدوي : النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ط الرابعة: 2003 م ، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية.
- 15- د/ محمد علي عمران ود / السيد عيد نايل: عقد البيع ط 1987 م ، القاهرة.
- 16-د/ محمد علي عمران ود/ محمد نصر الدين منصور: مباحث في البيع في القانون المدني وفي الشريعة الإسلامية ط 89 / 1990 م ، دار الحقوق للطباعة والنشر.
- 17- د/ محمد لبيب شنب و د/ مجدي صبحي خليل: شرح أحكام عقد البيع ، دار النهضة العربية.
- 18-د/ منصور مصطفى: مذكرات في القانون المدني - العقود المسماة البيع والإيجار والمقايضة ، ط 1956-1957م دار المعارف بمصر.

ثانيا: المراجع المتخصصة.

- 1- د/ أحمد شوقي عبدالرحمن: ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات ط 1983 م.
- 2- د / جابر محجوب علي: ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية ، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانونين المصري والكويتي، ط 1995 م ، دار النهضة العربية.
- 3- د / عبد الرازق حسن فرج: الإجازة في التصرفات القانونية دراسة مقارنة القانون المدني والشريعة الإسلامية 1983م ، الفجر الجديد
- 4 - د/ عبد العزيز المرسي حمود: الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة دراسة مقارنة 2005 م ، ص 35.
- 5-د/ على سيد حسن: الالتزام بالسلامة في عقد البيع ط 1990 دار النهضة العربية .
- 6 - د/ محمد إبراهيم دسوقي أبو الليل: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ط 1985 م ، دار إيهاب للنشر والتوزيع ، أسيوط.
- 7- د/ محمد شكري سرور: مسئلة المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة ، ط الأولى 1983 م دار الفكر العربي.
- 8- د/ محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية ط الأولى 1978 مطبعة القاهرة.
- 9 - د/ نزيه محمد الصادق مهدي: الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود دراسة فقهية قضائية ط 1990م ، دار النهضة العربية .

ثالثا: الرسائل العلمية

- 1- د/ أحمد محمد الرفاعي: الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة الزقازيق ، ط 1994 م ، دار النهضة العربية.
- 2-د/ ثروت فتحي إسماعيل: المسؤولية المدنية للبائع المهني ، الصانع والموزع رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس 1987.

- 3- د / جمال مرسي بدر: النيابة في التصرفات القانونية ، طبيعتها و أحكامها رسالة دكتوراه ، ط 1953 ، كلية الحقوق جامعة القاهرة.
- 4 - د /خالد جمال أحمد حسن: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة أسيوط 1417هـ 1996م دار النهضة العربية.
- 5- د/ عزة عبد الرحمن علي: تعيين محل العقد والعلم به علماً كافياً ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراه مقدمة لحقوق جامعة أسيوط 2005 م.
- 6- د /عزة محمود أحمد: المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي ، رسالة دكتوراه ، جامعة الأزهر 1994م.
- 7- د/ محمد إبراهيم بنداري: الالتزام بالتسليم في عقد البيع ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق ، جامعة القاهرة 1994.
- 8 - د/ محمد حمد مكي: النيابة في التصرفات القانونية في القانون المقارن، رسالة دكتوراه ط 1986 م ،كلية الحقوق جامعة القاهرة.
- 9- د /مصطفى أبو مندور موسى: دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، رسالة دكتوراه، مقدمة لحقوق عين شمس 2000م.
- 10- د/ ممدوح محمد مبروك: أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة ، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة.

الضمانة الوظيفية للموظف الدولي

رمضان خليفة برونوص

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد بن عبد الله، وعلى آله وصحبه أجمعين:

الوظيفة الدولية هي نشاط يمارس في إطار مجتمع دولي، لصالح مجموعة من الدول، يجمعهم كيان دولي مشترك "منظمة دولية"، ويضطلع بأعباء ومهام هذه الوظيفة موظفون دوليون، تربطهم علاقة تبعية بهذه المنظمة لذا يمكن تعريفها بأنها: وظيفة يتولاها أشخاص معينون، يضطلعون بدور بارز في تسيير العمل بالمنظمة الدولية، وتمكينها من تحقيق الأهداف والغايات التي أنشئت من أجلها، وأن تعود بالنفع على جميع أعضاء المنظمة، ولا تكاد تعمل أية منظمة دولية إلا من خلال جهاز إداري متخصص، وقد تصدت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري الصادر في أبريل 1949م، بشأن التعويض عن الأضرار التي تصيب موظفي الأمم المتحدة، أثناء تأديتهم لأعمال وظيفتهم، لتعريف المستخدم الدولي فقررت أنه: كل موظف بأجر أو بدون أجر، يعمل بصفة دائمة أولاً، يعين بواسطة أحد أجهزة المنظمة للممارسة أو للمساعدة في ممارسة إحدى وظائف المنظمة، وهو باختصار، كل شخص تتصرف المنظمة بواسطته.

فالمستخدم في المنظمة الدولية طبقاً لهذا التعريف هو: كل شخص طبيعي تمارس المنظمة بواسطته الاختصاصات المنوط بها تحقيقها، وذلك وفقاً لما تصدره أجهزتها المختصة من تعليمات، وسواء أكان نشاط هذا المستخدم مقابل أجر أم بالمجان، وسواء كان هذا العمل مؤقتاً أو دائماً⁽¹⁾، والذي يعنينا من تعريف في هذه الدراسة هو، الموظف الدولي أو موظفو التنظيم، الذين يقومون بصفة مستمرة بأعمال التنظيم الدولي، أو يشرفون على سير العمل فيه، وغير خاضعين للنظام الداخلي لأية دولة من الدول الاعضاء في المنظمة، ويؤدون عملهم دون نظر إلى جنسيتهم، ولا يجوز لهم أن يتلقوا تعليمات أو أوامر في عملهم من أي سلطة غير سلطة الهيئة الدولية التي يعملون فيها، ويكونون مسئولين أمامها وحدها ولا ينطبق هذا الوصف على المستخدمين الذين يقومون بأداء مهام على سبيل التأقيت، لان استمرار الوظيفة الدولية هو ما يميز الموظف الدولي عن غيره من هذه الفئات والطوائف الأخرى المعاونة، التي تعمل بالمنظمة بصفة عارضة أو لمهمة

(1) د. جمال طه ندا، الموظف الدولي، مرجع سبق ذكره، ص42، لقد عرف الدكتور محمد إسماعيل علي. الموظف الدولي بأنه: ((كل من يعمل في خدمة إحدى المنظمات الدولية على وجه الدوام طبقاً للنظام القانوني الذي تضعه المنظمة)). للمزيد من التفصيل انظر: د. محمد إسماعيل علي . الوجيز في المنظمات الدولية، دار الكتاب الجامعي، ب.ط، 1982م، ص196، وأيضاً د.محمد السعيد الدقاقي . التنظيم الدولي، بيروت، لبنان: الدار الجامعية للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، 1983م، ص178.

معينة ولمدة مؤقتة، كالخبراء والمحكمين وصغار العاملين كالسعاة والخدم الذين يتم تعيينهم وفقاً للتشريعات المحلية لدولة المقر.

يتضح من العرض المتقدم، أن للوظيفة الدولية مدلول ومفهوم محدد، ولها عناصر أساسية لا غنى عن توافرها، وهذه الوظيفة يليها أشخاص معينون يضطلعون بدور بارز في تسيير العمل بالمنظمة الدولية، وفي تمكينها من تحقيق الأهداف والغايات التي أنشئت من أجلها، والتي تعود بالنفع والفائدة على سائر أعضاء الجماعة الدولية، وهؤلاء هم الموظفون الدوليون، وقد دعت أهمية وضع هؤلاء الموظفين، وطبيعة الوظائف والأعمال التي يقومون بها، خاصة مع الازدياد المطرد للمنظمات الدولية على الساحة الدولية، وما استتبعه من زيادة في عدد الموظفين الدوليين بها، إلى وجود ضمانات قانونية- تكفل لهم الاستقرار الوظيفي وتساعد في الارتقاء والنهوض بالوظيفة الدولية، وتجعل منها حقيقةً وظيفيةً دولية يتمتع فيها الموظف الدولي بروح الاستقلال والسعي لخدمة المجتمع الدولي وتطوره من حيث ازدياد مظاهر وإشكال العلاقات الدولية للأنشطة الجماعية للدول، ومساعدة الأفراد للانضمام وقبول الوظائف داخل المنظمات الدولية، وتمثل حمايةً مهمة للموظف الدولي- من بينها موضوع البحث (الضمانة الوظيفية) مبتدئين دراستها على النحو الآتي:

المبحث الأول - المنظمة الدولية كمدعية للمطالبة الدولية.

▪ المطلب الأول - حدود ونطاق أهلية المنظمة الدولية.

▪ المطلب الثاني - إجراءات المطالبة الدولية.

المبحث الثاني - حق المطالبة الدولية.

▪ المطلب الأول - حق الدولة في تبني مطالب رعاياها (الحماية الدبلوماسية).

▪ المطلب الثاني - حق الموظف الدولي في تقديم المطالبة الدولية.

وبعد ذلك تنتهي الدراسة بخاتمة تشمل التوصيات ونتائج هذه الدراسة.

المبحث الأول

المنظمة الدولية كمدعية للمطالبة الدولية

تمارس المنظمة الدولية تجاه موظفيها ما يسمى بالحماية الوظيفية، إذا ارتكب أي شخص دولي آخر، ضدهم أفعالاً سببت لهم أضراراً، وذلك على غرار الحماية الدبلوماسية، التي تمارسها الدولة تجاه رعاياها المتواجدين في الخارج، إذا ارتكبت في حقهم أفعال سببت لهم أضراراً، وهذا ما رتبته الرأي الاستشاري الصادر من محكمة العدل الدولية من نتائج بتاريخ 11 أبريل 1949م، وما تلاه من إقرار لمسئولية المنظمات الدولية، فمنذ أن صدر هذا الرأي، في قضية التعويض الخاصة بالأضرار التي أصابت منظمة الأمم المتحدة في فلسطين عام 1948م، وذلك عقب مصرع (الكونت برنادوت) وسيط الأمم المتحدة في فلسطين على يد اليهود، أصبح الفقه لا ينازع في أهلية المنظمات الدولية بمباشرة الحماية الوظيفية لموظفيها ضد الدولة التي وقع على إقليمها الاعتداء على هؤلاء الموظفين.

وتتلخص وقائع الرأي الاستشاري، في أنه بتاريخ 3 من ديسمبر عام 1948م، وافقت الجمعية العامة للأمم المتحدة، على قرار مفاده (أنه نتيجة لسلسلة الأحداث الدامية التي تعرض لها في الآونة الأخيرة بعض الذين يخدمون في الأمم المتحدة، أثناء مباشرة وظائفهم، فقد ثار التساؤل على ماهية الإجراءات والتدابير التي يمكن للأمم المتحدة اتخاذها، لكي تكفل لموظفيها أكبر قدر من الحماية ولتضمن تعويضهم عن الأضرار التي تلحقهم مستقبلاً؟

لذلك فقد قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة، أن تطلب من محكمة العدل الدولية رأياً استشارياً بخصوص المسائل القانونية الآتية:

المسألة الأولى: في حالة ما إذا لحق ضرر بأحد مستخدمي الأمم المتحدة أثناء ممارسته لواجبات وظيفته، في ظروف ترتب المسؤولية على إحدى الدول، فهل يكون للأمم المتحدة أهلية إقامة دعوى ضد الحكومة المسؤولة قانوناً - والمسؤولة واقعياً - بغية الحصول على تعويض عن الضرر:

1- الذي أصاب الأمم المتحدة.

2- الذي أصاب المجني عليه وورثته.

المسألة الثانية: في حالة الرد بالإيجاب على النقطة (2) من المسألة الأولى، كيف يكون التوفيق بين حق منظمة الأمم المتحدة في إقامة الدعوى، وبين حقوق الدولة التي يحمل المجني عليه جنسيتها.⁽¹⁾

ولقد حسمت مشكلة مطالبة المنظمات الدولية لإصلاح الضرر الذي يقع عليها أو على موظفيها في الرأي الإفتائي الذي أصدرته محكمة العدل الدولية في 11 أبريل سنة 1949م،

(1) د. رفيق عطية الكسار. الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، غ.م، 1998م، ص74.

بخصوص الأضرار المتعلقة بالخدمة في الأمم المتحدة، وقد رأت المحكمة بإجماع الآراء أن الأمم المتحدة تتمتع بالشخصية القانونية الدولية، التي تؤهلها لتقديم المطالبات الدولية، ضد الدول الأعضاء وغير الأعضاء، وأن هذه المطالبات يمكن تقديمها عن الأضرار المباشرة، التي تقع على المنظمة، أي تلك الأضرار التي تنال من مصالح المنظمة ذاتها، كالتي تقع على جهازها الإداري أو أملاكها وموجوداتها، والمصالح التي تتولى حمايتها، ورأت المحكمة بموافقة أحد عشر صوتاً ضد أربعة أصوات، أن الأمم المتحدة كمنظمة دولية تتمتع بأهلية تقديم الطلبات الدولية ضد الدول الأعضاء وغير الأعضاء، للحصول على التعويض اللازم، فيما يتعلق بالضرر الذي وقع على الشخص المجني عليه، أو على الأشخاص الذين أصابهم الضرر من خلال المجني عليه، وبموافقة عشرة أصوات ضد خمسة رأت المحكمة أن الأمم المتحدة عندما تطالب بإصلاح الضرر الذي يقع على مستخدميها، فإنها تؤسس هذه المطالبة على انتهاك الالتزامات الواجبة نحوها.⁽¹⁾

فالمنظمة الدولية حق تقديم المطالبات الدولية، كما أكدت عليها محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري حول تعويض الأضرار عام 1949م، حيث قررت أن الاعتراف للمنظمة الدولية بالشخصية القانونية الدولية، بمعنى أن لها القدرة على التمسك بحقوقها بطريق المطالبة الدولية، وبعبارة أخرى أن للمنظمة الدولية أهلية رفع الدعوى الدولية ضد أي دولة بسبب الضرر الناجم عن إخلالها بالتزاماتها تجاه المنظمة الدولية⁽²⁾، وهكذا يمكن للمنظمة الدولية رفع دعوى للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابت موظفيها، والحماية التي تباشرها هذه المنظمة في هذا الصدد، قد أطلقت عليها محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري تسمية (الحماية الوظيفية)⁽³⁾ (Functional Protection)، لأنها تقوم على الرابطة الوظيفية، التي تربط الموظف الدولي بالمنظمة الدولية، وذلك تمييزاً لها عن الحماية التي تباشرها الدولة لصالح رعاياها، والتي تقوم على أساس الجنسية، والتي تسمى (بالحماية الدبلوماسية)، غير أن الحماية التي تتمتع بها المنظمة

(1) د. عبد الغني محمود. المطالبة الدولية لإصلاح الضرر في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، ب.م، دار الطباعة الحديثة، الطبعة الأولى، 1986م، ص46.

(2) د. الصادق شعبان . قانون المنظمات الدولية، تونس، تونس: مركز الدراسات والبحوث والنشر، ب.ط، 1985م، ص64.

(3) يقصد بالحماية الوظيفية: المساعي التي تقوم بها المنظمة - عند إصابة أحد موظفيها بضرر أثناء تأدية وظيفته وبسببها - لدى الدولة المسؤولة عن الضرر، بهدف الحصول على تعويض للضرر الذي لحق بالموظف، ويعرف البعض المطالبة الدولية بأنها: الوسيلة التي تبلغ بها الشخصية الدولية صاحبة الحق، الشخصية الدولية الملتزمة به أو المدّعى عليها به، بذات الحق وأدائه، للمزيد من التفاصيل انظر في ذلك: د. محمد عبد العزيز أبوسخيلة. النظرية العامة للمسئولية الدولية، ب.م، الجزء الأول، 1981م، ص331.

الدولية هي حماية وظيفية، تحمي العاملين في المنظمة فقط ، في حين تحمي الدولة جميع رعاياها، كما أن المنظمة لا تحمي العاملين فيها إلا عند قيامهم بأعمال تتصل بالوظيفة⁽¹⁾. فباستعانة المنظمة الدولية لقيامها بوظائفها، بعدد كبير من الموظفين الدوليين، وقيام هؤلاء الموظفين بأعباء مناصبهم يعرضهم للاعتداء عليهم، ومن ثم يجب الاعتراف للمنظمة الدولية بحق حماية هؤلاء الموظفين، عن طريق رفع دعوى للمطالبة الدولية للحصول على التعويض عن الأضرار التي تلحق بها أو بموظفيها.

فالشخصية القانونية الدولية، هي سلاح المنظمة الدولية في مواجهة الدول الأعضاء وغير الأعضاء، لانتزاع حق موظفيها من خلال المطالبة الدولية بحقوقهم عن طريق المطالبة الدولية⁽²⁾. وهذا ما سنقوم بدراسته في (المبحث الأول) عن طريق الخوض في أهلية المنظمة الدولية، من خلال حدود ونطاق هذه الأهلية عن الأضرار التي تقع عليها، وكذلك التي تحدث لممثليها وورثتهم، وكذلك إجراءات هذه المطالبة من خلال حق المنظمة في الإدعاء دولياً.

وبالإجابة على السؤال من يملك حق المطالبة الدولية؟ في (مبحث ثانٍ).

المبحث الأول

المنظمة الدولية كمدعية للمطالبة الدولية

إن الفقه الحديث خرج على منطق النظرية التقليدية -في تحديدها للشخصية الدولية وقصرها على الدولة -منذ أن أصبح يسلم بالشخصية الدولية للمنظمات الدولية الإقليمية والعالمية⁽³⁾، "وقد كان حكم محكمة العدل الدولية بالاعتراف بالشخصية الدولية لمنظمة الأمم المتحدة، نقطة التحول الأساسي في نظرية الشخصية الدولية، ذلك أنها لم تبحث عن معيارها في شكلها السياسي وغلافها الخارجي، بل نفذت إلى داخلها ومضمونها الاجتماعي، بحثاً عن القوى المحركة لها والدالة على

(1) الصادق شعبان . قانون المنظمات الدولية، تونس:مركز الدراسات والبحوث والنشر، ب ط، 1985م، ص46.

(2) د. رفيق عطية الكسار . الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة، مرجع سبق ذكره، ص76.

(3) الشخصية القانونية للمنظم الدولي: يقصد بالشخصية القانونية العلاقة بين وحدة معينة ونظام قانوني محدد، فمفهوم القانون هو من تخاطبه أحكام هذا القانون، أي من يسند إليه القانون مجموعة من الحقوق والالتزامات، ولكل نظام قانوني أشخاصه الذين تخاطبهم قواعده، لأن النظام القانوني لا يكون له معنى إذا لم يخاطب أشخاصاً معينين بأحكامه، ولكن الشخصية القانونية الدولية لا تقتصر بالنسبة للأشخاص المعنوية على كسب الحقوق والالتزام بالواجبات، بل تتطوي كذلك على القدرة على المساهمة في خلق قواعد القانون الدولي. للمزيد من التفصيل انظر في ذلك: د. حسن جمال شاهين . السلطة التشريعية للمنظم العمل الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، غ م، ب ت، ص85-86.

وحدثها، وأصبح المعيار المسلم به، هو تمتع الشخصية الدولية في صورة المنظمات الدولية بإرادة ذاتية متميزة ومستقلة عن إرادات الوحدات الأعضاء فيها"⁽¹⁾، واعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الدولي، إضافة إلى الدول، وتكون لها أهلية الدخول في علاقات مباشرة مع الدول، وفق قواعد لا تخضع أصلاً للقانون الداخلي لدولة معينة، وإنما للقانون الذي يحكم العلاقة بين الدول.⁽²⁾ ولقد عبرت محكمة العدل الدولية عن قناعتها بأهلية المنظمة بالادعاء الدولي، وتم ذلك بمقدمة رأت فيها أن أشخاص القانون الدولي لا تتماثل، وإن تطور القانون الدولي أدى إلى وجود وحدات غير الدول، ذات دور في الحياة الدولية، وأن هذا التطور قد توج بنشأة الأمم المتحدة، وبينت المحكمة أنه في سبيل تحقيق الغاية من وجود الأمم المتحدة، فإنه ينبغي أن يتوافر لها شخصية دولية، ثم انتهت المحكمة إلى التقرير بوجود هذه الشخصية التي تؤهلها للتمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات التي تقتضيها الضرورة لتحقيق وظائفها وأهدافها، مما يترتب عليه منح هذه المنظمات حق المطالبة الدولية لإصلاح الأضرار، التي تصيب المنظمة ذاتها أو ممثليها أو مستخدميها، على نحو يمكنها من الحصول على حقوقها بالادعاء دولياً⁽³⁾، فالحماية الدولية حق مباشر للمنظمة، ويجوز لها طلب التعويض للضرر الذي يحصل لها كشخص اعتباري مستقل، إضافة إلى التعويض الذي يستحقه الموظف الدولي في المنظمة عن الضرر الذي يلحقه، ورأت المحكمة أيضاً تجاوزاً للسؤال الذي طرحته الجمعية العامة، أن تلتزم السند القانوني الأصيل، الذي يقوم عليه حق المنظمة في رفع دعاوى ضد الدول، وتطرقت بذلك إلى الشخصية الدولية للمنظمات الدولية، وقالت المحكمة أن لهيئة الأمم المتحدة شخصية دولية تمكنها من القيام بوظائفها وتحقيق أهدافها، وهي شخصية تُفترض فرضاً إذا لم ينص الميثاق عليها صراحة؛ لأن الشخصية الدولية ضرورية لقيام المنظمة بالمهام الموكلة إليها من الميثاق، ولتحقيق الغايات التي أنشئت من أجلها⁽⁴⁾، وأصبح التسليم بالشخصية القانونية للمنظمات الدولية⁽⁵⁾ من مبادئ القانون

(1) د. محمد كامل ياقوت. الشخصية الدولية_ في القانون الدولي العام و الشريعة الإسلامية، ب.م، ب.ط، عالم الكتاب، 70-1971م، ص778.

(2) د. الصادق شعبان. قانون المنظمات الدولية، مرجع سبق ذكره، ص64.

(3) د. إبراهيم مصطفى مكارم. الشخصية القانونية للمنظمات الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، غ.م، ص110-111. وأيضا: د. صلاح الدين عامر. المشروع الدولي العام، القاهرة، مصر: دار الفكر العربي، ب.ط، 1978م، ص222-223.

(4) د. الصادق شعبان. قانون المنظمات الدولية، مرجع سبق ذكره، ص65.

(5) ولقد عرف الدكتور إبراهيم محمد العناني الشخصية القانونية للمنظمات الدولية بأنها: الصفة التي تكتسبها وحدة معينة في علاقتها مع نظام قانوني يخاطبها بقواعده، فكل نظام قانوني يخاطب مجموعة من الوحدات موجهاً إليها أحكامه، وتتمتع هذه الوحدات نتيجة ذلك بالشخصية القانونية لهذا النظام.

الدولي المتطور، في ظل قواعد التنظيم الدولي، ومن مسلمات الفقه الدولي الحديث الذي اشترط للتحقق من ذلك أن تكون لها إرادة ذاتية مستقلة عن إرادات الدول الأعضاء، تستطيع فرضها على أعضائها بخضوع الأقلية لرأي الأغلبية، والتزام جميع أعضائها بتنفيذ قراراتها ولو لم تكن طرفاً فيها⁽¹⁾، وبعد الإقرار والاعتراف للمنظمات الدولية بالشخصية القانونية الدولية، أصبح بالإمكان التحدث عن المسؤولية الدولية للمنظمات الدولية، باعتبار أن الأساس الذي يتم بناءً عليه تقرير المسؤولية الدولية للمنظمات الدولية في مواجهة أشخاص القانون الدولي، قد وجد في هذه الشخصية القانونية الدولية، والذي يترتب على وجودها أيضاً تقرير أهليتها للتقاضي في المنازعات التي يحكمها القانون الدولي، وعلى ذلك فإنه لولا تمتع المنظمات الدولية بالشخصية القانونية، لما أمكن مساءلتها، ولما تيسر لها من ناحية أخرى تقديم المطالبات الدولية ضد أشخاص القانون الدولي.⁽²⁾

إذاً بالاعتراف للمنظمات الدولية بالشخصية القانونية الدولية، اعتبرت من أشخاص القانون الدولي، واستتبع ذلك بالضرورة أن يكون من حقها الادعاء للمطالبة بحقوقها وحقوق موظفيها، عن طريق الدعوى الدولية، وسنقوم بالحديث عن أهلية المنظمة الدولية من حيث حدودها ونطاقها بتقديم المطالبة الدولية في (مطلب أول)، والتعرض لدراسة إجراءات المطالبة في (مطلب ثانٍ).

المطلب الأول

حدود ونطاق الأهلية

إن شخصية المنظمات الدولية هي شخصية وظائفية، بمعنى أن الأهليات المترتبة عليها لا تتعدى تلك اللازمة لقيام المنظمة بوظائفها وتحقيق مقاصدها، كما أن هذه الشخصية تقوم في النهاية على إرادة الدول الأعضاء، في الحدود المبينة صراحة وضمناً في اتفاق الإنشاء أو الوثائق الدولية الأخرى⁽³⁾، وترتب الاعتراف للمنظمات الدولية بالشخصية القانونية الدولية أن اعتبرت من أشخاص القانون الدولي، وقد استتبع ذلك بالضرورة أن تكون هذه المنظمات طرفاً في علاقة المسؤولية الدولية، وشخصاً من أشخاص هذه المسؤولية، ولها الحق في مقاضاة الدول سواءً أمام المحاكم الداخلية أو الدولية لمطالبتها بما يكون لها من حقوق، وخاصة حقوق موظفيها، والمطالبة

للمزيد من التفصيل راجع: د. إبراهيم محمد العناني . المنظمات الدولية الإقليمية، القاهرة، مصر: المطبعة التجارية الحديثة، ب.ط، 1995م، ص39.

(1) د. محمد كامل ياقوت. الشخصية الدولية في القانون الدولي العام، مرجع سبق ذكره، ص717.

(2) د. جمال طه ندا. مسؤولية المنظمات الدولية عن أعمال موظفيها (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، غم، 1989م، ص26.

(3) د. صادق شعبان . قانون المنظمات الدولية، مرجع سبق ذكره، ص66.

بالتعويض عن الأضرار التي قد تصيبهم بسبب تأدية وظائفهم⁽¹⁾، "وذلك بالالتجاء للطرق المعتادة، والمعترف بها في القانون الدولي، بشأن تقديم وتسوية الادعاءات، وتشمل هذه الطرق طلب التحقيق والمفاوضات وعرض الأمر على محكمة تحكيم أو على محكمة العدل الدولية، بالقدر الذي يسمح بها النظام الأساسي لهذه المحكمة، ويستند تقرير هذه المسؤولية بصفة أساسية إلى الرأي الاستشاري الذي أصدرته محكمة العدل الدولية في 11 أبريل 1949م، والذي كان من نتائجه إقرار مسؤولية المنظمات الدولية بالاعتراف لها بالشخصية القانونية، على أساس أن المسؤولية الدولية هي قرين الشخصية القانونية الدولية وأهلية التقاضي"⁽²⁾.

ويتضح من الرأي الاستشاري أن محكمة العدل الدولية، قد اعترفت للأمم المتحدة وغيرها من المنظمات الدولية بالأهلية القانونية، التي تُمكنها من ممارسة وظائفها وتحقيق أهدافها، وما قد يترتب على ذلك من آثار، أخصها الحق في مقاضاة الدول سواء أمام المحاكم الداخلية أو الدولية، بمطالبتها بما يكون لها من حقوق تكون قد نشأت في مواجهة هذه الدول، نتيجة للعلاقات التي أقامتها المنظمة الدولية معها أثناء مزاولتها لنشاطها، سواءً أكانت حقوقاً للمنظمة ذاتها، أم حقوقاً لموظفيها، وهذا يعني أن محكمة العدل الدولية قد أقرت للمنظمة الدولية بالحق في ممارسة الحماية الوظيفية، أي حماية موظفيها والمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي قد تصيبهم بسبب تأدية وظائفهم، فقد يحدث أن يصيب المنظمة الدولية، أو أحد موظفيها أضراراً أثناء مباشرة وظائفهم، نتيجة إخلال أحد أشخاص القانون الدولي بالتزام دولي، فهذا يثبت للمنظمة الدولية حق إثارة دعوى المسؤولية الدولية، ومقاضاة هذا الشخص، سواءً أكان دولة أم منظمة دولية أخرى، عن الأضرار التي تسبب بها وأصابت المنظمة، وإذا كانت محكمة العدل الدولية قد أكدت في رأيها الاستشاري، على أن للمنظمة الدولية التمتع بالأهلية اللازمة لتقديم المطالبات الدولية ومباشرة دعوى المسؤولية الدولية⁽³⁾، فقد أوضحت هذه المحكمة، أن المطالبة الدولية تعني أهلية اللجوء إلى الطرق المعتادة والمعترف بها في القانون الدولي لإعداد وتقديم الدعاوى وتسويتها⁽⁴⁾، وإن الطرف الذي تقرر لصالحه التزام دولي هو الذي يحق له فقط تقديم مطالبة تستند إلى مخالفة هذا الالتزام، وأن هذا

(1) د. جمال طه ندا. مسؤولية المنظمات الدولية عن أعمال موظفيها، مرجع سبق ذكره، ص 468.

(2) د. محمد طلعت الغنيمي . الأحكام العامة في قانون الأمم، مرجع سبق ذكره، ص 305.

(3) ويعرف الدكتور: محمد طلعت الغنيمي . المسؤولية الدولية : بأنها نظام قانوني يكون بمقتضاه على الدولة - التي تنتهك مصلحة مشروعة طبقاً للقانون الدولي - الالتزام بإصلاح ما ترتب على ذلك الفعل حيال الدولة التي ارتكبت هذا الفعل ضد رعاياها. للمزيد من التفاصيل انظر في ذلك: د. محمد طلعت الغنيمي . الأحكام العامة في قانون الأمم (التنظيم الدولي)، الاسكندرية، مصر: منشأة المعارف، ط 1971م، ص 422.

(4) د. جمال طه ندا . مسؤولية المنظمات الدولية في مجال الوظيفة الدولية، القاهرة، مصر: الهيئة المصرية العامة للكتاب، ب. ط، 1986م، ص 29.

هو ما يحدث بكل تأكيد عندما تقوم المنظمة الدولية بتقديم مطالبة تتعلق بالأضرار التي تحدث لموظفيها، فالمنظمة تقيم مطالبتها في هذا الخصوص على أساس ثمة إخلال بالتزام قد حدث في مواجهتها، وهو التزام يحق لها أن تطالب باحترامه.⁽¹⁾

ولا تستطيع المنظمة أن تعمل بشكل مؤثر لأداء واجبها، ولا يتوافر لممثليها وموظفيها الاستقلال والتأثير، ما لم تكن المنظمة الدولية قادرة على مطالبة الدولة المسؤولة بالتعويض عن خطئها، وعلى وجه الخصوص حصولها على التعويض اللازم لإصلاح الأضرار التي وقعت على ممثليها أو موظفيها نتيجة الخطأ الذي ارتكبه الدولة المسؤولة⁽²⁾، ولاشك أن هذه الاعتبارات تشكل مصلحة قانونية ذاتية للمنظمة، تسمح بقبول مطالبتها ودعواها دولياً.

(1) د. رفيق عطية الكسار. الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة، مرجع سبق ذكره، ص 77.

(2) ويرى الأستاذ الدكتور: محمد سامي عبد الحميد. بأنه للقيام بالمسؤولية الدولية لا بد أن يقع فعلاً يصلح في نظر القانون الدولي أساساً للمسؤولية، وأن تصح نسبة هذا الفعل لدولة من الدول أو منظمة دولية، وأن يترتب عليه الإضرار بشخص آخر من أشخاص القانون الدولي. للمزيد انظر في ذلك: د. مجمد سامي عبد الحميد. أصول القانون الدولي العام (القاعدة الدولية)، الإسكندرية، مصر: دار المطبوعات الجامعية، الجزء الثاني، 1995م، ص 364، ومن هذا يتضح أن للمسؤولية الدولية ثلاثة شروط أساسية هي:

أ- الإخلال بالتزام دولي: وهي الواقعة المنشئة للمسؤولية الدولية (أو العنصر الموضوعي أو المادي) ويقصد بها حدوث أمر يترتب عليه قيام المسؤولية الدولية، وهذه الواقعة قد تكون القيام بنشاط خطر ترتب عليه وقوع ضرر، أو القيام بفعل غير مشروع دولياً.

ب- إسناد الإخلال إلى شخص القانون الدولي: وهو عنصر الإسناد أو العنصر الشخصي، ويقصد به إسناد الواقعة إلى فاعلها (أي شخص من أشخاص القانون الدولي)، وهو نسبة الواقعة المنشئة للمسؤولية الدولية إلى شخص من أشخاص القانون الدولي، أي إلى دولة أو منظمة دولية. فالمسؤولية في القانون الدولي هي النتيجة الطبيعية للإخلال بواجب قانوني، تفرضه قواعد القانون الدولي، سواء تمثل هذا الإخلال بتصرف إيجابي أو بإهمال.

ج- الضرر في المسؤولية الدولية: يشترط لقيام المسؤولية الدولية، حدوث ضرر - مادي أو معنوي - لأحد أشخاص القانون الدولي (الدولة أو المنظمة الدولية) ومن ثم فعند عدم حدوث الضرر، فإنه لا يتصور قيام المسؤولية الدولية. ويقصد بالضرر في القانون الدولي: المساس بحق أو بمصلحة مشروعة لأحد أشخاص القانون الدولي العام. حيث يعتبر وقوع الضرر من أهم العناصر اللازمة لقيام المسؤولية الدولية، ولذلك فمن الواجب إثبات أن الإخلال بالتزام دولي منسوب إلى أحد أشخاص القانون الدولي، قد رتب ضرراً لشخص دولي آخر، حتى يمكن قيام المسؤولية الدولية. = للمزيد من التفصيل انظر في ذلك: د. وائل احمد علام. مركز الفرد في النظام القانوني للمسؤولية الدولية، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية، ب.ط، 2001م، ص 20 وما بعدها. وأيضاً: د. رشاد عارف يوسف. المسؤولية الدولية

إذا فالرابطة الوظيفية التي تربط موظفي الأمم المتحدة بهذه الهيئة، أو أي هيئة دولية أخرى بموظفيها ليست أقل أهمية من رابطة الجنسية التي تربط الفرد بدولة ما، فضمانة استقلالية الموظفين الدوليين هي كلمة لا معنى لها، إذا لم يستطع هؤلاء الاعتماد على حماية المنظمة التي ينتسبون لها، بالنسبة للأضرار التي قد تقع عليهم أثناء ممارستهم لوظائفهم. والأضرار التي تلحق بموظفي هيئة دولية وهم في مهمة رسمية، يلحق دون شك تلك الهيئة، ويعطيها حق المطالبة بالتعويض نيابة عنهم⁽¹⁾، والضرر الذي يلحق بالمنظمة الدولية أو يصيب أحد ممثليها يأخذ صوراً متعددة، فقد يحدث هذا الضرر نتيجة عمل غير مشروع منسوب إلى إحدى الدول، بحيث تترتب عليه مسئولية هذه الدولة قبل المنظمة الدولية، كذلك فقد يصدر ذلك الضرر عن عمل مخالف ترتبته إحدى المنظمات الدولية في مواجهة منظمة أخرى، والضرر الذي يحدث بواسطة دولة ما قد تكون عضواً في المنظمة الدولية، فهنا لا توجد أدنى صعوبة، إذ يكون للمنظمة الدولية الحق في أن تتقدم بمطالبة دولية قبل الدولة العضو بها، للتعويض عن الضرر الذي حدث لها وأصاب أحد ممثليها نتيجة العمل الغير مشروع والمنسوب لهذه الدولة، ولكن إذا كانت الدولة المتسببة بالضرر ليست عضواً في المنظمة الدولية، فهل تملك المنظمة الدولية أهلية الادعاء دولياً ضد هذه الدولة في حالة تسببها في إحداث أضرار للمنظمة أو أحد ممثليها؟ وهل يمكن لهذه الدولة أن تتنازع المنظمة في هذا الادعاء؟

تعرضت محكمة العدل الدولية لبحث هذه المسألة في رأيها الاستشاري السابق الإشارة إليه، والخاص بتحديد نطاق الشخصية القانونية التي تتمتع بها المنظمات الدولية، وبيان ما إذا كانت هذه الشخصية تسري في مواجهة الدول الأعضاء في المنظمة أو غيرها من الدول الأخرى التي لا تنتمي لهذه المنظمة في عضويتها، وبالرجوع إلى هذا الرأي يتضح أن المحكمة قد أقرت فكرة الشخصية الموضوعية في الاعتراف بالشخصية القانونية للمنظمات الدولية، تتحدد بأن هذه الشخصية يُحاجَّ بها كافة أعضاء المنظمة أو غير أعضاء بها.⁽²⁾ وللمنظمة الدولية حق إقامة دعاوى المسئولية الدولية، ضد الدول المنسوب إليها العمل غير المشروع الذي سبب الضرر لها أو لأحد ممثليها، ويستوي في هذه الحالة أن تكون الدولة المسؤولة عضواً بالمنظمة أو غير عضو بها، ذلك أن المناط في قبول هذه الدعاوى التي تقيمها المنظمة الدولية هو توافر شروط معينة، وتتمثل في ضرورة وجود عمل دولي غير مشروع، وأن يكون هذا العمل منسوباً إلى الدولة، وأن يترتب على هذا العمل حدوث ضرر يلحق بالمنظمة أو يصيب أحد ممثليها، وأن تتوافر علاقة

لإسرائيل عن أضرار حرب 1967م، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، غ.م، 1977م،

ص79. وأيضاً: د. رفيق عطية الكسار. الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة، مرجع سبق ذكره، ص19.

(1) د. رأفت وحيد فكري. ((التعويض عن الأضرار الجسمانية المتكبدة في خدمة الأمم المتحدة))، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الخامس، 1949م، ص85.

(2) د. إبراهيم مصطفى مكارم. الشخصية القانونية للمنظمات الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 100.

السببية بين هذا العمل والضرر الذي وقع لها، وتبعاً لذلك فإن الأمر لا يتطلب - طالما توافرت هذه الشروط - أن تكون الدولة المسئولة قبل المنظمة الدولية عضواً في هذه المنظمة أم لا، فهذه أمور لا يتوقف عليها قبول دعاوى المسؤولية الدولية التي تقيمها المنظمة الدولية، ولم يجر العمل الدولي المتبع أمام القضاء الدولي على تطلبها في هذا الصدد.

فالعبرة هنا بالشخصية القانونية الدولية، فإذا ما تحققت وتوافرت للمنظمة الدولية أصبحت من عداد أشخاص القانون الدولي، وبالتالي فإنها تملك تبعاً لذلك ممارسة كافة مظاهر هذه الشخصية، ومن بين ذلك أهلية التقاضي، التي تحول لها إقامة دعاوى المسؤولية الدولية، ضد كافة أشخاص القانون الدولي، بغض النظر عن الاعتراف من عدمه بهذه المنظمة من قبل تلك الدول، باعتبار أن هذه الشخصية وتلك الأهلية، التي تثبت لهذه المنظمة لن تتأثر إذا لم يحدث هذا الاعتراف⁽¹⁾.

وذكرت المحكمة أنه وإن كان من المألوف طبقاً لأحكام القانون الدولي آنذاك، أن الدولة التي ينتمي إليها المضرور أو المصاب بجنسيتها هي التي تتولى بالنيابة عنه تقديم طلب التعويض إلى الدولة التي تسببت أجهزتها أو سلطاتها في إحداث الضرر به، استناداً إلى رابطة الجنسية، وحققها في حماية جميع رعاياها في الداخل والخارج، فمن باب أولى إمكانية اتباع هذه الإجراءات، عند حدوث ضرر لموظف المنظمة الدولية، باعتبار أن العلاقة الوظيفية التي تربط هذا الموظف بالمنظمة الدولية، تكون أشد تأثيراً وأكثر فعالية في هذا الشأن، كما أنها لا تقل أهمية عن رابطة الجنسية التي تربطه بدولته التابع لها، وذلك لأن الضرر الذي يصيبه أثناء ممارسته لعمله الرسمي لصالح المنظمة الدولية، تعود نتائجه وآثاره على هذه المنظمة، وهو ما يمنحها حق المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر، وأن الأهلية التي تُعطي للأمم المتحدة حق التعاقد وحق إبرام الاتفاقيات الدولية مع الدول، تخولها أيضاً وبالمثل حق مطالبة أي دولة مسؤولة بالتعويضات المقررة سواء كانت عضواً في الهيئة أو لم تكن عضواً بها.⁽²⁾

ورأت محكمة العدل الدولية أنه عندما تقوم المنظمة بتقديم مطالبة تتعلق بالأضرار التي تحدث لموظفيها، فإن المنظمة تقيم مطالبتها في هذا الخصوص على أساس أن ثمة إخلال بالتزام قد حدث في مواجهتها، وهو التزام يحق لها أن تطالب باحترامه، وهكذا فإنه قد استبان للمحكمة من ذلك، أن قاعدة جنسية المطالبة، ليس من شأنها أن تحول دون الاعتراف بحق المنظمة في تقديم المطالبة المتعلقة بالأضرار التي تصيب أحد موظفيها أو ورثته، وأنه لا توجد أدنى صلة بين المطالبة التي تقدمها المنظمة الدولية لحماية لموظفيها، وبين رابطة الجنسية، فهذه المطالبة لا

(1) د. جمال طه ندى. مسؤولية المنظمات الدولية في مجال الوظيفة الدولية، القاهرة، مصر: الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط، 1986م ص 249-256.

(2) د. صلاح الدين عبد العظيم محمد خليل. المسؤولية الموضوعية في القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، غ.م، 2002م، ص 255.

تعتمد على جنسية الموظف، وإنما على العلاقة بين المنظمة والشخص بوصفه موظفاً في المنظمة، وهي تبعية المضرور وانتماؤه باعتباره من موظفيها⁽¹⁾، وإن ما تمارسه المنظمة من حماية هو لضمان استقلال الموظف في أداء عمله، وهي حماية تمارسها المنظمة بصرف النظر عن مركز الدولة⁽²⁾ التي يتبعها هذا الموظف، سواء أكان هذا المركز ضعيفاً أم قوياً، وبالتالي فحماية هذه المنظمات لموظفيها، لا تكون على أساس رابطة الجنسية، وإنما على أساس الرابطة الوظيفية، فلكي تقوم المنظمة بوظائفها على الوجه الأكمل وتحقق أهدافها لا بد أن يشعر الموظف الدولي فيها بالأمان، ويكون ذلك بشعوره بأن هناك من يدافع عن حقوقه، فالمنظمة الدولية تحمي موظفيها بنفس القدر الذي تحمي به الدولة مواطنيها،⁽³⁾ والحماية التي تمارسها لصالح موظفيها، يشترط فيها دائماً بقاء العلاقة القانونية (الرابطة الوظيفية) بين المنظمة الدولية، وبين الموظف الذي تضرر من جراء الفعل الذي ارتكبه دولة أو منظمة دولية أخرى، فإذا انقطعت هذه الرابطة أو العلاقة الوظيفية، فلا حماية تقبل من هذه المنظمة المعنية، لعدم وجود مصلحة لها في الدفاع عن حقوق موظف سابق ترك وظيفته.⁽⁴⁾

المطلب الثاني

إجراءات المطالبة الدولية

لكي تباشر المنظمة الدولية المطالبة الدولية وتصل إلى حقها في جبر الضرر الذي وقع عليها أو على أحد ممثليها، فعند حدوث الضرر، سواء أكان نتيجة تصرف غير مشروع لدولة أو كان نتيجة تصرف منظمة دولية، مُنح السكرتير العام للمنظمة (الأمين العام) باعتباره الرئيس الإداري الأعلى، أو أكبر موظف في الهيئة حق التقدم بطلب التعويض إلى الدولة أو السلطات المسؤولة التي وقع من جانبها الضرر، لأنه هو أفضل من يمثل المنظمة في تقديم الدعاوى والمطالبات في هذا الخصوص، وقد ثارت بعض المناقشات في هذا الموضوع، حيث طالبت بعض

(1) د. جمال طه ندا. مسؤولية المنظمات الدولية في مجال الوظيفة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 220-222.

(2) إن دولة الموظف التي ينتمي إليها بجنسيته لا عبرة لها في مطالبة المنظمة الدولية بتعويض الضرر، لأن محكمة العدل الدولية أجازت للمنظمة الدولية الادعاء في مواجهة دولة جنسية الموظف الذي وقع عليه الضرر، وذلك في حالة ما إذا كانت هذه الدولة هي المسؤولة عن الضرر الذي وقع للمنظمة، لأن المنظمة الدولية في ادعائها عما يصيبها من ضرر إنما تمثل ما أصابها شخصياً من ضرر. للمزيد من التفاصيل انظر في ذلك: د. إبراهيم مصطفى مكارم. الشخصية القانونية للمنظمات الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 270.

(3) د. أحمد أبو الوفا. الوسيط في قانون المنظمات الدولية، ب م ب ن، الطبعة الرابعة، 1996م، ص 14.

(4) ا. عبد الباسط إبراهيم الحمري. الضرر في المسؤولية الدولية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الفاتح، غ.م، 2002م، ص 147.

الدول بتترك الأمر لمنظمة الأمم المتحدة بوصفها شخصاً قانونياً، ويصبح من ثمَّ لها بهذا الوصف حق التقدم بالمطالبة بالتعويضات التي تصيب العاملين بها، وبغير أن ينوب عنها الأمين العام في هذا الشأن".⁽¹⁾

ومهما يكن فإن الواقع عملاً أن الذي يحرك المطالبة الدولية ويقدمها هو الأمين العام للمنظمة الدولية، باعتباره الممثل للمنظمة وينوب عنها أمام جهات التقاضي المختلفة، وبالتالي فإن المنظمة - ممثلة في أمينها العام - تعد النائبة عن جميع الدول الأعضاء فيها، فيما عدا الدولة الموجهة إليها المطالبة في تقديم مثل هذه المطالبة، وتعتبر المطالبة في هذه الحالة مقدمة باسمها هي وليست باسم هذه الدول⁽²⁾، وأن السكرتير العام للمنظمة الدولية - بخصوص طلبات التعويض

(1) د. صلاح الدين عبد العظيم محمد خليل. المسؤولية الموضوعية في القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، غ م، 2002، ص 255.

(2) د. جمال طه ندا. مسؤولية المنظمات الدولية في مجال الوظيفة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 216، ومن بين الحوادث التي وقعت لموظفي الأمم المتحدة، التي يمكن ذكرها على سبيل المثال:
أ- مطالبة الأمين العام للأمم المتحدة الحكومة الأردنية بوصفها المسؤولة عن الحادث الذي وقع لأحد أعضاء الأمانة العامة للمنظم ويدعى (هليج باك)، وأدى إلى اغتياله بواسطة جنود عرب تابعين لهذه الحكومة أثناء قيادته لسيارته بالقرب من القدس في يوليو عام 1948م، وعلى ذلك طالب الأمين العام بدفع التعويض المترتب عن الضرر الذي حدث للمنظمة بسبب وفاة عضو الأمانة العامة، فضلاً عن التعويض المستحق لورثته، وقد دفعت الحكومة الأردنية هذه المطالبة بعدم صحة إسناد الواقعة التي أدت إلى الحادث إلى القوات العربية، على أساس أن إطلاق النار على السيارة التي كان يستقلها المستر (باك)، والذي أدى إلى وفاته قد بدأ من الجانب الإسرائيلي، وقد أعربت الحكومة الأردنية عن أملها في عدم توجيه أية مطالبة مالية إليها لعدم مسؤوليتها عن الحادث، ولذا اقترح الأمين العام عرض الموضوع على التحكيم، وقد رفضت الحكومة الأردنية هذا الاقتراح، واستندت في ذلك أنه طبقاً لقرار الجمعية العامة رقم (365) يتعين أن يكون هناك جرم مسبق ارتكبه دولة معينة، وأن تُسند المسؤولية إليها وهو ما لم يتوافر هنا، وبعد ذلك اقترح الأمين العام إنشاء لجنة تقصي للحقائق، تتكون من ممثلين عن حكومة الأردن وممثلين عن الأمم المتحدة، وكلفت هذه اللجنة بتقديم تقرير يتضمن الظروف والحقائق المتعلقة بمقتل عضو الأمانة العامة والتوصيات التي تراها لتسوية النزاع، وقد أكد وزير خارجية الأردن على ضوء التحقيق الذي أجرته اللجنة، الذي تضمن سماع الشهود عدم مسؤولية الحكومة الأردنية، نظراً لقيام الدليل المقنع على أن حادث القتل لم يرتكب بواسطة أي عضو من الجانب العربي.

ب- كذلك قضية مقتل وسيط الأمم المتحدة الكونت (فولك برنادوت) في 17 سبتمبر 1948م، على يد القوات الإسرائيلية (والكولونيل سيرو) الذي كان يعمل مراقباً للأمم المتحدة، فقد قام الأمين العام بمطالبة حكومة إسرائيل بدفع التعويض المالي الناجم عن الضرر الذي حدث لها بسبب الوفاة، وقد استندت هذه المطالبة على الأسس التالية:

- فشل حكومة إسرائيل في ممارسة النشاط الواجب، واتخاذ الإجراءات الضرورية لمنع وقوع الحادث.
- مسؤولية هذه الحكومة عن التصرفات التي قامت بها القوات التابعة لها في إقليم خاضع لرقابتها وسلطتها.

عن الأضرار الناجمة عن الخدمة في الأمم المتحدة - له أن يحدد ما إذا كانت القضية من المحتمل أن تثير مسؤولية دولة ما، وبأن يتشاور مع حكومة دولة المجني عليه لمعرفة ما إذا كانت تلك الحكومة لا تعترض على قيام الأمم المتحدة للمطالبة بالتعويض، أو ترغب في أن تشترك معها في تقديم الطلب، وللأمين العام أيضاً التفاوض مع الدولة المسؤولة عن الضرر لتحديد وقائع القضية ومبلغ التعويض، فإذا لم يتم تسوية الأمر عن طريق التفاوض، يكون للسكترير العام رفع الدعوى أمام محاكم التحكيم.⁽¹⁾، وليس أمام محكمة العدل الدولية رغم اعتراف المحكمة في رأيها الاستشاري بأن المنظمة الدولية شخص من أشخاص القانون الدولي، وأن لديها القدرة على التمتع بالحقوق والواجبات الدولية، كما أنها تملك أهلية المطالبة بحقوقها عن طريق الدعوى الدولية.

ومن الملاحظ أن الإقرار للأمم المتحدة بالشخصية القانونية الدولية لا يؤدي بطبيعة الحال إلى الاعتراف لها بحق إقامة دعوى ضد إحدى الدول أمام محكمة العدل الدولية، وذلك لأن حق التقاضي أمام هذه المحكمة مقصور على الدول فحسب وفقاً للمادة (1/34) من النظام الأساسي لهذه المحكمة.

إذاً من اعتراف محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري السابق للمنظمة الدولية بحق تقديم المطالبات الدولية، يخولها استخدام هذا الحق ضد أشخاص القانون الدولي الآخرين، سواءً أمام المحاكم الداخلية التابعة للشخص المسئول عن العمل غير المشروع الذي نجم عنه الضرر الذي لحق بالمنظمة وأصاب أحد ممثليها، أو محاكم التحكيم الدولية التي يجرى الاتفاق عليها بين أطراف النزاع، ولا يخولها حق تقديم هذه المطالبات أمام محكمة العدل الدولية.⁽²⁾

فالمادة (1/34) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية قصرت أهلية التقاضي أمام هذه المحكمة على الدول وحدها فقط، ولكن المنظمات الدولية ليس لها من سبيل لحق اللجوء إلى هذه المحكمة، إلا عن طريق طلب رأي استشاري فقط، وفقاً لنص المادة (96) من ميثاق الأمم المتحدة في المسائل القانونية، التي تتعلق بممارستها لوظيفتها، وإن كانت هذه المنظمات لا تتمتع بحق رفع الدعاوى القضائية أمام محكمة العدل الدولية لإصلاح أضرارها أو الأضرار التي تصيب موظفيها، إلا أنها تملك حق استخدام وسائل المطالبة الدولية الأخرى، وهذا ما أكدته محكمة العدل الدولية

▪ إخفاق هذه الحكومة في اتخاذ الإجراءات التي يتطلبها القانون الدولي، والمنصوص عليها في قرار مجلس الأمن الصادر في 19 أكتوبر سنة 1948م، والتي توجب تقديم الجاني للعدالة. وقد استجابت حكومة إسرائيل لتلك المطالبة، وقامت بدفع التعويض المطلوب على الرغم من أنها لم تكن وقت وقوع الحادث عضواً بالأمم المتحدة. للمزيد من التفصيل انظر: د. جمال طه ندا. مسؤولية المنظمات الدولية عن أعمال موظفيها. مرجع سبق ذكره، ص 765-767.

(1) د. أحمد أبو الوفا . (المنظمات الدولية وقانون المسؤولية الدولية)، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 51، 1995م، ص 79.

(2) د. جمال طه ندا. مسؤولية المنظمات الدولية في مجال الوظيفة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 267.

في رأيها الاستشاري الصادر سنة 1949م، من أن المنظمة الدولية تتمتع بالشخصية القانونية الدولية التي تؤهلها لممارسة الحقوق وتحمل الالتزامات الدولية، ومن بين هذه الحقوق التي تتمتع بها حق تقديم الطلبات الدولية، وأوضحت هذه المحكمة أن أهلية تقديم المطالبة الدولية تعني (أهلية اللجوء إلى وسائل المطالبة الدولية المعتادة التي يعترف بها القانون الدولي من حيث تأسيس الطلبات وتقديمها وتسويتها، ومن بين هذه الوسائل الاحتجاج وطلب التحقيق والمفاوضة وطلب عرض القضية على محكمة التحكيم، أو على محكمة العدل الدولية إلى الحد الذي يسمح به نظامها الأساسي.⁽¹⁾)

المبحث الثاني

حق المطالبة الدولية

بما أن الرأي الاستشاري الصادر من محكمة العدل الدولية والخاص بتعويض الأضرار سنة 1949م، لم يغفل حق الدولة في تبني مطالب رعاياها، وترك المجال مفتوحاً أمامها، وأمام المنظمة الدولية في حماية الموظف التابع لهذه المنظمة الدولية، والذي يحمل جنسية هذه الدولة. نتناول في هذا المبحث حق الدولة في حماية رعاياها عن طريق الحماية الدبلوماسية - وفقاً للنظرية التقليدية - لإصلاح الضرر الذي يقع عليها نتيجة لما وقع على رعاياها من أضرار في (مطلب أول).

وهل يحق للموظف الدولي المطالبة الدولية لإصلاح الضرر في مواجهة أشخاص القانون الدولي - مسبب الضرر - أمام المحاكم الدولية، دون الاعتماد على المنظمة الدولية التابع لها أو دولته التي ينتمي إليها بجنسيته في (مطلب ثان).

المطلب الأول

حق الدولة في تبني مطالب رعاياها (الحماية الدبلوماسية)

عندما أقرت محكمة العدل الدولية حق المنظمة الدولية في حماية موظفيها، طبقاً للرأي الاستشاري الصادر عام 1949م، والذي أطلق عليه حق الحماية الوظيفية، الذي تتمتع به المنظمة الدولية لم تغفل حق الدولة باعتباره الحق الأول في مباشرة الحماية الدبلوماسية للدفاع عن حقوق رعاياها.⁽²⁾، حيث إن الموظف الدولي هو مواطن لدولة ما، ومن حق دولته مباشرة الحماية الدبلوماسية لحمايته وذلك باتخاذها مجموعة من الإجراءات السلمية للدفاع عن رعاياها ومصالحهم، عند وقوع ضرر بهم من قبل دولة أخرى.

(1) د. عبد الغني محمود. المطالبة الدولية لإصلاح الضرر، مرجع سبق ذكره، ص 48.

(2) د. عبد العزيز محمد سرحان. دور محكمة العدل الدولية في تسوية المنازعات الدولية، ب م، ن، الطبعة الثانية، 1986م، ص 77.

ويعرف الدكتور حافظ غانم الحماية الدبلوماسية بقوله: تبدأ الحماية الدبلوماسية عادة بأن تتدخل الدولة التي ينتمي إليها الأفراد، الذين لحقتهم الأضرار لدى الدولة المسؤولة، لكي تحصل على تعويض مناسب، ويتم هذا الاتصال عن طريق القناصل أو البعثات الدبلوماسية، وإذا تبين أن هناك خلافاً في وجهات النظر بين الدولتين حول مبدأ المسؤولية، أو حول تقدير التعويض، كان للدولة التي يتبعها من أضرار من الأفراد أن تتبنى مطالباتهم، وبهذا تتحول طبيعة النزاع من نزاع داخلي بين دولة وأجانب إلى نزاع دولي.

إذاً فالحماية الدبلوماسية حق للدولة، ولها من خلال هذا الحق أن تعمل على حماية حقوق رعاياها المقيمين في الخارج، ومصالحهم بمقتضى أحكام القانون الدولي ويستند هذا الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية إلى رابطة الجنسية بينها وبين الفرد محل الحماية، ومن هنا فإن من المسلم به فقهاً وقضاً أن الحماية الدبلوماسية من قبل دولة لا تكون إلا لصالح الأفراد الذين يحملون جنسيتها، ويرجع لكل دولة أمر تحديد من تعتبرهم مواطنيها بموجب قانونها الخاص، وفيما يتعلق بمنح الجنسية عن طريق التجنس، فإن للدولة كامل الحرية فيما يتعلق بمنح الأفراد جنسيتها، ولكن يرد على ذلك قيد هام، وهو أنه يجب أن يكون التجنس قائماً على عناصر مناسبة كالميلاد والأصل والزواج والإقامة، أما منح الجنسية في حالة انعدام الصلة بين الدولة المانحة والفرد (أي عدم وجود جنسية فعلية)، فإنه يمكن ألا يكون له أثر في مجال أعمال الحماية الدبلوماسية، ولا يكفي لممارسة الدولة الحماية الدبلوماسية أن يكون الفرد محل الحماية يحمل جنسيتها، بل يتطلب أيضاً أن تكون هذه الجنسية فعلية، بمعنى أن توجد رابطة حقيقية بين الفرد والدولة.⁽¹⁾

"ولقد أكدت محكمة العدل الدولية على معيار الجنسية في سنة 1955م بقولها: عدم جواز الاعتراف في المجال الدولي بالجنسية، إلا إذا كانت تستند إلى رابطة فعلية بين الفرد والدولة. أمّا في ما يتعلق بمشكلة الحماية الدبلوماسية الناتجة عن تعدد الجنسية، فلم تتعرض لها الاتفاقيات الدولية إلا في حالة واحدة، وهي ممارسة إحدى الدولتين التابع لها متعدد الجنسية الحماية في مواجهة الدولة الأخرى - التي يحمل جنسيتها أيضاً - فتنص اتفاقية لاهاي بشأن الجنسية في المادة الرابعة منها على أنه: (لا يجوز لدولة أن تحمي شخصاً من رعاياها إزاء دولة أخرى يتبعها هذا الشخص)، أما حماية الدول التابع لها متعدد الجنسية لدى دولة ثالثة فلم تتكفل الاتفاقيات الدولية بتنظيمها.⁽²⁾

ولا يجوز للدولة أن تباشر الحماية الدبلوماسية لحماية الفرد المتمتع بجنسيتها، ما لم يستنفد هذا الفرد طرق التظلم التي يتيحها له القانون الداخلي في الدولة المنسوب إليها إحداث الضرر بهذا الفرد، والحكمة في ضرورة استنفاد طرق التظلم الداخلية أولاً قبل ممارسة الحماية الدبلوماسية، هي

(1) د. عبد الغني محمود، المطالبة الدولية لإصلاح الضرر، مرجع سبق ذكره، ص 105.

(2) د. فؤاد عبد المنعم رياض. أصول الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المعاصر، مرجع سبق ذكره، ص 105.

إعطاء الفرصة للدولة المسؤولة عن الضرر لكي تتحاشى ما حدث من خطأ مع الفرد، كما أن اللجوء إلى القضاء الدولي يكون بعد اللجوء أولاً إلى القضاء الداخلي، وعلى ذلك يجب على الفرد أن يستنفد جميع طرق التظلم الداخلية الإدارية والقانونية، أي لا تكون هناك أية إمكانية أخرى للحصول على جبر للضرر من الدولة التي يُنسب إليها الفعل غير المشروع دولياً أو النشاط الضار، ويتضمن استنفاد طرق التظلم الداخلية للدولة المدعى عليها، سلوك الفرد طريق الطعن في الأحكام بالاستئناف والنقض.

ويعفى الفرد من استنفاد طرق التظلم الداخلية، إذا ثبت عدم جدوى اللجوء إلى هذه الطرق، كأن تكون نتيجة اللجوء إلى القضاء الداخلي معروفة سلفاً، لاستقرار هذا القضاء من قِبَل على أحكام مماثلة، أو غلبة الفساد على القضاء الداخلي، أو امتناع القضاء عن الحكم في مثل هذه الحالات، ومتى تم استنفاد جميع وسائل الانتصاف الإدارية والقانونية المحلية، أو ثبت عدم جدوى اللجوء إلى طرق التظلم الداخلية إلى أسباب جدية، ولم يتم جبر الضرر الناجم عن خرق التزام دولي، يمكن الشروع حينئذ في إجراء الحماية الدبلوماسية.

ويضيف البعض شرطاً ثالثاً بمقتضاه يجب ألا تتدخل الدولة لحماية رعاياها دبلوماسياً في حالة تصرفهم بصورة غير قانونية، وهو ما يعرف بشرط الأيدي النظيفة⁽¹⁾، ومن أمثلة التصرفات غير القانونية للأفراد: التجسس، أو الاشتراك في أعمال إرهابية، أو الاتجار في المخدرات والرقيق، وفي الحقيقة أن ما اصطلح على تسميته بشرط الأيدي النظيفة، ليس شرطاً لممارسة الحماية الدبلوماسية، وإنما هو أمر يؤثر على فاعلية ممارسة هذه الحماية، فالملاحظ أن الدول تتدخل دبلوماسياً في جميع الأحوال التي يتعرض فيها مواطنوها للضرر، حتى وإن كان تدخلها لجعل الجزاء متناسباً مع الخطأ.⁽²⁾

ومن النتائج المترتبة على اعتبار الحماية الدبلوماسية حقاً خاصاً بالدولة، أن تقديم المطالبة الدولية لإصلاح الضرر الذي يقع على مواطنيها، يخضع للسلطة التقديرية المطلقة لهذه الدولة، فالدولة تستطيع الموافقة أو رفض تحمل مسؤولية المطالبة دون أن تكون ملزمة بتبرير قرارها بأي طريقة كانت، فلها أن تستند مثلاً إلى ضروريات سياستها الخارجية، ولا يستطيع الفرد أن يُجبر دولته على ممارسة الحماية الدبلوماسية، إذا لحق به ضرر، لأن لدولته الحرية التامة في ممارسة هذه الحماية، فلها تقدير ما إذا كانت ستمارس الحماية الدبلوماسية، ومدى نطاق هذه الحماية،

(1) شرط الأيدي النظيفة: لكي تمارس الدولة - التي يحمل الأجنبي المضرور جنسيتها - المطالبة الدولية لصالحه، يجب أن تكون يدها نظيفتان مما يتنافى مع القانون الدولي العام، أو القانون الداخلي - للدولة المدعى عليها - الذي يتوافق مع القانون الدولي، للمزيد من التفصيل انظر في ذلك: د. عبد الغني محمود. المطالبة الدولية لإصلاح الضرر، مرجع سبق ذكره، ص 171.

(2) د. وائل أحمد علام. مركز الفرد في النظام القانوني للمسئولية الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 45-62.

ومتى ينتهي أجل هذه الحماية، ولها في ذلك السلطة التقديرية الواسعة، وكذلك يترتب على اعتبار الحماية الدبلوماسية حقاً للدولة التي يحمل المضرور جنسيتها، أن يكون لهذه الدولة حرية اختيار لحظة تحريك دعوى المسؤولية الدولية، واختيار وسيلة تحريكها، والجهة القضائية التي تلجأ إليها إذا تعددت الجهات القضائية الجائز اللجوء إليها.⁽¹⁾

وأخيراً يترتب على اعتبار الحماية الدبلوماسية حقاً للدولة، أن للدولة الحق في التنازل عن حقها في ممارسة الحماية الدبلوماسية، سواء بعد وقوع الفعل الضار أو قبل وقوعه، كما لها حق التنازل عن الدعوى في أية مرحلة من مراحلها، ويجب التفرقة في هذا المجال بين التنازع السابق أو المعاصر لارتكاب العمل المخالف للقانون الدولي، والتنازل اللاحق لوقوع هذا العمل، فالتنازل السابق أو المعاصر لارتكاب العمل المخالف لأحكام القانون الدولي، يُحدث أثره في عدم قيام المسؤولية أصلاً، إذ أن رضا الشخص الدولي بالعمل المخالف للقانون الدولي، يجعل هذا العمل مقبولاً في مواجهة الشخص الدولي الذي رضي عن وقوع هذه المخالفة، فالموافقة السابقة أو المعاصرة من أحد أشخاص القانون الدولي تجعل العمل مشروعاً بالنسبة لشخص القانون الدولي المخالف للقاعدة الدولية، وذلك في علاقته بالدولة التي وافقت على هذا العمل دون أن تتعدى علاقته بهذه الدولة إلى غيرها من الدول، فيضل العمل بالنسبة لها عملاً غير مشروع دولياً، أما التنازل اللاحق لوقوع الفعل الضار فيحدث أثره في عدم ممارسة الدولة المتنازعة للمطالبة الدولية، ويلاحظ أن التنازل اللاحق لوقوع الفعل الضار لا يضيف على هذا الفعل صفة المشروعية، وإنما أثره هو عدم إثارة دعوى المسؤولية الدولية من قبل الدولة التي وافقت على وقوع هذا الفعل، كما أن هذا الأثر لا يتعدى الدولة التي وافقت عليه.⁽²⁾

وللدولة أيضاً أن تتنازل عن تنفيذ الحكم الصادر لمصلحتها من المحكمة الدولية، ولا يستطيع الفرد المضرور أن يُجبر دولته على المطالبة الدولية أو السير في الدعوى حتى صدور حكم في موضوعها، أو يجبرها على تنفيذ هذا الحكم بعد صدوره، وذلك على أساس أن الحماية الدبلوماسية حق خاص لهذه الدولة، وأن هذا القرار الذي تتخذه في هذا الصدد يكون من قبل أعمال السيادة التي لا يجوز الطعن فيها أمام المحاكم الداخلية.⁽³⁾

من خلال ذلك قد يقع على الدولة التزام بالحماية الدبلوماسية، وأن الدولة قد تتنازل عن هذه الحماية، فهل يحق للفرد بالمقابل التنازل عنها أي مدى مشروعية تنازل الفرد عن الحماية الدبلوماسية؟

(1) د. عائشة راتب. التنظيم الدبلوماسي والقنصلي، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية، ب.ط، 1961م، ص 223.

(2) د. حامد سلطان، د. عائشة راتب، د. صلاح الدين عامر. القانون الدولي العام، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية، ب.ط، 1987م، ص 223.

(3) د. محمد سامي عبد الحميد. أصول القانون الدولي العام، مرجع سبق ذكره، ص 362.

إن الحماية الدبلوماسية وفقاً للنظرية التقليدية تعد حقاً خاصاً بالدولة، وليست حقاً لرعاياها المضرورين، وعلى ذلك فإن المواطن المضروب لا يملك الحق في التنازل عن حق دولته في ممارسة الحماية الدبلوماسية لصالحه، كما لا تملك الدولة التي ارتكبت الفعل الضار أن تحول بين الأجنبي وبين حماية دولته له، وذلك وفقاً لما يعرف بشرط (كالفو)⁽¹⁾، حيث إن بعض الدول جرت على أن تضمن العقود العامة التي تبرمها مع الأجانب شرطاً بموجبه يتنازل الأجانب المتعاقدون مع الدولة عن حقهم في الحصول على حماية دولهم فيما يتعلق بتنفيذ العقد.

أما بالنسبة لموقف القضاء الدولي لشرط (كالفو)، فقد اختلف القضاء الدولي في شأن الأثر الذي يترتب هذا الشرط، وأحكام محاكم التحكيم ولجان الدعاوي المختلطة في هذا الصدد يعوزها الكثير من الوضوح والاستقرار، فبعض هذه الأحكام يحكم بصحة هذا الشرط، ويقضي بعدم قبول دعوى المسؤولية الدولية ما دام الشخص الذي أصابه الضرر قد تنازل مقدماً عن حقه في الالتجاء إلى دولته، كي تباشر نيابة عنه المطالبة بالتعويض أمام المحاكم الدولية⁽²⁾، وتذهب أحكام أخرى على العكس من ذلك إلى تقرير بطلان هذا الشرط، فترفض الدفع به وتجزئ سماع دعوى المسؤولية الدولية على الرغم من وجوده.

وبعد استعراض كل من الجانبين، فإن الحماية الدبلوماسية حق للدولة وليست حق للفرد، وبالتالي فإن هذا الشرط ليس له أثر وفقاً للقانون الدولي، على حق الدولة في ممارسة المطالبة

(1) شرط كالفو: يعرف هذا الشرط بشرط كالفو نسبة إلى كارلوس كالفو وزير خارجية الأرجنتين السابق، وأستاذ القانون الدولي في جامعتها. وأن هذا الشرط يتضمن المبادئ الآتية:

المبدأ الأول: الخضوع لنطاق سلطة القضاء المحلي: ينص شرط كالفو على خضوع المتعاقد الأجنبي لسلطان القضاء المحلي للدولة المتعاقدة.

المبدأ الثاني: الاختيار الحر للقانون: يتضمن (شرط كالفو) نهجاً واضحاً في ما يتعلق بالقانون الذي يطبق على العقد، فعلى سبيل المثال جاء في بعض العقود (العقد يخضع لقوانين الجمهورية) وأصبحت النصوص الواردة في (شرط كالفو) تنص على خضوع المتعاقد الأجنبي لقانون الدولة المتعاقدة بما في ذلك القانون الإداري وتنازع الاختصاص القضائي.

المبدأ الثالث: التنازل عن حماية الدولة الوطنية: يعد هذا المبدأ من أهم المبادئ التي تضمنها (شرط كالفو)، فقد جاء النص على ذلك (مهما تكن الأحوال سوف لن يسمح للممثلين الدبلوماسيين الأجانب بالتدخل في أي أمر يتعلق بالعقد) أو (مطالبة المتعاقد الأجنبي تخرج عن سلطة التدخل الدبلوماسي).

المبدأ الرابع: التنازل عن الحقوق بموجب القانون الدولي: إن الدولة المتعاقدة لا تطلب التنازل عن الحق الرسمي في ممارسة الحماية الدبلوماسية من قبل الدولة الوطنية فحسب، بل التنازل من حيث الموضوع عن كل المطالب المستقبلية ذات الطابع الدولي. للمزيد من التفصيل انظر في ذلك: د. رفيق عطية الكسار. الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة، مرجع سبق ذكره، ص 96-98.

(2) د. حامد سلطان. القانون الدولي وقت السلم، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية، ط. 4، 1964م، ص 343.

الدولية لصالح رعاياها، وبالتالي فإن التنازل عن الحماية الدبلوماسية من الأمور الجائزة للدولة، ولكنه يكون باطلاً إذا ما حصل من الفرد؛ لأن الشخص لا يملك إلا التنازل عن حقوقه وحدها، دون تلك التابعة لغيره من الأشخاص⁽¹⁾، وإن إدراج شرط (كالفو) في عقد بين الدولة وفرد من الأجانب لا يمتد أثره إلى الدولة التي يرتبط بها الأجنبي بجنسيته، وذلك لأنها لم تكن طرفاً في هذا العقد، وأن الدولة ملتزمة بحماية رعاياها، ولا يعفيها من هذا الالتزام تنازل رعاياها عن حقهم في الحماية، ومن هذا يصطدم هذا الشرط بهذين الأمرين.⁽²⁾

وهكذا فإنه بالنسبة لممارسة الحماية لصالح موظف لحقه ضرر، فإنه توجد جهتان يحق لهما ممارسة هذه الحماية، وهما: المنظمة الدولية التي يعمل لديها الموظف، والدولة التي يحمل الموظف جنسيتها، ولكن كيف يمكن التوفيق بين دعوى المنظمة الدولية الخاصة بتعويض الأضرار التي لحقت أحد ممثليها أو ورثته، ودعوى الدولة التي ينتمي إليها هذا الشخص بجنسيته والمتعلقة بذات الموضوع؟

في هذا الجزء من الرأي الاستشاري تعرضت المحكمة بالدراسة لحالة التنازع التي يمكن أن تنشأ نتيجة لاستعمال حق الحماية الدبلوماسية من جانب الدولة التي يحمل ممثل المنظمة الدولية المعتدى عليه جنسيتها، وحق المنظمة الدولية في حماية موظفيها، الذي أقرته محكمة العدل الدولية والذي يطلق عليه حق الحماية الوظيفية الذي تتمتع به المنظمة الدولية⁽³⁾، حيث إن الموظف الدولي مواطن لدولة ما، ويترتب على ذلك أن حق مباشرة الحماية الدبلوماسية ورفع دعوى المسؤولية الدولية يثبت لكل من المنظمة الدولية ولدولته أيضاً، فقد يحدث أن تقوم الدولة التي يحمل ممثل المنظمة جنسيتها، بمباشرة الحماية الدبلوماسية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به عندئذ، فإن الدولة المسؤولة قد تواجه بإدعائين بالتعويض، أحدهما من المنظمة الدولية، والآخر من دولة الجنسية، لذلك يطرح التساؤل كيف يتم التوفيق بين هذين الإدعائين؟ وإذا لم يتيسر حدوث هذا التوفيق فأى الإدعائين تكون له الأسبقية والأولوية، ويكون هو الأحق بالاعتبار؟

للتوفيق بين الدولة والمنظمة الدولية، رأت المحكمة أن الضرر الذي لحق بالمنظمة الدولية يستند على تقصير الدولة في القيام بالتزاماتها التي ارتبطت بها مع الهيئة الدولية، بينما الضرر الذي يلحق بالدولة أساسه عمل غير مشروع أصيب بسببه أحد رعاياها، ويستند على مبادئ المسؤولية الدولية التي نظمتها أحكام القانون الدولي، وبمعنى آخر رأت المحكمة أن الضرر الذي

(1) د. محمد سامي عبد الحميد. أصول القانون الدولي العام (الجزء الثاني، القاعدة الدولية)، مرجع سبق ذكره، ص 363.

(2) د. صلاح الدين عبد العظيم محمد خليل. المسؤولية الموضوعية في القانون الدولي العام، مرجع سبق ذكره، ص 377.

(3) د. عبد العزيز محمد سرحان. دور محكمة العدل الدولية في تسوية المنازعات الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 77.

يصيب الدولة يختلف عن الضرر الذي يصيب المنظمة الدولية، وبالتالي فلا تتنازع بين مطالبية الدولة بالتعويض وبين مطالبية المنظمة الدولية به، ثم أضافت المحكمة أنه في حالة وقوع تنازع بين الدولة والتي يكون الموظف من رعاياها، وبين المنظمة الدولية التي يعمل بها الموظف بشأن المطالبة بالتعويض، يكون التوفيق بين الطرفين خاضعاً لملايسات كل حالة على حدة، أو خاضعاً للاتفاقات التي قد تعقد بين المنظمة الدولية والدول المختلفة.⁽¹⁾

وتقول محكمة العدل الدولية في هذا الصدد: (إن في القانون الدولي لا توجد قاعدة قانونية تعطي الأولوية لأي من المنظمة أو الدولة، أو تلزم أياً منهما بالامتناع عن تقديم المطالبة الدولية) ولكن المحكمة لا ترى من مانع يمنع أطراف المسألة - الدولة التي ينتمي الممثل الدولي لجنسيتها، والمنظمة الدولية - من العمل على إيجاد الحلول التي تملئها الإدارة الحسنة والفهم السليم في دائرة العلاقات بين المنظمة والدولة⁽²⁾ كذلك فقد أوضحت المحكمة على أنه، وعلى الرغم من أن الأساس الذي تقوم عليه مطالبية كل من المنظمة والدولة الوطنية يكون مختلفاً، لأن أساس المطالبة التي تقدمها المنظمة الدولية يقوم على رابطة الوظيفة، بينما تستند المطالبة التي تقدمها الدولة الوطنية على رابطة الجنسية، إلا أن ذلك لا يؤدي إلى أن تكون الدولة المدعى عليها ملزمة بدفع التعويض مرتين عن الضرر الواحد؛ ذلك لأن المحاكم الدولية تدرك تماماً المشكلة التي يمكن أن تثار بسبب المطالبات التي تتقدم بها عدة دول، وهي التي تستند جميعها إلى سند واحد، وتعرف كذلك كيف توفر الحماية للدولة المدعى عليها في هذه الحالة، وقد أبانت المحكمة بعد ذلك عن الوسائل التي يمكن بموجبها التوفيق بين الحقين السابقين، فأشارت إلى أن خطر التزاحم بين المنظمة الدولية والدولة الوطنية، يمكن أن يتضاءل أو ينتفي كلية، إما عن طريق اتفاقية عامة أو بواسطة اتفاقات عامة تبرم في كل حالة على حده.

وللتقليل من حالات الحماية المزدوجة يمكن مراعاة الأمرين التاليين:

- 1- يجب على الدولة أن تترك أمر الحماية الدبلوماسية للمنظمة الدولية أولاً، ولا تتدخل إلا في حالة فشل المنظمة في الحصول للموظف على حقه، وألا تتدخل دولة الجنسية إلا إذا كان الضرر الذي أصاب الموظف يصيب في الوقت نفسه مصلحة هذه الدولة؛ كأن يتم الاعتداء على موظف دولي لكونه من رعايا هذه الدولة الأخيرة، فهنا يكون من مصلحة هذه الدولة التدخل دبلوماسياً لحماية رعاياها.
- 2- يجب على المنظمة الدولية ألا تتدخل لحماية الموظف التابع لها إلا بالنسبة للضرر المتعلق بالوظيفة الدولية، فالحماية التي تمارسها المنظمة الدولية يجب أن تكون مقيدة بأعمال المنظمة الدولية، فإذا كان ممثل الدولة قد تعرض للضرر أثناء قيامه بواجبات وظيفته،

(1) د. بطرس بطرس غالي . التنظيم الدولي، القاهرة، مصر: مكتبة الانجلو مصرية، الطبعة الأولى، 1956م، ص 217.

(2) د. محمد عبد العزيز أبو سخيلة . النظرية العامة للمسئولية الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 186.

فعدنذ تكون الأولوية في المطالبة للمنظمة الدولية، وإذا كان قد تعرض للضرر باعتباره مواطناً تابعاً لدولته، عندئذ تكون الأولوية في المطالبة عن الأضرار التي لحقت به لدولته⁽¹⁾، فالعبرة هنا بوصف الموظف الدولي ممثلاً لمنظّمته أو رعية لدولته. إذا فالقانون الدولي يعطي للدولة الحق في أن تعمل على حماية حقوق رعاياها، وتكون لها الحرية المطلقة في ممارسة هذه الحماية بوصفها حقاً خاصاً لها، وإطلاق هذه الحرية يؤدي إلى قصور في قواعد الحماية الدبلوماسية، فإحجام الدولة عن ممارسة الحماية الدبلوماسية لرعاياها، أو مصالحه المعتدى عليها، بحجة أن الحماية حق خالص لها قد تستعمله أو تتخلى عنه، فهو منطوق بجافي العدالة، فقد تفضل دولة الجنسية عدم توجيه المطالبة بإصلاح الضرر الذي أصاب الفرد، وذلك نظراً لاعتبارات سياسية وتجعل من غير الملائم توجيه الدعوى، أو يتعذر عليها ذلك كما في حالة قطع العلاقات الدبلوماسية وتوترها، أو خشية المساس بروح التعاون في المجالات المختلفة من دولة الجنسية والدولة المسؤولة، وغير ذلك من الحالات التي لا تتفق مع المصلحة العامة للدولة.⁽²⁾

ومع هذا وفي حالة ما إذا تولت المنظمة الدولية أمر حماية موظفيها، بمطالبة مسبب الضرر دولياً، وفشلت في الحصول للموظف على هذا الحق، فهل يحق للموظف الدولي مقاضاة مسبب الضرر أمام المحاكم الدولية دون الاعتماد على المنظمة الدولية أو على الدولة التي يحمل جنسيتها؟

المطلب الثاني

حق الموظف في تقديم المطالبة الدولية

انتقد بعض الفقهاء حرمان الأفراد من حق مقاضاة الدول أمام المحاكم الدولية، وهم يسلمون بأن كل دولة لها حق ثابت ومصلحة مؤكدة في أن ترى حقوق رعاياها محترمة ومكفولة من جانب الدول، وأنها - تبعاً لذلك - لا تتردد في رفع دعوى المسؤولية الدولية إذا حصل اعتداء على حقوق رعاياها نتيجة مخالفة دولة أخرى لأحكام القانون الدولي، وعدم تنفيذها لالتزاماتها الدولية، ولكنهم يرون أن حرمان الفرد من مقاضاة الدول الأجنبية التي مست بحقوقه أمام المحاكم الدولية فيه الكثير من التعسف، ذلك أن دولته قد لا تكون راغبة في رفع الدعوى نيابة عنه على الدول الأخرى لاعتبارات سياسية، أو بسبب مقتضيات المجاملة، والحرص على الصلات الودية بينها وبين تلك الدولة، ويضاف إلى ذلك أن الاتصالات الدبلوماسية بين الدول وإجراءات رفع الدعاوى فيما بينهما تستغرق في العادة وقتاً طويلاً يؤدي إلى تأخر حصول الفرد على حقه، كما قد تتنازل الدولة عن المطالبة الدولية أو عن تنفيذ الحكم الصادر لصالح رعاياها، وأيضاً قد تفشل المنظمة الدولية في

(1) د. وائل أحمد علام. مركز الفرد في النظام القانوني للمسؤولية الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 76.

(2) د. إبراهيم محمد العناني. اللجوء إلى التحكيم الدولي، القاهرة: دار الفكر العربي، ط.1، 1973م، ص

الحصول على حقوق موظفيها بالمطالبة الدولية لإصلاح الضرر⁽¹⁾، نتيجة لهذه العوائق رأى بعض الفقهاء أن الفرد يمكنه مطالبة الدول الأجنبية مباشرة دون الرجوع إلى دولته أو منظمته الدولية للحصول على ما يصلح ضرره ويستند هذا الفقه المؤيد لأهلية الفرد باللجوء إلى القضاء الدولي، في رأيه بإعطاء الفرد حق المطالبة الدولية لإصلاح ضرره، على ما يذهب إليه أصحاب المذهب الواقعي الذي يرى أن الفرد هو الشخص الوحيد للقانون الدولي، أو هو المخاطب الوحيد بالقواعد القانونية، سواء أكانت داخلية أم دولية، وبالتالي فهو الشخص القانوني الوحيد في كافة النظم القانونية بما فيها القانون الدولي العام⁽²⁾، وأن الفرد هو الذي يتمتع في نهاية الأمر بالحقوق وتحمل الواجبات، التي تفرضها القواعد القانونية الدولية⁽³⁾، ولما كان الفرد هو المخاطب الوحيد بقواعد القانون الدولي، فإنه يتلقى حقوقه ويتحمل التزاماته مباشرة من هذا القانون، دون أن يكون ذلك راجعاً لإرادة الدولة المجردة المعبر عنها في المعاهدات، وبناء على هذا فإن بعض الفقهاء يرى أن من حقوق الفرد التي يتلقاها من القانون الدولي، مباشرة أهلية اللجوء إلى المحاكم الدولية للمطالبة بإصلاح أضراره.⁽⁴⁾

ويرى الأستاذ (Kelsen) وهو أحد مؤيدي المذهب الواقعي، أن أشخاص القانون الدولي هم أشخاص القانون الوطني أنفسهم، وهم دائماً الأفراد، وأساس نظريته هذه ترجع إلى نظريته إلى طبيعة القواعد القانونية، فالقانون بالنسبة له هو تنظيم علاقة الأفراد في المجتمع، ولهذا يشير (إن قواعد القانون الدولي لا يمكن أن تخاطب غير الأفراد، والأفراد وحدهم يملكون أهلية إنشاء القاعدة القانونية)، وإذا كان للقانون الدولي القدرة على إنشاء حقوق وواجبات أو مسؤوليات، فإنه لا يمكن أن يخاطب غير الأفراد فيما يخص اكتساب تلك الحقوق أو الالتزام بتلك الواجبات والمسؤوليات. وإذا كان القانون الدولي والقضاء الدولي يسأل الأفراد عن الأعمال والجرائم التي يرتكبونها مخالفة للقانون الدولي، فإنه مما يتفق مع المنطق أيضاً وجوب تخويلهم الحق بحماية حقوقهم ومصالحهم مباشرة أمام المحاكم الدولية، فقد أبرز الأستاذ (depradeclé) هذه الفكرة تأييداً لرأيه المؤيد تخويل الفرد أهلية اللجوء إلى المحاكم الدولية، وذلك في أثناء مناقشة لجنة الفقهاء المكلفة بوضع نظام محكمة العدل الدولية الدائمة، فقد أشار إلى فكرة إنشاء محكمة للنظر في الجرائم التي يرتكبها الأفراد ضد قانون الشعوب، وقال: إذا كان القضاء الدولي مختصاً بمقاضاة الأفراد، فيجب في المقابل أن يكون لهم الحق في الادعاء أمام القضاء الدولي لأجل حماية مصالحهم.⁽⁵⁾

(1) د. حامد سلطان، د. عائشة راتب، د. صلاح الدين عامر. مرجع سبق ذكره، ص 302-303.

(2) د. رفيق عطية الكسار. الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة، مرجع سبق ذكره، ص 83.

(3) د. محمد كامل ياقوت. الشخصية الدولية في القانون الدولي العام، مرجع سبق ذكره، ص 735.

(4) د. إبراهيم محمد العناني. المنظمات الدولية والإقليمية، مرجع سبق ذكره، ص 70.

(5) د. رفيق عطية الكسار. الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة، مرجع سبق ذكره، ص 85.

ووجهت لهذا الرأي القائل بأهلية الفرد باللجوء إلى القضاء الدولي انتقادات عدة، وأول هذه الانتقادات ما أشار به الدكتور إبراهيم العناني بقوله أن الفرد لا يملك أهلية ذاتية تمكنه من اللجوء إلى القضاء الدولي، وإن كل ما يمكن أن يمنح للفرد - هو حق مستمد من معاهدة دولية - في اللجوء إلى المحكمة التي نظمتها تلك المعاهدة، وهو حق استثنائي مقيد بحالات وشروط محددة، وأن الإرادة الذاتية للفرد إلى جانب إرادة دولة أجنبية، لا تكفي لكي تكسب المحكمة التي يعطى لها حق اللجوء إليها الصفة الدولية، وإنما تعد مثل هذه المحكمة في رأي كثير من الفقهاء ذات طبيعة خاصة.⁽¹⁾

وإذا كان من الصحيح أن الفرد في بعض الأحيان يتعرض للضرر نتيجة لتخلي دولته عن تقديم الحماية الدبلوماسية له، إلا أن إعطاء الفرد حق اللجوء إلى القضاء الدولي لا يعطيه حماية كاملة، بل قد يتعرض لضياع حقوقه، وذلك لأن مركز الفرد في الخصومة الدولية - بينه وبين الدولة المسؤولة - مركز ضعيف لعدم التساوي بينهما، مما قد يترتب عليه تحلل الدولة المسؤولة من التزاماتها نحوه، ولذا فإن من مصلحة الفرد أن تتولى دولته المطالبة الدولية لصالحه، ومن هنا يكون حق المطالبة الدولية لإصلاح الضرر الذي يقع عليه مباشرة هو حق لدولته باعتباره من الحقوق الدولية المقصورة على أشخاص القانون الدولي، وهي القاعدة التي استقر عليها القانون الدولي العرفي، والتي لم تتل فيها تلك الحالات الاستثنائية التي سمحت فيها الدول بمنح الأفراد حق المطالبة الدولية، لأن الدول ذاتها هي التي أعطت الأفراد هذا الحق - المقرر لها - بناء على الاتفاقيات التي أبرمتها، ومن هنا فليس للفرد حق أصلي في المطالبة حتى يمكن أن ينال من القاعدة التقليدية التي قررها القانون الدولي العرفي، وهناك اختلاف كبير بين منح الفرد الأهلية الكاملة للمطالبة الدولية ومباشرته لها باعتبارها حقاً أولياً له، وبين إشراكه في الدعوى التي تمارسها دولته أو المنظمة الدولية التي يعمل بها، ليزود المحكمة الدولية بأرائه حول القضية التي تتعلق مباشرة بحقوقه ومصالحه، فتقديم الفرد المساعدة القانونية للمحكمة في هذه الحالة أمر ضروري لاستجلاء الحقيقة، إلا أنه لا يعطى الفرد حق المطالبة الدولية المباشرة⁽²⁾، وأن قدرة المنظمة الدولية على حماية موظفيها تعطي لها قوةً إضافيةً إلى شخصيتها القانونية الدولية وتضمن استقرار الوظيفة الدولية، لأنه في عدم وجود هذه القدرة ما يجعل من الموظفين الدوليين حبيسي جنسياتهم، وبالتالي تنعكس على هذه الوظيفة وتجعلها وظيفةً وطنيةً أكثر منها وظيفةً دوليةً.

وفي رأي الباحث أن محكمة العدل الدولية قد اخطأت في إطلاق حرية الدولة في بسط الحماية الدبلوماسية على رعاياها ممن يحمل صفة الموظفين الدوليين، فالضمانات القانونية هي التضييق على هذه الدول وجعل تدخلها بهذه الحماية في حدود ضيقة للغاية، كأن تكون في حالة عجز المنظمة الدولية عن حماية موظفيها، وأيضاً ما يلاحظ على هذه الضمانة أنه إذا ما تخلت دولة الجنسية عن المطالبة بحق مواطنها، والذي يحمل صفة الموظف الدولي التابع للمنظمة

(1) د. إبراهيم محمد العناني. المنظمات الدولية والإقليمية، مرجع سبق ذكره، ص 92، 93.

(2) د. عبد الغني محمود، المطالبة الدولية لإصلاح الضرر، مرجع سبق ذكره، ص 60.

الدولية، بحجة العلاقات السياسية، أو خشية المساس بروح التعاون، وتخلت المنظمة الدولية عن حماية هذا الموظف بذات الحجة، فما مصير كلاً من الموظف الدولي و الوظيفة الدولية أيضاً؟
الخاتمة

تناولت الدراسة الضمانة الوظيفية للموظف الدولي والتي منحتها محكمة العدل الدولية للمنظمات الدولية في الرأي الاستشاري الخاص بتعويض الأضرار التي تصيب موظفي الأمم المتحدة سنة 1949م، من خلال الاعتراف لها بالشخصية القانونية الدولية فتطرق هذه الدراسة لهذا الرأي، وكيفية الاعتراف للمنظمة الدولية بهذه الشخصية، والتي أهلتها للإدعاء دولياً، ومطالبة حقوقها وحقوق موظفيها عن طريق المطالبة الدولية، والتطرق لدولة الجنسية التابع لها هذا الموظف الدولي بجنسيته، من خلال الرأي الاستشاري وحققها في هذه المطالبة الدولية استناداً إلى الحماية الدبلوماسية، ومدى أحقية الموظف الدولي بعيداً عن المنظمة الدولية ودولة الجنسية، في الإدعاء دولياً ومطالبة حقوقه بنفسه أمام القضاء الدولي.
وخرجت هذه الدراسة ببعض النتائج والتوصيات :

أولاً: النتائج :

إن الضمانة الوظيفية للموظف الدولي لازال يعترتها النقص الشديد، وغير كافية لضمان استقلال الوظيفة الدولية وموظفيها، ولا يمكننا القول بأن الموظف الدولي قد أحيط بضمانة قانونية تجعله في مأمن من الضرر استناداً على ما يلي:

- 1- إن محكمة العدل الدولية لم تعترف للمنظمات الدولية بالشخصية القانونية الدولية، والتي يمكن من خلالها اللجوء إلى جميع المحاكم الدولية، لاقتضاء حقها وحقوق موظفيها، فالاعتراف لم يكن كاملاً ومقيداً لهذه الشخصية، من حيث اقتصار التقاضي أمام محكمة العدل الدولية على الدول فقط، وترك المجال مفتوحاً أمام الدولة التي يحمل الموظف الدولي جنسيته بالتدخل لحمايته عن طريق الحماية الدبلوماسية.
- 2- على الرغم من اهتمام القانون الدولي المعاصر بالفرد من خلال حقوق الإنسان، إلا أن هذا الاهتمام لم يصل إلى حد إعطاء الفرد الحق في رفع الدعاوى أمام المحاكم الدولية، وإنما يبقى كل ما ذكر استثناءً كما في المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وبالتالي فإن الموظف الدولي لا يستطيع الإدعاء دولياً للمطالبة بحقوقه أمام المحاكم الدولية؛ لأنه لا يعتبر من أشخاص القانون الدولي.

ثانياً: التوصيات:

- 1- إعطاء المنظمات الدولية حقها من الشخصية القانونية الدولية الكاملة، بإعطائها حق التقاضي أمام محكمة العدل الدولية، ولو بخصوص الوظيفة الدولية من خلال مطالبة حقوق موظفيها أمام هذه المحكمة، فالضمانات القانونية الحقيقية تكمن في الاعتراف الكامل للمنظمات الدولية بالشخصية القانونية الدولية أسوةً بالدول.

التكييف الفقهي

وأثره في اختلاف الفقهاء

بشير أحمد إمام

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

لا شك أن أهم جانب في الفقه الإسلامي هو تطبيق أحكامه في جميع تصرفاتنا والعمل وفقها في جميع مناحي الحياة، ولا يتأتى ذلك إلا بعد معرفة أحكام هذه التصرفات والنوازل والمستجدات، وهذا يقتضي تشخيص المسائل والمستجدات ومعرفة حقيقتها ليسلط الحكم الشرعي عليها.

إذ الكثير من المسائل والمستجدات - وبخاصة في هذا الزمن الذي تكاثرت فيه - لا تعرف حقائقها إلا بعد التمعن والنظر فيها وتشخيصها لتظهر جلية واضحة.

فهذا التحليل أو التشخيص هو التكييف الذي لا غنى عنه في الكثير من المستجدات.

فالفقيه أو المفتي لا يستطيع أن ينزل حكماً على نازلة إلا بعد أن يعرف حقيقتها وانتماءها إلى أصل معتبر ومن تم يسלט الحكم الشرعي عليها.

فأهمية التكييف قديماً وحديثاً لا تخفى والحاجة إليه ماسة، لهذا تعرضت إليه بإيجاز في هذا البحث الذي جاء في ثلاثة مطالب على النحو الآتي:-

ففي المطلب الأول تعرضت لمفهوم التكييف وأهم شروط المكيف، وفي المطلب الثاني تناولت مؤثرات التكييف أو الاعتبارات التي يجب مراعاتها عند التكييف، وفي المطلب الثالث بينت بعض التطبيقات الفقهية وفق منهج التكييف.

والله أسأل أن يوفقنا إلى ما فيه كل خير.

المطلب الأول

مفهوم التكليف

التكليف في اللغة: هو القطع، ومنه كيف الأديم تكيفاً إذا قطعه⁽¹⁾

فالتكليف هو وصف الشيء على وضعه الحالي، تقول كيف الشيء، أي جعل له كيفية معلومة، وكيفية الشيء حاله وصفته⁽²⁾

التكليف في الاصطلاح

التكليف كما تناوله الفقهاء بالتعريف كذلك تناوله القانونيون، فالقانونيون احتاجوا إليه في الكثير من الوقائع، بل إن هذا المصطلح استعمله القانونيون أكثر من الفقهاء، حيث بدأت علاقة مصطلح التكليف الفقهي بمصطلح التكليف القانوني منذ استعمال علماء الشريعة الإسلامية له في أبحاثهم المقارنة بين الفقه والقانون في العقود الأربعة الأخيرة من القرن العشرين، ثم اقتبس علماء الشريعة من القانون الوضعي واستعملوه في أبحاثهم الفقهية⁽³⁾⁽⁴⁾ ولهذا سأعرض لمعنى التكليف عند القانونيين أولاً ثم عند الفقهاء ثانياً.

1- التكليف عند القانونيين

عرف القانونيون التكليف بأنه إرجاع واقعة الدعوى إلى أصل قانوني صحيح واجب التطبيق عليها⁽⁵⁾.

وتكليف واقعة معينة بأنها جناية أو جنحة أو مخالفة هو ردها إلى نوع أو آخر من هذه الأنواع الثلاثة فتخضع من هنا لما يخضع له نوعها من القواعد والآثار⁽⁶⁾.

1- النفيس للتليسي 2011/1 ((كيف))

2- المعجم اللغوي، إبراهيم أنيس وآخرون - ج 2 ص 87 ((كيف))

3- ينظر التكليف الفقهي . د شبير ص 24

4- التكليف الفقهي مصطلح اقتبسه علماء الشريعة من الأبحاث القانونية الغربية، ومثل هذا الاقتباس الذي يخلو من التأثيرات العقدية والفكرية حيث لا يمس الشريعة الإسلامية وخصائصها ولا يترتب عليه أي أثر من الآثار السلبية لا على الإسلام ولا على المسلمين فهو مباح والحالة هذه. ينظر الاقتباس عن الغرب لمحمد بن عامر، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الكويت ع 29 لسنة 1996م

5- النظرية العامة للتكليف القانوني، محمد محمود إبراهيم ص 68

6- المصدر نفسه

فالتكييف عند القانونيين هو إرجاع الوقائع إلى أصل من الأصول القانونية ليتم تطبيقها وفق هذا الأصل، وهذا هو معناه العام عند الفقهاء إذا ما استبدلت كلمة: القانونية الواردة في التعريف بالفقهية - كما سيتضح -

التكييف عند الفقهاء

عرّف الشيخ علي الخفيف التكييف بأنه "إلحاق عقد بعقد معين شبيه به من العقود التي عرفها الشارع، وعندئذ يعطى العقد الملحق الحكم الذي رتبته الفقهاء على العقد الملحق به من صحة أو بطلان وفساد، وذلك بالنظر في الأركان والشروط".⁽¹⁾

وعرّفه الدكتور القرضاوي بأنه "تطبيق النص الشرعي على الواقعة العملية".⁽²⁾

وعرّفه الدكتور محمد رواس قلعة جي بقوله: "التكييف الفقهي للمسألة: تحريرها وبيان انتماؤها إلى أصل معين معتبر".⁽³⁾

ويعلق الدكتور محمود مشعل على هذا التعريف بقوله: "وربما يكون المقصود من تحرير المسألة هو التصور الصحيح الكامل للمسألة، ثم تأتي بعد ذلك مرحلة بيان انتماؤها إلى أصل معين معتبر، أي من أصول الاستدلال".⁽⁴⁾

وعرّفه الدكتور سعد الدين هلاي في عرضه لتكييف القواعد الفقهية بقوله: "هو تشخيصها وبيان حالها وصفقتها في واقع الدراسات الفقهية".⁽⁵⁾

وعرفه الدكتور قطب سانو بأنه "تحرير المسألة وبيان مدى انتماؤها إلى أصل فقهي معتبر".⁽⁶⁾

وبعد عرض بعض التعريفات للتكييف عند الفقهاء نلاحظ أن التكييف: يحتاج إلى نظر عميق في المسألة على النحو الآتي:-

أولاً: النظر في المسألة من خلال فحصها وتحليلها لبيان حقيقتها وهذه هي مرحلة التشخيص، ففي هذه المرحلة تظهر الواقعة وتبرز على حقيقتها، فبعض المسائل أو الوقائع قد يتخللها غموض في

1- بحث شهادات الاستئثار للشيخ علي الخفيف ص11

2- الفتوى بين الانضباط والتسيب د. يوسف القرضاوي ص67

3- معجم لغة الفقهاء للدكتور محمد رواس قلعة جي ص143

4- أثر الاختلاف الفقهي في القواعد المختلف فيها د. محمود اسماعيل مشعل ص174

5- المهارات الأصولية وأثرها في النضج والتجديد الفقهي د. سعد هلاي ص391

6- معجم مصطلحات أصول الفقه د. قطب سانو ص145

صورتها الأولية فتحتاج إلى تحليل دقيق كي تظهر جلياً فإذا ما ظهرت وبرزت فتلحق حينئذ بنظائرها مباشرة وهذه هي المرحلة الثانية وهي مرحلة الإلحاق أو تسليط الحكم الشرعي عليها وفق مقاصد الشارع.

فالتكليف الفقهي هو تشخيص أو تحليل المسألة وبيان حقيقتها ليتم تسليط الحكم الشرعي عليها وفق المقصد الشرعي.

فالتحليل أو التشخيص هو أول مراحل التكليف التي به تبرز الواقعة على حقيقتها وبالتالي يتم استبعاد كل ما يشوب المسألة أو الواقعة من غموض، سواء كان هذا الغموض أو الإلتباس لفظياً أو شكلياً، إذ الكثير من المسائل تأتي في صورة متشابهة وملتبسة لو لم تشخص لا يمكن معرفة حقيقتها، فمثل هذه المسائل قد تتغير عن صورتها الأولية بالتحليل والتشخيص فلا يعتد بصورتها الأولى؛ لأنها لا تمثل حقيقتها وعليه لا يمكن تسليط الحكم الشرعي عليها إلا بعد وضوحها وظهور حقيقتها ولو في نظر المكيف.⁽¹⁾

ويراد من القيد الوارد في التعريف وهو "وقف المقصد الشرعي" أن بعض المسائل أو النوازل وإن تشابهت بنظائر لها فقد تستثنى ولا تلحق بها إما لحالها أو لمآلها - كما سيأتي - ، إذ المقصد الشرعي هو الموجه للمكيف، في تنزيل الأحكام على النوازل والمستجدات فعلى المكيف ألا يغفل المقصد الشرعي عند تسليط الحكم على النازلة.

الشروط التي يجب توافرها في المكيف.

1- من أهم الشروط التي يجب توافرها في المكيف أن يكون تقياً يخاف الله ويراقبه في السراء والضراء يمتثل أمره ويجتنب نواهيه؛ لأن من كان هذا شأنه فقد أوتي الخير الكثير كما أخبر الله - تعالى - "يؤتي الحكمة من يشاء ومن يؤت الحكمة فقد أوتي خيراً كثيراً"⁽²⁾ ويقول: "واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شيء عليم"⁽³⁾ ويقول - صلى الله عليه وسلم - : "من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين".⁽⁴⁾

1- فظهور المسألة في نظر المكيف أو الفقيه هو المعتبر في حقه وإن خالفه غيره، فالتكليف أحد أسباب اختلاف الفقهاء فقد يكيف المجتهد مسألة بغير ما يكيفها غيره وبناء على هذا فالحكم يختلف تبعاً لاختلاف التكليف.

2- البقرة الآية 269.

3- البقرة الآية 282.

4- رواه البخاري في صحيحه كتاب العلم، باب: من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين ج 1 ص 206 رقم الحديث "71".

فالحكمة هي الفقه كما يقول الإمام مالك: "يقع بقلبي أن الحكمة الفقه في دين الله وأمرٌ يدخله القلوب من رحمته وفضله".⁽¹⁾

ويقول: "الحكمة نور يقذفه الله في قلب العبد".⁽²⁾

فصاحب هذا النور يعرف النفوس ومراميها وتفاوت إدراكها وقوة تحملها للتكاليف وصبرها على حمل أعبائها أو ضعفها، فهو يحمل على كل نفس من أحكام النصوص ما يليق بها وفق المقصد الشرعي.⁽³⁾

فالإنسان الذي يخاف الله ويتقيه يخشى أن يضع أحكام الله في غير محلها بخلاف غيره الذي لا يبالي بأحكام الله - عز وجل - ولهذا اشترط فيمن يتولى هذه المهمة أن يكون تقياً ورعاً.

2- أن يكون المكيف فطناً ذو سعة في الأفق حتى لا يختلط عليه الأمر بين الوقائع فقد يلحق الواقعة بما لا يماثلها حقيقةً ومقصداً.

يقول الجويني: "لست أعرف خلافاً بين المسلمين أن الشرط أن يكون المستتاب لفصل الخصومات والحكومات فطناً متميزاً عن رعاك الناس ومعدوداً من الأكياس، ولا بد أن يفهم الواقعة المرفوعة إليه على حقيقتها ويتفطن لمواطن الإعضال وموضع السؤال ومحل الإشكال منها".⁽⁴⁾

3- فهم الواقعة

من أهم الشروط التي يجب توافرها في المكيف فهم الواقعة على حقيقتها، فقد يكون المكيف تقياً ورعاً عالماً بالفقه وأصوله إلا أنه إذا لم يفهم الواقعة على حقيقتها فقد يقع في الخطأ والزلل.

والوقائع كثيرة متعددة المجالات، فمنها ما يختص بعلم الاقتصاد، ومنها ما يختص بعلم الطب..... إلخ، والفقيه إذا أراد أن يكيف نازلة فعليه أن يستعين بالمتخصصين في مجالها حتى يعرف حقيقتها ومن ثم يسלט الحكم عليها، وقد لا يتأتى للمكيف معرفة حقيقة المسألة إلا بسؤال المتخصصين عن طبيعتها وحقيقتها فعلى المكيف ألا يتحرج في أسئلة المتخصصين ولو تعددت وتكررت فعليه أن يسأل عن كل ما يدور في ذهنه بخصوصها من جزئياتها وكلياتها حتى يربط بين خيوطها لتظهر صورتها جلية واضحة.

1- الموافقات للشاطبي 728/4.

2- المصدر نفسه.

3- الموافقات للشاطبي 728/4.

4- غياث الأمم للجويني ص 158.

وسؤال أهل الاختصاص شأن الفقهاء والأئمة المعترين، فقد كان مالك - رحمه الله - يأمر أن تسأل النساء عن النفاس.⁽¹⁾

"فمن الناس من يجازف بالفتوى في أمور المعاملات الحديثة، مثل التأمين بأنواعه، وأعمال البنوك، والأسهم والسندات، وأصناف الشركات فيحرم ويحلل دون أن يحيط بهذه الأشياء خيراً ويدرسها جيداً، فمهما يكن علمه بالنصوص ومعرفته بالأدلة فإن هذا لا يغني ما لم يؤيد ذلك بمعرفة الواقع المسؤول عنه وفهمه على حقيقته".⁽²⁾

ففهم النصوص له أهمية لا تخفى فذلك أهمية تنزيلها على الواقع، ولا يتأتى هذا الأخير إلا بفهم الواقع والتحقق منه.

وفهم الواقع يشترك فيه عموم الناس فهو ليس من شروط الاجتهاد التي يجب توافرها في المجتهد، غاية ما في الأمر أن المجتهد عليه أن يبذل وسعه في إدراك حقيقة النازلة من أهل الاختصاص.

يقول الشاطبي - رحمه الله - "قد يتعلق الاجتهاد بتحقيق المناط فلا يفتقر في ذلك إلى العلم بمقاصد الشارع، كما أنه لا يفتقر إلى معرفة العربية؛ لأن المقصود من هذا الاجتهاد إنما هو العلم بالموضوع على ما هو عليه".⁽³⁾

فالشاطبي يبين أن تنزيل الحكم على الواقعة لا يتأتى إلا بمعرفة حقيقة الواقعة.

ومعرفة حقيقتها لا يتوقف على المجتهد بل هو عام يحصل من أهل الاختصاص على اختلاف تخصصاتهم.⁽⁴⁾

ثم إن هذه النوازل لا يتحقق المقصد الشرعي منها عند تنزيل الحكم الشرعي عليها إلا بالنظر والتحقيق في أصول النوازل نفسها ومعرفة حقيقتها ودراسة ظروفها وملابساتها العينية⁽⁵⁾

مراحل التكليف - المرحلة الأولى

لا شك أن التكليف يمر بمراحل وأول هذه المراحل هو التشخيص - كما سبق - ، فمعرفة مكونات المسألة المعروضة هو أول المراحل وأهمها، إذ الخطأ في معرفة حقيقة النازلة

1- التمهيدي لابن عبد البر 426/2.

2- الفتوى بين الانضباط والتسيب ص 69.

3- الموافقات للشاطبي 759/4.

4- ينظر المصدر نفسه.

5- ينظر في المنهج التطبيقي للشريعة الإسلامية تنزيلاً على الواقع الراهن د. عبد المجيد النجار ص 73.

يترتب عليه الخطأ في الحكم المنزل عليها حيث لا مناسبة بينهما، الأمر الذي تترتب عليه المفساد التي يراد درؤها أو استبعاد المصلحة التي يراد جلبها وتحقيقها.

والمسائل أو النوازل المعروضة متعددة، فإذا ما كانت متمثلة في عقد من العقود، فتشخيصها يكون بالتعرف على مكونات هذا العقد وعناصره وشروطه ومراميه أو المقصد منه، وهذا التعرف يحتاج إلى تثبيت وتدقيق، إذ الكثير من العقود وبخاصة العقود المعاصرة التي تختلف في عناصرها عن عناصر العقود المعروفة لدى الفقهاء من قرض أو إجارة، أو نكاح..... إلخ⁽¹⁾.

وإذا ما كان التكييف يتعلق بذات معينة لإصدار الحكم عليها كصرف الدولار بالدينار تفاضلاً أو أي عملة بأخرى فالتكييف حينئذ ينصب ويسلط على علاقة هذه العملات ببعضها بعضاً وعلاقتها بالأصل "الذهب أو الفضة" فهل هذه العملات واحدة بالنظر إلى الأصل وإن اختلفت مسمياتها؟ أم هي مختلفة في حقيقة أمرها لاختلافها الشرائي الواقعي قوةً وضعفاً تبعاً لثمن السلع والخدمات؟ فالمكيف يحلل هذه العناصر ليصل باجتهاده إلى نتيجة يظنها أو يقطع بها في حقيقة المسألة المعروضة فينزل الحكم عليها تبعاً لاجتهاده، وهكذا الشأن في المسائل كمسألة إسقاط الدين كلاً أو بعضاً عن المدين الفقير من الغني الدائن، فهل هذا الإسقاط يجزئ عن دفع الزكاة المتعلقة بمال الغني؟ فالفقيه أو المكيف ينظر في المسألة من وجوه، كهل هذا المال الذي في ذمة المدين إن حسب من الزكاة فقد عاد النفع للمزكي بخلاص ماله بهذه الطريقة وهذا تحايل في أمر تعديدي؟⁽²⁾، وهل هذا الإسقاط كالدفع تماماً تبرأ به ذمة المكلف؟ أم أن هذا المال الذي في ذمة المدين كما لا تجب فيه الزكاة كذلك لا يجزئ إسقاطه باعتباره دفعاً لقدر الواجب أو بعضه؟..... إلخ، فما يترجح في نظر المكيف يقول به ويبني الحكم الشرعي عليه

- وإذا ما أراد أن يكيف - مثلاً - عمل المحاماة، فينظر المكيف في حقيقة هذه المهنة وطبيعتها، فهل هي وكالة بالخصومة التي جوزها الفقهاء؟⁽³⁾ وهل الإباحة مطلقة؟ أم أن هناك شروطاً يجب توافرها في هذه المهنة حتى تأخذ حكم الإباحة؟.

فالمكيف يشخص هذه المهنة من حيث الأصل، ومن حيث واقعها اليوم، ومن حيث ما يجوز للمحامي الترافع فيه وما لا يجوز، فيخرج بنتيجة تتناسب الحكم الشرعي المنزل عليها إما إباحة مطلقة، أو حظراً مطلقاً، أو إباحة مقيدة، فهذه الأحكام تنزل على المسألة بعد أن تظهر للمكيف حقيقة المحاماة

1- ينظر أمالي الدلالات ومجالي الاختلافات للشيخ عبد الله بن بيه ص 661.

2- يرى بعض الفقهاء عدم حواز إسقاط الدين واعتباره دفعاً للزكاة متى كان المدين معسراً، وأما إن كان موسراً فقولان: ينظر فتح العلي المالك 163/1.

3- ينظر فتاوى مصطفى الزرقا ص 380.

- وكما يكون التكليف في العقود يكون كذلك في الألفاظ والمعاني، فيصرف اللفظ إلى معناه - أحيانا - ولا يعتد باللفظ إن عارضه المعنى طبقاً لقاعدة "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني".⁽¹⁾

فالتكليف أو التشخيص غايته معرفة حقيقة الشيء عقداً كان أم ذاتاً، أم معنى من المعاني ليتم تسليط الحكم عليه وهي المرحلة الثانية.

المرحلة الثانية

مرحلة تنزيل الحكم على المسألة المعروضة بعد تشخيصها وإبرازها على حقيقتها، ففي هذه المرحلة ينظر المكيف في النصوص الشرعية كتاباً أو سنةً فإن ورد بخصوص المسألة نص شرعي سواء كان ظاهراً يقتضيها أو عموماً يشملها أو مفهوماً لها موافقاً أو مخالفاً يستوعبها ويحتويها فيسلط حينها الحكم الشرعي عليها بإحدى الدلالات النصية، وإلا فينظر حينها في أقوال الأئمة المعتبرين المقتدى بهم من أهل العلم فمتى وجد قولاً لهم يخصها بعينها فالأمر ظاهر، فإن لم يجد ما يدل على حكم المسألة بعينها في هذا ولا ذاك لجأ إلى القياس⁽²⁾ بشروطه المعروفة من وجود أصل منصوص عليه أو مجمع عليه متعدد غير مخصوص ولا معدول به عن القياس مع وجود علة جامعة بين الأصل والفرع منصوطة أو مستتبطة ظاهرة منضبطة سالمة من القوادر فيلحق المسألة المعروضة بالأصل فيسلط حكم الأصل على المسألة أو النازلة "الفرع" فيثبت حكمها قياساً، هذا إن أمكن القياس ووجد المكيف للمسألة أصلاً تقاس عليه⁽³⁾ وإلا لجأ إلى الاجتهاد المصلحي فينظر في النازلة من حيث وجود المصلحة وعدمها، فإن لاحظ مصلحة خالصة أو غالبية اعتبرها وسلط حكم الجواز عليها كسب القوانين الوضعية التي تنظم حركة السير "المرور" وتيسيرها على المارة، أو تنظيم إدارات الدولة أو غير ذلك مما يسهم في بناء ورقي الدولة، فمتى وجدت المصلحة ولوحظت فيحكم على المسألة بالإباحة أو الندب أو الوجوب على قدر درجة المصلحة ومتعلقها⁽⁴⁾ بخلاف ما إذا لاحظ على المسألة مفسدة ساوت المصلحة أو فاقتها فيحكم

1- موسوعة القواعد والضوابط الفقهية د. علي أحمد الندوي ص 239 "حرف العين"

2- القياس منه ما هو خاص وهو القياس الأصولي ومنه ما هو عام الشامل للفروع الفقهية المندرجة تحت القواعد الكلية، فالمكيف كما يلجأ إلى القياس الأصولي كذلك يلجأ إلى القياس الكلي العام، فمتى لاحظ للمسألة علاقة بأصل كلي اعتبره وألحق المسألة به، ولهذا كان للقواعد الفقهية أثر كبير في تنزيل الأحكام الشرعية على المسائل المستجدة بعد معرفة حقيقتها، فالقواعد الفقهية مسعفة للفقيه في المسائل المستجدة.

3- ينظر أمالي الدلالات ومجالي الاختلافات للشيخ عبد الله بن بيه ص 662.

4- الحكم الشرعي على اختلاف مراتبه يكون وفق درجة المصلحة ومتعلقها، حيث مصلحة الضروريات أقوى من الحاجيات وهذا الأخير أولى من مصلحة التحسينيات فمتى تعلقت المصلحة بالضروريات كان الحكم الوجوب قطعاً وهكذا..

عليها بالحظر وفقاً لقاعدة: "درء المفسد مقدم على جلب المصالح"⁽¹⁾ تحريماً أو كراهة على قدر المفسدة ومتعلقها⁽²⁾ مثال ذلك النظر في إنشاء بنوك اللبن الآدمي للأطفال الخدج وناقصي الوزن عند الولادة بشروط وقيود محكمة روعيت فيها المراقبة الصحية والدقة في تسجيل المتبرعات باللبن وكذلك الأطفال الرضع، فإشياء هذه البنوك كانت لأجل سد حاجة الأطفال إلى اللبن الطبيعي نظراً لفوائده المتعددة التي أثبتتها الطب الحديث.⁽³⁾

وخلاصة القول إن هذا النوع من الاجتهاد هو النظر في المسألة أو النازلة من حيث وجود المصلحة التي توافق المقصد الشرعي، ولا تخالف نصاً ولا قياساً جلياً، ولا تخالطها مفسدة تفوقها أو تساويها فيحكم عليها بالإباحة أو الوجوب أو الندب، وفق قدر المصلحة ومتعلقها.

وهو نوع من أنواع الاجتهاد التي لا تخفى أهميته، إذ النوازل متعددة ومتزايدة والنصوص محدودة متناهية، إلا أن القواعد الكلية والأصول العامة تستوعب كل مستجد، غاية ما في الأمر أن هذا الاجتهاد يحتاج إلى دقة وتمعن من المكيف أو الفقيه؛ حتى لا يختلط عليه الأمر فيمنع المطلوب أو يبيح المحظور.

المطلب الثاني

مؤثرات التكيف⁽⁴⁾

يمكن القول أن هناك اعتبارات يجب مراعاتها عند التكيف في مرحلته الثانية - تنزيل الحكم على الواقعة - ففي مرحلة التنزيل لا بد من النظر في الأحوال والظروف المحيطة بالواقعة وكذلك أحوال وظروف المكلف ومراعاة الزمان والمكان واعتبار المآلات... إلخ حتى يتناسب الفعل والحكم الشرعي؛ لينتج عن هذا التناسب جلب مصلحة أو درء مفسدة، وهذا هو مقصود الشارع ومراده.

فتنزيل الأحكام على الوقائع لا بد أن تراعى فيه مقاصد الشارع، وقد بين العلماء اعتبارات غاية في الأهمية على المفتي أو المكيف أن يراعيها ويعتبرها؛ حتى لا يختل التكيف وتسير الفتوى في غير مسارها الصحيح؛ فينزل الحكم في غير محله فتقع المفسدة التي يجب درؤها.

1- الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 99.

2- حيث المفسدة المتعلقة بالضرورة أشد وأعظم من المفسدة المتعلقة بالحاجي والتحسيني

3- ينظر حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية أ. بشير أحمد إمام أبو قندش ص 212، وينظر صناعة الفتوى للشيخ عبد الله بن بيه ص 439.

4 - المؤثرات في الحقيقة لم تكن في كل مراحل التكيف، بل هي خاصة بمرحلة التنزيل دون مرحلة التشخيص، ويمكن أن يطلق عليها: اعتبارات يجب أن تراعى عند التنزيل.

ولهذا سوف أتعرض لاعتبار المآلات وتحقيق المناط لما لهما من أهمية، وعلاقة وثيقة بموضوع البحث.

أولاً اعتبار المآلات

المآلات في اللغة جمع مآل، وأصله: أول، بمعنى: رجع، يقال الشيء يؤول أولاً ومآلاً، وأول إليه الشيء أرجعه، والإيالة بمعنى السياسة من هذا الباب؛ لأن مرجع الرعية إلى راعيها.

جاء في لسان العرب "آل الرجل رعيته يؤولها إذا أحسن سياستها".⁽¹⁾

وفي الاصطلاح فقد عرفة الدكتور وليد بن علي الحسين بقوله: "معنى المآلات: الآثار المترتبة على الشيء".⁽²⁾

وهذا المعنى هو الذي وضعه الشاطبي بقوله: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل"⁽³⁾ وهذا هو معنى اعتبار المآل، فعلى أساسه يحكم المجتهد بالإقدام أو بالإحجام، ولا يقف عند ظاهر الأمر فيحكم بمشروعية الفعل في كل الأحوال والظروف، وكذلك الشأن في النهي فلا يقف عند ظاهر النهي فيحكم بعدم مشروعية الفعل في جميع الحالات وتحت كل الظروف⁽⁴⁾ فالمجتهد هو الذي يقدر حصول المصلحة وعدمه، فمتى غلب على ظنه أن الحكم سيحقق مقصده من المصلحة حكم بالإقدام، أما إذا غلب على ظنه أن الفعل لا يحقق مقصوده بل قد يؤدي إلى مفسدة فيحكم بالإحجام والتعطيل.⁽⁵⁾

فالنظر إلى مآلات الأفعال من الأصول المعتمدة، إذ الحكم على فعل ما مطلقاً قد يجلب مفسد عظيمة كان بالإمكان درؤها، وكذلك الحكم بالإحجام مطلقاً قد يفوت مصالح كثيرة كان بالإمكان تحصيلها.

ثم إن الأحكام منضبطة بضوابط متعددة ومعتبرة، من تلك الضوابط مآلات الأفعال التي بينها الفقهاء وعملوا بها في الكثير من المسائل والنوازل.

1- لسان العرب 36/11، مادة "أول"

2- اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي د. وليد بن علي الحسين ج 1 ص 30

3- الموافقات للشاطبي 773/4

4- نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي د. حسين حامد حسان ص 195

5- ينظر في المنهج التطبيقي للشرعية الإسلامية د. عبد المجيد النجار ص 28

ومبدأ اعتبار المال كثيراً ما نجده عند الأصوليين مرتبطاً بسد الذرائع؛ لأنه في سد الذرائع يظهر جلياً، إلا أنه لا يختص بسد الذرائع دون غيرها، بل نجده واضحاً في الاستحسان ومراعاة الخلاف عند التحقيق وغيرهما، فما الاستحسان إلا مراعاة لاعتبار المال - كما سيتضح من تعريفه-.

1- تعريف الاستحسان

الاستحسان في اللغة: مصدر استحسن، أي عد الشيء حسناً⁽¹⁾

وفي الاصطلاح تعددت تعريفاته عند الأصوليين

فالأحناف عرفوه بأنه "العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضي هذا العدول".⁽²⁾

وعرفه المالكية بأنه: "القول بأقوى الدليلين"⁽³⁾

وبأنه "هو الأخذ بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي".⁽⁴⁾

فهذا الاستثناء أو العدول عن القياس كان من أجل مصلحة أو درء مفسدة، وإلا لما كان استحساناً، وبالتالي فإن مبدأ الاستحسان كان بعد النظر فيما يؤول إليه الفعل الملحق بنظائره فيستثنى من القياس تبعاً لمآله، فالمال معتبر في القياس، ولهذا انبثق الاستحسان كمبدأ لعلاج غلو القياس، وبهذا الانبثاق نلاحظ دقة الفقه الإسلامي في ضبط الاجتهاد؛ حتى لا تختل مقاصد الشارع عند التنزيل والتطبيق.

وحقيقة هذا المبدأ - الاستحسان - أن المجتهد يحكم على الفعل بحسب نتيجته التي سيؤول إليها، فينطلق من النتيجة ليذهب إلى الفعل الذي هو بمثابة المقدمة.⁽⁵⁾

مثال ذلك ما نراه اليوم في الأسواق المزدهمة بالمشتريين على اختلاف جنسياتهم وأخلاقهم وديانتهم، فصاحب السوق قد يشتري منه شخص أشياء ثمينة، وقد يحتاج المشتري إلى إخراج السلعة من السوق، إما لأجل قياسها على زوجته أو بناته، وإما لأجل رؤيتها من قبل زوجته وبناته، فإذا ما اشترط صاحب السلعة من المشتري دفع الثمن حتى يضمن حقه؛ لأن المشتري قد لا يرجع

1- لسان العرب لابن منظور 118/13 "مادة حسن".

2- كشف الأسرار شرح أصول البزدوي 3-4-5، وينظر كتاب أبو حنيفة محمد أبو زهرة ص 174.

3- تنقيح الفصول للقرافي ص 429.

4- الموافقات للشاطبي 777/4، الاعتصام للشاطبي 383/2.

5- ينظر أبحاث في مقاصد الشريعة د. نور الدين الخادمي ص 68.

بالسلعة لصاحبها، فإذا ما تم الدفع فإن هذا المبلغ المدفوع متردد بين السلفية والثمنية؛ لأن البيع على الخيار، وكل ما تردد بين السلفية والثمنية فهو محذور، فإذا منعنا البائع من اشتراط الثمن ضماناً لحقه فقد يلحق به ضرر، رغم أن القياس يقتضي المنع، ولما كان في المنع مظنة ضياع الحق استثنيت هذه الحالة من القياس وعدل بها إلى الجواز استحساناً.⁽¹⁾

ومن خلال عرض هذا المبدأ تتضح أهميته في التكييف الفقهي، وهذا ما قصدته وأردت الإشارة إليه فلم نقصد به بيان القياس أو الاستحسان بقدر ما نقصد به استثمار هذا المبدأ عند التنزيل وتوظيفه في المسائل والنوازل، فهو مسعف للتكييف يستطيع من خلاله ملاحظة أن المسائل عند الإلحاق قد تؤدي إلى مفسدة؛ فيعدل بها إلى حيث يظن المصلحة، ويخصها بالاستثناء من القياس.

2- مراعاة الخلاف

مبدأ مراعاة الخلاف جاء موافقاً لاعتبار المال، فكان استكمالاً لحلقة الاجتهاد الفقهي المبني على جلب المصالح ودرء المفسد.

فالفقهاء عندما نظروا إلى ما سيؤول إليه القيام ببعض الأفعال اعتبروا الخلاف، وقالوا به لدرء تلك المفسد، مستندين في ذلك على مبنى الشريعة الإسلامية ومقاصدها، إذ مبناهما جلب المصالح ودرء المفسد، ويشهد لهذا المبدأ الكثير من الأدلة القطعية.

تعريف مراعاة الخلاف

- المعنى اللغوي:

مراعاة: مصدر للفعل "رعى" والرعي يطلق ويراد به المراقبة، كما يراد به الرجوع، ومن المعنى الأول قولك: رعيت الشيء رعياً ومراعاة بمعنى رقبته ورعيته إذ لاحظته،⁽²⁾ وأما الخلاف فهو ضد الاتفاق.

- المعنى الاصطلاحي:

أما معناه في الاصطلاح فله عدة تعريفات ومن هذه التعريفات

1- ينظر بحث بعنوان ضوابط العمل بفقهاء الموازنات مقدم لمؤتمر فقه الموازنات بجامعة أم القرى مكة - د. بشر أحمد إمام ص 32.

2- النفيس للتليسي 866/2-867، القاموس المحيط للفيروزآبادي ص 1289 "رعى"

أ- "اعطاء كل من دليلي القولين حكمه"⁽¹⁾

ب- "اعطاء كل واحد من الدليلين ما يقتضيه الآخر أو بعض ما يقتضيه"⁽²⁾

فاعتبار الخلاف ومراعاته نوع من أنواع اعتبار المآل، ويقوم هذا المبدأ على سد الطرق المؤدية إلى المفساد عند ملاحظتها ومظنة وجودها، وبمعنى أدق: أن الخلاف يراعى عند مظنة وجود مفسدة أعظم تترتب على الفعل الذي لا يتناسب مع الحكم المسلط عليه، ويخالف المقصد الشرعي، فلما لاحظ المجتهد تلك المفسدة درأها عن طريق الحكم المناسب وإن لم يقل به ابتداء.

مثال ذلك عقد النكاح بدون ولي، من المعلوم أن فقهاء المالكية يرون أن عقد النكاح بدون ولي عقد فاسد يجب فسخه، ولا يعتد به قبل الدخول، فإن دخل بها، فالمالكية يراعون مذهب الحنفية القائلين بجوازها، فقد سئل الإمام مالك - رحمه الله - عن امرأة زوجها غير ولي - ابن عم له - وأشهدت له على ذلك ووليها قريب مكانه، فقال له الإمام مالك: "أرى تدع هذا والكلام فيه"⁽³⁾.

فلما لاحظ الإمام مالك - رحمه الله - ما سيقع على المرأة من مفسدة بعد الدخول بها إن تمسك بمذهبه الذي لا يجيز مثل هذا العقد، قال بمذهب الحنفية الذين يجيزونه فراعى الخلاف درأاً لأعظم المفسدتين، واعتباراً للمآل الموافق لمقصد الشارع.

والأصل في ذلك قوله - صلى الله عليه وسلم -: "أبما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فالمهر لها لما أصاب منها"⁽⁴⁾.

يقول الشاطبي: "وهذا تصحيح للمنهى عنه من وجه، ولذلك يقع فيه الميراث ويثبت النسب للولد..... فالنكاح المختلف فيه قد يراعى فيه الخلاف فلا تقع فيه الفرقة إذا عثر عليه بعد الدخول مراعاة لما يقتزن بالدخول من الأمور التي ترجح جانب التصحيح، وهذا كله نظر إلى ما يؤول إليه ترتب الحكم بالنقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة النهي أو تزويد"⁽⁵⁾.

1- القواعد للمقري 236/2.

2- الموافقات للشاطبي 753/4.

3- البيان والتحصيل لابن رشد 369/4.

4- أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب، في الولي 891/2 - حديث رقم 2083 والدارقطني في سننه، كتاب النكاح 155/3- حديث رقم "3480" وابن ماجه، كتاب النكاح باب لا نكاح إلا بولي حديث رقم "1879" والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بشاهدي عدل حديث رقم "13717" والترمذي في سننه بشرح عارضة الأحوذى - كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي حديث رقم "1102".

5- الموافقات للشاطبي 777/4.

ويقول في هذا الشأن: "وإن كان مرجوحاً فهو راجح بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه؛ لأن ذلك أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشد من مقتضى النهي، فيرجع الأمر إلى أن النهي كان دليلاً أقوى قبل الوقوع ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع لما اقترن من القرائن المرجحة".⁽¹⁾

فمراعاة الخلاف منهج ينبغي ألا يغيب عن المكيف عند تنزيل الحكم على النازلة، فقد يحتاج المكيف إلى هذا المنهج كاعتبار للمآل ونتائجه.⁽²⁾

تحقيق المناط

حسن إتقان الفتوى أو التكليف يقتضي الإحاطة بجميع المبادئ التي من شأنها تعيين وتحديد الأحكام الشرعية التي تتناسب وأفعال المكلفين وتصرفاتهم، كمبدأ اعتبار المآل - من سد للذريعة ومراعاة للخلاف واستحسان وغيرها، فهذه المبادئ أو الأدلة تنضوي تحتها مسائل ونوازل متعددة، ومعرفة هذه الأدلة والاستعانة بمنهجها عند التكليف ييسر على المكيف تسليط الحكم الذي يتناسب والنازلة.

وقد سبق التعرض لمآلات الأفعال، واستكمالاً لمؤثرات تنزيل الحكم الشرعي على المسائل أتعرض لتحقيق المناط، فتحقيق المناط هو الميزان الدقيق الذي به تبرز المناسبة التي بين الفعل والحكم فمتى وجدت المناسبة⁽³⁾ تعلق الحكم بالفعل، ومتى فقدت فقد التعلق، ثم إن تحقيق المناط بمعناه العام يشمل العلة "الإلحاق" واعتبار المآل وغيرهما من المناهج التي يحتاجها المكيف، غير أن الأصوليين والفقهاء قد فصلوا في كل نوع من هذه الأنواع على حدة من أجل تيسير هذه المناهج منهجاً منهجاً، وإن كان مرجعها ومآلها واحداً.

المعنى اللغوي لتحقيق المناط

1- المصدر نفسه ص776.

2- غير أن المآل إذا لم تعظم مفسدته أو تزيد زيادة معتبرة فقد لا يراعى قول المخالف للمجتهد حينها أن يتمسك بمذهبه ابتداءً وانتهاءً، والمجتهد يوازن بين المراعاة وعدمها وفق المصلحة والمفسدة المترتبتين على الفعل، ثم إن مراعاة الخلاف كما تكون بعد وقوع الفعل كذلك تكون قبل الوقوع كقول المالكية: يندب ذكر وبيان المهر عند العقد مراعاة لمن قال بوجوبه عند العقد أو أنه شرط من شروط صحة العقد: ينظر الشرح الصغير ج2 ص376

وقد تعرضت لمراعاة الخلاف بعد الوقوع، لأنه الأكثر وهو الذي يلحظ فيه المآل أكثر

3- المناسبة: هي جلب المصلحة أو درء المفسدة، فالاقتران بين الفعل والحكم إن جلب مصلحة أو درء مفسدة فهو المناسبة والعكس لا مناسبة

التحقيق: مصدر للفعل حقق يحقق، يطلق هذا اللفظ ويراد به عدة معانٍ

فيطلق ويراد به الإحكام، كما يراد به الرصانة

يقال: أحقق الأمر إحقاقاً، إذا حكمته وصحته، وحقق الثوب: أي أحكم نسجه، ومنه قولهم: كلام محقق أي كلام محكم الصنعة رصين، وثوب محقق النسيج: محكمه، وكلام محقق: محكم النظم، والمحقق من الكلام الرصين⁽¹⁾

تعريف المناط

المناط، من ناط الشيء ينوطه نوطاً: علقه، والنوط ما علق، سمي بالمصدر، ونيط عليه الشيء علق عليه، وكل ما علق من شيء فهو نوط، وانتاط به: تعلق.⁽²⁾

وفي الاصطلاح: فالمناط يعتبر مرادفاً لمعنى العلة⁽³⁾ وهو الوصف الظاهر المنضبط الذي جعله الشارع معرفاً للحكم وعلامة له.⁽⁴⁾

وسبب التسمية يرجع إلى كون العلة تتعلق بالحكم وجوداً وعدماً فكانت بذلك مناطاً؛ لأن المناط لغة: هو موضع التعليق، غير أن المناط إذا أضيف إلى التحقيق صار له معنى أوسع من كونه وصفاً ظاهراً منضبطاً فيما يعبر عنه بالعلة.⁽⁵⁾

فتحقيق المناط بمعناه اللقبى الاصطلاحي هو الاجتهاد في تحقيق وجود الوصف في الفرع الذي يراد إلحاقه بالأصل.

- صور تحقيق المناط:

لتحقيق المناط صور من أهمها:

أ- أن يعرف علة حكم ما في محله بنص أو إجماع؛ فيتبين المجتهد وجودها في الفرع ويقوم حينها بإلحاق الفرع بالأصل في الحكم؛ فيثبت للفرع حكم الأصل.

1- لسان العرب لابن منظور، القاموس المحيط للفيروزآبادي، النفيس للتليسي "مادة حقق"

2- لسان العرب "نوط"

3- ينظر الإحكام للآمدي 264/3

4- ينظر أصول الفقه د. وهبة الزحيلي ج 1 ص 622

5- تحقيق المناط عند الأصوليين وأثره في اختلاف الفقهاء د. عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية - الكويت - العدد الثامن والخمسون سبتمبر 2004 - رجب 1425 - ص 76

ب- أن تكون هناك قاعدة شرعية متفق عليها أو منصوص عليها وهي الأصل، فيتبين المجتهد وجودها في الفرع كقول الفقهاء: "المشقة تجلب التيسير" فهذه قاعدة شرعية متفق عليها، فلو أفطر صائم أحس بشدة الجوع أو العطش الشديدين في نهار رمضان استناداً إلى هذه القاعدة، فعلى المجتهد أو المكيف التحقق من انطباق القاعدة المذكورة على هذه الحالة، وذلك قبل إصدار أي حكم في هذا الشأن.⁽¹⁾

يقول الأمدى: "أما تحقيق المناط فهو النظر في معرفة وجود العلة في آحاد الصور بعد معرفتها في نفسها، وسواء كانت معروفة بنص أو إجماع أو استنباط".⁽²⁾

وقد بين الإمام الغزالي أمثلة لتحقيق المناط نلحظ من خلال بعضها شيئاً من التوسعة لمعنى تحقيق المناط.⁽³⁾

والفقهاء عندما بينوا تحقيق المناط كان ذلك في مواطن العلة، فالترتم بعضهم نسبياً بالقياس الأصولي الخاص "علة" ليتم التطبيق وفق هذا القياس، رغم علمهم بأن هذا النوع من الاجتهاد هو أوسع وأشمل من أن ينحصر في العلة⁽⁴⁾ التي يتم التحقق من وجودها في المحل بواسطة النص أو الإجماع؛ فيلحق الفرع بها الذي تعدت إليه ووجدت فيه.

ولا أن ينحصر تحقيق المناط في قاعدة شرعية كلية: كأصل يلحق بها كل أفرادها المندرجين تحتها، بل هو أعم من ذلك وأشمل، ولهذا نجد الشاطبي في تعريفه لتحقيق المناط يراعي فيه الشمول والعموم حيث يقول: "تحقيق المناط معناه: أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي لكي يبقى النظر في تعيين محله".⁽⁵⁾

"وذلك أن الشارع إذا قال: "وأشهدوا ذوي عدل منكم"⁽⁶⁾ فمعنى العدالة ثابتة عندنا شرعاً، افتقرنا إلى تعيين من وجدت فيه هذه الصفة، إذ الناس في وصف العدالة ليست على حد سواء، بل يختلفون اختلافاً متبايناً.⁽⁷⁾

1- معجم مصطلحات أصول الفقه د. قطب سانو ص 123 "حرف التاء"

2- الأحكام للأمدى 264/3

3- ينظر المستصقى 238/2

4- ينظر أصول التشريع الإسلامي علي حسب الله ص 127

5- الموافقات للشاطبي 725/4

6- سورة الطلاق الآية 2

7- ينظر الموافقات 726/4

فعلى المجتهد أن يجتهد في تعيين الأفراد الذين يتصفون بالعدالة، لتعيينهم، فالشريعة لم تنص على حكم كل جزئية أو فرد بعينه، وإنما أنت بأمر كلية وعبارات مطلقة تتناول أعداداً لا تتحصر، ومع ذلك فلكل معين خصوصية ليست في غيره ولو في نفس التعيين.⁽¹⁾

وهكذا نجد تحقيق المناط عند الشاطبي يستوعب تعيين محل كل حكم ثبت بمدركه الشرعي بصرف النظر عن ماهية ذلك المدرك، وبأي سبيل حصل، وبأي دليل تأتي.⁽²⁾

وبالتالي يتبين أن تحقيق المناط هو الآلية التي بواسطتها ينزل الحكم الشرعي على الواقعة أو النازلة؛ لأنها محله وتناسبه، فلا غنى عنه، إذ الأحوال والظروف متغيرة من شخص لآخر وأفعال المكلفين كذلك.

"فقد يكون الفعل الواحد في جنسه مأموراً به في فرد من أفرادها إذا حقق مصلحة بحسب ظرفه ومنهياً عنه في فرد آخر يجر مضره بحسب ظرفه أيضاً".⁽³⁾

ويوضح الشاطبي هذا المعنى بقوله: "اقتضاء الأدلة بالنسبة إلى محالها على وجهين:

أحدهما: الاقتضاء الأصلي..."

والثاني: الاقتضاء التبعية، وهو الواقع على المحل، مع اعتبار التوابع والإضافات، كالحكم بإباحة النكاح لمن لا أرب له في النساء، ووجوبه على من خشي العنت، وكراهية الصيد لمن قصد فيه اللهو، وكراهية الصلاة لمن حضره الطعام أو لمن يدافعه الأخبثان، وبالجملة كل ما اختلف حكمه الأصلي لاقتران أمر خارجي".⁽⁴⁾

وبناء على هذا المبدأ قرر الفقهاء قاعدة: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان.⁽⁵⁾

وقد عقد ابن القيم - رحمه الله - فصلاً لتغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد، يوضح في هذا الفصل أهمية معرفة هذا الجانب، وأن الجهل به سبب غلطاً عظيماً على الشريعة وأوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه.⁽⁶⁾

1- المصدر نفسه

2- ينظر تحقيق المناط للدكتور فريد شكري ص16

3- فقه التدين فهما وتنزيلاً د. عبد المجيد عمر النجار ص170

4- الموافقات للشاطبي 726/4

5- مجلة الأحكام العثمانية المادة 39 ص20 نقلاً عن تغير الأحكام في الشريعة الإسلامية د. إسماعيل كوكسال ص22

6- ينظر إعلام الموقعين لابن القيم 3/3

ومن الأمثلة على تحقيق المناط ما نراه اليوم في الطرقات من وضع العقبات "المطبات" فيها، حيث نرى ذلك كثيراً أمام المدارس والمستشفيات ومحال التجمعات، فإذا أردنا أن نؤصل هذه الأفعال فإننا نجد أن الشريعة تنهى عن وضع الأذى في الطرقات، وبالتالي فإن وضعها محظور شرعاً، وإزالته مطلوبة يتاب عليها بنص الحديث بل عدها - صلى الله عليه وسلم - من الصدقات في قوله: "... وكل خطوة تمشيها إلى الصلاة صدقة، وتميط الأذى عن الطريق صدقة".⁽¹⁾

وقوله - صلى الله عليه وسلم - "... وعزل حجراً عن طريق الناس أو شوكة أو عظماً عن طريق الناس".⁽²⁾

فلو نظرنا إلى النهي العام لعلمنا أن الأذى محظور شرعاً، وبالتالي فالنظر إلى النهي العام ظاهر، وهو مناط يتحقق في جزئيات متعددة غير أن وضع مثل هذه العقبات "المطبات" في الطرقات في وقت لا يبالي فيه بعض السائقين بالمارة من الناس صغاراً وكباراً، فكثيراً ما نسجم ونرى من المآسي الناتجة عن عدم احترام بعض السائقين والتزامهم بقواعد المرور والسير بسرعة معقولة شأنها سلامة المواطنين، فلو اعتبرنا أن وضع هذه المطبات هو فرد من أفراد النهي العام لوقعنا في حرج ومشقة لا تخفى.

إلا أن هذا التصرف أو الفعل ليس مناطاً للأصل، فهو خارج عنه غير متحقق فيه؛ لأن مبدأ الشريعة الإسلامية رفع الحرج والمشقة ودرء المفسد، فالمناط غير متحقق في هذه المسألة رغم النهي العام.

وخلاصة القول: أن تحقيق المناط لا تخفى أهميته وعلاقته بالتكليف الفقهي، فكلاهما اجتهاد، غاية ما في الأمر أن مرحلة التكليف أو التشخيص سابقة لمرحلة تحقيق المناط فمتى كيفت المسألة وظهرت حقيقتها لا يتم إنزال الحكم عليها إلا بعد النظر في مآلاتها مصلحة أو مفسدة، لتعيين حكمها المناسب لها حظراً أو إباحةً وبهذا التعيين قد تحقق مناطها.

ولا شك أن تحقيق المناط موطن من مواطن الاختلاف بين الفقهاء، فهو أحد أسباب اختلاف الفقهاء، فما يراه أحدهم مناطاً قد لا يراه غيره، فالاختلاف في تحقيق المناط أمر معهود بين الفقهاء والأصوليين رغم اتفاقهم على أصل القاعدة، غير أن هذا الاتفاق لا يحول دون الاختلاف في شروط إعمالها⁽³⁾

1- أخرجه مسلم في صحيحه - كتاب الزكاة، باب بيان اسم الصدقة يقع على كل نوع من المعروف

101/4 رقم الحديث "1009"

2- المصدر نفسه رقم الحديث "1007"

3- بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله د. فتحي الدريني 122/1-123

المطلب الثالث

بعض التطبيقات

1- من المعلوم أن الناس قد تحتاج إلى القرض من بعضها بعضاً، والقرض جائز شرعاً، بل رغب الشارع فيه وندب إليه؛ لما فيه من التعاون وسد حاجات الناس، غير أن بعض الناس قد يتوصل إلى القرض بطرق يشوبها الغموض، فتحتاج إلى تشخيص وتحليل لتظهر على حقيقتها، كمن احتاج إلى مبلغ من المال ولم يجد من يقرضه قرضاً حسناً فيقوم بشراء سلعة يؤجل فيها الثمن، وبعد شرائها يقوم ببيعها ليحصل على النقود التي هي مراده أصلاً، إذ السلعة لا حاجة له بها، وهذا البيع الثاني له صور فقد يسمى ببيع العينة، أو التورق، أو محلل الربا.

فإن باعها إلى صاحبها بثمن حال أقل عدداً مما اشتراها به، كأن اشتراها من صاحبها بـ 1000 بآلف مؤجلة في ذمته فباعها للذي اشتراها منه بـ 800 على أن تدفع له في الحال فهو بيع العينة، وسميت بذلك لحصوله على النقد "العين"، أو لأن المال عاد بعينه إلى البائع الأول، وهو غير جائز شرعاً.

وإن باعها إلى غير بائعها الأول بثمن أقل معجلاً فهو التورق، فإن كان هناك تواطؤ من الأطراف الثلاثة فيأثمون جميعاً إن كانوا يعلمون بحاجة المشتري إلى المال، غاية ما في الأمر أن المتورق "المشتري أولاً، البائع ثانياً إن دعت حاجته أو ضرورة فالتجأ إلى التورق فلا يآثم".

والصورة الثالثة "محلل الربا" وهي إن باعها المشتري لغير بائعها الأول فباعها هذا الأخير لبائعها الأول، إذ السلعة عادة إلى صاحبها الأول عن طريق محلل الربا وسمى بذلك، لأنه يشبه محلل النكاح.⁽¹⁾

ففي المسألة الأولى وهي شراء السلعة بثمن مؤجل ثم يقوم المشتري ببيعها لصاحبها بثمن أقل معجل يتم دفعه للمشتري أولاً البائع ثانياً، فقد أجاز هذه الصورة من البيع بعض الفقهاء وسندهم في ذلك قوله - تعالى - "أحل الله البيع وحرّم الربا"⁽¹⁾⁽²⁾ إلا أن جمهور الفقهاء لا

1- ينظر الجامع في أصول الربا رفيف يونس المصري ص174 وما بعدها

2- سورة البقرة الآية 275

يجب زونها، فالمالكية ومن وافقهم يعتبرونه ربا فضل وهو محظور شرعاً⁽²⁾ مطلقاً، سواء كان هناك تواطؤ أم لا، وسواء قصد التحايل أو لا، سداً للذريعة، فالتكليف في هذه المسألة هو ظهورها على حقيقتها وصورتها الصحيحة، فهي جاءت في صورة بيع بين طرفين، غير أنها عند التشخيص والتحقق منها كانت قرصاً جر نفعاً، فالبائع الأول كأنه أقرض المشتري مبلغاً "ثمن السلعة" إلى أجل مقابل زيادة، كانت تلك الزيادة في صورة بيع كذلك، إلا أن الثمن حال غير مؤجل بأنقص قدرأ من المؤجل الذي في ذمة المشتري الأول، وبالتالي لا حقيقة لهذا البيع سوى أنه أقرض مبلغاً نقداً غير مؤجل يرده إليه المشتري أولاً عند الأجل بأكثر منه قدرأ، وأما ما توسط هذا القرض من بيع فهو ملغي لا اعتبار له ولا يعتد به، إذ التكليف أو التشخيص بين حقيقة هذه المعاملة فظهرت المعاملة أو المسألة على صورتها الحقيقية فسلط الحكم المناسب عليها كما هي.

وبيع العينة يجعله بعض الفقهاء من بيوع الآجال، وأما بيع التورق فهو من جنس هذه المعاملة غير أنه يتميز عن بيوع العينة والآجال أن البيع الثاني يكون لغير البائع الأول، وهذا البيع يكره عند مالك وأحمد في إحدى روايتيه.⁽³⁾

بيع الذهب بالتقسيط أو بالدين كلاً أو بعضاً.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:-

الأول: يرى بعض الفقهاء جواز هذا البيع بالتقسيط أو الدين متى كان الذهب مصوغاً وكذلك الفضة فيعاملان معاملة السلع والعروض، فكما يجوز بيع السلع والعروض بالتأجيل فكذلك الذهب والفضة، لأنهما - الذهب والفضة - فقدتا علة الربا وهي النقدية وكونهما أثماناً، ثم إنهما بالصنعة صارا من جنس السلع. يقول ابن القيم: "لا يجرى الربا بينهما وبين الأثمان كما لا يجرى بين الأثمان وسائر السلع وإن كانت من غير جنسها، فإن هذه بالصنعة قد خرجت عن مقصود الأثمان وأعدت للتجارة فلا محذور في بيعها بجنسها".⁽⁴⁾

وقد رجح هذا القول بعض الباحثين حيث يقول: "وهذا القول هو الراجح في نظري؛ لأن العلة في تحريم التفاضل والنسيئة بين جنسي النقدين إنما هي النقدية وكونهما أثماناً مما يعني

1- غير أن هؤلاء الفقهاء يرون جواز مثل هذا البيع بشرط ألا يكون هناك تواطؤ بينهما وإلا فالمنع، ينظر فتاوى الزرقا ص 497

2- ينظر الشرح الصغير للدردير 40/2 وما بعدها

3- ينظر الفقه الإسلامي وأدلته د. وهبة الزحيلي 3456/5

4- أعلام الموقعين 159/2

أنهما وسيطا يتبادل، أما في حالة الصياغة فيخرجان عن الأثمان ويصبحان عروضاً وسلعة من السلع والله أعلم".⁽¹⁾

بينما يرى فريق آخر من الفقهاء أن الذهب والفضة يحتفظان بخصائص نقدية لا نجدها متوفرة في النقود السائدة النحاسية أو الورقية، وبالتالي فإنهما أثمان بالخلقة موغلان في الثمنية، حتى إن بعض هؤلاء الفقهاء يصرون على رفض إعطاء صفة الثمنية لأي شيء سواهما، ثم إن إباحة النساء في حلي الذهب بالذهب أو بالفضة أو بالنقد الورقي قد يسمح بعقد قروض ربوية.⁽²⁾

فالتكليف في هذه المسألة قد سلط على علة التحريم في الذهب والفضة نسيئة، فهل الصنعة تفقد علة ربا النساء؟ أم أنها لا تفقد علة التحريم ويبقيان على حالهما المصوغ منهما والمسكوك والسبائك؟ إذ الثمنية قائمة فيهما وقوتها ذاتية لا تتغير صنعة ولا قدماً، وهو ما أميل إليه وأرجحه - والله أعلم.

- مسألة بيع الرصيد

هذه المسألة من المسائل المعروفة اليوم ببيع الرصيد، والتي يتم فيها العقد بين طرفين: الأول يملك رصيماً محدداً، له أن يستعمله في مكالمات هاتفية متى شاء، غاية ما في الأمر أن هذه المكالمات يختلف سعرها باختلاف مكانها الذي قصده المالك زيادة ونقصاناً، فإذا ما أراد أن يتصل بالخارج فالدقيقة من الزمن يزيد سعرها ويختلف عن سعر المكالمة الداخلية، ولهذا يمكن تحديد الرصيد بالدقائق التي يمكن استعمالها متى حُد المكان، بخلاف ما إذا لم يُحدد فلا يمكن تحديد الرصيد بالدقائق والحالة هذه؛ لأن الأماكن مختلفة عن بعضها بعضاً ولكل سعره.

والطرف الثاني: المشتري وهو من احتاج إلى مكالمات عبر محمولة، إلا أنه لا يملك فيه رصيماً فيقوم بشراء رصيماً من البائع المالك للرصيد، كأن يشتري منه ديناراً أو دينارين - مثلاً - من رصيده ويقوم بدفع مثل المبلغ الذي اشتراه وزيادة، كما إذا اشترى منه ديناراً على أن يدفع له ديناراً ونصف الدينار، فهل هذا البيع أو هذه المعاملة جائزة شرعاً أم لا؟

للفقهاء رأيان: الأول عدم الجواز، وحجتهم في ذلك أن بيع الرصيد بزيادة هو من قبيل بيع الدينار بدينارين المنهي عنه؛ لأن الأصناف الربوية متى اتحدت أجناسها لا يجوز بيعها

1- فتاوى شرعية معاصرة د. محمد إبراهيم الحفناوي ص 344

2- ينظر الجامع في أصول الربا. رفيق المصري ص 158

تفاضلاً ولا حقيقة لهذه المعاملة سوى بيع الأموال الربوية متحدة الجنس ببعضها بعضاً وزيادة في إحدى العوضين.⁽¹⁾

الثاني: يرى بعض الفقهاء أن مسألة بيع الرصيد عند التحقق منها والتمتع فيها جائزة شرعاً، وحثهم في ذلك أن هذا العقد قد تم بين المتعاقدين على شراء منافع حيث إن البائع لهذه المنافع قد امتلكها منذ أن دفع لشركة الاتصالات المبلغ الذي حدده كثمن لإجارة معدات الشركة، وفي المقابل قد تحصل على إذن من الشركة بإجارة معداتها في صورة كارت يحمل رقم سري له أن ينتفع به متى شاء، فالعقد عند التحقيق هو عقد إجارة لا عقد بيع.

ومعلوم أن إجارة المنافع يجوز استئجارها ممن استأجرها أولاً، فهي منافع متعدية⁽²⁾ حيث يجوز لمن استأجرها أولاً أن يؤجرها لغيره بالمثل أو بأزيد أو بأقل.⁽³⁾

وهذه هي حقيقة بيع الرصيد عند التحقق، فهذا الفريق من الفقهاء يرى أن هذه المسألة لا تكيف على أنها عقد بيع بمعناه الخاص⁽⁴⁾، بل هي عقد إجارة بين الشركة والمستأجر، فالمستأجر الذي استأجر منفعة له أن يؤجرها لغيره كما يشاء وبما يشاء⁽⁵⁾

وهذا الرأي الأخير الذي يرى أن مسألة بيع الرصيد هي إجارة لا بيع هو الأقرب عند التمتع؛ لأن المشتري للرصيد لا يريد ولا يقصد شراء الدينار، ولو أنه أراد ذلك لوجدها في غير هذا الرصيد، ثم إن تسمية هذا الرصيد بالدينار أو سماع اسمه عبر الاسطوانة لا يعول عليه؛ إذ الأشياء بمعانيها لا بألفاظها ومبانيها فلا معنى لإصرار المشتري على هذا الدينار دون سواه إلا لمعنى مقصود وهو المنفعة، إذ لا ينفعه سواه، فالدينار صار شيئاً آخر وإن سمي باسمه.

فالتكليف في هذه المسألة كان سبباً في اختلاف الفقهاء، فمن رأى أنه عقد بيع قال بمنعه، ومن رأى أنه عقد إجارة قال بجوازه.. فكلا الفريقين كيف المسألة ثم سلط الحكم وفق تكيفه.

1- ينظر قضايا فقهية ومالية معاصرة د. الصادق عبد الرحمن الغرياني ص 236 وما بعدها

2- فالمنفعة متعدية لغير مالكة أو عاقدها هذا هو الأصل، أما إن كان من باب الانتفاع كعقد الزواج فلا يتعدى لغير العاقد، فالمنفعة تتعدى بخلاف الانتفاع.

3- ينظر مواهب الجليل للحطاب ج 7 ص 522

4- البيع بمعناه العام شامل للإجارة، أما بمعناه الخاص فلا يشملها

5- سماع هذا الرأي شفاهة من الأستاذ الشيخ محمد الفيتوري الطشاني أحد علماء ليبيا ومؤسس لجنة علماء ليبيا اشتغل بالتعليم الديني منذ تخرجه من كلية الشريعة بالبيضاء سنة 1953م فكان أستاذاً بالمعاهد الدينية لمادة الفقه، ثم مديراً لمعهد مالك بن أنس الديني - طرابلس ثم عضو هيئة تدريس بالجامعات الليبية لمادة الفقه الإسلامي في المستويين الجامعي والدراسات العليا ولا يزال مشغولاً بالتعليم الديني الأكاديمي ومدرساً لطلابه في الحلقات العلمية بالمساجد

- خروج الدم من الحامل

مسألة خروج الدم من الحامل مسألة اختلف الفقهاء فيها، فمنهم من رأى أن هذا الدم الخارج هو دم حيض ويترتب عليه ما يترتب على الحائض من ترك للصلاة والصوم وغيرهما من الأحكام الخاصة بالحيض.⁽¹⁾

بينما يرى غيرهم من الفقهاء أن هذا الدم الخارج ليس بحيض، بل هو دم فساد، غاية ما في الأمر إن كان خروجه قبل الولادة بيوم أو بيومين فهو دم نفاس، وإلا فهو دم فساد ويترتب عليه ما يترتب على دم العلة والفساد.

فالمراة التي ترى الدم أثناء الحمل تصوم وتصلي وتؤدي ما عليها من فرائض ما لم تره قبل الولادة بيومين أو ثلاث - كما سبق - وإلا فهو دم نفاس.⁽²⁾

واستدل الفريق الأول على ما ذهب إليه بأن الحامل حينما رأته الدم يخرج من مخرجه المعتاد كما هو الحال عند عدم الحمل فالدم هو دم حيض.

فهذا الفريق اعتمد على الواقع والعادة وألحق هذا الخارج بما يخرج عادة وهو الحيض ورتب عليه أحكامه.

واعتمد الفريق الثاني أيضاً على الحال، حال المراة في هذا الوقت حيث إن الزمن زمن حمل والحمل لا تعتاد المراة فيه الحيض غالباً، فلم تكن ما تراه فيه حيضاً.⁽³⁾

وكلا الفريقين لهم أدلة أخرى من الآثار، غير أنهم اعتمدوا في تكليف هذه المسألة على العادة والعرف؛ لأنهما الأقرب في الاستدلال على المسألة، ولعل بعضهم تعمق في المسألة من حيث النظر في خصائص الحمل وحالة الرحم أثناء الحمل؛ ليفرقوا بين الدم الخارج من عمق الرحم وغيره، وبهذا التعمق قد وافقوا الرأي الطبي الحديث الذي أثبت أن الحمل لا يكون معه حيض، وكذلك الحيض لا يكون معه حمل؛ لأن دم الحيض يخرج من عمق الرحم، وعمق الرحم مشغول بالحمل، فما يخرج من الدماء أثناء الحمل ليس بحيض إلا إذا أجهض الحمل وتخلص الرحم من الحمل.⁽⁴⁾

1- ينظر مواهب الجليل 542/1-543

2- ينظر الفقه الإسلامي وأدلته. د. وهبة الزحيلي 612/1

3- المصدر نفسه

4- ينظر الحيض والنفاس بين الفقه والطب. د. عمر سليمان الأشقر مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية

- العدد الحادي عشر محرم 1409 هـ أغسطس 1988 م ص 145 وما بعدها.

فمسألة الدم الخارج أثناء الحيض قد اعتمد الفقهاء في تأصيله على التكييف وقد لاحظنا تكييفهم لهذه المسألة كلاً حسب اجتهاده فاختلّفوا في تسليط الحكم الشرعي عليه تبعاً لاختلاف التكييف.

وبهذه التطبيقات الموجزة أنهى هذا البحث الذي بينت فيه بإيجاز مفهوم التكييف الفقهي وأثره في تنزيل الأحكام الشرعية على الوقائع والمستجدات.

الخاتمة

أنهى هذا البحث بخاتمة أبين فيها بعض النتائج التي توصلت إليها وأهمها:

- 1- التكييف الفقهي هو تشخيص للمسألة وتحليل دقيق لها من أجل معرفة عناصرها ومكوناتها.
- 2- التكييف الفقهي له مرحلتان: الأولى تحليل المسألة، والثانية: تنزيل الحكم عليها.
- 3- لا تخضع المسائل لحكم واحد وإن تشابهت، بل لا بد من مراعاة ظروف وأحوال ومآلات كل واحدة منها على حدة، ليتم تسليط الحكم عليها بناء على تلك الأحوال والظروف والمآلات.
- 4- التكييف الفقهي نوع من الاجتهاد، فقد يحتاج إلى نظر وتمعن عميقين، وبخاصة إذا كانت المسألة مركبة من عدة عقود أو معان.
- 5- التكييف الفقهي لا يختص بالعقود والأفعال، بل هو شامل للأقوال كذلك.
- 6- لا يتم التكييف إلا بعد معرفة المسألة على حقيقتها، لذا فقد يخرج التكييف لبعض المسائل عن دائرة الفقهاء ومعارفهم إلى أهل الاختصاص كالأطباء والاقتصاديين وغيرهما، متى كانت المسألة في دائرة علومهم.
- 7- التكييف الفقهي أحد أسباب اختلاف الفقهاء، فقد يكيف المجتهد المسألة بخلاف ما يكيفها غيره، وبالتالي يختلف الحكم تبعاً لاختلاف التكييف.

والله أسأل التوفيق

المراجع

1. أبحاث في مقاصد الشريعة. د. نور الدين الخادمي، بيروت. لبنان. ط1. 1429هـ. 2008م
2. أبو حنيفة حياته وعصره آراؤه وفقهه للإمام محمد أبو زهرة. دار الفكر العربي. القاهرة. مصر
3. أثر الخلاف الفقهي في القواعد المختلف فيها. د. محمود إسماعيل محمد مشعل. دار السلام. ط1. 1428هـ. 2007م
4. أصول التشريع الإسلامي. علي حسب الله. دار الفكر العربي. القاهرة. ط7. 1997
5. أصول الفقه. د. وهبة الزحيلي. دار الفكر. دمشق. ط1. 2009م
6. اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي. د. وليد الحسيس. دار ابن حزم. ط2. 1430هـ. 2009م
7. أعلام الموقعين لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية. تحقيق هاني الحاج. المكتبة التوفيقية. القاهرة
8. الاعتصام لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي. تحقيق سيد إبراهيم. دار الحديث. القاهرة. 2002
9. أمالي الدلالات ومجالي الاختلافات للشيخ عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه. دار المناهج. جدة. المملكة العربية السعودية. ط1. 1427هـ. 2007م
10. الإحكام في أصول الأحكام. لسيف الدين أبي الحسن علي بن ابن علي الأمدي. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان
11. الأشباه والنظائر لزين الدين بن إبراهيم بن نجيم. دار الفكر. دمشق. سوريا. ط2. 1999م

12. البيان والتحصيل لابن رشد. أبي الوليد محمد بن أحمد القرطبي. تحقيق أساتذة من علماء المغرب. دار الغرب الإسلامي، دار إحياء التراث الإسلامي. قطر. 1406هـ. 1984م
13. التكليف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية. د. محمد عثمان شبير. دار القلم. دمشق. 2004
14. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد للإمام الحافظ أبي عمر يوسف بن عبد الله ابن عبد البر. تحقيق أسامة بن إبراهيم، حاتم بن أبو زيد، القارون الحديثة للطباعة والنشر. القاهرة. ط2. 1422هـ. 2001م
15. الجامع في أصول الربا. رفيق يونس المصري. دار القلم. دمشق. ط2. 1422هـ
16. الشرح الصغير. لأحمد بن محمد الدردير. مطبعة مصطفى البابي الحلبي القاهرة. 1952م
17. الفتوى بين الانضباط والتسيب. للدكتور يوسف القرضاوي. مكتبة وهبة. القاهرة. ط1. 1429هـ. 2008م
18. الفقه الإسلامي وأدلته. د. وهبة الزحيلي. دار الفكر. دمشق. ط4. 1997
19. القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي. مؤسسة الرسالة. بيروت لبنان. ط6. 1998
20. القواعد لأبي عبد الله محمد بن أحمد المقرئ. تحقيق أحمد بن عبد الله بن حميد. جامعة أم القرى. المملكة العربية السعودية. ط3. 1434هـ. 2013م
21. المستصفى لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي. تحقيق محمد سليمان الأشقر. مؤسسة الرسالة. بيروت. لبنان. ط1. 1997م
22. الموافقات في أصول الشريعة. للإمام إبراهيم بن موسى أبي إسحاق الشاطبي. تحقيق محمد السكندرانى، عدنان درويش. دار الكتاب العربي. بيروت. لبنان. ط1. 2002
23. المعجم اللغوي. إبراهيم أنيس. دار الفكر، ب ط ، بت
24. المهارات الأصولية وأثرها في النضج والتجديد الفقهي. د. سعد هلالى. مجلس النشر جامعة الكويت. ط1. 2004
25. النظرية العامة للتكليف القانوني. محمد محمود إبراهيم. دار الفكر العربي. مصر. 1983
26. النفيس من كنوز القواميس. د. خليفة محمد التليسي. الهيئة القومية للبحث العلمي ليبيا
27. بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله. د. فتحي الدريني. مؤسسة الرسالة. بيروت. لبنان. 1429هـ. 2001م
28. تحقيق المناط للدكتور فريد شكري، بحث قدمه وألقاه في محاضرات بوزارة الأوقاف، ودار الإفتاء بليبيا. 2013
29. تنقيح الفصول لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي. تحقيق محمد عبد الرحمن الشاغول. المكتبة الأزهرية للتراث. القاهرة. مصر. د. ط. ت

30. حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية. بشر أحمد أبو قندش. مركز التدريب والتطوير. طرابلس. ليبيا. ط1. 2005
31. سنن ابن ماجه، لأبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه. تحقيق محمود محمد نصار. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان
32. سنن أبي داوود. للإمام الحافظ أبي داوود سليمان بن الأشعث السجستاني. تحقيق د. عبد القادر عبد الخير، سيد إبراهيم. دار الحديث. القاهرة. 1999م
33. سنن البيهقي، للإمام أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي. تحقيق محمد عبد القادر عطا. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان
34. سنن الترمذي للإمام الحافظ أبي عيسى الترمذي. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. ط1. 1992
35. سنن الدارقطني. عمر الدارقطني. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. ط2. 2002
36. شهادات الاستثمار العلمي الخفيف. هدية مجلة الأزهر. ربيع الثاني. 1417هـ
37. صحيح البخاري. للإمام الحافظ البخاري. دار الحديث. القاهرة. ط1. 1988م
38. صحيح مسلم. للإمام الحافظ مسلم. دار الحديث. القاهرة. ط4. 2004
39. صناعة الفتوى وفقه الأقليات للشيخ عبد الله بن الشيخ بن بيه، مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث. الرياض. المغرب. ط1. 1433هـ. 2012م
40. ضوابط العمل بفقهاء الموازنات. بحث مقدم من الباحث لمؤتمر فقه الموازنات. جامعة أم القرى. 2013
41. غيات الأمم في التيات الظلم للجويني. دار الدعوة. القاهرة. 1979م
42. فتاوى شرعية معاصرة. د. محمد إبراهيم الحفناوي. دار الحديث. القاهرة. 1430هـ. 2009م
43. فتاوى مصطفى الزرقا. دار القلم. دمشق
44. فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك لأبي عبد الله الشيخ محمد أحمد عليش. دار الفكر
45. فقه التدين فهماً وتنزيلاً. د. عبد المجيد النجار. الزيتونة للنشر والتوزيع. ط2. 1416هـ. 1995م
46. في المنهج التطبيقي للشريعة الإسلامية تنزيلاً على الواقع الراهن. د. عبد المجيد النجار. دار النشر الدولي للنشر والتوزيع. الرياض. ط1. 1415هـ. 1994م
47. قضايا فقهية ومالية معاصرة. د. الصادق عبد الرحمن الغرياني. دار ومكتبة بن حمودة. زليتن. ليبيا. ط1. 2009

48. كشف الأسرار في أصول فخر الإسلام البزدوي، للإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري. دار الكتاب العلمية. بيروت. لبنان. ط1. 1997
49. لسان العرب للإمام أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور. دار صادر. بيروت
50. مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية. جامعة الكويت. العدد 29، 58
51. معجم لغة الفقهاء للدكتور. محمد رواس قلعه جي، وحامد قنبي. دار النفائس. الأردن. ط4. 2001
52. معجم مصطلحات أصول الفقه. د. قطب مصطفى سانو. دار الفكر. دمشق. سوريا. ط1. 2000
53. مواهب الجليل شرح مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. ط1. 1416هـ. 1995م
54. موسوعة القواعد والضوابط الفقهية. د. علي أحمد الندوي. دار المعرفة. 1999م.
55. نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي. د. حسين حامد حسان. مكتبة المتنبى. القاهرة. ط1. 1992

القيم الإسلامية وأثرها على الفرد والمجتمع

أحمد محمد رحومة

بسم الله الرحمن الرحيم

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونتوب إليه ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا اله إلا الله وحده لأشريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ،اللهم اجعل أفضل صلواتك وأزكى بركاتك على سيدنا محمد وعلى آل محمد وعلى أصحاب محمد ومن اتبعه واهتدى بهديه إلى يوم الدين وسلم تسليماً كثيراً .

وبعد .

إن الإيمان بالله وعبادته على استقامة، وإقرار شريعته في الأرض كلها إنفاذاً لسنن الله، وهي سنن ذات فاعلية إيجابية، نابعة من ذات النبع الذي تنبثق منه سائر السنن الكونية التي نرى آثارها الواقعية بالحس والاختبار.

فالإنسان قوة من قوة الوجود. وعمله وإرادته وصلاحه وعبادته ونشاطه مرتبط بسنن الله الشاملة للوجود. وكلها تعمل متنافسة وتعطي ثمارها كاملة حين تتجمع وتتناسق.

إنه اتصال هذا المخلوق المحدود قوة وجهداً بالأصل الأزلي الباقي الذي صدر عنه الوجود، وبالنواميس التي تحكم هذا الكون وبالقوة والطاقات المدخرة فيه ينطلق إلى الإبداع والانطلاق حينئذ من حدود ذاته الصغيرة إلى الكون الكبير للبحث عن المجهول.

إن مقومات الإيمان تنسجم تماماً مع المقومات الإنسانية الرفيعة الكريمة سواء بسواء، ومن هنا يتلقى الإنسان تصوراتهِ إلى قيمة العمل والإبداع من الإله الواحد الذي يدعوه إلى أن يكون عمله خالصاً له، بعيداً عن عبادة الهوى والمصلحة من أجل أعراض الحياة الدنيا، فالله خير وأبقي ((وفي ذلك فليتنافس المتنافسون))¹.

إن الإيمان هو أصل الحياة الكبرى، ينبثق منه كل فرع من فروع الخير، وتتعلق به كل قوة من قوى الإبداع، ومن ثم يهدر القرآن قيمة كل عمل لا يرجع إلى هذا الأصل كما جاء في قوله - تعالى-: ((مثل الذين كفروا بربهم أعمالهم كرماد اشتدت به الريح في يوم عاصف لا يقدرُونَ مما

¹ سورة المطففين: الآية 26.

كسبوا على شيء ذلك هو الضلال البعيد))¹ وكما جاء في سورة النور ((والذين كفروا أعمالهم كسراب بقيعة يحسبه الظمآن ماء حتى إذا جاءه لم يجده شيئاً))² نصوص صريحة في إهدار قيمة العمل كله ما لم يستند إلى الإيمان الذي يجعل له دافعاً موصولاً، وهذه هي النظرة المنطقية لعقيدة ترد الأمور كلها إلى الله، فمن انقطع عنه فقد انقطع وفقد حقيقة معناه.

ومن هنا فقيمة الإيمان حركة وعمل وبناء وتعمير ابتغاء وجه الله. إنه ليس هروباً وسلبية وتردداً وانزواءً في مكنونات الضمير، وليس مجرد أماني ونوايا طيبة لا تتمثل في حركة ونهوض، وهذه هي طبيعة الإسلام البارزة التي تجعل منه قوة بناء كبرى في صميم الحياة.

فالإيمان يدفع بالإنسان لأن يؤدي عمله وفق تربية خلقية وتزكية نفس، ولكن من هو الإنسان؟ إنه الإنسان الذي يتخلق بأخلاق الإسلام ويسير وفق منهجه الإيماني الرشيد، ويطبق أدب شريعته الإسلامية السمحاء.

إن الإنسان الذي يفعل أسس وقواعد العقيدة الإسلامية في نفسه ويزن بها سلوكه ومعاملاته حتى يكون قادراً على المشاركة الإيجابية في النهوض بنفسه وبأسرته وبمجتمعه بعد ذلك هو الإنسان المسلم الحقيقي المتصف بالإيمان، والإنسان بلا عقيدة كالبيت الخرب الذي لا أمان منه ولا رجاء فيه، وكالآلة الصماء التي لا طائل من ورائها إلا العطلة وهدر الوقت، ومن ثم يترتب عليه عوامل التخلف وظهور الفساد.

وقد حظيت العقيدة الإسلامية بالعديد من الأسس المنهجية والقواعد التربوية القادرة على الصياغة وبناء شخصية منتجة تستطيع الاستفادة من الموارد المتاحة لكل بيئة نشأت بها، وإيجاد فرص عمل جديدة تستوعب القوى العاملة وتوجهها الوجهة الصحيحة من أجل تحقيق مناخ اقتصادي قوي يوفر الخير والنماء والاستقرار للمجتمع برمته.

ولعل من أبرز العوامل التي تكون الشخصية المنتجة في العقيدة الإسلامية ما يلي:-

أولاً:- ترسيخ قيمة العمل:

رسمت العقيدة قيمة العمل في الشخصية الإسلامية، عندما رفعتَه إلى درجة العبادة، وربطته بالإيمان وإسلام الوجه لله تعالى، إذ قال سبحانه: ((وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون وستردون إلى عالم الغيب والشهادة فينبئكم بما كنتم تعملون))³ وقال تعالى أيضاً

¹ سورة إبراهيم: الآية 21.

² سورة النور: الآية 38.

³ سورة التوبة: الآية 106.

((والعصر إن الإنسان لفي خسر إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وتواصوا بالحق وتواصوا بالصبر))¹ وقال - عز وجل - ((إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات إنا لا نضيع أجر من أحسن عملاً))² تشير هذه الآيات إلى قيمة العمل في الإسلام، وتؤكد على ضرورة الربط بين الإيمان والعمل حتى لا يقع الإنسان في بؤرة الخراب والتخلف ، ويصبح عرضة وفريسة للضعف والاستكانة وهذا ما يميز الشخصية غير القادرة على العمل.

إن العقيدة الإسلامية جعلت العمل في مصاف العبادات، ومن ثم اشترطت في العمل أن يكون صالحاً ومنتقناً وخالصاً لله تعالى في النية ، ومحققاً الخير للناس في الحياة حتى يكون عملاً إنتاجياً يفيد الفرد والمجتمع ، وما ذلك إلا لأن الإسلام دين وحياة وبناء وعمران وتوفير واستثمار ، ولا يتأتى ذلك إلا بالعمل، ولهذا نجد القرآن الكريم، يحث الإنسان على العمل فيما لا يقل عن (358) آية من آيات القرآن الكريم، وفي أربعة عشر نوعاً ، على إحدى وثلاثين صفة .

كما تعددت الأحاديث النبوية الشريفة التي تحث على العمل وترفع من شأنه في الإسلام قال رسول الله - صلي الله عليه وسلم - : ((إن الله تعالى يحب إذا عمل أحدكم عملاً أن يتقنه))³ .

ثانياً:- تعميق الشعور بالمسئولية :

زادت العقيدة الإسلامية من تعميق الشعور بالمسئولية عند المؤمن عندما جعلت منه رقيباً على نفسه قبل الرقابة الخارجية من البشر .

وقد جاء هذا الوازع الداخلي أو الضمير الحي نتيجة إدراك المسلم لمراقبة الله تعالى له ، ولأعماله وخوفه الشديد من عقاب خالقه سبحانه عندما يقل عنده هذا الوازع الداخلي أو تخبو لديه شعلة الضمير الحي، ولذا تراه لا يسمح لنفسه أن تأخذ ما ليس لها بحق ، أو أن تأكل مال الغير بالباطل أو تستغل ضعف الضعيف أو غفلة الساهي أو حاجة المضطر، أو استغلال الأزمات التي تمر بالمجتمع نتيجة لظروف البائسين، فإيمان المسلم بريانية المصدر في الاقتصاد يحيمه من استغلال المناصب وانتهاز الفرص ، والتحايل على المواقف من أجل الحصول على ما ليس له، أو الثراء غير المشروع ، فالإسلام لا يقر مبدأ (الغاية تبرر الوسيلة) بل يحرص على نظافة الوسيلة حرصه على شرف الغاية .

ثالثاً:- تحقيق التعاون على مستوى الأفراد والمجتمعات :

¹ سورة العصر: من الآية 1 إلى 3.

² سورة الكهف: الآية 30.

³ رواه الشيخان

فالإسلام يشجع على تكوين الشخصية المنتجة، كما يساعد على إيجاد فرص عمل متوالية تستوعب القوى والطاقات العاملة على المستويات المحلية والدولية ، وذلك لأنه يقوم على البر والتقوى لا على الإثم والعدوان .

رابعاً:- ترشيد الاستهلاك وتجنب الإسراف والتبذير :

اهتمت العقيدة الإسلامية بإقامة التوازن بين قوى الإنسان المادية والروحية حتى لا يقع الخلل بين تلك القوى الداخلية، وتظهر أعراضه على السلوك الخارجي في صور سيئة تطيح بالفرد وتضر بالمجتمع منها الانتحار، والتطرف الديني والسلوك العدواني المتمثل في العنف والإرهاب ، ولعل هذا من أهم المعوقات التي تتال من جسد الاقتصاد الوطني ، لأنه يعطل قوى الإنتاج ويحرم المجتمع من نعمة الأمن والاستقرار التي يعول عليها النمو الاقتصادي.

خامساً:- تحريم السلوكيات المنحرفة :

حرصت العقيدة الإسلامية على إشباع حاجات الفرد والجماعة ولكن بطرق يقبلها الحق سبحانه وتعالى ، وأبت هذه العقيدة السماح أن يقيم المسلم اقتصاده على الغش والزيف والاحتكار ، وذلك لأن الحق جلت قدرته طيب لا يقبل إلا طيبا .

والتشريع الإسلامي قائم على طلب الحلال الطيب للإنسان ودفع الضار الخبيث، ولذا أحل الله تعالى للإنسان كل الطيبات وحرّم عليه كل الخبائث .

قال تعالى ((بأيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون ولستم بأخذيه إلا أن تغمضوا فيه واعلموا أن الله غنيّ الشيطان يعدكم الفقر ويأمركم بالفحشاء والله يعدكم مغفرة منه وفضلاً والله واسع عليم))¹.

ومن هذا المنطلق تم تقسيم هذا البحث إلى مقدمة وتمهيد وثلاثة مطالب وخاتمة.

أما المقدمة؛ فقد تناولت فيها أبرز العوامل التي تكون الشخصية الإسلامية المعتبرة للإسلام عقيدة وفكراً في العقيدة، وأما المطالب :- الثالث هي :-

المطلب الأول :- حقيقة المنهج العملي للعقيدة الإيمانية .

المطلب الثاني :- حقيقة المنهج العملي للإيمان .

¹ سورة البقرة: الآية : 266-267.

المطلب الثالث :- الأساس العقدي للنموذج العملي ثم الخاتمة التي اشتملت على النتائج والتوصيات .

التمهيد

إن العقيدة الإسلامية لها كيانها الخاص بها وسماتها المميزة لها وشخصيتها المستقلة بها وهي لا تستقي من حالة نفسية معينة، أو فكرة عابرة أو هوى جامع وعقل شارذ، إنما العقيدة الإسلامية لا تستقي إلا من مصادرها الشرعية المتمثلة في القرآن والسنة.

فالقرآن والسنة المطهرة قاما بإرساء أساس العقيدة وبيننا معالمها ووضحاً مبادئها وكشفاً عن كل ما يتعلق بها، وذلك لأنها القضية الأصل التي هي أساس الحياة والإحياء، والسبب في صلاح المعاش والمعاد، ونجاة البلاد والعباد ولهذا تقتضي لا تكون معالجتها خاضعة لتصورات الناس وأهوائهم وبالتالي تكفل القرآن والسنة المطهرة بوضع الأسس للعقيدة التي من شأنها صلاح وإصلاح العباد والبلاد .

قال تعالى: (ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السماوات والأرض ومن فيهن)¹. فمن ثم القرآن الكريم هو الأصل في بيان العقيدة وتوضيح معالمها وكشف مبادئها، وكانت السنة المطهرة هي أيضاً الأصل مع القرآن الكريم في بيان ما يتعلق بالعقيدة الإسلامية من سمات وخصائص ومبادئ.

فطالما كفل القرآن الكريم والسنة بيان العقيدة، فكل محاولات الخلط والتي تتصادم مع عقيدة القرآن والسنة لا قبول لها ولا اعتبار بها، فما وافق العقيدة المستقاة من القرآن والسنة أخذناه، وما خالف عقيدة القرآن والسنة تركناه.

ويمتلك الإنسان شعور الأسى عندما يرى عقيدة الإسلام في الواقع المعاصر ينال منها بشدة، وتطعن في مقتل، وتضرب في صميمها ويبدأ بنائها قبل أعدائها.

والعصر الذي نعيش فيه الآن ليست نظرتة - بصفة عامة - للعقيدة الإسلامية نظرة إعزاز وتقدير واعتراف بذاتيتها الخاصة بها وشخصيتها المميزة لها، إنما يسعى هذا العصر وبكل وضوح وجلاء لتمويت العقيدة الإسلامية وطمس معالمها وتضييع هويتها وتذويب شخصيتها وعدم الاعتراف بانفرادها ووحدتها، إلى حد وصل الأمر فيه إلى إلغاء العقيدة الإسلامية من الاستعمال في الإطار العام، ورضي المتحدثون بلسانها خرس صوتها وإهمالها وتهميش دورها وتضييع سمتها وتذويبها ودمجها في غيرها.

¹ سورة المؤمنون: الآية 71.

فكلمة العقيدة الإسلامية الآن أصبحت ثقيلة على اللسان ينطق بها المتحدثون وكأن سلاسل من جبال تمنع اللسان من الحراك، فاستبدلوا العقيدة الإسلامية بكلمات عائمة، وعبارات هائمة، ومصطلحات لا تسمن ولا تغني من جوع، ولا تفصل بين حق وباطل ولا بين صدق وادعاء.

بل وجدنا كل ما يبرز العقيدة الإسلامية ويحافظ على ذاتيتها ويوضح شخصيتها محارباً، ووجدنا كل المحاولات للتزييف العقدي وتلبيس الحق بالباطل والتذويب بين الصدق والكذب تحت مسميات التفكير الديني ورجال الدين والوحدة الوطنية ورجال الفكر وما شابه ذلك .

من هنا كان بيان الانحراف عن المنهج العملي للعقدي للإسلام من الأهمية بمكان، لتبيين الرشد من الغي وفصل الحق من الباطل، ووضع النقاط فوق الحروف، والقول بملء الفم ويطول الخط لا عقيدة حقا سوى عقيدة الإسلام وما عداها من العقائد على ضلال وأهلها في النار.، والجهر بحقيقة العقيدة الإسلامية فريضة على كل متحدث بلسان الإسلام وكل داعية إلى الله تعالى وذلك لما يلي:-

- الجهر بوحداية العقيدة الإسلامية إنصاف كبير لها ووضعها في مكانها اللائق بها، وإعطائها شأنها المستحق لها.

- الجهر بوحداية العقيدة الإسلامية إقرار لحقائق تاريخية تتابع الأنبياء من أجلها واجتمعوا عليها ودعوا أقوامهم إلى مضايمينها والاعتراف بها.

- الجهر بوحداية العقيدة الإسلامية إنصاف للناس في كل زمان ومكان، والذين تختلط عليهم المفاهيم وتنبدل عندهم المعايير، فلا بد من الجهر بالحق بكلمة أحد من السيف وأوضح من ضوء الشمس.

- إن تمييع العقائد بالكلمات الهائمة والعبارات السائمة فيه تنويم لهؤلاء المخدوعين واستمرار لغفلتهم واستنقاء لسباتهم وعدم تحريكهم والأخذ بيدهم إلى حقيقة العقيدة الإسلامية.

- الجهر بوحداية العقيدة الإسلامية ليس معناه الإكراه أو الضغط، إنما هو القول الفصل والكلام الحق، وبعد تبين الرشد من الغي فليختر الناس لأنفسهم ما يشاءون، فالأمر كما قال رب العالمين: (لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي)¹.

¹ سورة البقرة: الآية 256.

- حقيقة العقيدة الإسلامية ترباً بنفسها أن تشترك مع غيرها أو تذوب في غيرها أو تندمج مع غيرها، ففيها من المحتويات والمضامين ما يكفيها عن غيرها وما يغنيها عما سواها وما يجعل لها وحدها الكيان المميز لها والشخصية المستقلة بها.

وتقول بكل ثقة واطمئنان: ليس في الوجود الآن كتاب للعقيدة حقاً سوى القرآن الكريم وسنة للعقيدة سوى سنة النبي - صلى الله عليه وسلم - فما خالف عقيدة الإسلام الآن من الأفكار والمذاهب والتيارات على ضلال وأهل ذلك كلهم في النار.

وربما يقول إنسان ما هذا الانغلاق وما هذا الجمود، والعصر الذي نعيشه عصر السماء المفتوحة كما قد يتول: - تعتر بعقيدتك وتعطي الوجدانية لها ولا تعترف بعقائد الآخرين ولا أفكارهم .

ويرد عليه بكل ثقة واطمئنان: وإن رمينا بالجمود والتحجر - فإن مقام التأصيل شيء، ومقام الدعوة بعدم الإكراه شيء آخر، فنحن الآن في مقام التأصيل والتقعيد والتأسيس، ومن خلال هذا المقام نؤكد قائلين: إنه لا عقيدة سوى عقيدة الإسلام، وغير هذه العقيدة على ضلال وكفر وأهلها في النار، هذا مقام التأصيل والتأسيس الذي لا يقبل التميع ولا التذويب ولا التلبيس، وما أضر عقيدة الإسلام مثل الكلمات العائمة والعبارات السائمة التي لا تحل ولا تربط ولا تفصل حقاً من باطل، ففي مقام التأصيل لا بد من كلمة واضحة وضوح الشمس، نافذة نفاذ السيف . قال تعالى: (وقل الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر)¹.

هذه الكلمات الواضحة غير المائعة، والفاصلة غير السائمة هي عين الإنصاف للآخرين، والسعي إلى بيان القضية في معناها الحقيقي ومفهومها الفعلي، ففي زحمة التلبيس والتذويب تضيع الحقائق وتلبس الأمور على الناس ويحكم الآخرون على صحة موقفهم وسلامة أمرهم من خلال ما يرون من أحوال وما يسمعون من كلمات تطمئنهم على عقيدتهم وتشجعهم على الثبات عليها والتمسك بها.

فالكشف عن الحقيقة في معناها المحدد وفي مفهومها الفاصل هو ما أكدته الإسلام وحث عليه وحذر من التهاون فيه لأن كثرة من الناس تستهويهم الأكاذيب وتصادف هواهم دعاوي التلبيس فيسبحون مع التيار ويركبون الموجة ويحاولون إقناع الناس ببطلان الحق وإحقاق الباطل ويصدق الكذب ويكذب الصدق، ومن هنا لم تكن مفاصلة في العقيدة. فإما إسلام أو كفر، وإما حق أو باطل.

¹ سورة الكهف: الآية 29.

ومن هنا فليعلم غير المسلمين أن الإسلام هو دين الله الحق، وأن عقيدته هي الصدق، وأن مصير البشرية التي لا تعتقد في الإسلام وإن كانت الدنيا في يدها وإن ملكت أسباب المادة فيها، وإن علا صوتهم وذاع صييتهم، فإن مصيرهم إلى النار إن لم يعتقدوا في الإسلام الذي لا يكره أحداً على الإيمان قال تعالى: (لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي)¹ وقال تعالى: (وقل الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر)².

ومن خلال ذلك نؤصل ما يلي:-

- الواقع العقدي للعصر الحالي في أمس الحاجة إلى كلمات واضحة وعبارات فاصلة في بيان الحق من الباطل والرشد من الغي.

- عصر حرية الأفكار والمذاهب والأديان والعقائد والتيارات لا يعني تلبيس الحق بالباطل من منظور الإسلام.

- دعاوي حرية الفكر لا تعني إلغاء الفوارق وإعدام الفواصل بين الحق والباطل.

- التسوية بين العقيدة الإسلامية وغيرها من العقائد مرفوض جملة وتفصيلاً وغير مقبول من أصله وأساسه لاستحالة التلاقي بين الحق والباطل.

- بيان شرعية وحدانية العقيدة الإسلامية لا يعني الإكراه في اتباعها والجبر على اعتناقها إنما هو توضيح للقضايا وإبراز للأمور وذلك كما قال الله تعالى: (كل نفس بما كسبت رهينة)³ و(بل الإنسان على نفسه بصيرة ولو ألقى معاذيره)⁴.

¹ سورة البقرة: الآية 256.

² سورة الكهف: الآية 29.

³ سورة المدثر: الآية 38.

⁴ سورة القيامة: الآية 14 - 15.

المطلب الأول

حقيقة المنهج العملي للعقيدة الإسلامية

تحديد المراد من العقيدة الإيمانية .

معنى العقيدة :

هناك ارتباط بين معنى العقيدة ومعنى الإيمان يجعل منهما الطبيعية العلمية التي ترمي إليها العقيدة ويرمي إليها الإيمان . والمعنى العملي لكل من العقيدة والإيمان هو المقصود والمعتبر شرعاً ..

العقيدة معناها: - (ما يقصد فيه نفس الاعتقاد دون العمل)¹

وفي المفردات: قال الله - تعالى - : (ولكن يؤخذكم بما عقدتم الأيمان)². وقرئ بما عقدتم الأيمان ومنه قيل لفلان عقيدة)³ وقيل هي: (الجانب النظري الذي يطلب الإيمان به أولاً وقبل كل شيء إيماناً لا يرقى إليه شك ولا توتر فيه شبهة)⁴.

وعقد الإيمان أن يكون بقصد القلب وعزمه بخلاف اللغو وهو ما يجري على اللسان بدون قصد والعقود أوثق للعهد فهو شديد الإحكام قوي التوثيق⁵

معنى الإيمان:

معناه في المفردات هو: (التصديق الذي معه أمن)⁶، وأما معناه في اللسان (الإيمان ضد الكفر، والإيمان بمعنى التصديق ضده التكذيب، يقال آمن به قوم وكذب به قوم .قالوا للخليل: ما الإيمان؟ قال: الطمأنينة)⁷.

¹ الجرجاني "علي بن محمد الجرجاني، التعريفات: تحقيق، إبراهيم الأبياري دار الكتاب العربي ط1، بيروت ، ص197.

² سورة المائدة: الآية 89.

³ صفوان داودي: المفردات في غريب القرآن، ط دار القلم، مصر 1972، ص 341.

⁴ الشيخ محمود شلتوت: الإسلام عقيدة وشريعة دار الشروق ط 14، 1984، ص9.

⁵ محمد بن علي الشوكاني: فتح القدير. دار الفكر بيروت ، ص2/ 71.

⁶ الجرجاني: التعريفات ص 64. مصدر سابق.

⁷ د./ ناصر عبد الكريم العقل: مجمل أصول أهل السنة والجماعة في العقيدة، ط أولى سنة 1411هـ، دار دار الوطن، ص 5.

(فالإيمان في اللغة: هو التصديق بالقلب، وفي الشرع هو : الاعتقاد بالقلب والإقرار باللسان قيل : من شهد وعمل ولم يعتقد فهو منافق، ومن شهد ولم يعمل واعتقد فهو فاسق، ومن أخل بالشهادة فهو كافر، والإيمان على خمسة أوجه: إيمان مطبوع وإيمان مقبول وإيمان معصوم وإيمان موقوف، وإيمان مردود، فالإيمان المطبوع هو: إيمان الملائكة، والإيمان المعصوم: إيمان الأنبياء، والإيمان المقبول: هو إيمان المؤمنين، والإيمان الموقوف: هو إيمان المبتدعين، والإيمان المردود: هو إيمان المنافقين)¹.

تعريف العقيدة بالإيمان:

ومن حقيقة ارتباط العقيدة والإيمان بمعناه العملي الذي لا يقبل سواه ولا يفهم من طرح الإيمان سوي المعنى العملي والجانب التطبيقي.

قال د/ ناصر العقل: (العقيدة الإيمان الجازم الذي لا يتطرق إليه شك لدي معتقده) وقيل هي: (إيمان وتصديق بشيء ينعقد القلب عليه ينبثق منه تشريع يضبط حركة الإنسان وينظم سلوكه)²

(فالعقيدة هي مجموعة من قضايا الحق البديهية المسلمة بالعقل والسمع والفترة يعقد عليها إنسان قلبه وثنى عليها صدره جازماً بصحتها قاطعاً بوجودها وثبوتها لا يرى خلافها أن يصح أو يكون أبداً).

وقيل إن العقيدة هي: (مثل عليا يؤمن بها الإنسان فيضحى من أجلها بالأموال والنفس؛ لأنها أعلى من الأموال والنفس)³.

ولقد احتل الإيمان المساحة الكبرى في القرآن الكريم، وشغل الجانب الأكبر منه، ولا نكاد نجد كلمة ترددت في القرآن الكريم (بمثل الكثرة التي ترددت بها كلمة إيمان ومشتقاتها إلا كلمة الله، فقد ترددت كلمة الإيمان أكثر من ستمائة وستين مرة لتؤدي كل الأهداف التي تصدى إليها القرآن الكريم من إحداث مجتمع جديد أساسه الإيمان بالله وتصديق ما أتى به محمد - صلى الله عليه وسلم - وإحلال الثقة والطمأنينة بين البشر وزرع اليقين، وقد اختيرت الكلمة دون كلمة التصديق أو

¹ الجرجاني: التعريفات ص 50 .

² أبو بكر الجزائري: عقيدة المؤمن ، دار الفكر العربي بيروت، ص3.

³ محمود شيت خطاب: بين العقيدة والمذاهب ط3، سنة 1903 هـ، 1983 م، دار الفكر، بيروت، ص

الإعتقاد؛ لأنها تؤدي معنى لا نكاد نجده في كلمة أخرى¹، فلا عجب أن يحتوي بين دفتيه قضية الإيمان وما يتعلق بها من أبعاد رحبة وأفاق واسعة ممتدة.

موقف القرآن من مفردة العقيدة:

إن القرآن في عرضه لمحتويات العقيدة والإيمان وفي تفصيله للدلائل النفسية والكونية لإثبات الحقائق العقائدية والإيمانية أثر مصطلح الإيمان وعبر به عن كل القضايا الإيمانية وما تشتمل عليه من أصول وكماليات.

والقرآن الكريم لم يتطرق في سورة على الإطلاق إلى كلمة عقيدة وذكر مادتها اللغوية ولكن (ذكر حقائق أساسية كبرى هي في مجموعها موضوع ما سمي بالعقيدة أو العقائد)² فقد عرضها (ضمن المصطلح اللطيف والكلمة الحبيبة "الإيمان" وعرضها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - والصحابة الكرام ضمن نفس الكلمة، ولا شك أن العودة إلى تعبير القرآن والرسول - صلى الله عليه وسلم - أنفع وأولى مع جواز المصطلحات الأخرى، ولا شك أن كلمة الإيمان أدق معنى وأدل على المقصود من الكلمات الأخرى)³.

يقول د / يوسف القرضاوي عن كتابه الإيمان والحياة: (هذا الكتاب هو الذي سبق أن أعلنت عنه بعنوان العقيدة، والحياة ولكن آثرت أن أستعمل الكلمة التي استعملها القرآن الكريم في التعبير عن العقيدة، وهي كلمة الإيمان، ولا شك أن إحياءها أعمق وأقوى)⁴ ويقول منير الغضبان: (ولأمر ما اختار الإسلام - كلمة الإيمان - للدلالة على العقيدة، فالإيمان يباشر العقل والقلب معاً، ويربط الفكر بالوجدان ربطاً وثيقاً، فليس الأمر قضية قناعة فكرية باردة، وليس الأمر قضية دفعية عاطفية خاوية من القناعة العقلية، بل هو الالتحام الكامل بين الجانبين حيث يصعب التمييز بينهما)⁵. فالجانب العملي العقدي من منطلق الترابط بين الإيمان والعقيدة هو الأصل فيها والعنوان لها، فكلاهما يعطي معنى الآخر ويجسد مضمونه ويعرب عن حقيقته.

فلا نفرة بينهما في حيزهما وفي دائرة محتوياتهما فكيف توجد النفرة في مجالات استخدامهما العلمية والعملية. يقول د / محمود عمارة: (إن الإيمان بالله - عز وجل - عقيدة، وينشئها الدليل العقلي والمشهد الحسي، وعن هذه العقيدة الراسخة تنشأ الملكات النفسية في كيان الإنسان، ثم

¹ عبد الكريم غلاب: صراع المذهب والعقيدة في القرآن ط أولى سنة، 1973م، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ص 27.

² د. / أحمد عبد الرحيم السائح: علم العقيدة بين الأصالة والمعاصرة ط أولى سنة 1990، ص 10.

³ د / صلاح عبد الفتاح: في ظلال الإيمان ط 2 سنة 1991م، مكتبة المنار، القاهرة، ص 55..

⁴ د. / يوسف القرضاوي: الإيمان والحياة، ط 2 سنة 1992م، مكتبة وهبة، ص 6.

⁵ منير محمد الغضبان: المنهج الحركي للسيرة النبوية، ط 7 سنة 1992م، مكتبة المنار، القاهرة، ص 31.

تتحرك إرادة الإنسان بتوجيه تلك الملكات حركة جسمية ينتقل بها الدين من أمل في القلب إلى واقع نابض بالحياة والنماء¹ فإن الإيحاء المباشر للإيمان هو الجانب العلمي منه والممارسة التطبيقية له، أما الجانب النظري فهو أبعد ما يكون عن ذهن المتلقي فإن المتلقي في جانب الحكم على المؤمنين كله نظري، فهو الغالب عليه والمستحوذ على كل مداركه، والمتوقع منه أن يحكم على المؤمنين من خلال رؤية جميل أفعالهم وبيد طاعتهم.

وإن الإيحاء المباشر للعقيدة هو الجانب النظري وسوق الأدلة تلو الأدلة لإثبات القضية، وذهن المتلقي مهياً لهذا الإيحاء المباشر، ولهذا كان التعبير بالإيمان أعمق من التعبير بالعقيدة لا سيما داخل المحيط الإسلامي في جانبه النظري والتطبيقي، فالإيمان يضيء على الجو الإسلامي البهجة وهو مستقر في مناخه ثابت في فلكه، ومنهج الدعوة القرآنية يتفق كل الاتفاق مع التلقائية في الإرسال وأيضاً في الاستقبال، فالتلقائية في الإيمان من الاستقبال والانطباع العام من وراء الإيمان هو التجسيد في أخلاق، والوجود في أعمال وسلوكيات، وهذا الإيحاء المباشر والانطباع المباشر أيضاً يتفق مع منهج الإسلام في عرض قضايا الإيمان بواقع عملي.

حقيقة المنهج العملي للعقيدة:

من هذا المنطق نعلم أن العقيدة في جوهرها وفي حقيقتها هي منهج عملي يضبط حركات السعي الخارجية وينظم الأحوال العملية في إطار الانسجام والالتزام. فالتصديق بوجود الله - عز وجل - والتصديق بوحديته واتصافه بكل صفات الكمال وبأحقية القرآنية، وبأحقية رسالة محمد - صلى الله عليه وسلم - والبعث والجنة والنار كل هذه أمور اعتقادية نظرية تتعلق بالاعتقاد الذي محله القلب ودائرته الفكر والنظر² وهذا الجانب في حقيقته هو العمل نفسه والتطبيق ذاته، وكما لا تكون العقيدة عنواناً للمناقشات الفكرية والمحاويرات الجدلية، بل هي في حقيقتها وأصلها منهج عملي ذاتي يضبط حركة الأعمال كلها (لا شك أن اعتبار الاعتقاد العقلي هو الجانب الأهم من الدين اعتباراً خاطئاً، لأن فيه إغفالاً لجانبين آخرين مهمين هما الجانب المعنوي والجانب السلوكي. المعنوي الذي يعالج الخوف والرجاء والحب والتعظيم، والسلوكي الذي يعالج الطاعة والمعصية والحلال والحرام والشبهات وهذا (يقتضي الإتيان بالأعمال الصالحة، بل قيل لا يصح الاعتقاد مع ترك العمل)³.

¹ في ظلال الإيمان ص 55 ، مصدر سابق.

² انظر محمد محبي الدين عبد الحميد: منهج التربية الإسلامية ط11، دار الشروق بيروت، 1988م، ص 75 وما بعدها.

³ الإمام الأكبر فخر الدين الرازي : التفسير الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط أولى سنة 1988م،

فالقرآن الكريم ينقل الإيمان من ميدان التصورات المعزولة إلى ميدان الشعور الحي المأنوس الواقع¹. فمن أهم مميزات العقيدة أنها مفضية إلى العمل ومرتبطة به ارتباطاً وثيقاً يجعل من سلوك الإنسان وتصرفه في واقع حياته صورة منعكسة عن عقيدته ومن ثم كان الأصل الجامع للعقيدة والشريعة معا والإطار العام لهما هو الإيمان.

ومما سبق نفي ما يلي:

- العقيدة هي الأساس الإيمانى للمنهج العملي للإسلام.
- الإيمان هو التعبير العملي عن المنهج العقدي للإسلام.
- إخراج العقيدة من موضوعها العملي تضييع لهويتها واستبدال لمضمونها وإفقاد لمصادقيتها.
- دمج العقيدة بالإيمان يبرز مصادقية المنهج العملي للإسلام.
- الأساس العقدي للمنهج العملي للإسلام يقضي على كل محاولات التميع وكلمات التذويب وجهود تلبيس الحق بالباطل ودمج الكفر بالإيمان.
- الأساس العقدي هو الأصل في إنقاذ الأمة من محنتها وتخطيها أزمتها ونجاحها من المعوقات التي تعترض طريقها.
- محاولات تفسيرات الأزمة وتعليقات وجود المحنة لا يمكن بواسطتها أن تضع اليد على محل الداء طالما شرود هذه الجهود التفسيرية للأزمة المعاصرة بعيدة عن أصل العقيدة والأساس الإيمانى للإسلام.
- فصل الحق من الباطل، وإفراد عقيدة الإسلام بالتميز فيه إنصاف، للإنسانية جمعاء حتى لا يختل العمل والمصير باعتقاد الإنسانية عقيدة خاطئة مآلها الخسران والهلاك مع ظنهم الفلاح والنجاة مصداقا لقوله -تعالى- : (قل هل ننبئكم بالأخسرين أعمالا الذين ضل سعيهم في الحياة الدنيا وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعا)² ومن هنا فتبصير الإنسانية بشريعة العقيدة الإسلامية وحدها دون غيرها وضع للأمور في نصابها الصحيح.
- تعميق الشعور بالمسؤولية عند المؤمن، فلا يسمح لنفسه أن يأخذ ما ليس له بحق، أو بأكل أموال الناس بالباطل، أو بالثراء غير المشروع.

¹ محمد العزالي : ركائز الإيمان ص 124، مصدر سابق...

² سورة الكهف : الآية 103 - 105.

المطلب الثاني

حقيقة المنهج العملي للإيمان

الإيمان عمل:

يقول السلف الإيمان: (هو اعتقاد بالقلب ونطق باللسان وعمل بالأركان، وأرادوا بذلك أن الأعمال شرط في كماله، ومن هنا نشأ لهم القول بالزيادة والنقص)¹. قال ابن حزم: (الإيمان أصله في اللغة التصديق وأوقعته الشريعة على الأعمال المأمور بها وعلى اجتناب المعاصي المنهي عنها)² قال ابن تيمية: (اسم جامع لكل ما يحبه الله ويرضاه)³ ويقول ابن الزهري: (الإيمان العمل)⁴ قال ابن مسعود وغيره من السلف: (إذا سمعت الله -تعالى- يقول في القرآن: يا أيها الذين آمنوا فارعها سمعك فإنها خير يأمر به أو شر ينهي عنه)⁵ (المشهور عن السلف وأهل الحديث أن الإيمان قول ونية، وأن الأعمال كلها في مسمى الإيمان)⁶ (ومن أصول أهل السنة أن الإيمان قول وعمل، قول القلب واللسان، وعمل القلب واللسان والجوارح)⁷ قال ابن كثير: (الإيمان الشرعي المطلوب لا يكون إلا اعتقاداً وقولاً وعملاً)⁸ فكل محاولات إخراج الأعمال من الإيمان قديماً وحديثاً وحديثاً محاولات لتحويل الأمور عن حقائقها والأشياء عن طبيعتها.

عرض القرآن لحقائق الإيمان:

القرآن عرض حقائق الإيمان على شكل أعمال وفي صورة أشخاص ورجال ينفذون الأعمال في واقع الحياة، فلم يكن العرض على شكل أفكار ونظريات وفلسفات تقبل القبول والرفض والأخذ والرد، إنما كان الإيمان معروضاً بعمل وبأشخاص يقومون به ويسارعون إليه، والقرآن الكريم ركز على هذه القضية تركيزاً كبيراً.

¹ شهاب الدين بن أحمد بن علي بن محمد بن جعفر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، مكتبة الكليات الأزهرية، 1398 هـ و 1978 م، 16/1.

² ابن حزم: الفصل في الملل والأهواء والنحل ج3 ص 126 .

³ الفتاوي 3 / 151، مصدر سابق.

⁴ ابن كثير إسماعيل بن عمر بن كثير: تفسير القرآن العظيم، دار الفكر بيروت 16/1.

⁵ ابن كثير 1 / 58.

⁶ جامع العلوم والحكم ص 132، مصدر سابق.

⁷ الفتاوي 3 / 151، مصدر سابق.

⁸ ابن كثير 1 / 39.

قال تعالى: (قل يا أيها الكافرون * لا أعبد ما تعبدون * ولا أنتم عابدون ما أعبد * ولا أنا عابد ما عبدتم * ولا أنتم عابدون ما أعبد)¹ وقال: (قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئاً)².

(فهذا يتضمن الإسلام العملي، فأنعم نعمة أنعمها الله على عباده الإسلام والإيمان)³.

قال -تعالى-: (إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات أولئك هم خير البرية)⁴.

قال الله تعالى: (ومن أحسن قولاً ممن دعا إلى الله وعمل صالحاً وقال إنني من المسلمين)⁵ وقال تعالى: (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم)⁶ وقوله -تعالى-: (إنما المؤمنون الذين آمنوا بالله ورسوله ثم لم يرتابوا وجاهدوا بأموالهم وأنفسهم في سبيل الله أولئك هم الصادقون)⁷ وقال -عز وجل-: (إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم)⁸ وقال جل شأنه: (إنما المؤمنون الذين إذا ذكر الله وجلت قلوبهم وإذا تليت عليهم آياته زادتهم إيماناً وعلى ربهم يتوكلون * الذين يقيمون الصلاة ومما رزقناهم ينفقون أولئك هم المؤمنون حقا لهم درجات عند ربهم ومغفرة ورزق كريم)⁹.

فالدعوة القرآنية تركز على الجانب العملي من الإيمان الذي تتجلى آثاره وتتأصل دروسه ويجني كل من الفرد والمجتمع ثمراته.

والقرآن الكريم عرض حقائق الإيمان في شكل أعمال وفي صورة أشخاص ينفذون هذه الأعمال في واقع الحياة، وإلا فما قيمة الحقائق إن لم يكن لها رجال ينفذونها ويجسدونها في واقع الحياة.

¹ سورة الكافرون: الآية 1 - 5.

² سورة آل عمران: الآية 64.

³ أحمد بن عبد الحلیم: الفتاوي الكبرى، دار المعرفة بيروت د.ت ص 368 .

⁴ سورة البينة: الآية 7.

⁵ سورة فصلت: الآية 33.

⁶ سورة النساء: الآية 65.

⁷ سورة الحجرات: الآية 15.

⁸ سورة النور الآية 51 .

⁹ سورة الأنفال الآية 2-4.

يقول د / عبد المجيد عمر النجار: (الإيمان القوي الدافق حين يبلغ مدها يشرق على القلوب سناه ويخط في أعماق النفوس مجراه)¹ ويصور سيد قطب حقيقة هذا النوع من الإيمان فيقول: (القلب متى تذوق حلاوة هذا الإيمان واطمأن إليه وثبت عليه، لا بد من دفع لتحقيق حقيقته في خارج القلب، في واقع الحياة، في دنيا الناس، يريد أن يوجد بين ما يستشعره في باطنه من حقيقة الإيمان وما يحيط به في ظاهره من مجريات الأمور وواقع الحياة، ولا يطبق الصبر على المفارقة بين الصورة الإيمانية التي في حسه والصورة الواقعية من حوله؛ لأن هذه المفارقة تؤذيه وتصدمه في كل لحظة من هذا الانطلاق، وهو انطلاق ذاتي من نفس المؤمن يريد به أن يحقق الصورة المضيئة التي في قلبه ليراها ممثلة في واقع الحياة والناس، والخصومة بين المؤمن وبين الحياة الجاهلية من حوله خصومة ذاتية ناشئة من عدم استطاعة حياة مزدوجة بين تصوره الإيماني وواقعه العملي، وكذلك عدم استطاعته التنازل عن تصوره الإيماني الكامل الجليل المستقيم في سبيل واقعه العملي الناقص الشائن المنحرف².

فالإيمان في القرآن الكريم هو العمل، والمؤمنون في القرآن هم العاملون.

إن كلمة مؤمن عندما تطلق في القرآن الكريم إنما تكون متضمنة هذا الجانب العملي ولا يمكن تصورها بدونها

فالقيمة الكريمة في العمل هي ما كانت موافقة للاعتقاد، ولجلاء هذه الحقيقة حيث لا خفاء فيها ولا لبس في معناها، فليقم الإنسان بفتح المصحف وليقرأ أي مجموعة من الآيات تعرضت لحقائق الإيمان، يجد أن العمل هو المميز لها، والمبرز لعنوانها، كما وضحت الآيات التي ذكرت من قبل على سبيل المثال.

عرض السنة لحقائق الإيمان:

وأحاديث النبي - صل الله عليه وسلم - في هذه القضية تأتي لتشكل مع القرآن الكريم صرحاً عظيماً يقف أمامه هؤلاء الذين يريدون أن يحولوا الإيمان إلى مجرد كلام أو مجرد شعار أو مجرد فكرة ذهنية أو غير ذلك من التعبيرات التي لا تدل على الحقيقة العملية للإيمان.

فالأدلة القرآنية والنبوية من الوضوح والبيان بحيث لا يماري فيها إلا جحود ولا يلوي عنقها إلا متعسف. عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - سئل: أي

¹ د./ عبد المجيد عمر النجار: الإيمان بالله وأثره في الحياة، دار المغرب الإسلامي ط1، ص69.

² سيد قطب: في ظلال القرآن، دار الفكر بيروت ط6 ج6 ص50.

العمل أفضل؟ فقال (إيمان بالله ورسوله. قيل ثم ماذا؟ قال الجهاد في سبيل الله قيل ثم ماذا؟ قال: حج مبرور)¹ قال الرازي: (الإيمان هو كمال القوة العملية)².

وعن أبي ذر - رضي الله عنه- قال سألت رسول الله - صلى الله عليه وسلم -ماذا ينجي العبد من النار؟ قال: الإيمان بالله، قلت: يا نبي الله أمع الإيمان عمل؟ قال: أن ترضح ما خولك الله³ كتب عمر بن عبد العزيز إلى عدي بن عدي: إن للإيمان فرائض وشرائع وحدوداً وسنناً فمن استكملها استكمل الإيمان، ومن لم يستكملها لم يستكمل الإيمان⁴ وذكر البخاري في كتاب الإيمان، باب من قال: إن الإيمان هو العمل لقوله -تعالى- : (وتلك الجنة التي أوردتموها بما كنتم تعملون)⁵ وقال عدة من أهل العلم في قوله تعالى: (فوربك لنسألنهم أجمعين)⁶ عن قول لا إله إلا الله، وقال لمثل هذا فليعمل العاملون . قال ابن المبارك: (لم أجد بدا من القول بزيادة الإيمان)⁷ فالإيمان عمل يزيد وينقص، وهذا هو الإنصاف الكبير للعقيدة الإسلامية.

الإيمان باللسان:

إن مجرد الكلام قد يسوي بين الجد والهزل والباطل، فكل الأمور سواء، وكل الأشياء سيان، فالكلمة التي تخرج هي الكلمة، وهي في نظر أصحابها كلمة لا يعبأ بها ولا يلتفت إليها، وهكذا المنحرفون الذين لا يقدررون للكلام قدره ولا يعرفون حجمه ولا يعنون بأبعاده المترتبة عليه، وقد قال ناس الحقائق بألسنتهم لكن لم يعملوا بها ولم يصلوا إلى أبعاده، لأن مجرد الكلام صناعة المنحرفين ورأس مال المفلسين تهمجوا على حقيقة الحقائق ولب الأعمال وأصل الأمور ألا وهو الإيمان فقالوا آمنة بألسنتهم، لكنهم لم يستوعبوا مضامين الإيمان ويتفهموا حقائق الإسلام، ظنوا أن كل المطلوب هو الكلام فمن ثم قالوا آمنة.

لكنه إيمان أجوف وكلام مزيف لا ينفع ولا يشفع.

إن صحابة محمد - صلى الله عليه وسلم - عندما قدموا كلمة التوحيد للناس قدموها على أنها فكاك لأعناقهم من ضروب الوثنية الدينية والاجتماعية والسياسية، فلا مكان في الإسلام

¹ أخرجه الشيخان.

² الرازي: التفسير الكبير، دار الكتب العلمية ط1، بيروت 1421. ص 86- 90.

³ أخرجه الطبراني في الكبير ج1/82، رقم 2 ، وذكره الالباني في الصحيح ج6/367..

⁴ فتح الباري 1 / 60، مصدر سابق

⁵ سورة الزخرف: الآية 72.

⁶ سورة الحجر: الآية 92.

⁷ القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، تحقيق أحمد عبد الحلیم البردوني، دار الشعب ط2، القاهرة 1372هـ

لفرعونية حاكمة ولا قارونية كاثرة ولا كهنونية موجة ولا جماهير نلول الظهر لكل راكب أو مستغل.

لو كانت مجرد كلمة تقال فلماذا حجب عنها الكفار؟!

لو كانت مجرد كلمة تقال فلماذا امتنعت صنديد قريش من الإسلام؟!

عن أنس -رضي الله عنه- قال: (بينما رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يمشي إذ استقبله حارثة من الأنصار فقال له النبي - صلى الله عليه وسلم - كيف أصبحت يا حارثة: قال أصبحت مؤمناً بالله حقاً قال - صلى الله عليه وسلم -: انظر ما تقول فإن لكل قول حقيقة، فما حقيقة ما تقول؟ قال عزفت نفسي عن الدنيا وأظمأت نهاري وأسهرت ليلي وكأني أنظر إلى عرش ربي بارزاً، امرؤ نور الله قلبك عرفت فالزم)¹ عن أنس بن مالك أن معاذ بن جبل - رضي الله عنه - دخل على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: (كيف أصبحت يا معاذ قال أصبحت مؤمناً بالله تعالى: قال: إن لكل قول مصداقاً، ولكل قول حقيقة، فما مصداق ما تقول؟ قال يا نبي الله، ما أصبحت صباحاً قط إلا ظننت إنني لا أمسي وما أمسيت مساءً إلا ظننت إنني لا أصبح، ولا خطوت خطوة إلا ظننت أنني لا أتبعها أخرى وكأني أنظر كل أمة جاثية، تدعى إلى كتابها مع نبيها وأوثانها التي كانت تعبد من دون الله فكأني أنظر إلى عقوبة أهل النار وثواب أهل الجنة، قال - صلى الله عليه وسلم - عرفت فألزم)² فحقائق الإيمان وكلمة التوحيد تكمن في الأعمال.

ومن هنا فلا دليل لهؤلاء الذين جعلوا الإيمان مجرد كلام وخلعوا عنه العمل، والذي قام بالرد عليهم هو القرآن الكريم قال الله -تعالى-: (من الذين قالوا آمنا بأفواههم ولم تؤمن قلوبهم، ومن الذين هادوا سماعون للكذب سماعون لقوم آخرين لم يأتوك يحرفون الكلم من بعد مواضعه يقولون إن أوتيتم هذا فخذوه، وإن لم تؤتوه فاحذروا ومن يرد الله فتنته فلن تملك له من الله شيئاً أولئك الذين لم يرد الله أن يطهر قلوبهم لهم في الدنيا خزي ولهم في الآخرة عذاب عظيم)³ أي أظهروا الإيمان بألسنتهم، وقلوبهم خراب خاوية منه، وهؤلاء هم المنافقون⁴ قال الله -تعالى-: (ألم تر إلى الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل إليك وما أنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا إلى

¹ للحافظ أبي نعيم أحمد بن عبد الله الأصفهاني: حياة الصحابة، 242/1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت. قال الحافظ العراقي أخرجه البندار من حديث انس، والطبراني في الكبير، 302/3 من حديث الحارث بن مالك وكلا الحديثين ضعيفين، تخريج احاديث الاحياء للحافظ العراقي، كتاب الصبر والشكر 103/4.

² المرجع السابق (حياة الصحابة) 20/ 3.

³ سورة المائدة: الآية 41.

⁴ ابن كثير 2 / 55، مرجع سابق.

الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالاً بعيداً¹ وقال تعالى: (ومن الناس من يقول آمنا بالله وباليوم الآخر وما هم بمؤمنين)².

وقال تعالى: (إذا جاءك المنافقون قالوا نشهد إنك لرسول الله والله يعلم إنك لرسوله والله يشهد إن المنافقين لكاذبون)³. قال البخاري: (باب قول النبي - صلى الله عليه وسلم -) وأن المعرفة فعل القلب لقول الله تعالى: (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم والله غفور رحيم)⁴ قال ابن حجر (مراده الاستدلال بهذه الآية على أن الإيمان بالقول وحده لا يتم إلا بانضمام الاعتقاد إليه، والاعتقاد فعل القلب)⁵ وقد (أنكر السلف على من أخرج الأعمال من الإيمان إنكاراً شديداً)⁶ قال الثوري: (هو رأي محدث أدركنا الناس على غيره)⁷ فلا وجه لمن أخرج الأعمال من الإيمان، لأن الدين هو الإيمان والدين كله عمل، والإيمان في حقيقته عمل (إن النطق بالشهادتين بداية لما بعده من اعتقاد وعمل لا ما تحسب الأبصار الكليّة والهمم القاصرة من أن مجرد النطق فيه الكفاية والغناء)⁸.

وعلينا أن ندرك أن الكلمات الاعتقادية في هذا الدين ليست مجرد ألفاظ تقال باللسان فشهادة أن لا إله إلا الله ليست عبارة مجردة، ولكنها منهج، فإذا ظلت مجرد عبارة فليست هي ركن الإسلام المطلوب المعدود في أركان الإسلام

إن الإسلام يشجع على تكوين الشخصية المنتجة، كما يساعد على إيجاد فرص عمل متوالية تستوعب القوى والطاقات البشرية، وأن الإسلام ينهي عن الكسل والاعتماد على الغير في جميع مناحي الحياة، فإن من لا يملك قوته لا يملك قراره.

¹ سورة النساء: الآية 60.

² سورة البقرة: الآية 8.

³ سورة المنافقون: الآية 1.

⁴ سورة البقرة: الآية 225.

⁵ فتح الباري 1 / 29، مرجع سابق.

⁶ جامع العلوم والحكم ص 33، مرجع سابق.

⁷ جامع العلوم والحكم ص 33 .

⁸ ينظر محمد الغزالي: عقيدة المسلم، ص 163. وكذلك د. هراس ص 13، وكذلك د. / عبد الغني عيد:

رسالة في العقيدة / جامعة اكسفورد نقلا عن الإسلام وتحديات الفقر، ص 17.

المطلب الثالث

الأساس العقدي للنموذج العملي

الأساس العقدي هو الأصل في قيام الفرد والمجتمع، والحفاظ على هوية الأمة الإسلامية. (بناء الأمم على غير عقيدة لا يساوي شيئاً.. إن العقيدة في الكيان الاجتماعي كالقلب في الجسد الإنساني، وكالتيار في المصباح الكهربائي وكالوقود في الآلة الدوارة، واحتياج عقيدة في أمة ما، معناه إبقاؤها على الأرض... مجموعة من الناس لا تصلح في سلم ولا حرب ولا تكثرث إلا لملاذاتها الفردية)¹.

وما فقدت الأمة توازنها وما تمكن منها عدوها وما ضاعت هيبتها وما هدرت كرامتها وما سكب ماء وجهها إلا بتفريطها في هذا الأصل، وعدم نشأة الجيل عليه وتعليم الناس له، فلقد تنشأ الجيل الأول عليه فتحصن به ومنع أي عدو خارجي أن يتسلل فيه فصحت بدايتهم، وصحت دعوتهم، وكان النصر حليفاً لهم والآن في واقعنا المعاصر عندما تغيرت الموازين وقمنا بتعليم المظاهر والاهتمام بالتوافه والصغائر على حساب الأصول والقواعد نتج عن هذا الخط هذا الحال الذي لا يرضي عنه مؤمن منصف غير.

لهذا كان لزاماً على ساع للإصلاح أن يبدأ من هنا، وأن يكتف الجهود نحو هذا المفهوم، وأن يظهره في واقع عملي تطبيقي تسعد به الأمة أفراداً وجماعات.

وكل الأدوية التي يصفها الواصفون لعلاج الأزمة التي تعاني منها الأمة مع بقاء العلة والغفلة عنها، لن تقود الأمة إلا لنهاية محتومة ومعروفة لأهل الخبرة بسنن الله الجارية، إذا كانت هذه الأدوية بعيدة عن أصلها والغرض منها وهو الإيمان. ولهذا كان الإيمان أول الأصول وأولى الأمور وأشرف العلوم، ولم يكن العلم به أمراً ثانوياً أو شيئاً فرعياً، بل إنه أصل وتعلمه فرض، وأن المرء مهما صنع وبذل من أعمال في الأعراف الاجتماعية لا غبار عليها ولا شيء فيها، إلا أنها منفكة عن الإيمان فلا قيمة لها ولا ثمرة تجني من ورائها.

فالعقيدة لا بد وأن تسبق أي عمل، وأن تكون هي الباعث إليه وذلك ليضمن العمل استمراره واستقراره وثوابه، أما الاستمرار فالعقيدة تعطيه شحنة الخلود والدوام وتحفظه من الانقطاع وتصونه من الهجر وتمنع صاحبه من الفتور، أما الاستقرار فالعقيدة تعطيه خاصية الاتزان وتحفه من التردد والتذبذب لأي عارض خارجي أو سبب معاشي، فالعبادة المترددة والطاعة المذبذبة تعني عدم قيامها على عقيدة سوية، أما الثواب منه فمنة منه بفضلته ورحمته وكرمه.

¹ ينظر د./ محمد بيحار: ص 95 وما بعدها.

إن من دلائل استقامة الأعمال استقامة الأساس الذي بنيت عليه، فعمل بلا أساس عمل مكتوب عليه الفناء والخسران، فهو لا يفعل فعله ولا يقوم بأثره على الفرد والمجتمع.

فالإنسان إذا أراد أن يشيد بيتاً حرص على أن يكون الأساس قوياً والقاعدة صلبة ليستمر البناء ويدوم ويطول عمره، أما إذا كان الأساس هشاً والقاعدة ضعيفة فما يلبث أن ينهار البناء وينهدم على نفسه وعلى من فيه.

(لا بد أن ندرك من اللحظة الأولى خطورة قضية الإيمان وندرك أن جميع قضايا التوحيد ترتبط به وتقوم عليه، فإذا غابت هذه القضية فإن سائر القضايا تفقد تبعاً لفقدته مهما بدت لنا في زخرفة وزينة ومهما حملت من طلاء وأصباغ)¹ فإن (الإيمان بالله سبحانه وتعالى قضية أولى من قضايا العقل يرتبط لها مصيره في الدنيا والآخرة وهذا من شأنه أن يدعو الإنسان أن يوجه إليها كل مدركاته وملكاته)².

فالإيمان هو (أصل الأصول وأنفس النفائس وأعز الأشياء، وهو مع ذلك أشدها خطراً وأولاها حفظاً وأوجها إلى حسن التعهد والتفقد)³ ولهذا كان الإيمان (خاتم الأمان)⁴ فالعقيدة هي الأساس الذي تبني عليه العبادات، والظل الذي تستظل به والفلك الذي تدور في محوره، وإذا كان الأساس قوياً كانت العبادة قوية وإيجابية، وإذا كان الأساس ضعيفاً كانت العبادة كذلك وما يلبث أن ينهار هذا الأساس الضعيف ويؤدي إلى هدم العبادة والتقويض من أركانها والذهاب بمعالمها، ولهذا فصحة الإيمان في الوقت ذاته صحة الاستقامة، ومن هنا فللمجتمع الإسلامي قسما توضحه ومعالم تبينه وتميزه عن غيره من المجتمعات الأخرى، لأنه يستسقي مقومات وجوده ومكونات ملامحه ومشكلات قسامته من مصادر عظيمة تضي عليه الذاتية وتمنحه المصادقية وتعطيه حق الأسبقية والأولوية في الإلتباع والسير في ركابه، وأول معالم هذا المجتمع التي توضحه هو الإيمان فإذا كان (الإيمان صادقاً خالصاً مخلصاً انقلب إلى عمل صالح، فالمجتمع الإسلامي مجتمع المؤمنين العاملين لا مجتمع المتبطلين العاطلين)⁵.

وبالإيمان تنشأ المجموعة المؤمنة في ظل حياة حضارية تعتمد ثقافة واسعة الأجزاء، ترتكز على الأصول الأخلاقية ومفهوم الخير، وتنشأ الحركة العملية التي تعمل لصالح الإنسان

¹ ينظر د./ محمد بيجار: ، ص121.

² محمد بيجار المصدر السابق، ص127.

³ الحبيب عبد الله بن علدي: الدعوة التامة والتذكرة العامة، ط1 سنة 1412هـ، النشر للطباعة ، ص205.

⁴ مفتاح دار السعادة 1 / 72 مصدر سابق.

⁵ د./ عصمة الدين كركر: تأملات قرآنية ص 47.

وتجلب خيرات الكون له¹ فالعقيدة الإيمانية بكل أركانها وخصائصها هي الأساس المكين لأى بنیان اجتماعي متين، وأي بنیان على غير عقيدة فهو بنیان على الرمال يوشك أن ينهار².

ومن ثم حرص المنهج الإسلامي العملي أن يكون الإيمان هو السابق والأعمال لا حقة به، فالإيمان أولاً والأعمال ثانياً.

قال -تعالى-: (ومن يعمل من الصالحات وهو مؤمن فلا يخاف ظلماً ولا هضماً)³ وقال -جل شأنه-: (ومن يعمل من الصالحات من ذكر أو أنثى وهو مؤمن فأولئك يدخلون الجنة ولا يظلمون نقيراً)⁴ وقال -سبحانه-: (من عمل صالحاً من ذكر أو أنثى وهو مؤمن فلنحيينه حياة طيبة ولنجزينهم أجرهم بأحسن ما كانوا يعملون)⁵.

قال جل شأنه: (ومن أراد الآخرة وسعى لها سعيها وهو مؤمن فأولئك كان سعيهم مشكوراً)⁶.

عن أبي هريرة -رضي الله عنه- عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: (من قام ليلة القدر إيماناً واحتساباً غفر له ما تقدم من ذنبه، ومن صام رمضان إيماناً واحتساباً غفر له ما تقدم من ذنبه)⁷ وعن أبي هريرة قال: (من قام رمضان إيماناً واحتساباً غفر له ما تقدم من ذنبه)⁸ والمراد والاستقامة بالإنسان (الاعتقاد بحق فرضية صومه)⁹ وقال -تعالى-: (إن الذين قالوا ربنا الله ثم استقاموا فلا خوف عليهم ولا هم يحزنون)¹⁰.

فالإيمان مقدم على الاستقامة، لأنه لا استقامة بدون إيمان، ولو أخذت هذه الاستقامة حسنة في الأعراف الاجتماعية، إلا أنها لم تبني على أساس من الإيمان، فإنه لا قيمة لهذه الأعمال ولا أجر عليها، عن سفيان بن عبد الله الثقفي -رضي الله عنه- قال: (قلت يا سول الله

¹ د. / محمود حمدي زقزوق: قضايا فكرية واجتماعية في ضوء الإسلام ، ص 39.

² د. / يوسف القرضاوي: ملامح المجتمع المسلم الذي ننشده، ص 27.

³ سورة طه: الآية 122.

⁴ سورة النساء: الآية 124.

⁵ سورة النحل: الآية 97.

⁶ سورة الأسراء: الآية 19.

⁷ رواه البخاري كتاب الصوم ، باب من صام رمضان إيماناً واحتساباً ونية رقم الحديث 1901 مسلم 1776.

⁸ رواه البخاري كتاب الإيمان باب تطوع قيام رمضان من الإيمان حديث رقم 37 .ومسلم 1776 .

⁹ فتح الباري 4 / 138 ، مصدر سابق.

¹⁰ سورة الأحقاف: الآية 13 - 14 .

قل لي في الإسلام قولاً لا أسأل عنه أحداً غيرك، قال: قل آمنت بالله ثم استقم¹ فمعنى قولاً: جامعاً لمعاني الدين واضحاً في نفسه بحيث لا يحتاج إلى تفسير غيرك اعمل عليه وأكثفي به، ومعنى لا أسأل أي: لا يحوجني لما اشتمل عليه من بديع الإحاطة والشمول ونهاية الإيضاح والظهور إلى أن لا أسأل أحداً، ومعنى قل آمنت بالله: جدد إيمانك متذكراً بقلبك ذاكرًا بلسانك مستحضراً تفاصيل معاني الإيمان الشرعي، فهذه الوصية جامعة لخصال الدين كلها²، وقوام العقائد الصحيحة مرد كل خير ومنبع كل طمأنينة ومصدر كل سعادة والهادي إلى الصراط المستقيم، والسنن القويم، والمنير في ظلمات الحياة والدليل في مجاهلها والجامع لما هو ظاهر ولما هو باطن من حقائق، فهو حقيقة الحقائق ومركز الدائرة من الخلائق³.

عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (انتدب الله لمن خرج في سبيله - لا يخرج به إلا إيمان بي وتصديق برسلي أن أرجعه بما نال من أجر أو غنيمة أو أدخله الجنة)⁴ وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال سئل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - (أي الأعمال أفضل؟ قال الإيمان بالله قال ثم ماذا؟ قال الجهاد في سبيل الله قال ماذا قال: حج مبرور)⁵.

فالإيمان بالله مقدم على الجهاد في سبيل الله ، لأن الجهاد جزء من الاستقامة، والاستقامة بكل مظاهرها لا تستقيم إلا بالإيمان، وذلك لأن الإيمان علم القلب وعمله وتصديقه، وهو أفضل الأعمال مع أن مشقة الجهاد فوق مشقته بأضعاف مضاعفة، لأن العلم يعرف مقادير الأعمال ومراتبها وفاضلها من مفضلها وراجحها من مرجوحها فصاحبه لا يختار لنفسه إلا أفضل الأعمال والعامل بلا علم يظن أن الفضيلة في كثرة المشقة فهو يتحمل المشاق، وإن كان ما يعانيه مقصوراً⁶.

فالعامل المبني على أساس من شأنه أن يقوي وينهض بالقائمين به والمناصرين له، أما العمل الذي لا يسبقه الإيمان فلا بركة فيه.

ومن هنا فالإيمان ليس بالتمني، وليس مجرد ملامسة للعواطف، وإنما هو فعل في اتجاهات التاريخ العقائدي والحياتي بقصد تحويلها عن مسارها الجانح إلى مسار إسلامي صحيح، وتلك مهمة عظيمة تحتم على جندها أن يكونوا في وهج التجربة بلا فكاك..

¹ صحيح الإمام مسلم كتاب الزهد والرقائق، باب المؤمن أمره كله خير 1 / 206 .

² جامع العلوم والحكم ص 248، مصدر سابق.

³ د./ عبد الوهاب عزام : أمم جائرة ، ط1، من 1407 هـ مكتبة دار النور، ص77.

⁴ رواه البخاري كتاب الإيمان ، باب الجهاد من الإيمان رقم الحديث 36 ومسلم 4836.

⁵ رواه الإمام مسلم 2 / 72.

⁶ كامل بكري: مفتاح السعادة ط دار الكتب الحديثة، القاهرة 1968م، 1/28.

يقول أبو الحسن الندوي (لا كمال للدين ولا صلاح للحياة بلا فقه الباطن)¹.

وأعجب لأناس يهتمون بشكل الأعمال ولا يهتمون بحقيقة الإيمان الذي تبنى عليه الأعمال، وليس معنى هذا أننا ننكر الاهتمام بشكل الأعمال، إنما ننكر أن تستحوذ على كل اهتمام الإنسان في حين إهماله الكامل لحقيقة الإيمان في قلبه، لأن الأعمال في حقيقتها منبثقة من الجوهر العاقل بحقيقة الإيمان وإن كان الجوهر خراباً فإن الأعمال قد تشكل وزناً في المقاييس الاجتماعية المادية وفي الأحكام البشرية العامة القاصرة، بيد أنها لا تشكل وزناً بين يدي رب الناس.

عن ابن عمر -رضي الله عنهما- قال: جاء رجل إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال يا رسول الله إني أقرأ القرآن فلا أجد قلبي يعقل عليه فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: (إن قلبك حشي الإيمان وإن الإيمان يعط قبل القرآن)². قال تعالى: (قل هو للذين آمنوا هدى وشفاء)³. قال قتادة (عموا وضموا عن القرآن فلا ينتفعون به ولا يرغبون فيه)⁴.. (ويجد الإنسان صدق هذا القول في كل زمان وفي كل بيئة، فهناك أناس يفعل القرآن في نفوسهم فينشئها إنشاء ويحييها إحياء ويصنع بها ومنها العظائم في ذاتها وفيما حولها، وأناس يتقل هذا القرآن على آذانهم وعلى قلوبهم فلا يزيدهم إلا صمماً وعمى. وما تغير القرآن ولكن تغيرت القلوب)⁵..

يقول ابن عمر - رضي الله عنهما - : (لقد عشت برهة من دهري وإن أخذنا يؤتي الإيمان قبل القرآن، وتنزل السورة على محمد فتعلم حلالها وحرامها، وما ينبغي أن نقف عنده منها، ثم لقد رأيت رجلاً يؤتى أحدهم القرآن قبل الإيمان، فيقرأ ما بين فاتحة الكتاب إلى خاتمته ما يدري ما أمره ولا زجره وما ينبغي أن يقف عنده وينثره نثر الرقل)⁶..

قال حذيفة -رضي الله عنه- (إن الإيمان يبدو في القلب لمظة بيضاء فكلما ازداد العبد إيماناً ازداد قلبه بياضاً، فلو كشفتم عن قلب المؤمن لرأيتموه أبيضاً مشرقاً)⁷. عن حذنب بن عبد الله قال: كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم ونحن فتيان حزاوة)⁸. (فتعلمنا الإيمان قبل أن نتعلم

¹ ربانية لا رهبانية ص 106..

² رواه أحمد 10 / 106، وقال شاكر: تحت رقم 6604 إسناده صحيح.

³ سورة فصلت: الآية 33.

⁴ جامع البيان 24 / 71، مصدر سابق.

⁵ في ظلال القرآن 5 / 3128، مصدر سابق.

⁶ الطبري، ابن كثير: الأوسط بسند صحيح 8.

⁷ الشيخ/ محمد رشلندت: الفتاوي - دار الشروق ط 14 سنة 1987، 283/15.

⁸ الحزورة الغلام إذا اشتد وقارب البلوغ لسان العرب ص 855 مادة: حزورة".

القرآن فازدنا به إيماناً¹. ويقول ابن تيمية: (أما العلم الذي يجب على الإنسان عينا كعلم ما أمر الله به وما نهى الله عنه فهو مقدم على حفظ ما لا يجب من القرآن، فإن طلب العلم الأول واجب، وطلب الثاني مستحب، والواجب مقدم على المستحب)².

ولهذا كان اهتمام الصحابة وهم في مرحلة الطفولة أن يتعلموا الإيمان لينشأوا في ضلاله ولينسجوا حياتهم على منواله، وحري بكل إنسان نشأ على الإيمان وتربى على مائدة القرآن ألا تفتك به أعاصير الحياة المادية، قال ابن خلدون: (إن تعليم الصغر أشد رسوخاً، وهو أصل لما بعده؛ لأن السابق الأول للقلوب كالأساس للملكات، وعلى حسب الأساس وأساليبه يكون حال ما ينبني عليه)³.

فالإيمان هو الأصل في الأفراد والمجتمعات والأمة الإسلامية في كل مجالاتها وعلى جميع مستوياتها، فأمة بالإيمان تقوى وتنتصر على أعدائها، وأمة مسلوقة الإيمان مسلوقة الكيان، شخصيتها ضائعة وهي تائهة في معاصي السبل وخوادم الطرق، لا يخرجها من تيهها وينجيها من الضياع فكريا واقتصاديا واجتماعيا إلا العقيدة الخالصة الصافية عن كل ما يشوبها "الإيمان".

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث أبين أهم النتائج التي توصلت إليها من خلاله .

- 1- ضرورة التركيز على المنهج العملي العقدي للإسلام، لأن العقيدة الإسلامية هي وحدها دون غيرها التي تحتوي من المضامين ما يفي بحاجة الإنسان وما يلبي طلبات الحياة.
- 2- التركيز على العقيدة الإسلامية والاعتناء بأسسها وأصولها وتسليط الضوء عليها وإظهار قيمها، لأن العقيدة إن استقامت الأعمال كلها باستقامتها ولأن العقيدة إن فسدت فسدت الأعمال كلها بفسادها.
- 3- التركيز على تكوين الشخصية المنتجة ورعايتها والاهتمام بها، وإيجاد فرص عمل متوالية تستوعب القوى والطاقات البشرية.
- 4- الدعوة إلى الحث على بذل الجهد والعطاء وعدم الاعتماد على الغير في جميع مناحي الحياة، لأن من لا يملك قوته لا يملك قراره.
- 5- الدعوة إلى الإيمان بالله تعالى قولاً وعملاً، بمعنى أن يكون الإيمان هو السابق والأعمال لاحقة به، فالإيمان أولاً والأعمال ثانياً. وأن العمل الذي لا يسبقه الإيمان فلا بركة فيه.
- 6- يجب على الإنسان أن يعلم أن العمل هو الهدف والغاية لكل رجاء وأمل، فما بلغ فرد ولا جماعة ولا أمة من السعادة إلا بالعمل.

¹ ابن ماجه في المقدمة 1/ 23 (61) وقال في الزوائد إسناده هذا الحديث صحيح ..

² الفتاوي 23 / 45.

³ ابن خلدون: عبد الرحمن بن محمد (ت 808 هـ : المقدمة، مطبعة مصطفى محمد القاهرة ص 397.

أهم المراجع

القرآن الكريم - كتاب الله الخالد.

- 1- الأمن في الإسلام - د / أحمد عمر هاشم - دار المنار (ب - ث).
- 2- الإسلام عقيدة وشريعة / الشيخ محمود شلتوت - دار الشروق.
- 3- الإيمان والحياة - د / يوسف القرضاوي ط ثامنة سنة 1407 هـ 1992 مكتبة وهبة.
- 4- أمم جائرة - عبد الوهاب عزام ط أولى 1407 هـ - مكتبة النور.
- 5- بين العقيدة والمذاهب - محمود شيت خطاب ط الثالثة سنة 1403 هـ 1983م - دار الفكر.
- 6- الوحيد والوساطة في التربية الدعوية فريد النصاري ط أولى سنة 1416 هـ 1990م - وزارة الأوقاف - قطر.
- 7- التوحيد مفتاح دعوة الرسل - عثمان جمعة ط أولى (ب - ث).
- 8- تفسير ابن كثير الدمشقي ط. عيسى الحلبي.
- 9- التفسير الكبير - للإمام فخر الدين الرازي ط3 دار الفكر -1958م.
- 10- الجامع لأحكام القرآن الكريم - للإمام القرطبي دار الكتب العلمية ط أولى 1988م.
- 11- صحيح مسلم - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ط دار إحياء الكتب العربية.
- 12- صحيح البخاري - ط دار المنار 2001.
- 13- صراع المذاهب والعقيدة في القرآن - عبد الكريم غلاب ط أولى سنة 1973م - دار الكتاب اللبناني.
- 14- العقيدة وأثرها في بناء الجيل - د / عبد الله عزام ط أولى سنة 1411 هـ 1991م دار الإسراء للنشر والتوزيع.
- 15- العقائد والمذاهب - عباس محمود العقاد، ط أولى سنة 1978 دار الكتاب اللبناني.
- 16- عقيدتنا د / طه الدسوقي ط سنة 1416 هـ 1990م دار الهدى للطباعة.
- 17- عقيدة المؤمن - أبو بكر الجزائري - دار الفكر العربي (ب - ث).

- 18- علم العقيدة بين الأصالة والمعاصرة - د / أحمد عبد الرحيم السائح ط أولى سنة 1410 هـ .1990.
- 19- في ظلال الإيمان - د/ صلاح عبد الفتاح ط ثانية سنة 1411 هـ 1991م - مكتبة المنار.
- 20- قضايا فكرية واجتماعية في ضوء الإسلام د / محمود حمدي زفزوق.
- 21- لسان العرب- ابن منظور ط - دار المعارف.
- 22- ليس من الإسلام - الشيخ محمد الغزالي - ط سادسة سنة 1411 هـ 1991م مكتبة وهبة.
- 23- مجمل أصول أهل السنة والجماعة في العقيدة د / ناصر عبد الكريم العقل ط - أولى سنة 1411 هـ دار الوطن.
- 24- مفردات القرآن - للراغب الأصفهاني - تحقيق محمد سيد كيلاني ط الحلبي.
- 25- ملامح المجتمع المسلم - د / يوسف القرضاوي مكتبة وهبة.
- 26- المنهج الحركي للسيرة النبوية - منير محمد الغضبان، ط 1412 هـ 1992م مكتبة المنار.
- 27- منهج الدعوة النبوية في المرحلة المكية - على بن جبر الحربي ط ب.ت .