



Al-Haq journal  
ISSN | 3005-3919

# مجلة الحق

العدد التاسع يناير 2021



الناشر  
كلية القانون - جامعة بني وليد - ليبيا



النوٲق

الدار الوطنفة للكتاب بنغازف 2014/ 236

المراسلات : ملفة الحق

كلفة القانون بنف ولفد

الرفد الالكفرونف : [alhakk68@gmail.com](mailto:alhakk68@gmail.com)

## ضوابط النشر

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

## مجلة علمية تصدر عن كلية القانون / جامعة بني وليد

### هيئة التحرير

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

### اللجنة الاستشارية

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

البحوث المنشورة بالمجلة لا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة أو الجامعة

## قائمة المحتويات

|                                             |                                                                 |     |
|---------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------|-----|
| 1                                           | افتتاحية العدد                                                  | 6   |
| 2                                           | ولد اللعان وارثاً ومورثاً                                       | 7   |
| • د/ عبدالله أبارك الدعيكي                  |                                                                 |     |
| 3                                           | تبصرة العوام بخطورة التحاكم إلى الأعراف المخالفة لشريعة الإسلام | 26  |
| • د/ محمود محمد علي أغنية                   |                                                                 |     |
| 4                                           | الأحكام الخاصة بذوي الهيئات في الفقه المالكي                    | 58  |
| • د/ عبدالرحمن الطيب محمد دراه              |                                                                 |     |
| 5                                           | التنفيذ على المحل التجاري المرهون وفقاً للتشريع الليبي          | 77  |
| • د/ أحمد يوسف بن عمران                     |                                                                 |     |
| أ. عاشور إبراهيم ديهوم                      |                                                                 |     |
| 6                                           | المجني عليه والعوامل التي تكسبه هذه الصفة                       | 99  |
| • د/ مفتاح محمود اجبارة                     |                                                                 |     |
| 7                                           | السياسة الجنائية لمكافحة جريمة تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية | 122 |
| في القانون الليبي والمقارن - دراسة مقارنة - |                                                                 |     |
| • د/ محمد محمود الشوكسي                     |                                                                 |     |
| 8                                           | التظلم الإداري كوسيلة لحل النزاع الإداري                        | 165 |
| • د/ مصباح عمر النائب                       |                                                                 |     |

- 9 حقوق الأطفال المهاجرين بصورة غير شرعية في الموائيق الدولية 190  
"قراءة تحليلية نقدية في الموائيق الدولية"

• د/ زهرة علي المزوغي تيار

- 10 الأسس القانونية لمسؤولية المنظمات الدولية 232

• د/ طارق نص الدعيكي

## افتتاحية العدد

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

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

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

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

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

هيئة التحرير بالمجلة

ولد اللعان وارثاً ومورثاً  
د. عبد الله أمبارك أحمد الدعيكي  
الأستاذ المشارك بقسم الشريعة الإسلامية  
كلية القانون – جامعة بني وليد



## مُتَكَلِّمًا

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، و على آله وصحبه ومن اتبع نهجه.

أما بعد: فإن علاقة الزوجية علاقة وطيدة مبنية على المودة والرحمة، قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾<sup>1</sup>. والمودة والرحمة: عنصران أساسيان في العلاقة الزوجية، فالمودة تكون بالألفة وصفاء السريرة والتفاهم، وأما الرحمة فهي أوسع وخلاصتها الشفقة وذلك بعدم تعسف الزوج في استخدام سلطاته على زوجته، ومراعاة الزوجة لحقوق زوجها وطاعته، والتعبد لله بتلك الطاعة، وبذلك تستمر الحياة الزوجية على الوجه المطلوب، فمتى كانت هنالك مودة ورحمة بين الزوجين، كانت هنالك أسرة أنموذجية رفيعة المستوى يدل ظاهرها على الانسجام والتكامل والاستمرار لتكون نواة صالحة في المجتمع الإسلامي.

وفي حال غياب هذه الأسس فمن المؤكد - وفي كثير من الأحيان - أن يدب الخلاف بين الزوجين، وتصبح العلاقة بينهما في مهب الريح، وهذا الخلاف قد يكون لأسباب عادية ينتج عنها أحياناً الإصلاح بينهما، وفي أحيان أخرى ينتج عنها الطلاق، وإما أن يكون الخلاف لأسباب أخلاقية كظلم الزوج لزوجته أو اتهامه لها، أو حصول الفاحشة من الزوجة، وفي هاتين الحالتين تنعدم العشرة الزوجية، ويصبح الاستمرار فيها مستحيلاً.

وهذه الدراسة يقتصر العمل فيها على بيان أحكام اللعان، الذي يعتبر أحد أسباب قطع العلاقة الزوجية، وتتركز في أساسها على كيفية ميراث ولد اللعان والإرث منه، دون التطرق أو البيان للحالة المشابهة له في الميراث، وهو ميراث ولد الزنا، وهذا الاختصار سببه خشية الإطالة، باعتبار أنهما يتفقان في الميراث وفقاً لآراء المذاهب السنية المعتبرة، والبيان لهذا هو بيان للآخر، مع اختلافهما في كون ولد اللعان ولد على فراش زوجية صحيح، وولد الزنا ولد سفاحاً.

وقد جاءت هذه الدراسة في بحثين تليهما خاتمة، المبحث الأول منها يقوم على بيان ما ورد من المصادر الشرعية، وما استنبطه الفقهاء منها على مختلف مدارسهم الفقهية، وقد رأينا أن نبدأ ببيان أحكام اللعان من الناحية الفقهية أولاً - وباختصار -، وسبب الاختصار: إن هذا الموضوع من المواضيع التي اهتم بها الفقهاء بالشرح والبيان، وافردوا له أبواباً في مؤلفاتهم، وتباينت حوله الآراء الفقهية في بعض مسائل التي لم تثبت بالنص، وهذا الاختلاف نجده حتى عند أصحاب المذهب الواحد.

<sup>1</sup>. سورة الروم، آية 20.

وسنقوم ببيان ما تم تقنينه من تلك الأحكام، وما أوردته المحكمة العليا من مبادئ في هذا الشأن، مع ما لمسناه من ندرة قضايا اللعان وما استقر عليه قضاء المحكمة العليا، سواءً ما تعلق منها بتهمة الزنا أو بنفي نسب الحمل من الزوج، حتى أن المشرع في القانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الزواج والطلاق وآثارهما وتعديلاته ذكر اللعان عرضاً في المادة المتعلقة بالنسب، دون تفصيل وبالتالي أحال تلك التفاصيل للمادة الثانية والسبعين التي تنص على أنه إذا لم يوجد نص تشريعي يحكم بمقتضى المذاهب الفقهية المعتمدة الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون، وكذلك الحال بالمادة الثامنة من القانون رقم 52 لسنة 1974م في شأن إقامة حد القذف.

بينما نخصص المبحث الثاني للبحث في موضوع ميراث ولد اللعان أو الميراث منه، وذلك ببيان ودراسة جميع حالات ميراثه والميراث منه، وبيان ما اتفق عليه الفقهاء وما اختلفوا فيه من تلك المسائل، مع توضيح ذلك ببعض المسائل الافتراضية.

والهدف من هذه الدراسة بيان حكم مسألة شائكة من مسائل هذا الفن ( علم الميراث ) الذي اعتنى به العلماء وأفرده بالتأليف والتصنيف، وحثوا على تعلمه وتعليمه، حتى شاع بينهم أنه أول علم يفقد.

قسمت البحث على النحو الآتي:

#### المقدمة

المبحث الأول: المبحث الأول: ماهية اللعان.

المطلب الأول: تعريفه، مشروعيته، حكمته.

المطلب الثاني: شروطه، أنواعه، كفيته، وقته

المبحث الثاني: ولد اللعان وارثاً ومورثاً:

المطلب الأول: ولد اللعان وارثاً

المطلب الثاني: ولد اللعان مورثاً

الخاتمة والنتائج

## المبحث الأول: ماهية اللعان.

قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول بيان ماهية اللعان من حيث التعريف وبيان المشروعية وحكمه وحكمته، أما المطلب الثاني ففي شروطه وأنواعه وكيفية، على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريفه، مشروعيته، حكمته.

أولاً: تعريفه:

1. في اللغة: اللعان مصدر لاعن، وفعله الثلاثي لعن، جاء في لسان العرب: ( واللَّعْنُ: الإبعاد والطرْدُ من الخير، وقيل الطرد والإبعاد من الله، ومن الخلق السب والدعاء، واللَّعْنَةُ: الاسم، والجمع لعانٌ ولعناتٌ )<sup>1</sup>.

2. في الاصطلاح الشرعي: جاء في التعريفات للجرجاني: ( اللعن من الله هو إبعاد العبد بسخطه، ومن الإنسان الدعاء بسخطه.

أما اللعان هو شهادة مؤكدة بالأيمان مقرونة باللعن، قائمة مقام حد القذف في حقه، ومقام حد الزنا في حقها)<sup>2</sup>.

وفي ذلك قال ابن قدامة: ( سمي بذلك لأن الزوجين لا ينفكان من أن يكون أحدهما كاذباً فتحصل اللعنة وهي الطرد والإبعاد )<sup>3</sup>.

من خلال ما بان لنا من التعريفات السابقة أن اللعان في اللغة على عموميه هو: جمع لعن وهو الإبعاد والطرْد من الله، وهو أيضاً يأتي بمفهوم السب والدعاء من الخلق، بينما في الاصطلاح يأتي بمعنى الطرد من رحمة الله وهو مخصوص لدرء حد القذف عن الزوج وحد الزنا عن الزوجة في حال إقامة الدعوى بينهما.

ثانياً: بيان مشروعيته: اللعان مشروع بكتاب الله وسنة نبيه - ﷺ - وبالإجماع.

1. القرآن الكريم: من بين ما يشترط لإقامة حد الزنا أن ترمى المحصنات به من قبل أربعة شهود

شهادات كاملات، فإن قل العدد أو اختلفت الشهادة أقيم عليهم حد القذف، لقوله تعالى:

﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا

لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> . محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، مادة لعن، بيروت: لبنان، دار صادر، 2008 م، الجزء 13، ص 208.

<sup>2</sup> . الجرجاني، علي بن محمد التعريفات، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1403 هـ 1983 م، ص 202.

<sup>3</sup> . عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، القاهرة: مصر، دار الحديث، 2004 م، الجزء العاشر، ص 503.

<sup>4</sup> . سورة النور، آية رقم 4.

وهذه الآية في العموم حتى في شهادة الزوج على زوجته، لكن الله - سبحانه وتعالى - خفف عن الأزواج ورفع الحرج عنهم، وأغفاهم من البحث عن الشهود إذا تعسر عليهم إقامة البينة بتشريع اللعان في حالة قذف الزوج الزوجة وإنكارها لذلك، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ \* وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ \* وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ \* وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ \* وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ﴾<sup>1</sup>.

2. السنة النبوية: جاء في الصحيح:  $\text{ﷺ}$  عن سهل بن سعد أن رجلاً أتى رسول الله -  $\text{ﷺ}$  - فقال: يا رسول الله، أرايت رجلاً رأى مع امرأته رجلاً يقتله فتقتلونه أم كيف يفعل؟ فأنزل الله فيهما ما ذكر في القرآن من التلاعن، فقال له رسول الله -  $\text{ﷺ}$  - قد قضى فيك وفي امرأتك، قال: فتلاعنا وأنا شاهد عند رسول الله -  $\text{ﷺ}$  - ففارقها فكانت سنة أن يفرق بين المتلاعنين، وكانت حاملاً فأنكر حملها وكان ابنها يدعى إليها، ثم جرت السنة في الميراث أن يرثها وترث منه ما فرض الله لها  $\text{ﷺ}$ .<sup>2</sup>

3. الإجماع: يقول ابن رشد: ( لما كان الفراش موجباً للحقوق النسب، كان بالناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فساد، وتلك الطريق هي اللعان، فاللعان حكم ثابت بالكتاب والسنة والقياس والإجماع، إذ لا خلاف في ذلك أعلمه ).<sup>3</sup>

ثالثاً: حكمته: بينت النصوص القرآنية والسنة النبوية أن إثبات الزنا بالشهادة لا يتم إلا بشهادة أربعة شهود، ( وهذا محل إجماع لا خلاف فيه بين أهل العلم )<sup>4</sup>. كما اشترطوا في قبول الشهادة شروطاً كثيرة، وكذلك في الشاهد، يضيق المحل عن ذكرها، فإذا رأى الزوج الزوجة تزني ولم يكن معه العدد الكافي من الشهود الذين تنطبق عليهم شروط الشهادة، أو أنه لا يستطيع أن يقيم البينة في الغالب،

<sup>1</sup> . سورة النور، آية رقم 6 - 10.

<sup>2</sup> . الإمام محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب تفسير القرآن، باب والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، حديث رقم 4746، القاهرة: مصر، مكتبة الإيمان، 1998 م، الجزء الثالث، ص 233.

<sup>3</sup> . محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، القاهرة: مصر، المكتبة التوفيقية، د:ت، الجزء الثاني، ص 160.

<sup>4</sup> . عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، القاهرة: مصر، دار الحديث، 2009 م، الجزء الثاني، ص 307.

وهي لا تقر بجريمتها، فإنه يقع في حرج، إن قتل قُتل، وإن قذف حد، فنزل الحكم الشرعي لإزالة ذلك الحرج، ودرءاً لحد القذف عنه، وتمكيناً له من الحفاظ على نسبه، وكذلك تمكين المرأة من دفع الاتهام بذات الطرق الممنوحة للزوج، بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ... ﴾<sup>1</sup>.

جاء في الصحيح: ﴿... أقبل عويمر حتى جاء رسول الله - ﷺ - وسط الناس فقال: يا رسول الله: أرايت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقنله فتقتلونه أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله - ﷺ - قد أنزل فيك وفي صاحبك، فاذهب فأتني بها... ﴾<sup>2</sup>.

المطلب الثاني: شروطه، أنواعه، كفيته، وقته :

أولاً: الشروط:

1. الزوجية: أي أن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكماً، ( والزوجية القائمة حكماً إذا طلق الزوج زوجته طلاقاً رجعيًا، لأنها في حكم الزوجة ما دامت في العدة )<sup>3</sup>. وهذا ما أكدته المشرع الليبي في الفقرة الأولى من المادة الثامنة من القانون رقم 52 لسنة 1974م بشأن إقامة حد القذف بالقول: ( إذا رمى الزوج زوجته أو مطلقة رجعيًا بالزنا أو نفي الولد، وجب اللعان )<sup>4</sup>.
2. الأهلية: متى كانت الزوجية قائمة جاز اللعان بين الزوجين بشرط البلوغ والعقل. وهذا ما أخذ به المشرع الليبي في حق الزوج بالقول: (يشترط في القاذف أن يكون وقت ارتكاب الجريمة عاقلًا بالغًا مختارًا قاصدًا القذف علماً بمدلول ما قذف به )<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> . سورة النور، آية رقم 6- 9.

<sup>2</sup> محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب اللعان ومن طلق بعد اللعان، حديث رقم 5308، الجزء الثالث، ص 401.

<sup>3</sup> . عبد المجيد عبد الحميد الذيباني، أحكام الموارث والوصية في الشريعة الإسلامية، طرابلس: ليبيا، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى 1993 م، ص 66.

<sup>4</sup> . موسوعة القوانين الجنائية والقوانين المكمل لها، قانون العقوبات والقوانين المكمل له، وزارة العدل: ليبيا، الطبعة الأولى، 2006 م، ص 239.

<sup>5</sup> . الجريدة الرسمية، المادة 2 من القانون رقم 14 لسنة 2016 بشأن إقامة حد القذف، وزارة العدل، السنة الخامسة، العدد الرابع، ص 225.

واللعان عند الجمهور يمين مؤكد بلفظ الشهادة، لا يصح فيها لعان الصبي ولا المجنون.<sup>(1)</sup>

3. الإسلام: أما شرط الإسلام فقد فصل الفقهاء فيه تفصيلاً تاماً على اختلاف آرائهم، منهم من يجوز اللعان بين كل زوجين، ( مسلمين كانا أو كان الزوج مسلماً والزوجة كتابية، ولا لعان بين كافرين إلا أن يترافعا أماناً، وهو قول لمالك )<sup>(2)</sup> وهو قول للشافعي أيضاً.<sup>(3)</sup> وذلك أنهم يرون اللعان يميناً فيجوز من العبد ويجوز من زوجة غير مسلمة ومن كافرين ترافعا أمام الحاكم، وقد جاءت الآية عامة، وهذا محل اتفاق بين جمهور الفقهاء.<sup>(4)</sup> أما الرأي الآخر فهو للأحناف يرون اللعان شهادة مؤكدة باليمين، يشترط فيها ما يشترط في الشهادة، ( والدليل على أنه شهادة أنه شرط فيه لفظ الشهادة وحضرة الحاكم )<sup>(5)</sup>. وعلى هذا الشرط فاللعان عندهم لا يجوز إلا من مسلمين حرين عدلين.

4. التقاضي: اللعان لا يصح إلا بمحضر من الحاكم أو من يقوم مقامه، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء.<sup>(6)</sup> لما يترتب عليه من نتائج خطيرة تتعلق بقطع العلاقة الزوجية بينهما نهائياً، على رأي أغلب الفقهاء، وبالنسب لأن أحكامه من النظام العام، وكذلك ما يترتب عليه أيضاً من لعن أو غضب من الله على الكاذب منهما، وغيرها من النتائج. أما من حيث المكان والوقت، فرأى فريق من الفقهاء أن يتلاعنا في الأزمنة والأمكنة المعظمة، على قولين للشافعي: ( أحدهما: أن التغليظ به مستحب كالزمان، والثاني: أنه واجب، لأن النبي - ﷺ - لاعن عند المنبر، فكان فعله بياناً للعان، ومعنى التغليظ بالمكان: أنهما إذا كانا في مكة لاعن بين الركن والمقام، فإنه أشرف البقاع، وأن كانا في المدينة فعند منبر رسول الله - ﷺ - وفي

<sup>1</sup>. ابن قدامة، مصدر سابق، الجزء العاشر، 505.

<sup>2</sup>. محمد بن رشد، مصدر سابق، الجزء الثاني، ص 164.

<sup>3</sup>. أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، القاهرة: مصر، المكتبة التوفيقية، د: ت، الجزء السادس، ص 301.

<sup>4</sup>. انظر في ذلك، ابن قدامة، مصدر سابق، الجزء العاشر، ص 506.

<sup>5</sup>. أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، القاهرة: مصر، دار الحديث، 2005 م، الجزء الخامس، ص 46.

<sup>6</sup>. انظر في ذلك مثلاً: ابن قدامة، مصدر سابق الجزء العاشر، ص 564، وكذلك: ابن رشد، مصدر سابق، الجزء الثاني، ص 167.

بيت المقدس عند الصخرة، وفي سائر البلدان في جوامعها، وأما الزمان فبعد العصر، لقول الله تعالى: " تَخْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ"<sup>1</sup> وأجمع المفسرون أن المراد بالصلاة صلاة العصر<sup>2</sup>. ولم يشترط الإمام أبو حنيفة التغليظ بمكان ولا زمان<sup>3</sup>. أما من الناحية القانونية وما ورد بقانون العقوبات فيشترط لصحة اللعان أن يصدر من الزوج بناءً على دعوى قضائية في مواجهة الزوجة أمام ( المحكمة المختصة بنظر مسائل الأحوال الشخصية )<sup>4</sup>. وقد بين قانون المرافعات أن المحكمة المختصة بنظر الدعوى هي المحكمة الابتدائية إذا كانت الدعوى قصد بها نفي النسب، وهو ما أيدته المحكمة العليا الموقرة في أحد مبادئها بالقول: (متى كانت الدعوى الماثلة هي دعوى نسب لابنة المطعون ضدها من الطاعن، فإن الاختصاص بنظر هذه الدعوى يكون منعقدًا للمحكمة الابتدائية دون غيرها)<sup>5</sup>.

### ثانيًا: أنواع دعوى اللعان:

دعوى اللعان هي دعوى يختص برفعها الزوج دون الزوجة، الهدف منها نفي النسب الثابت بالفراش حفاظاً على الأنساب، أو دفع المعرة عن الأزواج، لذلك فإن دعوى اللعان نوعان:

الأول: قيام الزوج باتهام زوجته بمباشرة الزنا ولم يكن معه ثلاثة شهود يؤكدون ما ادعاه، فجعل له السبيل في اللعان، وقد نص الفقهاء على أن للزوج أن يلاعن من زوجته أو أن يستر عليها، وإن كان الستر عندهم أولى، وله أن يطلقها دون اللعان.

والثاني: نفي النسب: وهو نفي نسب حمل الزوجة، بأن يدعي الزوج أنه لم يطأها أصلاً، من وقت العقد عليها، أو ادعى أنها أتت به لأقل من ستة أشهر، بعد الوطء، أو لأكثر من سنة من وقت الوطء.<sup>6</sup>

ثالثًا: وقته:

اختلف الفقهاء في رفع دعوى اللعان بنفي الحمل، هل تكون على الفور حال الحمل أم على التراخي ولو بعد الولادة؟، جاء في البداية: ( فقال الجمهور: ينفية وهي حامل، وشرط مالك أنه متى

<sup>1</sup> . سورة المائدة، آية رقم 106.

<sup>2</sup> . ابن قدامة، مصدر سابق، الجزء العاشر، ص 566.

<sup>3</sup> . المصدر ذاته، ص 566.

<sup>4</sup> . موسوعة القوانين الجنائية والقوانين المكملة لها، مرجع سابق، ص 239.

<sup>5</sup> . مجلة المحكمة العليا، غير منشور، طعن رقم 45 / 30 ق، جلسة يوم 27. 05. 1999 م، ص 20.

<sup>6</sup> . السيد سابق، فقه السنة، القاهرة: مصر، الفتح للإعلام العربي، الطبعة الثانية، 1999، الجزء الثالث، ص 73.

لم ينفه وهي حامل، لم يجز له أن ينفه بعد الولادة بلعان. قال الشافعي: إذا علم الزوج الحمل فأمكنه الحاكم من اللعان فلم يلاعن، لم يكن له أن ينفه بعد الولادة. وقال أبو حنيفة: لا ينفى الولد حتى تضع<sup>1</sup>. ويقول الجمهور أخذت المحكمة العليا، وذكرت إنه من المقرر أن بحث مواعيد رفع دعوى اللعان برمي الزوج زوجته بالزنا أو نفي نسب الحمل هو من النظام العام، ولهذا يحق للمحكمة أن تشير وتبحثه، حتى وإن كان الطاعن لم يشره في أسباب طعنه، وأردفت القول: إن فقهاء الشريعة الإسلامية قد حددوا زمناً معيناً يجب أن ترفع فيه دعوى اللعان، نفي النسب، فإن تأخر رفعها عن الزمن المحدد لها حكم بعدم سماع الدعوى، وإن رفعت خلاله حكم بقبولها وأمكن لمحكمة الموضوع بعد ذلك التعرض في موضوع الدعوى.<sup>(2)</sup>

رابعاً: كفيته وآثاره:

1. كفيته: قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ \* وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ \* وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ \* وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ \* وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ﴾<sup>3</sup>. ولا خلاف بين الفقهاء في كيفية إجراء اللعان بين الزوج والزوجة، باعتبار أن الآيات الواردة أعلاه قطعية الدلالة، لا تحمل التأويل، وأيضاً ما بينته السنة النبوية بالخصوص، فالزوج يبدأ اللعان بشهادته أربع شهادات بالله أنه صادق فيما رماها به، والشهادة الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ويأتي دور الزوجة في إنكار ما ادعاه بشهادة أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، وهذه الألفاظ الخمسة شرط في اللعان، فإن أحل بواحدة منها لم يصح، ولفقهاء في ذلك تفصيل بناءً على ما بينته السنة، وقالوا إن الخامسة لكليهما هي الموجبة، لذلك قالوا: ( أن الإمام يوقفه بعد الرابعة ويعظه بأن يتق الله ويأمر رجلاً فيرسل يده على فيه، فإن رآه يمضي في ذلك استمر في الخامسة، ويكرر ذلك مع الزوجة )<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> . ابن رشد، مصدر سابق، الجزء الثاني، ص 162. وكذلك: ابن قدامة، مصدر سابق، الجزء العاشر، ص 549.

<sup>2</sup> . مجلة المحكمة العليا، طعن شرعي، رقم الطعن 28 / 47 ق، غير منشور، تاريخ الطعن 15. 02. 2001 م.

<sup>3</sup> . سورة النور، آية رقم 6 - 10.

<sup>4</sup> . ابن قدامة، مصدر سابق، الجزء العاشر، بتصرف، ص 568، 569.



وإذا نكل الزوج عن اللعان حد للقذف عند الجمهور ، وقال أبو حنيفة يجبس، وإذا نكلت المرأة عن اللعان حدت عند الجمهور، وقال أبو حنيفة: تجبس ولا تحد. <sup>(1)</sup>

وبرأي الجمهور أخذ المشرع الليبي فيما يخص الزوج بالقول: ( فإذا امتنع الزوج عن اللعان يحد حد القذف ) <sup>(2)</sup>.

وأما ما يتعلق بأثر النكول من الزوجة، فأخذ برأي الإمام أبي حنيفة بالقول: ( وإذا امتنعت الزوجة عن اللعان حكمت المحكمة بجبسها حتى تلاعن أو تصدق الزوج فيما رماها به، فإذا صدقته تحد حد الزنا ) <sup>(3)</sup>.

وأمام هذه الكيفية وما تشمله من أيمان مغلفة، وما يترتب عليها في حال كذب أحدهما من اللعنة أو الغضب من الله - سبحانه وتعالى - ، نجد أن دعوى اللعان من الدعاوى النادرة الوقوع - والله الحمد والمنة - في المجتمع.

**2. آثاره:** مما سبق بيانه نخلص إلى ذكر أهم الآثار المترتبة على اللعان والتي تتلخص في الآتي:

1. سقوط حد القذف عن الزوج.
2. ثبوت الفرقة بين الزوجين مؤبداً على رأي الجمهور، وخالفهم في ذلك الإمام أبو حنيفة، بأن قال: ( الفرقة الواقعة في اللعان فرقة بتطبيقه بائة ) <sup>(4)</sup>.
3. إلحاق الولد بأمه وانتفاء نسبه عن الزوج إذا كان اللعان بسببه.

<sup>1</sup> . انظر في ذلك: أبو القاسم محمد بن جزي الكلبي، القوانين الفقهية، بيروت: لبنان، دار الفكر، 2009 م، ص211.

<sup>2</sup> . موسوعة التشريعات، الفقرة الرابعة من المادة الثامنة من قانون رقم 52 لسنة 1974 م بشأن إقامة حد القذف، مرجع سابق، ص239.

<sup>3</sup> . المرجع ذاته، ص 239.

<sup>4</sup> . الكاساني، مصدر سابق، الجزء الخامس، ص 55.

## المبحث الثاني: ولد اللعان وارثاً ومورثاً:

جاء في الرحبية:

أسباب ميراث الوري ثلاثة  
كل يفيد ربه الورثة  
وهي نكاح وولاء ونسب  
ما بعدهن للموارث سبب<sup>(1)</sup>

تنحصر أسباب الميراث في الإسلام المتفق عليها إلى ثلاثة أسباب هي الزوجية، والقربة أي : النسب، والولاء، وهنالك أسباب اختلف فيها مثل ولاء المولاة وهو ما كان بسبب الحلف والمناصرة، وجهة الإسلام فيرث به بيت المال عند المالكية، ومنتظماً عند الشافعية، وعند الحنفية والحنابلة ليس بيت المال وارثاً.<sup>(2)</sup>

والقربة نوعان: سببية أو حكمية، وحقيقية، فالقربة السببية هي قرابة الزوجية المستندة إلى عقد زواج صحيح أو مختلف على فساد إذا لم يفسخ قبل الموت، سواء دخل الزوج بزوجه أم لم يدخل بها. وكذلك الولاء وهي: ( قرابة حكمية أنشأها الشارع بين المعتق ومن أعتقه بسبب العتق )<sup>(3)</sup>. أما القرابة الحقيقية فهي قرابة الدم، أي: قرابة صلة النسب التي تربط الوارث بالمورث، وتشمل أصول الميت وإن علوا وهم الأبوة والجدودة، وفروعه وهم أولاده وأولاد أبنائه وإن نزلوا، وحواشيه وهم الإخوة وبنوهم والأعمام وبنوهم وإن نزلوا.

في المبحث الأول تبين لنا أن ولد اللعان انقطعت الصلة بينه وبين الملائع ( الزوج )، وأنه بتمام اللعان أصبح نسبه من جهة الأب مقطوعاً، وأن نسبه من جهته أمه غير مشكوك فيه، لذلك ألحق بأمه، وبالتالي فلا يرث ولا يورث من جهة الأبوة لعدم وجود سبب الإرث وهو القرابة الثابتة بالنسب الصحيح، ويكون ميراثه من جهة الأمومة فقط، وهذا ما سنقوم بتوضيحه على النحو الآتي:

## المطلب الأول: حال كونه وارثاً:

الميراث أنواع أربعة: ميراث بالفرض، وميراث بالتعصب، وميراث بالرد، وميراث ذوي الأرحام. وبالأستقراء تبين أن ولد اللعان قد يرث بإحدى هذه الأنواع الأربعة على حسب صلته بالميتوفى في كل حالة، فمثلاً يرث بالفرض إذا كان أخاً لأم، ويرث بالتعصب في ميراث أمه، ويرث بالرد إذا لم يكن هنالك عاصب في المسألة، ومن ذوي الأرحام إذا لم يكن صاحب فرض أو عاصب.

<sup>1</sup> . نقلاً عن: محمد بن خليل بن محمد بن غلبون، التحفة في علم الموارث، تحقيق: السائح علي حسين، طرابلس: ليبيا، جمعية الدعوة الإسلامية، الطبعة الثانية، 2002 م، ص 85.

<sup>2</sup> . انظر في ذلك مثلاً: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم الحنبلي، حاشية الرحبية في علم الفرائض، المصدر: مكتبة نور على الإنترنت، الطبعة الخامسة، 1989 م، ص 14.

<sup>3</sup> . د. سعيد محمد الجليدي، أحكام الميراث والوصية في الشريعة الإسلامية، طرابلس: ليبيا، جمعية الدعوة الإسلامية، الطبعة الأولى، 1990 م، ص 54.

1. الميراث بالفرض: الفرض هو: ( السهام المقدرة بالشرع، وهذه السهام تنحصر في ستة هي: النصف، والثلثان، والرابع، والسدس والثلث والثلثان، وهذه الفروض ثابتة لأصحابها بنص القرآن الكريم، [ والسنة النبوية ]، وهناك فرض سابع ثبت بالاجتهاد وهو ثلث الباقي للجد في بعض أحواله مع الإخوة، [ ولأُم في حالة إنفرادها مع الأب وأحد الزوجين ]<sup>1</sup>. ويرث ولد اللعان بالفرض في ميراثه من أقاربه لأمه وهم الأخوة لأم، وفرضه في ذلك السدس إذا كان منفرداً أو معه آخر من الإخوة لأم، وفي حالة أكثر من ذلك فيقتسمون الثلث بينهم بالسوية للذكر مثل حظ الأنثى، لقوله تعالى: ( وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ ذَيْنِ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ )<sup>2</sup>. وكذلك يرث النصف من أمه في حال كونه أنثى انفردت بالميراث دون وجود إخوة معها أو أخوات، والاشتراك في الثلثين في حالة الجمع، ولم يكن مع هؤلاء البنات عاصب، لقوله تعالى: ( يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ ... )<sup>3</sup>. هذه هي الحالات التي يرث فيها ولد اللعان بالفرض، وهذه الحالات لا اختلاف فيها بين الفقهاء، ذلك لأنها وردت في نصوص قطعية الدلالة لا اجتهاد فيها.

2. الميراث بالتعصيب: العصبية: ( هم الورثة الذين ليس لهم فرض مقدر، وإنما ينصب حقهم على ما بقي من التركة بعد أصحاب الفروض، أو على كل التركة، إذا لم يكن هناك أصحاب فروض )<sup>4</sup>. لا يرث ولد اللعان بالتعصيب عند الجمهور<sup>5</sup>، إلا في حالة واحدة وهي: حالة ميراثه من أمه سواء كان منفرداً أو مع إخوته إن وجدوا، ذلك أنه في هذه الحالة غير مشكوك النسب لها، وهو ولدها، والولد ميراثه من أمه بالتعصيب، فإن كان معه إخوة ورث معهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وأما إن كان منفرداً حاز كل التركة بعد إعطاء أصحاب الفروض فروضهم إن وجدوا لقوله

<sup>1</sup> محمد محمد فرحات، أحكام التركات والموارث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي والقانون، القاهرة: مصر، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة، 2002 م، ص 73.

<sup>2</sup> سورة النساء، آية رقم 12.

<sup>3</sup> سورة النساء، آية رقم 11.

<sup>4</sup> د. سعيد الجليدي، مرجع سابق، ص 134.

<sup>5</sup> — انظر في ذلك مثلاً: السرخسي، مصدر سابق، الجزء لتاسع والعشرون، ص 222.

تعالى: ( يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ )<sup>1</sup> .

واعتبر الجمهور التوأمين المنفيين باللعان إخوة لأم، لا قرابة لهما من جهة الأب، أي ليسوا بأشقاء، فلا توارث بينهما تعصيباً، جاء في المغني: ( أنهما توأمان لم يثبت لهما أب ينتسبان إليه، فأشبهها توأمي الزانية، ولا خلاف في توأمي الزانية، وفارق هذا ما إذا استلحق أحدهما، لأنه يثبت باستلحاقه انه أبوه )<sup>2</sup>. وعلى هذا الرأي لو مات عن أم وأخ توأم له، فالأخ التوأم هو أخ لأم ميراثه السدس فرضاً، لعدم وجود فرع وارث، والأم فرضها الثلث، ويبقى في السهام باق، يرد عليهم بنسبة فروضهم، كما سنبينه لاحقاً عند الحديث على الرد ومن أخذ به من الفقهاء. وفي المشهور عند المالكية يعتبرون أن توأم اللعان إخوة أشقاء، وهذا يعني أنه عصبة لأخيه، بدليل أن الزوج لو أقر بأحدهما لحقه الآخر، يقول الخرشي في مختصره: ( التوأمين هما اللذان في بطن واحد والمعنى أن توأمي الملاعنة يتوارثان على أنهما شقيقان ، وكذلك توأما المسبية والمستأمنة يتوارثان على أنهما أشقاء على المشهور )<sup>3</sup>. إذا استحضرننا المسألة السابقة وقياسها على هذا الرأي، نجد أن الأم ترث الثلث فرضاً، بينما عد التوأم هنا أخاً شقيقاً، فيرث الباقي تعصيباً، والمسألة أصلها من ثلاثة أسهم، يعود منها للأم سهم واحد بمقدار الثلث، وسهمان وهما الباقي للأخ تعصيباً، وذلك تمام الفريضة.

**3. الميراث بالفرض والرد:** يكون الرد حينما تخلوا المسألة من عاصب بها، أو حينما لا تستغرق الفروض التركة، فيرد ما تبقى من سهام على أصحاب الفروض في المسألة. وقد اختلف الفقهاء في الرد، فمنهم من قال بعدم الرد، وما زاد من السهام يرد إلى بيت المال، ومن هؤلاء متقدموا المالكية والشافعية، مستنديين أن الفروض مقدرة بالنص لا يجوز الزيادة فيها، وإذا كان هناك زيادة فمحلها بيت المال، ومنهم من قال بالرد، استناداً إلى قوله تعالى: ( وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي

<sup>1</sup> . سورة النساء، آية رقم 11.

\*. ما ذكر من ميراثه بالتعصيب أعلاه هو في اعتباره ولد لعان وهذه هي الحالة الوحيدة عند الجمهور التي يرث فيها بالتعصيب، أما ميراثه بالتعصيب على عمومة، فهو عاصب في بعض حالات ميراثه من ولده وإن نزلوا، وكذلك هو عاصب في ميراثه إذا كان بسبب الولاء.

<sup>2</sup> . ابن قدامة، مصدر سابق، الجزء الثامن، ص 451. وانظر كذلك: محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، باب ولد الملاعنة، بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، 2009 م، المجلد الخامس عشر، الجزء التاسع والعشرون، ص 223.

<sup>3</sup> . أبو عبد الله محمد بن جمال الدين الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، بيروت: لبنان، دار الفكر، الجزء الثامن، ص 222. وانظر كذلك: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، البيان والتحصيل، كتاب الاستلحاق، تحقيق: د. محمد حجي وآخرون، بيروت لبنان، دار الغرب الإسلامي، الجزء الرابع عشر، ص 232.

كِتَابُ اللَّهِ<sup>1</sup>، وهذا رأي الجمهور من الأحناف والحنابلة ومتأخري المالكية والشافعية، واستثنوا الزوجين في عدم الرد عليهما باعتبارهما من أصحاب الفروض السببية.<sup>(2)</sup>

مما سبق يتبين لنا أن ولد اللعان يرث بهذا النوع من الميراث، ويرد عليه ما دام هو صاحب فرض في المسألة، طالما لا يوجد بها عاصب وزاد أصلها على نصيب أصحابها، ومثلها لو مات عن أخوين لأم أحدهما لاعنت عليه أمه، فيكون الميراث بينهما أن لكل واحد منهما السدس فرضاً، والباقي يرد عليهما بنسبة سهامهما، والمسألة أصلها من ستة أسهم، يعود لكل واحد منهما السدس فرضاً بمقدار سهم واحد، والباقي أربعة أسهم تقسم بينهما بنسبة سهامهما أي مناصفة، وبالتالي يحصل كل واحد منهما على ثلاثة أسهم، السهم الأول ناله فرضاً، والسهمان الآخران نالهما ردّاً، وذلك تمام الفريضة.

4. الإرث بالرحم: الرَّحِم لغة هم: ( الأقارب، ويقع على كل من يجمع بينك وبينه نسب، ويطلق في الفرائض على الأقارب من جهة النساء )<sup>3</sup>. أما في الاصطلاح: ( هو القريب الذي ليس من أصحاب الفروض ولا من العصبات )<sup>4</sup>. وهذا النوع من أنواع الميراث لن نخوض فيه طويلاً، خاصة إذا علمنا أنه من الأنواع المختلف فيها بين الفقهاء، فهناك من قال بتوريثهم، وهم الجمهور وهناك من قال بعدم ميراثهم وهما مالك والشافعي.<sup>(5)</sup>

وسبب الخلاف أنه لم يرد نص قاطع في استحقاقهم أو عدم استحقاقهم الميراث، والأمر الثاني، الاختلاف في طريقة توريثهم إلى ثلاث طرق يطول سردها في هذا البحث، ويكفي من القلادة ما أحاط بالعنق، ونقول إن الإرث بالرحم يكون حيث لا يوجد عاصب أو صاحب فرض يرد عليه، فيأتي دور ذوي الأرحام، الذين هم في الغالب - إذا استثنينا العمة وبنت العم - القرابة من جهة الأم كالحال والخاله والجد لأم وأولاده، وكل من كان بينه وبين الميت أنثى، وولد اللعان نسبه من جهة أمه، فإذا توافرت الشروط وانتفت الموانع فهو وارت من هذه الجهة.

<sup>1</sup> . سورة الأنفال، آية رقم 75.

<sup>2</sup> . انظر في ذلك: شرف الدين النووي، مصدر سابق، الجزء الخامس، ص 45. وكذلك: ابن قدامة، مصدر سابق، الجزء الثامن، ص 359. وكذلك: الشريبي، مصدر سابق، الجزء الرابع، ص 13.

<sup>3</sup> . ابن منظور، مصدر سابق، الجزء السادس، ص 126.

<sup>4</sup> . سعيد الجليدي، مرجع سابق، ص 142.

<sup>5</sup> . ابن قدامة، مصدر سابق، الجزء الثامن، ص 359، 360.

### المطلب الثاني: حال كونه مورثاً:

ولد اللعان إن كان له فرع وارث من الذكور وإن نزلوا فهم عصبته كغيره من المورثين في مسائل الميراث، فيعطى لأصحاب الفروض فروضهم إن وجدوا، ويكون لأولاده ما بقي، وكذلك إذا كان الورثة من البنات أو بنات الابن، فيكون لهن الفرض والباقي رداً، وهذا لا خلاف فيه، إنما الخلاف إذا لم يكن لولد اللعان عاصب من أولاده أو صاحب فرض منهم، فاختلف الفقهاء في كيفية الميراث منه إذا انحصر الميراث في أمه وإخوته، أو أمه وقرباته منها، أو انحصر في قرابة أمه على النحو الآتي:

#### 1. الرأي الأول: الميراث بالفرض والرد وهذا رأي من يقول بالرد وهم الجمهور كما أسلفنا

سابقاً، وعليه إذا لم يكن لولد اللعان فرع وارث مذكر ووجدت الأم أخذت سهمها المقدر لها مع البنات أو بدوئهن، وإن كان معه إخوة لأم أخذوا سهامهم إذا لم يكن له فرع وارث، ولا بد في المسألة من رد إذا انحصرت في الأم والإخوة، وإذا كانت له زوجة أخذت فرضها، وزد إلى ما عداها الباقي بنسبة سهامهم. ومثل ذلك: توفي عن: (زوجة أم أخ لأم) الزوجة لها الربع فرضاً لعدم وجود الفرع الوارث، والأم الثلث فرضاً لعدم وجود الفرع الوارث أو جمع من الإخوة، أما الأخ لأم فميراثه السدس لعدم وجود الفرع الوارث والأصل الوارث، وأصل المسألة من 12 سهماً، يعود منها لزوجته الثمن فرضاً بمقدار 3 أسهم، والأم الثلث فرضاً بمقدار 4 أسهم، والأخ لأم السدس فرضاً بمقدار سهمين، ويتبقى من المسألة ثلاثة أسهم ترد على الأم والأخ لأم بمقدار 1: 2 ليكون الناتج النهائي 3 أسهم للزوجة، و 4 + 2 = 6 أسهم للأم، 1 + 3 = 4 أسهم للأخ لأم، وذلك تمام الفريضة.

#### 2. الرأي الثاني: الميراث بالتعصيب:

أ. **عصبة أمه:** بينا فيما سبق أن ولد اللعان لا يرث بالتعصيب إلا في حالة ميراثه من أمه، أو في ميراثه من توأمه عند فقهاء المالكية، ذلك أن العصبة لا تكون إلا لمن ليس له فرض مقدر من الذكور الذين ينتسبون للميت مباشرة وهم الأصول والفروع والحواشي، وهذا الأمر منقطع بالنسبة لولد اللعان، أما بالنسبة للميراث منه، فهناك من الفقهاء من قال أن عصبة هم عصبة أمه، وهو الرأي المشهور عن الإمام أحمد، جاء في المغني: ( ابن اللعان ترثه أمه وعصبتها، فإن خلف أمًا وخالاً، فلأمه الثلث، وما بقي فللخال )<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> . ابن قدامة، مصدر سبق، الجزء الثامن، ص 445.

ب. عصبته أمه: هذه الحالة ترث فيها الأم بالتعصيب وذلك في ميراثها من ولدها الذي لا عنت عليه، وهو قول للإمام أحمد بن حنبل - رضي الله عنه - على أحد الرأيين عنده بأن جعل عصبه ولد اللعان أمه، فإن لم تكن فعصبته عصبته، قال ابن قدامة: ( روي عن أحمد فيه روايتان: إحداهما : أن عصبته عصبه أمه ، والثانية أن أمه عصبته فإن لم يكن فعصبته عصبته نقله أبو الحارث ومهنا وهذا قول ابن مسعود وروي نحوه عن علي ومكحول والشافعي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي - ﷺ - جعل ميراث ولد المملعة لأمه ولورثتها من بعدها، ورواه أيضاً مكحول عن النبي - ﷺ - مرسلاً وروى وائلة بن الأسقع عن النبي - ﷺ - تحوز المرأة ثلاثة موارث : عتيقها ولقيطها وولدها الذي لا عنت عليه )<sup>1</sup> وكذلك ما جاء في حديث ابن عمر = رضي الله عنه = : أن رجلاً لآعن امرأته في زمن النبي - صلى الله عليه وسلم - وانتفى من ولدها ففرق النبي - ﷺ - بينهما وألحق الولد بالمرأة )<sup>2</sup>.

وقد ( اختلف السلف في معنى إلحاقه بأمه مع اتفاقهم على أنه لا ميراث بينه وبين الذي نفاه، فجاء عن علي وابن مسعود أنهما قالوا في ابن المملعة " عصبته عصبه أمه يرثهم ويرثونه" ... وجاء عن علي وابن مسعود أنهما كانا يجعلان أمه عصبه وحدها فتعطي المال كله، فإن ماتت أمه قبله فماله لعصبته، وبه قال جماعة منهم الحسن وابن سيرين ومكحول والثوري وأحمد في رواية )<sup>3</sup>.

وعلى هذا الرأي فالأم هنا تنزل أو تقوم مقام الأب فتحجب ما يحجب الأب، وتكون لها حالات الأب الثلاث في الميراث وهي : أن يرث بالتعصيب في حالة عدم وجود الفرع الوارث من ذكر أو أنثى مهما نزل والحالة الثانية أنه يرث السدس فرضاً في حالة وجود الفرع الوارث المذكر وإن نزل، والحالة الثالثة : أنه يرث السدس فرضاً والباقي تعصيباً في حالة وجود الفرع الوارث المؤنث فقط وإن نزل ، لذلك وعلى فرض أن المسألة بها إخوة لأم مع الأم حجتهم الأم حجب حرمان باعتبارها العاصب وليس كما في الأحوال السابقة ، وهذا وإن لم يقل به بقية الفقهاء من المذاهب إلا أنه الراجح في نظر

<sup>1</sup> - المغني ، ابن قدامة ، الجزء الثامن ، ص 446 ، 447 . وكذلك: الإمام أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل القاهرة: مصر، مؤسسة قرطبة، د: ت الجزء الثالث، ص 490.

<sup>2</sup> - صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب ميراث المملعة، مصدر سابق، الجزء الرابع، ص 254.

<sup>3</sup> . أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، القاهرة: مصر، المكتبة التوفيقية، د: ت، الجزء الثاني عشر، ص 39.

الباحث، لأن الزوج لاعن وانسلخ منه وانتفى نسبه منه، فبالتالي تقوم الأم مقامه وتحمل الواجبات التي كانت في الأصل للأب مثل النفقة والرعاية وغيرها من الواجبات، وبانتقال هذه الأمور للأم أصبحت هي أولى من غيرها في ميراث ولدها بالتعصيب إذا كان الأفضل لها كما في أحوال الأب.

### الخاتمة والنتائج

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه إلى يوم الدين.

أما بعد: فقد ذكرنا في مقدمة البحث أسباب اختيار الموضوع، والتي تركز في أساسها على شغل الباحث في زيادة التحصيل والاستفادة في هذا الباب من أبواب الفقه الذي حث الفقهاء على تعلمه بما شاع بينهم من أهمية له.

الغرض الثاني من الدراسة هو المقارنة بين الآراء الفقهية وما صاغه المشرع الليبي في هذا الباب، والذي تبين لنا من خلال هذه الدراسة أن المشرع الليبي لم يول اهتمامًا تامًا في تقنين الأحكام الشرعية المتعلقة بهذا الموضوع، بل اكتفى في قانون الزواج والطلاق بأن جعل اللعان سببًا من أسباب نفي النسب، وفي قانون حد القذف، ذكره في مادة وحيدة هي المادة الثامنة منه، واكتفى في تعديله الأخير بتعديل اشتراط بلوغ سن الثامنة عشرة في الزوج، وجعل الشرط هو البلوغ بمفهومه الشرعي، وكذلك اشتراطه في القاذف البلوغ والعقل.

من خلال ما تمت دراسته تبين للباحث هو إهمال المشرع - من وجهة نظر الباحث - تقنين الأحكام الشرعية في هذا الباب واعتماده على الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا الأمر فيه عناء البحث ومشقة الترجيح لدى قاضي الموضوع، خاصة إذا علمنا أن الآراء الفقهية في هذا الباب تختلف حتى في المذهب الواحد، والتقنين هو الفيصل بين هذه الآراء، طبقًا لقاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف، كما أن العمل بالتقنين من قبيل السياسة الشرعية لما فيه من مصلحة للعباد، ونخلص في دعوة المشرع إلى ذلك، على أن يراعي بين مذاهب الفقه الإسلامي، وعدم الالتزام بمذهب معين وبما يحقق مقاصد الشريعة في ذلك. وفي المبحث الثاني استعرض الباحث كيفية ميراث ولد اللعان والميراث منه بالتفصيل، وأعطى أمثلة من مسائل افتراضية، وقد تبين أن ولد اللعان له أحوال في الميراث، فهو يرث بجميع ما ذكر من أنواع الإرث حسب قرابته للميت من جهة أمه أو منها، وأمّه وقرابته هم ورثته على حسب نوع ميراثهم، وقد بان لنا اختلاف الفقهاء في العديد من المسائل التي بينها وأبنا أسباب اختلافهم فيها، مع العلم أن المعمول به في بلادنا هو المشهور من مذهب الإمام مالك،

وختمًا: الغاية القصوى من البحث هو إيصال رسالة إلى المشرع الليبي من أجل تقنين الأحكام المتعلقة باللعان، وتنظيمها في عدة مواد تخفف عناء البحث ومشقة الترجيح على رجال القضاء في باب واسع كثر فيه الاختلاف حتى بين أصحاب المذهب الواحد. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.



## فهرس المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم وتفسيره:

1. القرآن الكريم.

2. ثانياً: كتب المصادر والمراجع:

1. أبو القاسم محمد بن جزى الكلبي، القوانين الفقهية، بيروت: لبنان، دار الفكر، 2009 م.
2. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، البيان والتحصيل، تحقيق: د. محمد حجي وآخرون، بيروت لبنان، دار الغرب الإسلامي، د:ت.
3. أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، القاهرة: مصر، دار الحديث، 2005 م.
4. أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، القاهرة: مصر، المكتبة التوفيقية، د: ت.
5. أبو عبد الله محمد بن جمال الدين الخرشي، الخرشي على مختصر خليل: بيروت: لبنان، دار الفكر.
6. الإمام أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل القاهرة: مصر، مؤسسة قرطبة، د: ت.
7. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، القاهرة: مصر، المكتبة التوفيقية، د: ت.
8. السيد سابق، فقه السنة، القاهرة: مصر، الفتح للإعلام العربي، الطبعة الثانية، 1999.
9. د. سعيد محمد الجليدي، أحكام الميراث والوصية في الشريعة الإسلامية، طرابلس: ليبيا، جمعية الدعوة الإسلامية، الطبعة الأولى، 1990 م.
10. عبد الرحمن بن محمد بن قاسم الحنبلي، حاشية الرحبية في علم الفرائض، المصدر: مكتبة نور على الإنترنت، الطبعة الخامسة، 1989 م.
11. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، القاهرة: مصر، دار الحديث، 2009 م.
12. عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، القاهرة: مصر، دار الحديث، 2004 م.
13. عبد المجيد عبد الحميد الذبياني، أحكام الميراث والوصية في الشريعة الإسلامية، طرابلس: ليبيا، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى 1993.
14. علي الجرجاني، التعريفات، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1403 هـ 1983 م. ص 202.
15. محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، 2009 م.

16. محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، القاهرة: مصر، المكتبة التوفيقية، د:ت.
17. الإمام محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، القاهرة: مصر، مكتبة الإيمان، 1998 م.
18. محمد بن خليل بن محمد بن غلبون، التحفة في علم الموارث، تحقيق: السائح علي حسين، طرابلس: ليبيا، جمعية الدعوة الإسلامية، الطبعة الثانية، 2002 م.
19. محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، بيروت: لبنان، دار صادر، 2008 م.
20. محمد محمد فرحات، أحكام التركات والموارث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي والقانون، القاهرة: مصر، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة، 2002 م.

### ثالثاً: الدوريات:

1. الجريدة الرسمية، وزارة العدل: ليبيا.
2. الباحث في مبادئ المحكمة العليا، اللجنة الشعبية العامة للعدل، طرابلس: ليبيا، الإصدار الأول.
3. موسوعة القوانين الجنائية والقوانين المكملة لها، قانون العقوبات والقوانين المكملة له، وزارة العدل: ليبيا، الطبعة الأولى، 2006 م.

والحمد لله رب العالمين



تبصرة العوام بخطورة التحاكم إلى الأعراف المخالفة  
لشريعة الإسلام  
د/ محمود محمد علي أغنية  
الأستاذ المساعد بقسم الشريعة الإسلامية  
كلية القانون - جامعة بني وليد

## مقدمة

إن الحمد لله، نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلّم تسليماً كثيراً .

أما بعد: فإنَّ الله سبحانه هو الحَكَمُ الذي يحكم بين عباده، وإليه الحكم وحده، قال ربنا: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾ (1) وأمر جلّ في علاه نبيّه محمداً - ﷺ - أن يحكم بين الناس بما أنزله الله عليه من الأحكام وترك ما سواها من الآراء والأهواء المخالفة لشرعية الإسلام فقال جلّ شأنه: ﴿فَاخْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ﴾ (2). وأوجب على عباده التحاكم إلى شرعه، والتسليم والرضا بحكمه، فقال تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ (3) و وصف الله - ﷻ - الحاكمين بغير ما أنزله بثلاثة أوصاف قاسية فقال: ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ (4). وقال في الآية التي بعدها: ﴿فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ (5). وفي آية أخرى: ﴿فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ (6). ولا يتحقق الإسلام الذي ارتضاه لنا رب العالمين إلا بتحكيم شريعة أحكم الحاكمين ، فإن أساس الإسلام هو الاستسلام لله وقبول ما أنزله، والانقياد له بطاعته وترك ما حرّمه، ولهذا فيجب على جميع المسلمين أن يتحاكموا إلى كتاب الله - ﷻ - وسنة نبيه - ﷺ - لا إلى الأعراف القبليّة المخالفة للشرعية الإسلامية التي تحكم بحكم الجاهلية، قال ربنا: ﴿أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنْ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ﴾ (7)، ولا ريب أن التحاكم إلى الأعراف القبليّة المخالفة للشرعية الإسلامية في البلاد الليبية عامّة وفي "بني وليد" خاصّة

(1) سورة يوسف، الآية: 40.

(2) سورة يوسف، الآية: 40.

(3) سورة النساء، الآية: 65.

(4) سورة المائدة، الآية: 45.

(5) سورة المائدة، الآية: 45.

(6) سورة المائدة، الآية: 47.

(7) سورة المائدة، الآية: 50.

أمرٌ بالغ الخطورة على الدين والعقيدة، خاصةً أن هناك من لبسوا على الناس حقيقتها في زماننا هذا، وألبسوها ثوب القبول عندهم ظلماً وزوراً ؛ بحجة الإصلاح تارةً، ورأباً للصدع الاجتماعي -زعموا- تارةً أخرى، ويصدق في أمثال هؤلاء حديث أبي هريرة -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله -ﷺ-: ﴿سيأتي على الناس سنوات خداعات، يُصدق فيها الكاذب، ويُكذب فيها الصادق، ويُؤتمن فيها الخائن، ويُخون فيها الأمين، وينطق فيها الرُّويضة، قيل وما الرُّويضة؟ قال: الرجل التَّافه في أمر العامة﴾ (1).

والناظر في واقع الناس اليوم يجد أن تحكيم الأعراف الجاهلية المخالفة للشرعية المحمدية قد قدحت في توحيدهم أولاً، وهددت نفوسهم وأموالهم ثانياً، فأصبحوا يعيشون صور الخوف والشك في مجتمعهم بدلاً من حياة الأمن والمودة والاطمئنان، مصداقاً لقوله -ﷺ-: ﴿وَمَنْ أَعْرَضَ عَنْ ذِكْرِي فَإِنَّ لَهُ مَعِيشَةً ضَنْكًا وَنَحْشُرُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَعْمَى﴾ (2). وفي مقابل ذلك يقول الله تعالى: ﴿الَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يَلْبِسُوا إِيمَانَهُمْ بِظُلْمٍ أُولَئِكَ لَهُمُ الْأَمْنُ وَهُمْ مُهْتَدُونَ﴾ (3).

ولعل السؤال الذي ينبغي أن يطرح وحرري بكل مسلم أن يضعه نصب عينيه أمام هذا التمسك المححف بالأعراف والتقاليد البالية ما نصّه: هل شرعية الله ناقصة حتى يكملها هؤلاء بهذه الخرافات؟! - معاذ الله - إن شرعية الله كاملة لا نقص فيها ولا تقصير. ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَى لِلْمُسْلِمِينَ﴾ (4). ولكنها العصبية الجاهلية، التي يرددها السفهاء في كل وقت، وذكرها لنا ربنا في كتابه فقال: ﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ قَالُوا بَلْ نَتَّبِعُ مَا أَلْفَيْنَا عَلَيْهِ آبَاءَنَا﴾ (5). ومن باب بيان الحق وإبراء للذمة، رأيت أن أكتب عن خطورة الأعراف القبلية التي تفسى الاحتكام إليها في بلادنا، وقد اقتضت طبيعة البحث أن يقسم على النحو الآتي:

### المطلب الأول: حقيقة الأعراف القبلية.

المطلب الثاني: حكم التحاكم إلى الأعراف القبلية المخالفة للشرعية الإسلامية.

المطلب الثالث: صور من مظاهر التحاكم إلى الأعراف القبلية في مدينة بني وليد.

(1) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الفتن، باب شدة الزمان، ح(4036)، وجود إسناده الحافظ في الفتح، (84/13)، وحسنه الألباني في السلسلة الصحيحة، ح (1887).

(2) سورة طه ، الآية: 124.

(3) سورة البقرة، الآية: 170

(4) سورة النحل، الآية: 89.

(5) سورة البقرة، الآية: 170

## المطلب الأول: حقيقة الأعراف القبلية

**الأعراف في اللغة :** جمع عُرف وهو ما يدل على التتابع، وكل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه. يُقال: تعارف الناس على كذا، بمعنى : تتابعوا عليه. قال ابن فارس: " العين والراء والفاء أصلان صحيحان، يدل أحدهما: على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض. والآخر: على السكون والطمأنينة. فالأول العرف: عرف الفرس. وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه. ويقال: جاءت القطا عرفا عرفا، أي بعضها خلف بعض.... والأصل الآخر المعرفة والعرفان. تقول: عرف فلان فلانا عرفانا ومعرفة. وهذا أمر معروف. وهذا يدل على ما قلناه من سكونه إليه، لأن من أنكر شيئا توَحَّش منه ونبا عنه... والعرف: المعروف، وسمي بذلك لأن النفوس تسكن إليه. قال النابغة: أבי الله إلا عدله ووفاءه \*\*\* فلا النكر معروف ولا العرف ضائع".<sup>(1)</sup>

**العرف في الاصطلاح:** له تعريفات متعددة من أبرزها:

**تعريف الجرجاني :** " العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول".<sup>(2)</sup>

وعرفه بعض المعاصرين بأنه:

" ما تعارف جمهور الناس وساروا عليه ، سواء كان قولاً ، أو فعلاً ، أو تركاً".<sup>(3)</sup>

" ما اعتاده الناس من المعاملات واستقامت عليه أمورهم".<sup>(4)</sup>

**القبلية:** نسبة إلى القبيلة المعروفة في البلاد العربية، قال ربنا: ﴿وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا﴾.<sup>(5)</sup>

(1) مقاييس اللغة، مادة (سلم)، أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، راجعه وعلق عليه: أنس محمد الشامي، القاهرة: دار الحديث، ط1، (ص658-659)، 1429هـ، 2008م.

(2) التعريفات، علي بن محمد الجرجاني، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1403هـ 1983م، ص148.

(3) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، محمد مصطفى شليبي، القاهرة: دار النهضة العربية، ط1، 1969، ص260.

(4) علم أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، ط20، 1406هـ، 1986م، ص89.

(5) سورة الحجرات، الآية: 13.

وحقيقة العرف الذي نقصده هنا ليس المقصود به العرف الصحيح والذي يعد مصدرا من مصادر التشريع، وذلك لأن الفقهاء متفقون على اعتبار العوائد والأعراف الصحيحة في عملية الاجتهاد، والتي ثبتت باستقراء نصوص الكتاب والسنة وتصرفات الصحابة وعلماء الأمة.

ولكن العرف الذي نقصده هنا هو ذلك العرف الذي يشكل خطورة كبيرة على عقيدة الأمة وتعاملاتها، ذلك العرف الذي يصفه العلماء بالعرف الفاسد الذي لا يعتبر النصوص الشرعية ولا يحكمها، بل يتبع الشهوات وما تهوى الأنفس، فيُحِلّ الحرام، ويُحَرِّم الحلال، ويدفع المصلحة، ويجلب المفسدة، وينتصر للقوي، ويأتي على الضعيف، ويُكْرِم الغني، ويُهين الفقير. ﴿فَأَيْنَ تَذْهَبُونَ إِنْ هُوَ إِلَّا ذِكْرٌ لِلْعَالَمِينَ لِمَنْ شَاءَ مِنْكُمْ أَنْ يَسْتَقِيمَ﴾<sup>(1)</sup>.

ولهذا فيتعين علينا أن نعرض هذه الأعراف على الكتاب والسنة، فما وافق الشرع أخذنا به، وما خالفه نبذناه وتركناه، فالأعراف الفاسدة لا يجوز اعتبارها، ولا العمل بها، بله أن نحدث لها ذكرا أو نرفع بها رأسا، وإنما هي تحت أقدامنا كما قال - ﷺ -: ﴿أَلَا إِنَّ كُلَّ شَيْءٍ مِنْ أَمْرِ الْجَاهِلِيَّةِ تَحْتَ قَدَمِي مَوْضِعَ بِلَالٍ﴾<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني: حكم التحاكم إلى الأعراف القبلية المخالفة للشرعية الإسلامية

إن الواجب على كل مسلم أن يعتقد اعتقاداً جازماً لا يخالجه الشك وجوب الحكم بما أنزل الله، والتحاكم إلى كتابه وسنة نبيه - ﷺ - ، لا إلى الأعراف القبلية المخالفة للشرعية الإسلامية، وبدل على ذلك أدلة من القرآن والسنة، ومن أبرز تلك الأدلة :-

1- قول الله تعالى : ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾<sup>(3)</sup>.

وجه الاستدلال: وجوب التحاكم إلى كتاب الله وسنة رسوله - ﷺ - وذلك برد التنازع إليهما، فهو أحسن عاقبة في العاجل و الآجل.

(1) سورة التكوين، الآية، 26-27-28.

(2) أخرجه مسلم في صحيحه من حديث أبي هريرة - ﷺ - ، كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، ح (1218).

(3) سورة النساء، الآية: 59.

قال ابن كثير: " قوله: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾، قال مجاهد، وغير واحد من السلف: أي: إلى كتاب الله وسنة رسوله. وهذا أمر من الله - ﷻ - بأن كل شيء تنازع الناس فيه من أصول الدين وفروعه أن يرد التنازع في ذلك إلى الكتاب والسنة، كما قال تعالى: ﴿وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ﴾ <sup>(1)</sup>، فما حكم به كتاب الله وسنة رسوله، وشهدا له بالصحة، فهو الحق، وماذا بعد الحق إلا الضلال؛ ولهذا قال تعالى: ﴿إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ أي: ردوا الخصومات والجهالات إلى كتاب الله وسنة رسوله، فتحاكموا إليهما فيما شجر بينكم ﴿إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾، فدل على أن من لم يتحاكم في مجال النزاع إلى الكتاب والسنة، ولا يرجع إليهما في ذلك، فليس مؤمناً بالله، ولا باليوم الآخر. وقوله: ﴿ذَلِكَ خَيْرٌ﴾ أي: التحاكم إلى كتاب الله، وسنة رسوله، والرجوع في فصل النزاع إليهما خير ﴿وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ أي: وأحسن عاقبة ومآلاً... <sup>(2)</sup>.

وقال السعدي: "...أمر - ﷻ - برد كل ما تنازع الناس فيه من أصول الدين وفروعه إلى الله وإلى رسوله - ﷺ -، أي: إلى كتاب الله، وسنة رسوله؛ فإن فيهما الفصل في جميع المسائل الخلافية، إما بصريحهما، أو عمومهما، أو إجماع، أو تنبيه، أو مفهوم، أو عموم معنى يقاس عليه ما أشبهه؛ لأن كتاب الله، وسنة رسوله عليهما بناء الدين، ولا يستقيم الإيمان إلا بهما. فالرد إليهما شرط في الإيمان؛ فلهذا قال: ﴿إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾، فدل ذلك على أن من لم يرد إليهما مسائل النزاع؛ فليس بمؤمن حقيقة، بل مؤمن بالطاغوت، كما ذكر في الآية بعدها ﴿ذَلِكَ﴾ أي: الرد إلى الله ورسوله ﴿خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾؛ فإن حكم الله ورسوله أحسن الأحكام، وأعدلها، وأصلحها للناس في أمر دينهم، وديناهم، وعاقبتهم <sup>(3)</sup>.

وقال الشنقيطي: " أمر الله في هذه الآية الكريمة بأن كل شيء تنازع فيه الناس من أصول الدين

(1) سورة الشورى، الآية: 10.

(2) تفسير القرآن العظيم للإمام ابن كثير، تحقيق: أ.د. حكمت بن بشير بن ياسين، أشرف على طبعه: سعد بن فوز الصميل، الرياض: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، ط1، 1431هـ، (3/ 150).

(3) تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تحقيق: عبد الرحمن بن معلا اللويحي، (د، ط)، ص 198.



وفروعه أن يرد التنازع في ذلك إلى كتاب الله وسنة نبيه ﷺ - " <sup>(1)</sup>.

2- قول الله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ <sup>(2)</sup>.

وجه الاستدلال: أنه لا إيمان لمن أعرض عن التحاكم إلى شريعة الله التي جاء بها رسول الله ﷺ - فتحكيم هذه الشريعة أصل من أصول الإيمان.

قال ابن كثير: " يقسم تعالى بنفسه الكريمة المقدسة: أنه لا يؤمن أحد حتى يُحَكِّمَ الرسول - ﷺ - في جميع الأمور، فما حكم به فهو الحق الذي يجب الانقياد له باطناً وظاهراً؛ ولهذا قال: ﴿ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ أي: إذا حكمتك يطيعونك في بواطنهم، فلا يجدون في أنفسهم حرجاً مما حكمت به، وينقادون له في الظاهر والباطن، فيسلمون لذلك تسليماً كلياً من غير ممانعة، ولا مدافعة، ولا منازعة، كما ورد في الحديث: ﴿لَا يُؤْمِنُ أَحَدُكُمْ حَتَّى يَكُونَ هَوَاهُ تَبَعًا لِمَا جِئْتُ بِهِ﴾ <sup>(3)</sup> " <sup>(4)</sup>.

وقال السعدي: "... أقسم تعالى بنفسه الكريمة أنهم لا يؤمنون حتى يحكموا رسوله فيما شجر بينهم، أي: في كل شيء يحصل فيه اختلاف، بخلاف مسائل الإجماع، فإنها لا تكون إلا مستندة للكتاب والسنة، ثم لا يكفي هذا التحكيم حتى ينتفي الحرج من قلوبهم والضييق، وكونهم يحكمونه على وجه الإغماض، ثم لا يكفي ذلك حتى يسلموا لحكمه تسليماً بانسراح صدر، وطمأنينة نفس، وانقياد بالظاهر والباطن. فالتحكيم في مقام الإسلام، وانتفاء الحرج في مقام الإيمان، والتسليم في مقام الإحسان، فمن استكمل هذه المراتب وكملمها، فقد استكمل مراتب الدين كلها، فمن ترك هذا التحكيم المذكور غير ملتزم له، فهو كافر، ومن تركه، مع التزامه فله حكم أمثاله من العاصين." <sup>(5)</sup>.

(1) أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، محمد الأمين بن محمد المختار الحكي الشنقيطي، إشراف: بكر بن عبدالله أبو زيد، الرياض: دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، ط1، (د، ت)، (1/392).

(2) سورة النساء، الآية: 65.

(3) أخرجه ابن أبي عاصم في السنة، وضعفه الألباني في تخريج كتاب ظلال الجنة في تخريج أحاديث السنة لابن أبي عاصم، (ح15)، وقال النووي: "حديث حسن صحيح رويناه في كتاب الحجّة بإسناد صحيح، وتعقبه ابن رجب الحنبلي، ينظر: جامع العلوم والحكم وشرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب، تحقيق: شعيب الأرنؤوط و إبراهيم باجس، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط7، 1417هـ - 1997م، (2/431).

(4) تفسير القرآن العظيم، (3/152-153).

(5) تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ص 299-200.

**وقال الشنقيطي:** " أقسم الله في هذه الآية الكريمة بنفسه الكريمة المقدسة أنه لا يؤمن أحد حتى يحكم رسوله - ﷺ - في جميع الأمور ثم ينقاد لما حكم به ظاهرا وباطنا، ويسلمه تسليما كلياً من غير مناعة، ولا مدافعة ، ولا منازعة، وبين في آية أخرى أن قول المؤمنين محصور في هذا التسليم الكلي ، والانقياد التام ظاهرا وباطنا لما حكم به - ﷺ - وهي قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾ <sup>(1)</sup> ". <sup>(2)</sup>

**وقال ابن باز:** " فلا يتم إيمان العبد إلا إذا آمن بالله، ورضي حكمه في القليل والكثير، وتحاكم إلى شريعته وحدها في كل شأن من شؤونه، في الأنفس والأموال والأعراض، وإلا كان عابدا لغيره، قال تعالى: ﴿ وَلَقَدْ بَعَثْنَا فِي كُلِّ أُمَّةٍ رَسُولًا أَنْ اعْبُدُوا اللَّهَ وَاجْتَنِبُوا الطَّاغُوتَ ﴾ <sup>(3)</sup> ". <sup>(4)</sup>

**3- قوله تعالى:** ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا ﴾ <sup>(5)</sup>.

**وجه الاستدلال:** أن حكم الله - ﷻ - ورسوله - ﷺ - نافذ لا تخيير فيه للمؤمن، وإنما يجب عليه السمع والطاعة والقبول والإذعان لهذه الشريعة.

**قال ابن كثير:** " هذه الآية عامة في جميع الأمور، وذلك أنه إذا حكم الله ورسوله بشيء فليس لأحد مخالفته ، ولا اختيار لأحد هنا ، ولا رأي ولا قول... ولهذا شدد في خلاف ذلك، فقال: ﴿ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا ﴾ كقوله تعالى: ﴿ فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ <sup>(6)</sup> ". <sup>(7)</sup>

(1) سورة النور، الآية 51.

(2) أضواء البيان، (394/1).

(3) سورة النحل، الآية 36.

(4) وجوب تحكيم شرع الله ونبذ ما يخالفه، عبد العزيز بن عبد الله بن باز، إشراف: إدارة البحوث العلمية والإفتاء، الرياض، ط7، 1423هـ، 2002م، (ص7).

(5) سورة الأحزاب، الآية 36.

(6) سورة النور، الآية: 63.

(7) تفسير القرآن العظيم، (6/196).

وقال ابن القيم : " فقطع سبحانه وتعالى التخيير بعد أمره وأمر رسوله - ﷺ - فليس لمؤمن أن يختار شيئا بعد أمره - ﷺ - ، بل إذا أمر فأمره حتم ، وإنما الخيرة في قول غيره إذا خفي أمره ، وكان ذلك الغير من أهل العلم به وبسنته " .<sup>(1)</sup>

4- قوله تعالى: ﴿وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ ذَلِكُمُ اللَّهُ رَبِّي عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ﴾<sup>(2)</sup> .

وجه الاستدلال: أن مرجع الأمور في حال الاختلاف والنزاع إلى الله - ﷻ - بتحكيم كتابه وسنة نبيه - ﷺ - .

قال ابن كثير: " أي: مهما اختلفتم فيه من الأمور، وهذا عام في جميع الأشياء، ﴿فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ﴾ أي: هو الحاكم فيه بكتابه، وسنة نبيه - ﷺ - كقوله: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾<sup>(3)</sup> ، ﴿ذَلِكُمُ اللَّهُ رَبِّي﴾ أي: الحاكم في كل شيء، ﴿عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ﴾ أي: أرجع إليه في جميع الأمور " .<sup>(4)</sup>

وقال السعدي : " ﴿وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ﴾ من أصول دينكم وفروعه، مما لم تتفقوا عليه ﴿فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ﴾ يرد إلى كتابه، وإلى سنة رسوله، فما حكما به فهو الحق، وما خالف ذلك فباطل ﴿ذَلِكُمُ اللَّهُ رَبِّي﴾ أي: فكما أنه تعالى الرب، الخالق، الرازق، المدبر، فهو تعالى الحاكم بين عباده بشرعه في جميع أمورهم " .<sup>(5)</sup>

وقال الشنقيطي: " ما دلت عليه هذه الآية الكريمة من أن ما اختلف فيه الناس من الأحكام فحكمه إلى الله وحده لا إلى غيره " .<sup>(6)</sup>

وقال أيضا : " ويفهم من هذه الآية الكريمة أنه لا يجوز التحاكم إلى غير كتاب الله وسنة نبيه " .<sup>(7)</sup>

(1) زاد المعاد في هدي خير العباد، محمد بن أبي بكر الزرعي المعروف بابن القيم، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عبد القادر الأرنؤوط، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1410هـ، (38/1).

(2) سورة الشورى، الآية: 10.

(3) سورة النساء، الآية: 59.

(4) تفسير القرآن العظيم، (6/ 541).

(5) تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ص 887.

(6) أضواء البيان، (7/ 173).

(7) أضواء البيان، (1/ 392).

5- عن عدي بن حاتم - رضي الله عنه - أنه سمع النبي - صلى الله عليه وسلم - يَقْرَأُ هَذِهِ الْآيَةَ: ﴿اتَّخَذُوا أَحْبَارَهُمْ وَرُهْبَانَهُمْ أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ وَالْمَسِيحَ ابْنَ مَرْيَمَ وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا إِلَهًا وَاحِدًا لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ سُبْحَانَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ﴾<sup>(1)</sup> فَقُلْتُ: إِنَّا لَسْنَا نَعْبُدُهُمْ، فَقَالَ: ﴿لَا أَلَيْسَ يُحَرِّمُونَ مَا أَحَلَّ اللَّهُ فَتَحَرِّمُونَهُ، وَيُحِلُّونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ، فَتَسْتَحِلُّونَهُ؟ فَقُلْتُ: بَلَى، قَالَ: فَتِلْكَ عِبَادَتُهُمْ﴾<sup>(2)</sup>.  
وجه الاستدلال: أن من أطاع المخلوقين في تحريم ما أحله الله أو تحليل ما حرمه، فقد عبداهم من دون الله واتخذهم أرباباً.

قال ابن كثير: " وهكذا قال حذيفة بن اليمان، وعبد الله بن عباس، وغيرهما في تفسير: ﴿اتَّخَذُوا أَحْبَارَهُمْ وَرُهْبَانَهُمْ أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ﴾ إِنْهُمْ اتَّبَعُوهُمْ فِيمَا حَلَّلُوا وَحَرَّمُوا. وقال السدي: استنصحو الرجال، وتركوا كتاب الله وراء ظهورهم؛ ولهذا قال تعالى: ﴿وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا إِلَهًا وَاحِدًا﴾ أي: الذي إذا حَرَّمَ الشيء فهو الحرام، وما حلله حلٌّ، وما شرعه اتَّبَعَ، وما حكم به نفذ. ﴿لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ سُبْحَانَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ﴾ أي: تعالى، وتقدس، وتنزه عن الشركاء، والنظراء، والأعوان، والأضداد، والأولاد، لا إله إلا هو، ولا ربَّ سواه".<sup>(3)</sup>

وقال السعدي: " ﴿اتَّخَذُوا أَحْبَارَهُمْ﴾، وهم علماءهم ﴿وَرُهْبَانَهُمْ﴾ أي: العُباد المتجردين للعبادة ﴿أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ﴾ يُحِلُّونَ لَهُمْ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فَيَحِلُّونَهُ، وَيَحَرِّمُونَ لَهُمْ مَا أَحَلَّ اللَّهُ فَيَحَرِّمُونَهُ، ويشرعون لهم من الشرائع، والأقوال المنافية لدين الرسل فيتبعونهم عليها، وكانوا أيضاً يغفلون في مشايخهم، وعُبادهم، ويُعْظَمُونَهُمْ، ويتخذون قبورهم أوثاناً تعبد من دون الله، وتقصد بالذبائح، والدعاء والاستغاثة".<sup>(4)</sup>

وقال الشافعي: " أجمع العلماء على أن من استبانت له سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لم يكن له أن يدعها لقول أحد".<sup>(5)</sup>

(1) سورة التوبة، الآية: 31.

(2) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب تفسير القرآن، باب من سورة التوبة، ح(3095)، وأحمد في مسنده، (378/4)، وصححه الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة، (96/13).

(3) تفسير القرآن العظيم، (7/ 179-180).

(4) تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ص 381-382.

(5) جامع بيان العلم وفضله، يوسف بن عبد الله بن عبد البر، الرياض: دار ابن الجوزي، ط1، 1414هـ، 1994م، (2/32).

وقال ابن تيمية : " ومن أوجب تقليد إمام بعينه استتيب ، فإن تاب وإلا قتل ، وإن قال : ينبغي ؛ كان جاهلا ضالا " .<sup>(1)</sup>

وهذه العادات والأعراف المخالفة للشرعية الإسلامية هي من أحكام الجاهلية، ومن تحاكم إلى من يحكم بما فقد تحاكم إلى الطاغوت الذي أمر أن يكفر به؛ ونقض عروة من عرى الإسلام، قال رسول الله - ﷺ -: ﴿لَتَنْقُضَنَّ عُرَى الْإِسْلَامِ عُرْوَةً عُورَةً فَكُلَّمَا انْتَقَضَتْ عُورَةٌ تَشَبَّثَ النَّاسُ بِالَّتِي تَلِيهَا وَأَوَّلَهُنَّ نَقْضًا الْحُكْمُ وَآخِرُهُنَّ الصَّلَاةُ﴾.<sup>(2)</sup>

ومن قال: إن الحكم بهذه الأعراف الجاهلية، أفضل وأحسن من الحكم بالشرعية الإسلامية، أو أنها مثل الشرعية الإسلامية، أو يجوز الحكم بها؛ لأن الشرعية الإسلامية لا تحل المشكلات بين الناس، فهو كافر بالله رب العالمين<sup>(3)</sup>، ودليل ذلك ما يلي :

**1- قول الله تعالى:** ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أُنْزِلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا﴾.<sup>(4)</sup>

**وجه الاستدلال:** أن التحاكم إلى الأعراف الجاهلية تحاكم إلى الطاغوت الذي أمرنا أن نكفر به، فمن تحاكم إليها ورضي بها فقد اتبع طريق الضلال الذي خطه له الشيطان، وبذلك صار طاغوتا.

**قال ابن كثير:** " هذا إنكار من الله - ﷻ - على من يدّعي الإيمان بما أنزل الله على رسوله، وعلى الأنبياء الأقدمين، وهو مع ذلك يريد التحاكم في فصل الخصومات إلى غير كتاب الله وسنة

(1) الفتاوى الكبرى ، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1408هـ - 1987م، (4/625).

(2) أخرجه أحمد في مسنده، ح 22160، وصححه الألباني في صحيح الجامع، ح 5075.

(3) ينظر: التحاكم إلى العادات والأعراف القبلية حكمه و خطره، فرحان بن حمد القحطاني، [www.alukah.net](http://www.alukah.net)  
القوانين القبلية في جنايات الدماء، ناصر بن عائض الدريس، <http://bslow2010.blogspot.com> الأعراف  
والعادات القبلية المخالفة للشرعية الإسلامية ، سعيد بن علي القحطاني. [www.alukah.net](http://www.alukah.net) . وهنا يجب التفريق بين  
الفعل والفاعل، والإطلاق والتعيين، وتنزيل الوقائع على الأشخاص، قال شيخ الإسلام ابن تيمية: " فإن نصوص الوعيد التي في  
الكتاب والسنة ونصوص الأئمة بالتكفير والتفسيق ونحو ذلك لا يستلزم ثبوت موجبها في حق المعين، إلا إذا وجدت الشروط  
وانتفت الموانع، لا فرق في ذلك بين الأصول والفروع ". مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية،  
جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد قاسم وابنه محمد، ط مجمع الملك فهد بن عبد العزيز في المدينة المنورة، ط1، 1425هـ -  
2004م، (10/372).

(4) سورة النساء، الآية: 60.

رسوله... والآية أعم من ذلك كله؛ فإنها ذامة لمن عدل عن الكتاب والسنة، وتحاكموا إلى ما سواهما من الباطل، وهو المراد بالطاغوت هاهنا <sup>(1)</sup>.

وقال السعدي: "يُعَجِّبُ تعالى عباده من حالة المنافقين. ﴿الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ مُؤْمِنُونَ﴾ بما جاء به الرسول، وبما قبله، ومع هذا ﴿يُرِيدُونَ أَن يُتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ﴾، وهو كل من حكم بغير شرع الله فهو طاغوت. والحال أنهم ﴿قَدْ أُمِرُوا أَن يَكْفُرُوا بِهِ﴾، فكيف يجتمع هذا والإيمان؟ فإن الإيمان يقتضي الانقياد لشرع الله، وتحكيمه في كل أمر من الأمور، فمن زعم أنه مؤمن، واختار حكم الطاغوت على حكم الله، فهو كاذب في ذلك، وهذا من إضلال الشيطان إياهم؛ ولهذا قال: ﴿وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا﴾ عن الحق <sup>(2)</sup>.

2- قوله تعالى: ﴿أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ﴾ <sup>(3)</sup>.

وجه الاستدلال: أن الحكم على نوعين، الأول: حكم الله -ﷻ-، وهو أحكم الحاكمين؛ لأنه تنزيل رب العالمين، وهو أعلم بخلقهم وما تصلح به أحوالهم ومآلاتهم، ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾ <sup>(4)</sup>. والثاني: حكم غيره وسماه حكم الجاهلية؛ لأنه عدول عن شريعة الله، واتباع لسبيل الطاغوت.. يقول الله تعالى: ﴿أَفَغَيْرَ اللَّهِ أَبْتَغِي حَكْمًا وَهُوَ الَّذِي أَنْزَلَ إِلَيْكُمُ الْكِتَابَ مُفَصَّلًا وَالَّذِينَ آتَيْنَاهُمُ الْكِتَابَ يَعْلَمُونَ أَنَّهُ مُنَزَّلٌ مِّن رَّبِّكَ بِالْحَقِّ فَلَا تَكُونَنَّ مِنَ الْمُمْتَرِينَ﴾ <sup>(5)</sup>.

قال ابن كثير: "ينكر الله تعالى على من خرج عن حكم الله المحكم المشتمل على كل خير، الناهي عن كل شر، وعدل إلى ما سواه من الآراء والأهواء والاصطلاحات، التي وضعها الرجال بلا مستند من شريعة الله، كما كان أهل الجاهلية يحكمون به من الضلالات والجهالات، مما يضعونها بآرائهم وأهوائهم، وكما يحكم به التتار من السياسات الملكية المأخوذة عن ملكهم جنكيز خان، الذي وضع لهم السياق، وهو عبارة عن كتاب مجموع من أحكام قد اقتبسها من شرائع شتى: من اليهودية،

(1) تفسير القرآن العظيم، (4/138).

(2) تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ص 198.

(3) سورة المائدة، الآية: 50.

(4) سورة الملك، الآية 14.

(5) سورة الأنعام، الآية 114.

والنصرانية، والملة الإسلامية، وغيرها، وفيها كثير من الأحكام أخذها من مجرد نظره، وهواه، فصارت في بنيه شرعاً مُتَّبَعًا، يقدمونها على الحكم بكتاب الله، وسنة رسوله ﷺ، ومن فعل ذلك منهم فهو كافر يجب قتاله، حتى يرجع إلى حكم الله ورسوله، فلا يُحْكَمُ سواه في قليل ولا كثير، قال الله تعالى: ﴿أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ﴾، أي: يبتغون ويريدون، وعن حكم الله يعدلون. ﴿وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ﴾ أي: ومن أعدل من الله في حكمه لمن عقل عن الله شرعه، وآمن به، وأيقن، وعلم أنه تعالى أحكم الحاكمين، وأرحم بخلقه من الوالدة بولدها، فإنه تعالى هو العالم بكل شيء، القادر على كل شيء، العادل في كل شيء".<sup>(1)</sup>

وقال السعدي: "﴿أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ﴾ أي: أفيطلبون بتوليهم وإعراضهم عنك حكم الجاهلية، وهو كل حكم خالف ما أنزل الله على رسوله، فلا تَمَّ إلا حكم الله ورسوله، أو حكم الجاهلية، فمن أعرض عن الأول ابتلي بالثاني المبني على الجهل، والظلم، والغبي؛ ولهذا أضافه الله للجاهلية، وأما حكم الله تعالى فمبني على العلم، والعدل والقسط، والنور والهدى. ﴿وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ﴾ فالموثق هو الذي يعرف الفرق بين الحكمين، ويميّز بإيقانه ما في حكم الله من الحسن والبهاء، وأنه يتعين عقلاً وشرعاً اتباعه، واليقين: هو العلم التام الموجب للعمل".<sup>(2)</sup>

3- قول الله تعالى: ﴿فَمَنْ يَكْفُرْ بِالطَّاغُوتِ وَيُؤْمِنَ بِاللَّهِ فَقَدِ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَى لَا انْفِصَامَ لَهَا وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾.<sup>(3)</sup>

وجه الاستدلال: أن شرط الاستمسك بالعروة الوثقى وهي كلمة التوحيد، الكفر بالطاغوت الذي يدعو إلى الحكم بغير ما أنزل الله.

قال الشنقيطي: "ومفهوم الشرط أن من لم يكفر بالطاغوت لم يستمسك بالعروة الوثقى، وهو كذلك، ومن لم يستمسك بالعروة الوثقى فهو بمعزل عن الإيمان؛ لأن الإيمان بالله هو العروة الوثقى، والإيمان بالطاغوت يستحيل اجتماعه مع الإيمان بالله أو ركن منه".<sup>(4)</sup>

(1) تفسير القرآن العظيم، (5/ 251-252).

(2) تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ص 258.

(3) سورة البقرة، الآية: 256.

(4) أضواء البيان، (1/ 393).

وقال محمد بن عبد الوهاب: " الطواغيت كثيرة، ورؤوسهم خمسة: إبليس لعنه الله، ومن عُبد وهو راضٍ، ومن دعا الناس إلى عبادة نفسه، ومن ادّعى شيئاً من علم الغيب، ومن حكم بغير ما أنزل الله".<sup>(1)</sup>

وجاء في فتاوى اللجنة الدائمة في المملكة السعودية "... والمراد بالطاغوت في الآية: كل ما عدل عن كتاب الله تعالى، وسنة نبيه - ﷺ - إلى التحاكم إليه: من نظم، وقوانين وضعية، أو تقاليد، وعادات متوارثة، أو رؤساء قبائل ليفصل بينهم بذلك، أو بما يراه زعيم الجماعة أو الكاهن".<sup>(2)</sup>

4- قوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ يَرْجُوا لِقَاءَ رَبِّهِ فَلْيَعْمَلْ عَمَلًا صَالِحًا وَلَا يُشْرِكْ فِي حُكْمِهِ أَحَدًا﴾.<sup>(3)</sup>  
وجه الاستدلال: أن الحكم لله وحده، فمن نصب من نفسه مُشرعاً يحكم بغير ما أنزل الله فقد أشرك مع الله.

قال الشنقيطي: " الإشراف بالله في حكمه كالإشراك به في عبادته، قال في حكمه: ﴿وَلَا يُشْرِكْ فِي حُكْمِهِ أَحَدًا﴾ وفي قراءة ابن عامر: ﴿وَلَا تُشْرِكْ فِي حُكْمِهِ أَحَدًا﴾ بصيغة النهي. وقال في الإشراف به في عبادته: ﴿فَمَنْ كَانَ يَرْجُوا لِقَاءَ رَبِّهِ فَلْيَعْمَلْ عَمَلًا صَالِحًا وَلَا يُشْرِكْ بِعِبَادَةِ رَبِّهِ أَحَدًا﴾ فالأمران سواء كما ترى إيضاحه إن شاء الله، وبذلك تعلم أن الحلال هو ما أحله الله ولحرام هو ما حرمه الله، والدين هو ما شرعه الله، فكل تشريع من غيره باطل، والعمل به بدل تشريع الله عند من يعتقد أنه مثله أو خير منه، كفر بواح لا نزاع فيه".<sup>(4)</sup>

5- قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾.<sup>(5)</sup> وقال في الآية التي بعدها: ﴿فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾.<sup>(6)</sup> وفي آية أخرى: ﴿فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾.<sup>(7)</sup>  
وجه الاستدلال: بيان خطورة الحكم بغير ما أنزل الله فهو دائر بين الكفر والظلم والفسق.

(1) ثلاثة الأصول، لمحمد بن عبد الوهاب مع حاشيتها لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم، ط7، 1417هـ، 1996م، ص 98.

(2) مجموع فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدرويش، الناشر: الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، الرياض، ط6، 1438-2017م، (1/ 542).

(3) المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، أحمد بن عمر القرطبي، دمشق - بيروت: دار ابن كثير، ط4، 1429هـ - 2008م، (5/ 117).

(4) أضواء البيان، (7/ 173).

(5) سورة المائدة، الآية: 45.

(6) سورة المائدة، الآية: 45.

(7) سورة المائدة، الآية: 47.



قال ابن كثير: " قال ابن عباس -رضي الله عنهما-: من جحد ما أنزل الله فقد كفر، ومن أقر به ولم يحكم به فهو ظالم فاسق ".<sup>(1)</sup>

وقال القرطبي: "... أن المسلم إذا علم حكم الله تعالى في قضية قطعاً ثم لم يحكم به، فإن كان عن جحد كان كافراً، لا يختلف في هذا، وإن كان لا عن جحد كان عاصياً مرتكب كبيرة؛ لأنه مصدق بأصل ذلك الحكم، وعالم بوجوب تنفيذه عليه، لكنه عصى بترك العمل به، وهذا في كل ما يُعلم من ضرورة الشرع حكمه؛ كالصلاة وغيرها من القواعد المعلومة، وهذا مذهب أهل السنة".<sup>(2)</sup>

وقال ابن أبي العز الحنفي: " وهنا أمر يجب أن يتفطن له، وهو: أن الحكم بغير ما أنزل الله قد يكون كفراً ينقل عن الملة، وقد يكون معصية: كبيرة أو صغيرة، ويكون كفراً: إما مجازاً؛ وإما كفراً أصغر، على القولين المذكورين. وذلك بحسب حال الحاكم: فإنه إن اعتقد أن الحكم بما أنزل الله غير واجب، وأنه مخير فيه، أو استهان به مع تيقنه أنه حكم الله؛ فهذا أكبر. وإن اعتقد وجوب الحكم بما أنزل الله، وعلمه في هذه الواقعة، وعدل عنه مع اعترافه بأنه مستحق للعقوبة؛ فهذا عاص، ويسمى كافراً كفراً مجازياً، أو كفراً أصغر. وإن جهل حكم الله فيها مع بذل جهده واستفراغ وسعه في معرفة الحكم وأخطأه؛ فهذا مخطئ، له أجر على اجتهاده، وخطؤه مغفور".<sup>(3)</sup>

وقال السعدي: " ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾ من الحق المبين، وحكم بالباطل الذي يعمل به لغرض من أغراضه الفاسدة ﴿فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ فالحكم بغير ما أنزل الله من أعمال أهل الكفر، وقد يكون كفراً ينقل عن الملة وذلك إذا اعتقد حله وجوازه، وقد يكون كبيرة من كبائر الذنوب ومن أعمال الكفر فقد استحق من فعله العذاب الشديد".<sup>(4)</sup>

وقال الشنقيطي: " واعلم: أن تحرير المقال في هذا البحث: أن الكفر والظلم والفسق، كل واحد منها أطلق في الشرع مراداً به المعصية تارة، والكفر المخرج من الملة أخرى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ

(1) تفسير القرآن العظيم، (3/405).

(2) تفسير القرآن العظيم، (3/405).

(3) شرح العقيدة الطحاوية، علي بن علي بن محمد بن أبي العز الدمشقي، حققه: عبدالله عبد المحسن التركي و شعيب الأرنؤوط، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط 2، 1421هـ، 2001م، (2/493-494).

(4) تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ص 256.

اللَّهُ ﴿معارضاً للرسول، وإبطالاً لأحكام الله؛ فظلمه وفسقه وكفره كلها مخرج من الملة﴾ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴿معتقداً أنه مرتكب حراماً، فاعل قبيحاً، فكفره وظلمه وفسقه غير مخرج من الملة" (1).

وقال ابن تيمية: "ولا ريب أن من لم يعتقد وجوب الحكم بما أنزل الله على رسوله، فهو كافر، فمن استحل أن يحكم بين الناس بما يراه هو عدلاً من غير اتباع لما أنزل الله فهو كافر، فإنه ما من أمة إلا وهي تأمر بالحكم بالعدل، وقد يكون العدل في دينها ما رآه أكابرهم؛ بل كثير من المنتسبين إلى الإسلام يحكمون بعاداتهم التي لم ينزلها الله ﷻ كسوالف البادية، وكأوامر المطاعين فيهم، ويرون أن هذا هو الذي ينبغي الحكم به دون الكتاب والسنة، وهذا هو الكفر؛ فإن كثيراً من الناس أسلموا، ولكن مع هذا لا يحكمون إلا بالعادات الجارية لهم التي يأمر بها المطاعون، فهؤلاء إذا عرفوا أنه لا يجوز الحكم إلا بما أنزل الله، فلم يلتزموا بذلك، بل استحلوا أن يحكموا بخلاف ما أنزل الله، فهم كفار" (2).

وقال أيضاً: "... أما من كان ملتزماً لحكم الله ورسوله باطناً وظاهراً، لكن عصي، واتبع هواه، فهذا بمنزلة أمثاله من العصاة" (3).

وقال ابن القيم: "والصحيح: أن الحكم بغير ما أنزل الله يتناول الكافرين: الأصغر، والأكبر، بحسب حال الحاكم؛ فإنه إن اعتقد وجوب الحكم بما أنزل الله في هذه الواقعة، وعدل عنه عصياناً؛ مع اعترافه بأنه مستحق للعقوبة، فهذا كفر أصغر، وإن اعتقد أنه غير واجب، وأنه مخير فيه، مع تيقنه أنه حكم الله تعالى، فهذا كفر أكبر. وإن جهله وأخطأه: فهذا مخطئ له حكم المخطئين" (4).

(1) أضواء البيان " (104/2)

(2) منهاج السنة النبوية في نقض كلام الشيعة القدرية ، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، تحقيق: محمد رشاد سالم، الرياض: منشورات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط1، 1406هـ - 1986م ، (5/ 83).

(3) منهاج السنة النبوية، (5/ 84).

(4) مدارج السالكين، محمد بن أبي بكر المشهور بابن قيم الجوزية ، تحقيق: محمد المعتصم بالله البغدادي ، القاهرة: دار الكتاب العربي، ط7، 1423هـ - 2003م ، (1/ 336-337).

### المطلب الثالث: صور من مظاهر التحاكم إلى الأعراف القبلية في مدينة بني وليد

لا يخفى على كثير ممن يعيش في هذه البلدة ما تمرّ به من اضطرابات و أزمات أقضت مضاجع الأمنيين، وألقت الرعب في قلوب المستضعفين، الأمر الذي أحال حياة كثير من الناس إلى جحيم لا تطاق معه الحياة، يقول الله تعالى: ﴿ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ لِيُذِيقَهُمْ بَعْضَ الَّذِي عَمِلُوا لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ﴾<sup>(1)</sup> ولو تأملنا في أبرز تلك الأسباب التي أوصلتنا إلى ما نحن فيه لكان من أبرزها البعد عن أحكام الشريعة الإسلامية، والسعي في استيفاء الحقوق من خلال عادات قديمة قدم الجاهلية، وكأن شريعة الإسلام قد خلت مما يفي بتلك الحقوق ويحمي تلك الدماء!! ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾<sup>(2)</sup>.

و من تلك الصور الحزنة في تطبيق هذه العادات و الأعراف المخالفة للشريعة الإسلامية ما يلي:

1- الإعراض عن حكم الله - ﷻ - في حرمة دماء المسلمين وخطورة إراقتها والجرأة عليها، وذلك من خلال التمسك بعادة الأخذ بالثأر التي أباحت لهم دماء المسلمين، لاستيفاء حقوقهم وحماية دمائهم - زعما منهم - فكانت عادة الثأر محورا تدور عليه تشريعاتهم في قضايا الدماء، وقد أوصلتهم هذه العادة الجاهلية إلى الاقتصاص من غير الجاني وقد يكون هذا المثلور منه لم يعلم بالجناية فضلاً عن أن يرضى بها؟! فكيف يثأر قرابة الجاني عليه ممن لم يعتدي عليهم أو على قريبهم؟!، والله عز وجل يقول: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾<sup>(3)</sup> قال الطبري: "ولا تحتج نفس إثماً إلا عليها، أي: لا يؤخذ بما أتت من معصية الله تبارك وتعالى، وركبت من الخطيئة سواها، بل كل ذي إثم فهو المعاقب بإثمه، والمأخوذ بذنبه".<sup>(4)</sup>

(1) سورة الروم الآية: 41.

(2) سورة النساء الآية: 83.

(3) سورة الأنعام، الآية: 164.

(4) جامع البيان عن تأويل آي القرآن، محمد بن جرير الطبري، قدم له: الشيخ خليل الميس، ضبط وتوثيق وتخرّج: صدقي جميل العطار، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر، ط1، 1421هـ، 2001م، (124/5).

وعن عبدالله بن عمرو - رضي الله عنهما - عن النبي - ﷺ - أنه قال: ﴿إِنَّ أَعْتَى النَّاسِ عَلَى اللَّهِ ﷻ مَنْ قَتَلَ فِي حَرَمِ اللَّهِ، أَوْ قَتَلَ غَيْرَ قَاتِلِهِ، أَوْ قَتَلَ بِذُحُولِ الْجَاهِلِيَّةِ ﷻ﴾. (1)

ومعنى قوله - ﷺ -: (أو قتل غير قاتله) أي: ومن طلب قتل امرئ مسلم وإراقة دمه بغير حق، والمقصود أن القَوْدَ يتعلّق بالقاتل، ولا يجوز بسبب القتل التعرّض لغير القاتل من أقبائه وذويه، وكانوا يفعلون ذلك تعدياً في الجاهلية.

وعن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - عن النبي - ﷺ - أنه قال: ﴿لَا تَرْجِعُوا بَعْدِي كُفَّارًا، يَضْرِبُ بَعْضُكُمْ رِقَابَ بَعْضٍ، لَا يُؤْخَذُ الرَّجُلُ بِجَنَاحِهِ أَبِيهِ، وَلَا جَنَاحِ أَخِيهِ ﷻ﴾. (2). أي: لا يُعاقَب أحد بدلاً من غيره، بل كل نفس بما كسبت رهينة، فيحمل كل إنسان آثامه وأوزاره، وفي الحديث: التحذير من الوقوع في القتل المحرّم، وأنه طريق إلى الوقوع في الكفر.

2- إن من يتصدر للحكم بين الناس باسم الصلح، ليسوا من العلماء ولم يدرسوا أحكام الشريعة الإسلامية، بل هم من عامّة الناس، ويجهلون كثيراً من الأحكام الشرعية، ويحتاجون إلى من يعلمهم ويفقّهُهم في أمور دينهم، وإنما قُبِلت أحكامهم لتصدّرتهم و لمعرفتهم بالأعراف القبلية، وحقيقة عملهم أنهم يقضون بين الناس بغير شريعة الله، وهم على خطر عظيم، فقد قال الرسول - ﷺ -: ﴿القضاة ثلاثة قاضيان في النار وقاضٍ في الجنة - وذكر منهم -: رجل قضى للناس على جهل فهو في النار ﷻ﴾ (3) وفي الحديث: بيان خطورة القضاء بين الناس بغير علم، وأن مصير ذلك إلى النار.

3- التمسك بعادة النصر والحمية الجاهلية التي تمنع الظالم وتحميه، وتوفر له الأمن والحماية والغطاء الاجتماعي الذي يقف سدّاً منيعاً دون المساس به، وتجاهل هؤلاء قول النبي - ﷺ -: ﴿لَعَنَ اللَّهُ مَنْ آوَى مُحَدَّثًا ﷻ﴾. (4) والمحدث هو من جنى على غيره جناية فحماه إنسان، ومنع أحداً أن يتعرّض له باستيفاء الحق منه، ويدخل فيه أيضاً من جنى على الدّين بفعل البدع المحدثه فيحميه ويُكفّر المبتدع من نُشر بدعته من غير أن يتعرّض له أحد بالتأديب أو الصّدّ عن بدعته. واللّعن من الله هو

(1) أخرجه أحمد في مسنده، ح(6757)، وقال أحمد شاکر: "إسناده صحيح"، (11/ 370)، وابن حبان في صحيحه، ح(5996).

(2) أخرجه النسائي في سننه، ح(4137)، والهيثمي في مجمع الزوائد، (286/6)، وصححه الألباني في صحيح الجامع، ح(7277).

(3) أخرجه أبو داود في سننه، باب في القاضي يخطئ قال أبو داود: (هذا أصح شيء فيه)، ح(3573)، والترمذي في سننه، باب ما جاء عن رسول الله في القاضي، ح(1322)، وصححه الألباني في صحيح ابن خزيمة، ح(1887).

(4) أخرجه مسلم في صحيحه من حديث علي - ﷺ -، كتاب الأضاحي، باب: تحريم الذبح لغير الله تعالى ولعن فاعله، ح(1987).

الطُّرْدُ والإبعادُ من رحمته، ولا يخفى ما في هذا العمل من الشر العظيم، إذ فيه التواصي بالسكوت عن المنكر، وهذا يجر بلاءً وبيلاً على الأمة، وفيه إهمال لقاعدة عظيمة من قواعد هذا الدين، وهي الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، قال الله تعالى: ﴿وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾<sup>(1)</sup>. وعن أبي سعيد الخدري -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله -ﷺ-: ﴿مَنْ رَأَى مِنْكُمْ مُنْكَرًا فَلْيُغَيِّرْهُ بِيَدِهِ فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَبِلِسَانِهِ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَبِقَلْبِهِ، وَذَلِكَ أَضْعَفُ الْإِيمَانِ﴾<sup>(2)</sup>.

4- رفض مبدأ الشريعة في تحميل كل نفس وزرها وجريمتها فيما يرتكبه أحد أفراد القبيلة من جرائم، فتجدهم يرتبون تبعات هذه الجرائم على جميع أفراد القبيلة الواحدة والتي قد لا يعرف بعضهم بعضاً من كثرتهم، وإذا رفض واحد منهم المشاركة قاطعه اجتماعياً وشتّعوا عليه، ومن ذلك إلزام جميع أفراد القبيلة قاطبة بدفع دية قتل العمد فيلزم بها الغني والفقير، والقريب والبعيد، والكبير والصغير، ولا شك في حرمة هذا الفعل؛ لأن الإلزام بما لا يلزم شرعاً لا يجوز، ولما فيه من الإثقال على الناس و أكل أموالهم بالباطل، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾<sup>(3)</sup>. وقد ثبت عن النبي -ﷺ- قوله: ﴿لَا يَحِلُّ مَالٌ أَمْرِي إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ﴾<sup>(4)</sup>.

ولهذا فالإسلام أوجب دية العمد على القاتل يتحملها وحده، ولا يلزم غيره بها، فقد روي عن فقهاء المدينة قولهم: " لا تَحْمِلُ الْعَاقِلَةُ مَا كَانَ عَمْدًا وَلَا بَصْلًا وَلَا اعْتِرَافًا وَلَا مَا جَنَى الْمَمْلُوكُ إِلَّا أَنْ يَجِبُوا ذَلِكَ طَوْلًا مِنْهُمْ " <sup>(5)</sup>.

وقال القرطبي: " وأجمعوا على أن دية القتل العمد إذا رضي بها أهل المقتول أنها في مال القاتل، ولا تحملها العاقلة واختلفوا في كونها حالة أو مؤجلة " <sup>(6)</sup>. وقال ابن قدامة: " أجمع أهل العلم على أن دية العمد تجب في مال القاتل، لا تحملها العاقلة " <sup>(7)</sup>.

(1) سورة آل عمران، الآية: 104.

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان، وأن الإيمان يزيد وينقص، وأن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجب، ح (49).

(3) سورة النساء، الآية: 29.

(4) أخرجه أحمد في مسنده، ح (20194)، وصححه الألباني في صحيح الجامع، ح (7662).

(5) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، ح (16142)، (105/8).

(6) الجامع لأحكام القرآن، محمد بن أحمد القرطبي، بيروت: دار الشام للتراث، ط2، (331/3).

(7) المغني في شرح مختصر الخرقي، عبد الله بن أحمد بن قدامة، بيروت: دار الفكر، ط1، 1984م، (373/8).

5- إلزام أهل الجاني في جرائم القتل العمد بالجلاء من الديار، وترك البلاد إلى أجل غير مسمى، وكذلك تقييد حركة أبناء قبيلة الجاني فيتركون أعمالهم، وتتعتل دراسة أبنائهم، وتضيع مصالحهم بحجة احترام قبيلة المجني عليه وعدم إهانتهم، وربما خوفا من تعرض أحد أفراد قبيلة الجاني إلى اعتداء، ولا شك أن هذا الإلزام فيه خروج عن مبادئ الشرع الحنيف، وترسيخ لمبادئ الجاهلية التي تُرسخ لثقافة الانتقام وأخذ المظلوم بجريرة الظالم، وليس الخبر كالعيان فقد رأينا بيوتاً وعقارات - أجبر أصحابها على الجلاء - خربت، وأموالاً سُرقَت، و زروعاً أحرقت، وبهائم قُتلت، انتقاماً من أهل الجاني، وكأن هؤلاء لم يسمعوا بقول المصطفى - ﷺ -: ﴿كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ، دَمُهُ، وَمَالُهُ، وَعِرْضُهُ﴾<sup>(1)</sup>. ولعل ما يزيد النار إذكاءً صمت القبور الذي يعتري لجان الصلح القبلية حيال هذه الجرائم، فبدل أن يقفوا صفا واحداً في وجه المعتدي كائناً من كان يسارعون في إجلاء أهل الجاني ثم لا يحركون ساكناً في المحافظة على أمواله، ويعرضون صفحا عن قوله - ﷺ -: ﴿انْصُرْ أَخَاكَ ظَالِمًا أَوْ مَظْلُومًا فَقَالَ رَجُلٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَنْصُرُهُ إِذَا كَانَ مَظْلُومًا، أَفَرَأَيْتَ إِذَا كَانَ ظَالِمًا كَيْفَ أَنْصُرُهُ؟ قَالَ: تَحْجِزُهُ، أَوْ تَمْنَعُهُ، مِنَ الظُّلْمِ فَإِنَّ ذَلِكَ نَصْرُهُ﴾<sup>(2)</sup>. فنصرته في حال كونه مظلوماً برفع الظلم عنه، ومطالبة أهل الجاني بتسليم القاتل إلى الجهات الأمنية المختصة، أمّا نصرته في حال كونه ظالماً بأن يُمنع من ظلمه؛ لأنّه إذا منع من ظلمه فقد نُصِرَ على هواه وعلى شيطانه الذي يُغويه، وعلى نفسه التي تأمره بالسوء، وذلك هو أفضل النصير.

6- افتئات فئام من الناس على حق الدولة في تنفيذ العقوبات الشرعية، وذلك من خلال قتل الوالد ولده، أو الأخ أخاه أو أخته، أو نحو ذلك، إذا صدر عنهم ما لا ينبغي فعله، دون أدنى نكير عليه، بل ربما يمدحونه على هذا الفعل؛ لأنه رفع من قدرهم وأعلى من شأنهم، وتخلص ممن يؤذي الناس ويقطع طريقهم. وليعلم المسلم أن شأن القتل عظيم وجرمه كبير، ويكفي فيه قول الله - عز وجل - ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾<sup>(3)</sup>.

ومع هذا الإثم العظيم فإن فيه قطعاً للأرحام ﴿فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَتَقَطَّعُوا أَرْحَامَكُمْ \* أُولَئِكَ الَّذِينَ لَعَنَهُمُ اللَّهُ فَأَصَمَّهُمْ وَأَعَمَّى أَبْصَارَهُمْ﴾<sup>(4)</sup>.

(1) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والأدب، باب: تحريم ظلم المسلم....، ح (2564).

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، من حديث أنس بن مالك - ﷺ - كتاب المظالم، باب: أعن أخاك ظلماً أو مظلوماً، ح (6952).

(3) سورة النساء، الآية 93.

(4) سورة محمد، الآية 22.

ومما يدل على أن تنفيذ العقوبات الشرعية من اختصاص الدولة المسلمة ممثلة بالإمام أو من يقوم مقامه، قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾<sup>(1)</sup>.

قال القرطبي: " لا خلاف أن القصاص في القتل لا يقيمه إلا أولو الأمر الذين فرض عليهم النهوض بالقصاص وإقامة الحدود وغير ذلك؛ لأن الله سبحانه خاطب جميع المؤمنين بالقصاص ثم لا يتيهأ للمؤمنين جميعاً أن يجتمعوا على القصاص فأقاموا السلطان مقام أنفسهم في إقامة القصاص وغيره من الحدود".<sup>(2)</sup>

وقال الكاساني: " وأما شرائط جواز إقامتها - يعنى الحدود - فمنها ما يعم الحدود كلها، ومنها ما يخص البعض دون البعض، أما الذي يعم الحدود كلها فهو الإمامة، وهو أن يكون المقيم للحد هو الإمام أو من ولاه الإمام".<sup>(3)</sup>

وبناء على ما سبق؛ فإنه لا يجوز لشخص مهما كان أن يتولى تنفيذ العقوبات الشرعية بنفسه سواء أكان أباً أو أماً أو عمّاً أو خالاً أو غير ذلك، وإذا قتل واحد من هؤلاء قريبه فإنه يقتص منه، إلا الأب فلا يقتص منه في قتل ولده، وللحاكم تعزيره على ذلك، لكن ذلك لا يرفع عنه الإثم.

7- الإنكار والتشنيع على من طالب بالدية في القتل الخطأ أو في جرائم الاعتداء على مادون النفس كإتلاف عضو من الأعضاء من ( فقاً عين أو قطع أذن أو كسر سن أو قطع يد أو رجل إلى غير ذلك)، ويرون طلب الدية من الأمور المعيبة والمستهجنة التي تأبها القبيلة، ويوردون في هذا المقام كلمة فيها معاندة للشرع وكفر به، وهي قول بعضهم: " الدية ليست من عرفنا " ونحوها من الكلمات التي فيها ردّ لأحكام الشريعة الإسلامية!! ألم يسمع أولئك بقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِّتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ﴾<sup>(4)</sup>.

(1) سورة البقرة، الآية 179.

(2) الجامع لأحكام القرآن، (246/2).

(3) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، أبو بكر بن مسعود الكاساني، بيروت: دار الكتب العلمية، 1406هـ، (204/9).

(4) سورة النحل، الآية: 116.

قال السعدي: " أي : لا تحرموا وتحللوا من تلقاء أنفسكم، كذبا وافتراء على الله وتقولوا عليه " (1).

وقوله تعالى: ﴿فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ

أَلِيمٌ﴾ (2).

قال أحمد بن حنبل: " أتدرى ما الفتنة؟ الفتنة الشرك. لعله إذا رد بعض قوله - ﷺ - أن يقع في

قلبه شيء من الزيف فيهلك " (3).

ولهذا فمن يردد هذه العبارة ونحوها من العبارات الشركية التي فيها ردّ للشرعية ولأحكامها على خطر عظيم إن لم يتب إلى الله عز وجل من هذا الصنيع، ولا يبرأ ساحته أن يقول ذلك على سبيل المزاح فقد قال الله تعالى عن أمثالهم: ﴿وَلَمَّا سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ لَا تَعْتَذِرُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ إِنْ نَعْفُ عَنْ طَائِفَةٍ مِّنْكُمْ نُعَذِّبْ طَائِفَةً بِأَنَّهُمْ كَانُوا مُجْرِمِينَ﴾ (4).

8- في أحداث القتل الخطأ الناجمة عن حوادث السير يُلزمُ أعيان القبائل ومشايخها أهل المحني عليه بالتنازل عن حقهم أمام الجهات الأمنية، وفي مقابل هذا التنازل يأخذون التعويض المدفوع من قبل شركة التأمين ويعدّ ذلك في نظر العرف والقائمين عليه تعويضا عادلا و جابراً للضرر الذي وقع ، دون أن يتطرقوا للكلام عن الدية؛ لأن العرف لم يأخذ بها ولم يجر العمل بها في هذه البلدة، وحقيقة الأمر أن الأموال التي تدفع من شركة التأمين مبالغ زهيدة لا تصل إلى قدر الدية المحدد في الشريعة الإسلامية، وفوق هذا كله إن عقد التأمين من العقود الفاسدة المبنية على الغرر والمقامرة فلا يحل أخذ الأموال المدفوعة من شركة التأمين على الصحيح من أقوال أهل العلم، ولا يمكن أن يعدّ دية على كل حال.

9- تضييع حق الزوجة والأولاد القصّر في الدية من قبل أعمامهم أو أجدادهم الذين يأنفون عن طلب الدية ويسارعون إلى تقديم التنازل والعفو إرضاء للعادات القبلية الجاهلية التي ترفض أخذ الدية،

(1) تيسير الكريم الرحمن، ص424-525.

(2) سورة النور، الآية : 63.

(3) الصارم المسلول على شاتم الرسول، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية ، الرياض: طبعة مطابع الحرس الوطني، (د، ت)، ( 2 / 16).

(4) سورة التوبة، الآية : 65-66.



ولا شك أن هذا من الظلم المبين، ومن أكل أموال الناس بالباطل، ومن أكل أموال اليتامى ظلماً وزوراً،  
والله - عز وجل -

يقول: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ  
سَعِيرًا﴾<sup>(1)</sup>.

**قال السعدي:** "وهذا أعظم وعيد ورد في الذنوب، يدل على شناعة أكل أموال اليتامى وقبحها،  
وأنها موجبة لدخول النار، فدل ذلك على أنها من أكبر الكبائر، نسأل الله العافية".<sup>(2)</sup>

فالأعمام لا يملكون شيئاً مع وجود الأبناء، لأنهم محجوبون بأبناء أخيهام المتوفى، والجد ليس له إلا  
أن يتنازل عن حصته في الدية، وكذلك الحال بالنسبة لحق الزوجة في دية زوجها فليس لأحد أن ينوب  
عنها في التنازل عن حقها في الدية. **قال الدردير:** "ولا يعفو الولي في عمد أو خطأ مجاناً، أو على  
أقل من الدية".<sup>(3)</sup>

10- الاستهجان الشديد لحق طلب الضمان والتعويض عن الأضرار الناجمة عن الخطأ أو العمد  
سواء كان ذلك في حوادث السير أو إتلاف الأموال، ويسمون هذا الفعل "عُزْمًا" ويقولون من عرف  
أهل البلدة "إننا لانعزم أحداً" وهذا أمر مخالف لأحكام الشرع الذي من قواعده المقررة أن الخطأ والعمد  
في أموال الناس سواء، وكل ذلك موجب للضمان، إلا إذا عفا صاحب الحق.

**قال ابن عبد البر:** "الأمر المجتمع عليه عندنا في ذلك أن الأموال تُضمن بالعمد والخطأ".<sup>(4)</sup>

**وقال ابن قدامة:** "ما ضُمن في العمد ضُمن في الخطأ".<sup>(5)</sup>

ولأن ضمان المتلفات من باب الحكم الوضعي وليس من باب الحكم التكليفي، لذا فإن الضمان يتعلق  
حتى بأفعال غير المكلفين كالصبي والمجنون والنائم والناسي، **قال الحطاب:** "العمد والخطأ والإكراه في أموال

(1) سورة النساء، الآية: 10.

(2) تفسير الكرمي الرحمن، ص 177.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن عرفة الدسوقي، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر، (301/3).

(4) الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، يوسف بن عبد الله بن عبد البر، تحقيق: سالم محمد عطا و محمد علي  
معوض، بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 2000، (279/7).

(5) المغني 211/9.

الناس سواء يجب ضمائها، وهو من خطاب الوضع ولا يشترط فيه التكليف والعلم، فلا فرق في الإلتلاف بين الصغير والكبير والجاهل والعامد<sup>(1)</sup>.

11- السعي الحثيث في إسقاط الحقوق والمظالم من خلال الشفاعات الجائرة وممارسة الضغوط الاجتماعية في طلب التنازل والمسامحة في جرائم السرقة وقطع الطريق والتي فيها تضييع لحقوق الناس وأخذها بسيف الحياء والنبي - ﷺ - يقول: ﴿لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ﴾<sup>(2)</sup>. ولذا فما أخذ بسيف الحياء يعد من الغصب كما قرره أهل العلم.

### لا شك في تحريم ما لولا الحيا == لم يُعطَ إذ هو كغصب روبا

ولا شك أيضا في حرمة هذه الشفاعات لقول الله تعالى: ﴿وَمَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِنْهَا وَكَانَ اللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ مُقِيتًا﴾. قال السعدي: "ومن عاون غيره على أمر من الشر كان عليه كفل من الإثم بحسب ما قام به وعاون عليه ففي هذا الحديث ... الزجر العظيم عن التعاون على الإثم والعدوان"<sup>(3)</sup>.

12- التصالح على أمور محرمة في الشرع بزعم حل المشاكل وإصلاح ذات البين، والنبي - ﷺ - يقول: ﴿الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا، أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا﴾<sup>(4)</sup>. فيُستثنى من الصُّلْحِ الجائز أن يشتمل على تحليل مُحَرَّم؛ كأن يُصالح المرء على أكل مال لا يحلُّ له، ومن ذلك التصالح بين المتخاصمين على قسمة المساكن المملوكة للدولة كما حصل في الشقاق المملوكة لمصرف الادخار التي دخلها بعض الناس بالغصب والتعدي، وهذا الفعل من الغصب المحرم، والغلول، والتعدي على المال العام، والله تعالى يقول: ﴿وَمَنْ يَغْلُلْ يَأْتِ بِمَا غَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾<sup>(5)</sup> وقال - ﷺ -: ﴿مَنْ أَخَذَ شَبْرًا مِنَ الْأَرْضِ بِغَيْرِ حَقِّهِ، طُوِّقَهُ فِي سَبْعِ أَرْضِينَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾<sup>(6)</sup>. ولهذا فيجب على كل من تورط في ذلك أن يرد ما غصبه، ويتوب ويرجع إلى الله - عز وجل - من قبل أن يأتي يوم القصاص.

(1) مواهب الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن محمد الرعيني الخطاب، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر، (317/4).

(2) سبق تخريجه،

(3) تيسير الكريم الرحمن، ص 206.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الهبة، باب الإشهاد في الهبة، ح (2758)، ومسلم، كتاب: الهبات، باب: كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، ح (1623).

(5) سورة آل عمران، الآية: 161.

(6) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب غرز الخشب في الجدار، ح (1610).

ومن ذلك أيضا التصالح على قسمة الأراضي لأفراد القبيلة الذكور دون الإناث، فيحرمون الأنثى دون وجه حق ويعطون الذكور، عملا بمذهب أهل الجاهلية الذي ذكره ربنا في كتابه فقال: ﴿وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَذِهِ الْأَنْعَامِ خَالِصَةٌ لِّذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَىٰ أَزْوَاجِنَا وَإِنْ يَكُن مِّثْقَةٌ فِئْهُ شُرَكَاءُ سَيَجْزِيهِمْ وَصْفَهُمْ إِنَّهُ حَكِيمٌ عَلِيمٌ﴾ (1) والرسول - ﷺ - يقول: ﴿اتَّقُوا اللَّهَ، وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ﴾ (2).

14- التعدي على المساجد الموقوفة من خلال إحداث تغييرات فيها أو إضافة أشياء كحفر بئر أو بناء مراكز للتخفيف أو بيع مياه التحلية دون الرجوع إلى مكتب الأوقاف المسؤول عن هذه المساجد، وذلك لظنهم أن هذه المساجد مملوكة للقبيلة وهي تفعل بما تشاء، ولأجل ذلك سارعت كثير من القبائل إلى بناء الصالات الاجتماعية التي تعقد فيها المناسبات في أرض الوقف دون أخذ الإذن من الجهة المختصة وهي الأوقاف، والأصل أن يصرف الوقف في مصارفه التي وقف من أجلها، ولا يجوز صرفه لغيره؛ لأن اتباع شرط الواقف واجب قال تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ (3).

قال ابن كثير: " فمن بدل الوصية وحرفها، فغير حكمها وزاد فيها أو نقص ويدخل في ذلك الكتمان لها بطريق الأولى ... قال ابن عباس وغير واحد: وقد وقع أجر الميت على الله، وتعلق الإثم بالذين بدلوا ذلك " (4).

15- حرمان النساء من حقهن في الميراث، وذلك من خلال ما يفعله بعض الإخوة مع أخواتهم من أخذ حصتهن بسيف الحياء، ويسمونه تنازلا فهو من الظلم، وأكل أموال الناس بالباطل، والله تعالى يقول: ﴿وَمَنْ يَظْلِمِ مَنكُم نَذِقْهُ عَذَابًا كَبِيرًا﴾ (5) وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ (6).

وقوله - ﷺ - : ﴿مَنْ ظَلَمَ قَيْدَ شَبْرٍ مِنَ الْأَرْضِ طَوَّقَهُ مِنْ سَبْعِ أَرْضِينَ﴾ (7).

(1) سورة الأنعام، الآية 139.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الهبة، باب الإشهاد في الهبة، ح (2758)، ومسلم، كتاب: الهبات، باب: كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، ح (1623).

(3) سورة البقرة، الآية 181.

(4) تفسير القرآن العظيم، (51/2).

(5) سورة الفرقان، الآية 19.

(6) سورة النساء، الآية: 29.

(7) سبق تخريجه .

ولذا فالمرأة إما أن لا تعطى حقها ابتداءً، وإما أن يعرض عليها الأمر عرضاً فيه إحراج لها فتبقى المسكينة بين المطرقة والسندان إن رفضت ضاع حقها ونصيبتها، وإن قبلت فإنها ستخسر أهلها وقبيلتها. والواجب هو: أن يدفع للمرأة حقها كاملاً، ويؤتى به إليها، فإن رفضته بعد ذلك وطابت نفسها فلا حرج على أخيها بعد ذلك.

16- التخفيض من مؤخر صداق الزوجة؛ وذلك بالجلوس مع وليها، فيجتمع عليه بعض الأعيان من القبائل ويخصمون من صداقها بسيف الحياء، ودون الرجوع إلى الزوجة صاحبة الحق الأصيل، ولا شك أن هذا من السحت و أكل أموال الناس بالباطل، وذلك لأن الصداق حق خاص بالزوجة لا يملك التنازل عنه أو التخفيض منه إلا هي، وقد فرضه الله تعالى على الأزواج، قال تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾<sup>(1)</sup>. وقال عز وجل: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾<sup>(2)</sup>.

قال القرطبي: " هذه الآية تدل على وجوب الصداق للمرأة، وهو مجمع عليه، ولا خلاف فيه"<sup>(3)</sup>.

ويقول ابن كثير: " إن الرجل يجب عليه دفع الصداق إلى المرأة حتماً وأن يكون طيب النفس بذلك كما يمنح المنيحة ويعطي النحلة طيباً كذلك يجب أن يعطي المرأة صداقها طيباً بذلك، فإن طابت هي له بعد تسميته أو عن شيء منه فليأكله حلالاً طيباً ولهذا قال ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾"<sup>(4)</sup> (5).

و لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله - ﷺ - أيما امرأة نكحت على صداق أو حباء أو عدة قبل عصمة النكاح فهو لها وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطيه وأحق ما أكرم عليه الرجل ابنته أو أخته ﷻ"<sup>(6)</sup>.

(1) سورة النساء، الآية: 4

(2) سورة النساء، الآية: 24

(3) الجامع لأحكام القرآن، (24/5).

(4) سورة النساء، الآية: 4

(5) تفسير القرآن العظيم، (15-14/3).

(6) أخرجه أبو داود، كتاب النكاح، باب: في الرجل يدخل بامرأة قبل أن ينقدها شيئاً، ح (2129)، وأحمد في مسنده، ح

(6709)، وقال أحمد شاكر: "إسناده صحيح"، (179/10). وحسنه شعيب الأرنؤوط في تخريج المسند، ح (6709).

**قال العلقمي:** " ( فهو لها ) : أي مختص بها دون أبيها؛ لأنه وهب لها قبل العقد الذي شرط فيه لأبيها ما شرط وليس لأبيها حق فيه إلا برضاها ".<sup>(1)</sup>

17- التعامل بالربا في تقدير مؤخر الصداق، وذلك لأن عرف البلاد على جعل مؤخر الصداق بالليرات الذهبية فيجتمع أهل الحل والعقد ويقدرّون الذهب بما يساويه نقدا من الدينار الورقية الليبية ويلزمون به الزوج فيقولون إن في ذمتك ثلاثين ألف دينار مثلا التي تساوي عشر ليرات، تؤديها في قابل الأيام، وهذا النوع من التعامل غير جائز؛ لأن الواجب هو أن يتم تحديد القيمة بموافقة الطرفين؛ الزوج والزوجة، أو وكيليهما، ولا يجوز تحديدها من أحدهما دون رضا الآخر؛ لأنه عقد مصارفة للذهب بالنقود، والعقود شرطها التراضي بالإجماع، وإذا لم يتراضوا على سعر محدد، فيتعين الدفع بسعر السوق يوم الدفع والسداد.

ثم إن هذه المعاملة توقع في الربا ؛ لأن أخذ النقود عن الذهب من الصرف، الذي يجب فيه التقابض في المجلس؛ لقول النبي - ﷺ - **الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلا بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد**<sup>(2)</sup>. ولذا فالواجب أن يتم دفع القيمة في مجلس الاتفاق، دون تأخير؛ وإذا لم يمكن دفع القيمة كلها في وقت واحد، فالواجب أن يبقى الدين ليرات ذهب، ويدفع منه عند حلول القسط قدر من الليرات إلى أن تستوفي كلها ليرات.

(1) عون المعبود على شرح سنن أبي داود، شرف الحق العظيم آبادي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1426هـ، 2005م، (1/1100).

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا، ح (1587).

### الخاتمة

- إن تحكيم شرع الله ليس خياراً مع غيره، ولا ندباً يسوغ سواه، إنه فرض لا تجوز مجاوزته، ولا يحل لأحد أن يخالفه، كيف وهو تنزيل رب العالمين وأحكم الحاكمين ﴿أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ﴾ سورة المائدة، الآية، 50.
- إن تحكيم العادات والأعراف المخالفة للشرعية الإسلامية طعنة في حقيقة التوحيد، ورفض لأحكام الشريعة، وتمرد عليها وعدم رضا وقبول لها، وقد زرعت الشبهات بين الناس فلا يتصورون ترك هذه الأعراف والإقلاع عنها، ويرون أنها حق أبلج لا سلامة إلا بها، وأنها تدفع الفتنة، والحقيقة أن هذا الاعتقاد من تلبس إبليس، ومن اتباع الأهواء ومن الجهل بالشرعية .
- ينبغي للقائمين على تشكيل لجان الصلح القبلية أن تجعل من ضمن أعضائها من له دراية بأحكام الشريعة أو أن تشترط عليهم عدم إصدار حكم إلا بعد عرضه على أهل العلم المعتمدين.
- إن المتقرر عند أهل العلم أنه لا يجوز الإقدام على عمل حتى يُعلم حكم الله فيه، ولهذا فلا يقبل ما يتذرع به كثير من الناس إذا نُبِّهوا إلى حرمة هذه المعاملة أو تلك بأنهم لا علم لهم بحرمتها.
- يجدر بالقائمين على الخطاب الديني أن يبنوا للناس خطورة التحاكم إلى الأعراف المخالفة للشرعية الإسلامية من خلال خطب الجمعة والدروس الوعظية في المساجد وغيرها.

## المصادر والمراجع

- 1- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، يوسف بن عبد الله بن عبد البر، تحقيق: سالم محمد عطا و محمد علي معوض، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 2000.
- 2- أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، محمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي، إشراف: بكر بن عبد الله أبو زيد، الرياض: دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، ط1، (د، ت).
- 3- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، أبو بكر بن مسعود الكاساني، بيروت: دار الكتب العلمية، 1406هـ..
- 4- التعريفات، علي بن محمد الجرجاني، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1403هـ 1983م.
- 5- تفسير القرآن العظيم للإمام ابن كثير، تحقيق: أ.د. حكمت بن بشير بن ياسين، أشرف على طبعه: سعد بن فواز الصميل، الرياض: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، ط1، 1431هـ .
- 6- تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تحقيق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، ط دار السلام.
- 7- ثلاثة الأصول، للإمام محمد بن عبد الوهاب مع حاشيتها لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم، ط7، 1417هـ، 1996م.
- 8- جامع بيان العلم وفضله، يوسف بن عبد الله بن عبد البر، الرياض: دار ابن الجوزي، ط1، 1414هـ، 1994م.
- 9- الجامع لأحكام القرآن، محمد بن أحمد القرطبي، بيروت: دار الشام للتراث، ط2.
- 10- جامع البيان عن تأويل آي القرآن، محمد بن جرير الطبري، قدم له: الشيخ خليل الميس، ضبط وتوثيق وتخریج: صدقي.
- 11- الجامع الصحيح المختصر، محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: د. مصطفى البغا، دار ابن كثير، بيروت، ط2، 1407هـ.
- 12- جامع العلوم والحكم وشرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب، تحقيق: شعيب الأرنؤوط و إبراهيم باجس، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط7، 1417هـ - 1997م.
- 13- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن عرفة الدسوقي، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر.
- 14- زاد المعاد في هدي خير العباد، محمد بن أبي بكر الزرعي المعروف بابن القيم، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عبد القادر الأرنؤوط، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1410هـ.

- 15- سلسلة الأحاديث الصحيحة، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط4، 1405هـ.
- 16- سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد بن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، دار الفكر، بيروت، ط1.
- 17- سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث أبوداود، تحقيق: محي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت، ط1.
- 18- سنن الترمذي، محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر و محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.
- 19- السنن الكبرى، أبوبكر أحمد بن الحسين البيهقي، وفي ذيله الجوهر النقي لابن التركماني، دار الفكر، بيروت.
- 20- سنن النسائي الكبرى، أحمد بن علي النسائي، تحقيق: حسن عبد المنعم شليبي، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1421هـ، 2001م.
- 21- شرح العقيدة الطحاوية، علي بن علي بن محمد بن أبي العز الدمشقي، حققه: عبدالله عبد المحسن التركي و شعيب الأرنؤوط، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط2، 1421هـ، 2001م.
- 22- الصارم المسلول على شاتم الرسول، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، الرياض: طبعة مطابع الحرس الوطني، (د، ت).
- 23- صحيح ابن حبان، محمد بن حبان، تحقيق: أحمد شاكر، القاهرة: دار المعارف، 1372هـ، 1952م.
- 24- صحيح ابن خزيمة، أبوبكر بن محمد بن محمد بن خزيمة، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، المكتب الإسلامي، 1424هـ، 2003م.
- 25- صحيح أبي داود، محمد ناصر الدين الألباني، اختصر أسانيده وعلق عليه وفهرسه: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، 1409هـ، 1989م.
- 26- صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء، الرياض، ط1، 1980م.



- 27- صحيح الجامع الصغير وزيادته الفتح الكبير، محمد ناصر الدين الألباني، بيروت: المكتب الإسلامي، ط1، 1408هـ، 1988م.
- 28- ظلال الجنة في تخريج أحاديث السنة، محمد ناصر الدين الألباني، بيروت: المكتب الإسلامي، ط1، 1404هـ، 1980م.
- 29- علم أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، ط20، 1406هـ، 1986م.
- 30- عون المعبود على شرح سنن أبي داود، شرف الحق العظيم آبادي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1426هـ، 2005م.
- 31- الفتاوى الكبرى، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1408هـ - 1987م.
- 32- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، تحقيق: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت.
- 33- القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، بيروت-لبنان، ط6، 1419هـ-1998م.
- 34- لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، 1374هـ، 1956م.
- 35- المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، محمد مصطفى شليبي، القاهرة: دار النهضة العربية، ط1، 1969.
- 36- مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد قاسم وابنه محمد، ط مجمع الملك فهد بن عبد العزيز في المدينة المنورة، ط1، 1425هـ - 2004م.
- 37- مجموع فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدرويش، الناشر: الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، الرياض، ط6، 1438-2017م.
- 38- مدارج السالكين، محمد بن أبي بكر المشهور بابن قيم الجوزية، تحقيق: محمد المعتصم بالله البغدادي، القاهرة: دار الكتاب العربي، ط7، 1423هـ - 2003م.

- 39- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، علي بن أبي بكر الهيثمي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، 1422هـ، 2001م.
- 40- مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن حنبل، دار صادر، بيروت، ط1.
- 41- المغني في شرح مختصر الخرقي، عبد الله بن أحمد بن قدامة، بيروت: دار الفكر، ط1، 1984م.
- 42- المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، أحمد بن عمر القرطبي، دمشق - بيروت: دار ابن كثير، ط4، 1429هـ - 2008م.
- 43- مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، راجعه وعلق عليه: أنس محمد الشامي، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1429هـ، 2008م.
- 44- منهاج السنة النبوية في نقض كلام الشيعة القدرية، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، تحقيق: محمد رشاد سالم، الرياض: منشورات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط1، 1406هـ - 1986م.
- 45- مواهب الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن محمد الرعيني الخطاب، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر.
- 46- وجوب تحكيم شرع الله ونبذ ما يخالفه، عبد العزيز بن عبد الله بن باز، إشراف: إدارة البحوث العلمية والإفتاء، الرياض، ط7، 1423هـ.



الأحكام الخاصة بنزوي الهيئات في الفقه المالكي  
أ/ عبد الرحمن الطيب محمد الطيب دراه  
محاضر مساعد/ كلية الشريعة والقانون/ الجامعة الأسمرية

## مُكَلِّمَاتُ

الحمد لله المعطي المانع، المنزل الرافع، جاعل النَّاس منازل فمنهم المذنب ومنهم الطائع، وفيهم المتبوع وكذلك التابع، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، سيدنا محمد صاحب المقام الرفيع، والحصن المنيع، فهو خير شفيع، لمن يسمع له ويطيع، فالله صلّ وسلم عليه وعلى آل بيته الطيبين الطاهرين، وعلى الصحابة الكرام الميامين، وعلى التابعين وتابعي التابعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد: فإن كل عاقل متمحص في حقائق الأشياء يدرك أن الله -تعالى- قد خلق هذا العالم وجعله أجناساً وأنواعاً، يتميز بعضها عن بعض، فخلق العالم العلوي بما فيه من أنوار، وخلق العالم السفلي وجعل حقيقته كثيفة، وميّز بعضه عن بعض بكثير من الأشياء، وعلى رأس هؤلاء المتميزين: البشر، فقد حملهم الأمانة، وفضلهم على غيرهم، قال الله -تعالى-: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾. سورة الإسراء، الآية 70.

والإنسان عند المتكلمين: حيوان غير أنه تميّز عن باقي أنواع الحيوانات بأنه ناطق أي: عاقل، ففي هاتين الحقيقتين -الحيوانية والناطقة- يشترك كلّ من هو إنسان، ولا فرق بين إنسان وغيره في تحقق هذين الأصلين فيه، ولكن التمايز بين البشر في الأعراض لا في الحقائق، كالطول والعرض واللون، والغنى والفقر، والمرض والصحة، كما يوجد تمايز من معيار آخر وهو المكانة الإلهية، فقد جعل الله منهم الأنبياء وغيرهم، وغير الأنبياء منهم الكافرون ومنهم المؤمنون، ومن المؤمنين من هو من أهل الصلاح والعلم والمروءة، ومنهم من هو من أهل الفسق والفجور، ولكلّ فرد من هؤلاء مكانة، ولهذا قد كان لكلّ منهم خصائص وميزات قد راعاها التشريع، فقد جعل للأنبياء أحكاماً خاصة، ومن ذلك خصوصية النبيّ الكريم -صلى الله عليه وسلم- بتعدد زوجاته فوق الأربع، كما خصّ الكافرين بعدم قبول الأعمال منهم قبل الإتيان بكلمة التوحيد، وأيضاً توجد بعض الأحكام قد خصّ بها أهل الهيئات عن غيرهم من النَّاس، ولما كانت هذه الأحكام تحتاج إلى جمع وتوضيح جاءت فكرة هذا البحث ليكون بعنوان: "الأحكام الخاصة بذوي الهيئات في الفقه المالكي"

وتبرز أهمية هذا البحث: في كونه غير مطروق من قبل، خاصة من جانب فقهاء المالكية، كما أن جميع هذه الأحكام وتبيينها يعطي نوعاً من الوعي عند أصحاب الهيئات، من حيث مراعاة هذه الأحكام من جهتهم، وإعلام غيرهم بأن الشرع قد أعطى لهم هذه الحقوق، وليست من صنيعهم. إشكالية البحث: يمكن تحديد أهم الإشكاليات التي يتناولها هذا البحث في مجموعة من التساؤلات، والتي يحاول هذا البحث الردّ عليها وتوضيحها، وهي:

- هل يوجد خلاف في تحديد مفهوم ذوي الهيئات؟
- وهل يوجد في الشريعة الإسلامية تأصيل لذوي الهيئات؟
- وهل لذوي الهيئات أحكام خاصة بهم حقيقة؟
- وهل لهم شروط يجب مراعاتها حتى يتم تطبيق هذه الأحكام عليهم؟
- وإن كان كذلك فهل تطرق فقهاء المالكية لهذه الأحكام في كتبهم أم لا؟
- وهل تختص هذه الأحكام بباب معين من أبواب الفقه أم أنّها عامة في أبواب الفقه من عبادات ومعاملات وغيرها؟

**وسأسألُك في هذا البحث منهج: "الاستقراء" - "والتبعية" للأحكام التي تناثرت في أبواب الفقه المالكي، والتي خصصت ذوي الهيئات عن غيرهم بحيث ميزتهم في الحكم عن البقية، وسيتم توضيح هذه المسائل مع نقل النصوص في كل موضع يتم الكلام عليه وتوثيق هذه النقول التي تمّ استجلاؤها من مراجعها.**

**أما بخصوص الدراسات السابقة التي بحثت الموضوع:** فلم أقف على دراسة سابقة تناولت الأحكام التي تخص ذوي الهيئات في الفقه المالكية، ولا عند غيره من المذاهب الأخرى. وأقرب ما وقفت عليه في هذا الخصوص رسالة ماجستير في جامعة نايف للعلوم الأمنية بالرياض بعنوان: "إقالة عشرات ذوي الهيئات بين الشريعة الإسلامية والأنظمة المعاصرة". للباحث: **فهم عبد الرحمن عجيرد**

- أوجه الاتفاق بين الدراستين: أما أوجه الاتفاق بين الدراستين أن هذه الدراسة وإن تناولت الشق القانوني فهي أيضا تطرقت لبعض الأمور الشرعية حيث بينت مفهوم ذوي الهيئات من الناحية اللغوية، وأيضا من حيث المعنى الاصطلاحي،
- أوجه الفرق: أن الأخيرة كانت دراسة منصّبة على الجانب القانوني في الموضوع، كما أنّها تناولت الشق الجنائي لا غيره من الأحكام الأخرى فقد كانت أعم من جهة تناول الجانب القانوني، وأخصّ من حيث دراسة الشق الجنائي دون غيره.

وبهذا يمكن أن يقال: بأن هذه الدراسة وإن كان فيها نوع من الاشتراك في بعض الأمور كالمفهوم والتأصيل إلا أنّ كلا من الدراستين يختلف من حيث الجزئية المراد دراستها، فهذا البحث بحث فقهي مالكي ينظر للأحكام التي اختص بها أهل الهيئة في جميع أبواب الفقه، ونظرة المذهب المالكي لهذه الطبقة، أما فحوى رسالة الماجستير تلكدراسة مقارنة بين الشريعة

والقانون ومصب اهتمامها الجانب الجنائي، كما أنّها زادت في ذكر مفهوم ذوي الهيئات بالتعرض لتعريفات علماء المذاهب لهذا المصطلح، كما أنّها ذكرت الجانب التأصيلي لذوي الهيئات من الكتاب والسنة وأقوال السلف.

#### الخطّة:

المبحث الأول: المفهوم والتأصيل لحقيقة ذوي الهيئات.

المطلب الأول/ مفهوم ذوي الهيئات.

المطلب الثاني/ تأصيل لذوي الهيئات في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: نظرة فقهاء المالكية لذوي الهيئات.

المطلب الأول/ الأحكام المتعلقة بذوي الهيئات في أبواب العبادات وفقه الأسرة.

المطلب الثاني/ الأحكام المتعلقة بذوي الهيئات في أبواب المعاملات والقضاء.

وبهذا تتضح ملامح هذه الدراسة التي يرجى أن تكون مجدية عن كلّ التساؤلات التي طرحت في هذه المقدمة، سائلا الله سبحانه وتعالى التوفيق والسداد فهو الموفق لذلك والقادر عليه.

## المبحث الأول: المفهوم والتأصيل المطلب الأول: مفهوم ذوي الهيئات

### أولاً/ معنى ذوي الهيئات لغة:

لفظ ذوي الهيئات مركب إضافي، وكلّ مركب إضافي تتوقف معرفته على معرفة أجزائه.

وهذا المركب الإضافي يتركب من مفردين. هما: المضاف (ذو) والمضاف إليه (الهيئات).

أما ذوو: جمع مفردة: ذو، بمعنى: صاحب، ومنه قولهم: ذو مال، وذو علم<sup>1</sup>.

قال ابن سيده: " ذو: كلمة صيغت ليتوصل بها إلى الوصف بالأجناس، ومعناها: صاحب .... والتثنية ذوان والجمع ذوون"<sup>2</sup>.

وأما الهيئات: جمع مفردة هيئة، بفتح الهاء، وقد تكسر، وتأني في اللغة بمعنى: حال الشيء، وكيفية، وصورته. يقال: هاء يهوء ويهيء هيئة حسنة إذا صار إليها.<sup>3</sup>

وبهذا يتضح أن معنى (ذو الهيئات): هو وصفاً لأصحاب الهيئة الحسنة، الذين يلزمون سمّاً واحداً، ولا تختلف حالتهم بالتنقل من هيئة إلى هيئة.<sup>4</sup>

### ثانياً/ مرادفات ذوي الهيئات:

وبعد بيان معنى ومفهوم هذا المصطلح يحسن ذكر بيان الألفاظ المرادفة والمقاربة لمصطلح ذوي

الهيئات في المعنى، والتي يطلقها العلماء على نفس هذا المعنى ومن أهمها:

- ذوي الفضل<sup>5</sup>. - ذوي العلا والمروءة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - ينظر: "كتاب العين" للخليل بن أحمد الفراهيدي، تح/ مهدي المخزومي، وإبراهيم السامرائي، دار مكتبة الهلال، 207/8، "المصباح المنير في غريب الشرح الكبير"، أحمد الفيومي، المكتبة العلمية، بيروت 211/1.

<sup>2</sup> - "المحكم المحيظ" لعلي ابن سيده، تح/ عبد الحميد هندواوي، دار الكتب العلمية بيروت ط/1، 1421هـ، 2000م. 91/10.

<sup>3</sup> - ينظر: "الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية"، لإسماعيل الجوهري، تح/ أحمد عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط/4، 1407هـ، 1987م. 85/1، وينظر: "لسان العرب" لمحمد ابن منظور، دار صادر، بيروت، ط/1، 188/1، مادة هيء.

<sup>4</sup> - المصدر نفسه 188/1.

<sup>5</sup> - "الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني"، لأحمد النفراوي، دار الفكر، 1415هـ 1995م. 254/1.

<sup>6</sup> - "البهجة شرح التحفة" لأبي الحسن علي التسولي، دار الكتب العلمية، لبنان بيروت، 1418هـ 1998م، ط/1، 55/1.

- ذوي الرفعة<sup>1</sup>.
- ذوي الأقدار<sup>2</sup>.
- المقتدى بهم<sup>3</sup>.
- أهل الشرف<sup>4</sup>.

### ثالثاً/ المعنى الاصطلاحي لذوي الهيئات:

بعد بيان المعنى اللغوي لذوي الهيئات، وبيان الألفاظ المقاربة لها، فإن المعنى الاصطلاحي لا يبعد كثيراً عن المعنى اللغوي.

فقد عرف ابن فرحون ذوي الهيئات والرفعة بأنهم: من كانوا من أهل القرآن والعلم والآداب الإسلامية.<sup>5</sup>

وعرف الدردير ذوي الهيئة: بأنهم أصحاب الحشمة والوقار.<sup>6</sup>

ونقل الزرقاني في شرحه على الموطأ تعريف الإمام الشافعي لذوي الهيئات بأنهم: هم الذين لا يعرفون بالشر.<sup>7</sup>

وبذكر هذه التعاريف يتضح جلياً أنّها تدور حول مفهوم واحد، فأهل القرآن والعلم والآداب الإسلامية، هم أصحاب الحشمة، والوقار، الذين لا يعرفون بالشر.

<sup>1</sup> - "تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام" لإبراهيم ابن فرحون، مكتبة الكليات الأزهرية، ط/1، 1406هـ 1986م، 300/2.

<sup>2</sup> - "البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة"، لأبي والوليد محمد بن رشد، تح/محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، ط/2، 1408هـ 1988م، 278/18.

<sup>3</sup> - "بلغة السالك" لأحمد بن محمد بن الصاوي، دار المعارف، 693/1.

<sup>4</sup> - "المختصر الفقهي" لمحمد بن عرفة، تح/ حافظ عبد الرحمن، مؤسسة خليف أحمد الخبتور، ط/1، 1435هـ 2014م، 14/5.

<sup>5</sup> - ينظر: تبصرة الحكام 300/2.

<sup>6</sup> - ينظر: بلغة السالك 609/3.

<sup>7</sup> - ينظر: "الأم" لمحمد ابن إدريس الشافعي، دار المعرفة بيروت، 1410هـ 1990. 157/6. "شرح الزرقاني على الموطأ" لمحمد الزرقاني، تح/ طه عبد الرؤف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط/1، 1424هـ 2003م، 265/4.



## المطلب الثاني

تأصيل<sup>1</sup> ذوي الهيئات في الشريعة الإسلامية

من الأسس التي بنى عليها الإسلام قوامه مبدأ المساواة بين الناس فالعدل قيمة إسلامية لا خلاف فيه، قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾<sup>2</sup>.  
 لكن قد تطرأ بعض الملابس التي تستلزم تخصيص بعض الأفراد عن غيرهم بأحكام تتعلق بهم.  
 ومن ذلك تخصيص ذوي الهيئات ببعض الأحكام التي يتميزون بها دون سائر الناس، وأصل هذه المعاملة قول النبي -صلى الله عليه وسلم- (أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم)<sup>3</sup>، أي: تحافوا عن زلات وهفوات أهل المروءة والصّلاح<sup>4</sup>.

وليس التجافي عن عثرات ذوي الهيئات على إطلاقه بل قيده العلماء بشروط وهي:

- 1- ألا يكون ذو الهيئة مجاهرا بهذا المنكر.
- 2- ألا يتكرر منه هذا المنكر وإلا سقط بذلك الإعذار.<sup>5</sup>
- 3- ألا يكون متلبسا بها في الحال.<sup>6</sup>
- 4- ألا تكون في كبيرة من الكبائر سواء أوجبت الحد أم لا.<sup>7</sup>
- 5- وألا يتعلق بها حق من حقوق الآدميين.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> ويقصد بالتأصيل هنا بيان القواعد والأصول التي استند لها الفقهاء في تخصيص أهل الهيئات ببعض الأحكام، وفلسفة الشريعة من تلك المعاملة.

<sup>2</sup> - سورة النحل، 90.

<sup>3</sup> - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب في الحد يشفع فيه، رقم الحديث/ 4375. دار الفكر، تح/ محمد محيي الدين عبد الحميد.

<sup>4</sup> - ينظر: "الاستذكار" لأبي عمر يوسف ابن عبد البر، تح/ سالم عطا، محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/1، 1421هـ 2000م. 13/8. وينظر: "التنوير شرح الجامع الصغير" لمحمد الصنعاني، تح/ محمد إسحاق، مكتبة دار السلام الرياض، ط/1، 1432هـ 2011م. 22/3.

<sup>5</sup> - ينظر: الاستذكار 13/8.

<sup>6</sup> - ينظر: "المنهاج شرح صحيح مسلم" لمحيي الدين النووي، دار 'حياء تراث العرب، بيروت، ط/2، 1392م. 135/16.

<sup>7</sup> - ينظر: "شرح مشكل الآثار" لمحمد الطحاوي، تح/ شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، ط/1، 1415هـ. 151/6.

<sup>8</sup> - البيان والتحصيل 270/16.

وبالنظر إلى النصوص الشرعية التي أفردت أحكاما خاصة ببعض الناس، نجد أنّ الأسباب والملايسات التي أدت إلى التخصيص في الأحكام مختلفة منها: ما يرجع للعلم، ومنها: ما يرجع للسيادة والوجاهة، ومنها: ما يرجع للمروءة والاتصاف بالأخلاق الحميدة.

### أولاً: تخصيص أهل العلم:

وقد وردت آيات تميز أهل العلم عن غيرهم، وهي تدل بشكل عام على عدم التسوية بين العالم والجاهل، فيفهم من خلالها تمييز العلماء عن غيرهم في أحكام الدنيا والآخرة وأهم آية في هذا الباب قوله تعالى: ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾<sup>1</sup>  
قال الألوسي: "المقام يقتضي التباين في حكمي الدارين، وإن كان المقصود بالقصد الأول تباينهما بالدار التي هي المدار"<sup>2</sup>. ومن الأحاديث النبوية أيضا الدالة على تفضيل أهل العلم في بعض الأحكام على غيرهم قول النبي -صلى الله عليه وسلم: (يَوْمَ الْقَوْمِ أَقْرُوهُمْ لِكِتَابِ اللَّهِ، فَإِنْ كَانُوا فِي الْقِرَاءَةِ سَوَاءً فَأَعْلَمُهُم بِالسُّنَّةِ، فَإِنْ كَانُوا فِي السُّنَّةِ سَوَاءً فَأَقْدَمُهُمْ فِي الْهَجْرَةِ)<sup>3</sup>.

قال القاضي عياض: "قلنا: بأن أصحابنا تأولوه على أن الأقرأ هاهنا هو الأفقه؛ لأنّ الصحابة -رضي الله عنهم- يتفقهون في القرآن، فأكثرهم قرآنا أكثرهم فقها"<sup>4</sup>.

فيظهر من هذا الحديث تقدم أهل العلم عن غيرهم في هذا الحكم وهو التقدم للإمامة، فقدم أهل الفقه على أهل الهجرة، ليُعلم أن العلم يرقى بصاحبه ليكون ذو مكانة مخصوصة في الإسلام.

ثانياً: التخصيص بالوجاهة والسؤدد: ومن الأمور التي اعتبرها الشارع في تخصيص بعض الناس على بعض الوجاهة والسيادة، فصاحب السيادة أو الجاه ميزه الشارع عن غيره في بعض الأحكام، ومن الأحاديث الدالة على ذلك قول النبي -صلى الله عليه وسلم-: (أَنْزَلُوا النَّاسَ مَنَازِلَهُمْ)<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - الزمر: 9.

<sup>2</sup> - "روح المعاني في تفسير القرآن العظيم" لشهاب الدين محمود الألوسي، تح/ على عبد الباري، دار الكتب العلمية، بيروت ط/1، 1415هـ. 254/14.

<sup>3</sup> - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب من أحق بالإمامة، رقم الحديث (673)، دار الجبل، بيروت، الطبعة التركية، سنة 1334هـ.

<sup>4</sup> - "إكمال المعلم بفوائد مسلم"، للقاضي عياض اليحصبي، تح/ يحيى إسماعيل، دار الوفاء، مصر ط/1، 1419هـ. 1998م. 651/2.

<sup>5</sup> - أخرجه أبي داود في سننه، كتاب الأدب، باب تنزيل الناس منازلهم، رقم الحديث (4842).

قال المناوي: "أي احفظوا حرمة كل واحد على قدره... فلا تسووا بين الخادم والمخدوم والرئيس والمرؤوس"<sup>1</sup>.

ومن المواضع التي نصّ فيها الشرع على تخصيص أهل السيادة على غيرهم أيضا قوله -صلى الله عليه وسلم (ولا يُؤمّن الرجلُ الرجلَ في سلطانه)<sup>2</sup>. قال القاضي عياض: "وفيه حجة على أن الإمام من السلطان أو من جعل له الصلاة أحقّ بالتقدم حيث كان من غيره"<sup>3</sup>. فكان التقديم للإمامة في الصلاة هنا بسبب السيادة، فمادام هو سيد وسلطان ذلك المكان فلا يقدم من هو أقل منه رتبة في السيادة ليصلي بهم.

### ثالثا: التخصيص بالمروءة والصلاح:

ومن أهم المخصصات التي اعتبرها الشارع أيضا في تحديد الأحكام، المروءة والصلاح فأهل المروءة هم الذين لا يرتكبون الكبائر ولا يصرون على الصغائر ولا يأتون مستقبحات الأمور، ولا يقع منهم إلا اللوم وهو: المعصية بالغلبة والخطأ، والتي إذا لم يقعوا فيها لكانوا من أهل العصمة، ولا يوصف بالعصمة إلا الأنبياء -عليهم السلام-، قال تعالى: ﴿الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَائِرَ الْإِثْمِ وَالْفَوَاحِشَ إِلَّا اللَّمَمَ﴾<sup>4</sup>. ومن الأحاديث الواردة بإقالة عثرات أهل المروءة والصلاح قول النبي -صلى الله عليه وسلم-: (تجافوا عن عقوبة ذوي المروءة وهو ذو الصلاح)<sup>5</sup>. وبهذا يعلم أن من ذوي الهيئات أيضا أهل المروءة والصلاح، فيتجاوز عنهم كما يتجاوز عن أهل العلم والسيادة كما بيّن سابقا.

<sup>1</sup> - "فيض القدير شرح الجامع الصغير"، لمحمد المناوي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط/1، 1415 هـ 1994 م. 75/3.

<sup>2</sup> - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب من أحق بالإمامة، رقم الحديث (673).

<sup>3</sup> - إكمال المعلم 654/2.

<sup>4</sup> - النجم: 32

<sup>5</sup> - "شرح مشكل الآثار"، لأبي جعفر أحمد الطحاوي، تح/ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط/1، 1415 هـ 1994 م. 150/9.

## المبحث الثاني

### نظرة فقهاء المالكية لذوي الهيئات

بعد أن تمتّوضيح مفهوم ذوي الهيئات من الناحية اللغوية والفقهية مع نقل الأقوال التي وردت في التعريف بهم، ليظهر جلياً أنّها تصب في مفهوم واحد كما تبين، وبعد التطرق إلى التأصيل الشرعي لذوي الهيئات بنقل النصوص من الكتاب والسنة التي تتعلق بهم، أو حددت أحكاماً تخصّصهم عن غيرهم، يتسنى لنا الشروع في توضيح معاملة فقهاء المالكية لهذه الطبقة، والمواطن التي أفردت لهم أحكاماً، تميزهم في سائر أبواب الفقه، وقد قسم هذا المبحث إلى مطلبين على حسب ما يأتي:

### المطلب الأول

#### الأحكام المتعلقة بذوي الهيئات في أبواب العبادات وفقه الأسرة

##### أولاً: الأحكام الخاصة بذوي الهيئات في أبواب العبادات:

من المعلوم أن العبادات تختص من بين سائر الأبواب بغلبة الأحكام التعبدية، فيغلب على العقل عدم إدراك سر ربط الأحكام بالأوصاف، فلها من اسمها نصيب، لكن بعد البحث في كتب الفقه المالكي نجد أن لذوي الهيئات في باب العبادات ذكراً وتمييزاً في بعض المسائل منها:

أ- إن معاملة ذوي الهيئة والقدر ينبغي ألا تكون كسائر الناس، فمثلاً نصّ المالكية على أنّه لا ينبغي للمرء أن يكشف عن الفخذ أمامهم؛ لما فيه من سوء الأدب، وعدم الحشمة، قال ابن رشد: "ومعناه أنّه ليس بعورة ينبغي سترها فرضاً، كالقبل والدبر، وأنّه عورة يجب سترها في مكارم الأخلاق ومحاسنها، فلا ينبغي التهاون بذلك في المحافل والجماعات، ولا عند من يُستحيي منهم من ذوي الأقدار والهيئات"<sup>1</sup>.

أي الشّأن أن يُستحيي من أهل الأقدار، فكشف الفخذ أمامهم يعده العرف خطاً لمكانتهم، ومعاملة لهم بغير ما جرت به العادة من إكرامهم، وإنزالهم منازلهم، فالتعامل مع الناس يختلف باختلاف أحوالهم، فما يكون مع الأهل والمقربين أو ذوي المكانة من التصرف غير ما يكون عند سائر الناس.

ب- خصّ أهل الفضل والأقدار في باب الإمامة بأنهم إذا كرهوا إماماً يحرم عليه التقدم ولو كان أهل الفضل هؤلاء هم القلّة، فمن باب الأولى إن كانوا هم الأكثر، أما إذا كانت القلّة من غير ذوي الأقدار والفضل فلا يحرم تقدم هذا الإمام، بل يكره فقط، ولا حرمة عليه في التقدم في حالة كراهة غير ذوي

<sup>1</sup> - البيان والتحصيل 277/18.

الفضل إلا إذا كانوا كثرة فتقع عندئذ الحرمة على المتقدم<sup>1</sup>. ففي الشرح الكبير: "وكره إمامة من يكره أي كرهه أقل القوم غير ذوي الفضل منهم، وأما إذا كرهه كل القوم أو جلهم أو ذوو الفضل منهم وإن قلوا فيحرم هذا هو التحقيق"<sup>2</sup>. ويرجع سبب التخصيص بتحريم تقدم من كرهه ذوو الفضل ولو كانوا الأقل بأنهم لا يكرهونه إلا لجانِب شرعي كتلبسه بالأُمور المزرية أو تساهله في ترك السنن<sup>3</sup>.

ج- في باب الصيام: كره المالكية صوم الست من شوال ووصلها بصيام رمضان وجعلوا الكراهة خاصة بصيام ذوي الفضل المقتدى بهم، إذا أظهروا الصوم للناس<sup>4</sup>؛ والعلّة في تخصيص الحكم بأهل الفضل هنا هو اقتداء الناس بهم فيخشى اعتقاد العوام مع الزمن وجوب صيام هذه الست. قال الشيخ الزرقاني: "لمقتدى به متصلة برمضان، متتابعة، وأظهرها معتقدا سنة اتصالها"<sup>5</sup>، فكراهة الصيام هنا قيدت بهذه الشروط ومن بينها كون الصائم من أهل الاقتداء والاتباع فتخصيص أهل الهيئة بالحكم واضح في هذا الموضع.

#### ثانيا: الأحكام الخاصة بذوي الهيئات في فقه الأسرة:

وبعد ذكر مجموعة من المواضع التي خصت ذوي الهيئات في العبادات ينتقل الكلام إلى الأحوال الشخصية وذكر مجموعة من الأحكام التي خصّ فقهاء المالكية فيها أهل الفضل والهيئة بأُمور تتعلق بهم:

أ- في باب الوليمة خصّ أهل الهيئة بكراهة حضور دعوة العرس إذا كان فيه لعب غير خفيف كالمشي على الحبل أو اللعب بالسيوف وغيرها<sup>6</sup>. قال ابن رشد: "إلا أنه كره لذي الهيئة من الناس أن يحضر اللّعب"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - ينظر: النوارد والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، لأبي محمد عبد الله ابن أبي زيد القيرواني، تح/ محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت ط/1 1999م. 282/1، وجواهر الدرر في حل ألفاظ المختصر، لأبي عبد الله محمد التتائي، تح/ نوري المسلاقي، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط/1، 1435هـ 2014م. 352/2.

<sup>2</sup> - "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" دار الفكر 330/1.

<sup>3</sup> - ينظر: المرجع نفسه 330/1.

<sup>4</sup> - المختصر الفقهي 97/2.

<sup>5</sup> - "شرح الزرقاني على مختصر خليل" لعبد الباقي بن يوسف الزرقاني، ضبطه: عبد السلام أمين، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط/1، 1422هـ 2002م. 353/2. وينظر: حاشية الدسوقي 517/1.

<sup>6</sup> - ينظر: الجامع لمسائل المدونة، لأبي بكر محمد بن يونس التميمي، معهد البحوث العلمية جامعة أم القرى، دار الفكر للطباعة والنشر، ط/1، 1434هـ - 2013م. 201/24.

<sup>7</sup> - البيان والتحصيل 432/4.

ب- أيضا قد نصّ المالكية على تحريم حضور غير المدعو إلى **الوليمة** وأكله منها من غير إذن، ما لم يكن مصاحبا لذي هيئة فلا حرمة هنا؛ لرفقته صاحب قدر فخصّ ذوو الهيئة هنا بهذا الحكم عن غيرهم<sup>1</sup>. قال الصاوي محشيا على قول الشيخ الدردير: "(إِلَّا بِإِذْنٍ مِنْ رَبِّ الطَّعَامِ) أَيِّ فِي الدُّخُولِ، وَالْأَكْلِ ... وَحَلُّ حُرْمَةِ بَحْيِهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ مَا لَمْ يَكُنْ تَابِعًا لِذِي قَدَرٍ مَعْرُوفٍ بِعَدَمِ بَحْيِهِ وَحَدَهُ، فَالظَّاهِرُ الْجَوَازُ"<sup>2</sup>. فجعل عدم حرمة المحيي مقيدا بشرطين هما: كون المرافق من ذوي الهيئات، ومعروف كونه لا يأتي وحده من غير رفقة.

ج- خصّ المالكية ذوي المروءة عن غيرهم عند ذكرهم لمسألة الإكراه في **باب الطلاق** يجعل الخوف من الصفع على القفا إكراها ولو لم يكثر<sup>3</sup>، جاء في الشرح الكبير: "(أو صفع) بكف في قفا (لذي مروءة) بفتح الميم في الأفصح وضمها (بملا) أي جماعة من الناس لا في خلوة ولا غير ذي مروءة أي إن قل فإن كثر فإكراه مطلقا"<sup>4</sup>، ففرق العلماء هنا بين صفع ذي الهيئة عن غيره، فذو الهيئة يكفي مجرد الصفع ولو كان خفيفا في تحقق الإكراه، أما غير ذي الهيئة فيجب أن يكون الصفع مؤلما أو كثيرا حتى يقع الإكراه. د- كما أنّهم عدوا لذوي الأقدار الخوف من السجن أو القيد إكراها في **الطلاق**، ولو لم يطل السجن أو القيد<sup>5</sup>، جاء في حاشية الصاوي: "(أو سجن أو قيد) أي: ولو لم يطل كل منهما وهذا إذا كان المكروه من ذوي القدر، وأمّا إن كان من رعا الناس<sup>6</sup> فلا يعد الخوف إكراها إلا إذا هدد بطول الإقامة في السجن أو القيد .... وإلا فلا يكونان إكراها إلا لذوي المروءات"<sup>7</sup>. فالخوف من السجن أو القيد يعتبر إكراها مطلقا عند أهل الأقدار سواء مع وجود طول المكث أم لا، بخلاف عوام الناس فلا إكراه إلا بخوف طول مدة السجن أو القيد.

<sup>1</sup> - ينظر: شرح الزرقاني 95/4.

<sup>2</sup> - بلغة السالك 502/2.

<sup>3</sup> - ينظر: الشامل في فقه الإمام مالك، لبهرام الدميري، تح/أحمد نجيب، مركز نجيبويه، ط/1، 1429م-2008م. 403/1.

<sup>4</sup> - حاشية الدسوقي 367/2.

<sup>5</sup> - ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي مع حاشية العدوي، لمحمد بن عبد الله الخرشي، دار الفكر للطباعة - بيروت. 34/4.

<sup>6</sup> - رعا الناس أحداثهم وسقاطهم وسفلتهم. ينظر: لسان العرب 128/8، مادة: (ر ع ع).

<sup>7</sup> - بلغة السالك 546/2.

## المطلب الثاني

### الأحكام الخاصة بذوي الهيئات في أبواب المعاملات والقضاء.

#### أولاً: الأحكام الخاصة بذوي الهيئات في أبواب المعاملات

وبعد الكلام عن الأحكام التي اختص بها ذوو الهيئات في الأحوال الشخصية ينتقل بنا الحديث إلى كتاب المعاملات فقد ذكر المالكية عدة مسائل تشتمل على أحكام تخص ذوي الهيئات والتي سيتناول هذا المطلب أهمها وهي كالآتي:

أ- في باب الوكالة ألزم المالكية الوكيل بالقيام بالعمل الموكل به بنفسه، فلا بد أن يباشره بنفسه ولا يوكل به آخر إلا بإذن الموكل، واستثنوا من ذلك ذوي الهيئة إذا وكلوا على عمل لا يليق بهم مباشرته، فجوزوا لهم التوكيل وإن لم يستأذنوا، بناء على أنه لما كان معروفاً بذلك كان كالمشروط في عقد الوكالة<sup>1</sup>، فصح له التوكيل<sup>2</sup>، قال الخرشي: "يعني أن الوكيل لا يجوز له أن يوكل غيره مستقلاً على ما وكل فيه بغير رضا موكله إلا أن يوكله على بيع شيء لا يليق به كبيع دابة في السوق ونحو ذلك، وهو شريف النفس صاحب جلالة بين الناس لا يناسبه أن يتولى ذلك بنفسه"<sup>3</sup>.

وجاء فيالشرح الصغير: "إلا أن لا يليق به: أي بالوكيل تولى ما وكل عليه بأن يكون من ذوي الهيئات ووكّل على مستخفّر فيجوز توكيله.... ومحلّ جواز التوكيل فيما إذا كان الوكيل ذو وجهة لا يليق به البئع أو الشراء لما وكل فيه إن علم الموكّل بذلك وكان الوكيل مشهوراً بذلك"<sup>4</sup>. فخص ذو الهيئة والمكانة عن غيره في هذا الحكم والعلة في التخصيص هنا واضحة كما يفهم من كلام الشيخ الدردير، وهي كون هذا العمل لا يليق به، ويحط من قدره وهو مخالف لما يعرف به من كونه ذا قدر ومكانة.

ب- وفي باب التعدي جعلوا التعدي على الدابة بقطع ذنبها موجبا للأرش<sup>5</sup> إلا إذا كانت الدابة لذي هيئة بحيث يفوت المقصود منها بذلك التعدي، أي تصبح الدابة بعد التعدي غير صالحة لركوب ذوي

<sup>1</sup> - هذه قاعدة فقهية يذكرها العلماء ليضبطوا بها كثيراً من المسائل الفرعية، وتستعمل بألفاظ كثيرة، أهمها قولهم: المعروف عرفاً كالمشروط شرعاً. ينظر: الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، لزين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، حاشية وتخريج/ زكريا عميرات، ط/1، 1419هـ 1999م. 84، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، لمحمد الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط/1، 1427هـ 2006م. 461/1.

<sup>2</sup> - ينظر: مواهب الجليل 202/5، وبلغة السالك 513/3.

<sup>3</sup> - شرح الخرشي. 78/6.

<sup>4</sup> - بلغة السالك 513/3.

<sup>5</sup> - الأرش: قيمة ما ينقصه العيب من ثمن المعيب. ينظر: شرح التلقين لمحمد بن علي لمازري، تح/ محمد السلامي، دار الغرب الإسلامي، ط/1، 617/2، وعقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لعبد الله بن نجم بن شاس، تح/ حميد لحر، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط/1، 1423هـ 2003م. 710/2.

الهيئات، فأوجبوا لذلك القيمة لا الأرض<sup>1</sup>. قال الشيخ الدردير فيما يوجب القيمة: "(كَقَطْعِ ذَنْبٍ دَابَّةٍ ذِي هَيْئَةٍ): أَيْ حِشْمَةٍ وَوَقَارٍ كَأَمِيرٍ وَقَاضٍ.... فَقَطْعُ ذَنْبِهَا مُفِيتٌ لِلْمَقْصُودِ مِنْهَا؛ إِذْ بَعْدَ قَطْعِهِ لَا يَرْكَبُهَا ذُو هَيْئَةٍ: بِخِلَافِ قَطْعِ ذَنْبٍ غَيْرِهَا مِمَّا لَا يَرْكَبُهَا ذُو هَيْئَةٍ"<sup>2</sup>.

ج- وفي باب اللقطة أوجبوا ضمان اللقطة فيمن يستأجر شخصا للتعريف بها، إلا إذا كان المستأجر - بكسر الجيم- من أصحاب الهيئات الذين لا يليق بهم التعريف، فإن كان المستأجر ذا هيئة فلا يضمن<sup>3</sup>، جاء في الشرح الصغير: "(أَوْ) يُعَرِّفُهَا غَيْرُهُ (بِأَجْرَةٍ مِنْهَا، إِنْ لَمْ يَلْقَ) التَّعْرِيفُ (بِمَثَلِهِ) لِكَوْنِهِ مِنْ أُولَى الْهَيْئَاتِ؛ وَإِلَّا ضَمِنَ"<sup>4</sup>، ومثال ذلك: أن يجد قاض لقطة فيعطي جزءا منها لمن يعرف بها فإذا جاء صاحبها لا يضمن القاضي ذلك الجزء التي نقص من اللقطة كأجرة لمن اكتري ليعرف بها؛ لأن الأصل في ذوي الهيئات كالقضاة عدم التعريف لما فيه من حط الأقدار.

د- وفي باب الخيار أوجبوا على من اشترى دابة ووجد عيبا بها، وهو حاضر أي غير مسافر ألا يركبها، بل الواجب النزول عنها إلا إذا كان الرجل من ذوي الهيئة الذين يشقّ عليهم قود الدابة، فله ركوبها ولا يعد الركوب رضا بالعيب<sup>5</sup>، قال صاحب التوضيح: "قوله: (ما لم يتعذر قودها) معناه: سواء كان تعذر القود من جهتها أو من جهة المشتري؛ لأنّ المشتري إذا كان من ذوي الهيئات يتعذر عليه قودها"<sup>6</sup>.

#### ثانيا: الأحكام الخاصة بذوي الهيئات في القضاء.

وبعد الحديث عن خصائص ذوي الهيئات في المعاملات ينتقل الكلام لأهم الأحكام التي دوّنها المالكية بخصوص ذوي الهيئات في القضاء والحدود، فميزتهم عن سائر الناس، ومن أهم تلك الأحكام:

أ- أما ذكره المالكية في باب القضاء أن القاضي وصاحب الجاه يحرم عليه أخذ الهدية سواء كان المهدي يتقاضى عنده أو كان من عامة الناس ولا تهادي بينهم قبل أن يتولى المهدي إليه القضاء<sup>7</sup>. قال الشيخ الدردير: "(و) حرم عليه (قبول هدية): من أحد من الناس، إلا أن يكون

<sup>1</sup> - ينظر: التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة، للقاضي عياض اليحصبي، تح/ محمد الوثيق وعبد النعيم حميتي، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط/1، 1432هـ/2011. 1778/3، وجواهر الدرر 281/6.

<sup>2</sup> - بلغة السالك 610/3.

<sup>3</sup> - ينظر: الذخيرة، لأحمد بن إدريس القرافي، دار الغرب الإسلامي، ط/1، 1994م. 111/9.

<sup>4</sup> - بلغة السالك 300/2.

<sup>5</sup> - ينظر: حاشية الدسوقي 122/3.

<sup>6</sup> - "التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب"، لخليل بن إسحاق الجندي، تح/ أحمد نجيب، مركز نجيويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط/1، 1429هـ/2008م. 462/5.

<sup>7</sup> - ينظر: الشامل 838/2.



من يهاديه قبل توليته القضاء لقراءة أو صحبة أو صلة". وعقب عليه الصاوي قائلا: "مِثْلُهُ كُلُّ صَاحِبِ جَاهٍ"<sup>1</sup>.

ب- كما خصّ المالكية في **الشهادات** نساء السادة والملوك التي عادتْهم عدم الخروج بأن يرسل القاضي لمن من يحلفهن ويسمع يمينهن، ولا يخرجن من البيوت إلى مكان اليمين لما لمن من وجاهة ومكانة<sup>2</sup>، قال في الشرح الصغير: "(إلا التي لا تخرج): أي شأنها عدم الخروج أصلا؛ كنساء الملوك فلا تخرج للتغليظ، ولتحلف ببيتها، بأن يرسل لها القاضي من يحلفها بحضرة الشهود"<sup>3</sup>.

ج- وقد نقل أيضا في **باب القذف** أن من سبّ أهل الشرف والفضل والهيئة تغلظ عقوبته من القاضي أكثر ممن سبّ عوام الناس<sup>4</sup>. قال في النوادر والزيادات: "من قال لرجل: يا كلب، فذلك يختلف، فإن قيل: ذلك لابن الشرف في الدين والإسلام والفضل والهيئة، فليس العقوبة فيه كالعقوبة إن قال ذلك لدي<sup>5</sup>". فقد خصّ أهل الهيئة هنا بأن تغلظ العقوبة على قاذفهم، والمتعدي عليهم بخلاف غيرهم ممن لم يوصفوا بالقدر والفضل.

<sup>1</sup> - بلغة السالك 192/4.

<sup>2</sup> - ينظر: الذخيرة 69/11، وشرح الخرشي 238/7.

<sup>3</sup> - بلغة السالك 315/4.

<sup>4</sup> - ينظر: البيان والتحصيل 301/16، المختصر الفقهي 289/10.

<sup>5</sup> - "النوادر والزيادات 378/14.

### الخاتمة

وفي ختام هذا البحث المتواضع يمكن أن يصل القارئ لإجابات على تلك التساؤلات التي قد تمّ طرحها في مقدمة هذا البحث عندما تطرقت للإشكاليات المطروحة التي يحاول البحث الردّ عليها وتوضيحها، ويمكن حصر أهم هذه النتائج في الآتي:

- أن مفهوم ذوي الهيئات وإن اختلفت تعريفاته إلا أنّه يصب في معنى واحد.
- لذوي الهيئات اطلاقات كثيرة، لها نفس المعنى، مع اختلاف اللفظ.
- قد وردت نصوص في الشريعة الإسلامية التي توضح مفهوم ذوي الهيئات، وتبين أحكامهم الخاصة.
- قد اشترط العلماء شروطاً في أهل الهيئة حتى لا تقع العقوبة عليهم، وليس الأمر على إطلاقه.
- قد تعرض علماء المالكية في كتبهم لأحكام ذوي الهيئات، وقد نقلت الكثير من نصوص المذهب في هذا الأمر.
- كما يتضح جلياً أن أحكام هذه الطبقة لا تختص بباب معين من أبواب الفقه بل تطال كلّ أبوابه من عبادات ومعاملات وحدود وغيرها.

وبهذه النتائج نصل إلى ختام هذا البحث المتواضع، والذي حاول الباحث فيه التطرق لهذا الموضوع الفقهي، ومعالجة بعض التساؤلات الواردة فيه، ليكون درجة من درجات سلم هذا الجانب الفقهي، وعسى أنيتكئ عليه غيره من البحوث للوصول إلى نتائج وجوانب أخرى تثري هذا الموضوع، فما كان فيه من تقصير فهو مني، وما كان من توفيق فهو من الله عز وجل، وفي ختام هذا البحث أحب أن أشكر كلّ من أعانني فيه، كما أترحم على أرواح علمائنا ومشايخنا الذين أوصلوا لنا هذا التراث الفقهي الكبير، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

## المصادر والمراجع

- 1- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.
- 2- الاستذكار، لأبي عمر يوسف ابن عبد البر، تح/ سالم عطا، محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/1، 1421هـ 2000م.
- 3- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، لزين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، حاشية وتخرّيج/ زكريا عميرات، ط/1، 1419هـ 1999م.
- 4- إكمال المعلم بفوائد مسلم، للقاضي عياض اليحصي، تح/ يحيى إسماعيل، دار الوفاء، مصر ط/1، 1419هـ 1998م.
- 5- الأم" محمد ابن إدريس الشافعي، دار المعرفة بيروت، 1410هـ 1990.
- 6- بلغة السالك لأقرب المسالك، لأحمد بن محمد بن الصاوي، دار المعارف.
- 7- البهجة شرح التحفة لأبي الحسن علي التسولي، دار الكتب العلمية، لبنان بيروت ط/1، 1418هـ 1998م.
- 8- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، لأبي الوليد محمد بن رشد، تح/ محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، ط/2، 1408هـ 1988م.
- 9- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لإبراهيم ابن فرحون، مكتبة الكليات الأزهرية، ط/1، 1406هـ 1986م.
- 10- التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة، للقاضي عياض اليحصي، تح/ محمد الوثيق وعبد النعيم حميتي، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط/1، 1432هـ 2011.
- 11- التنوير شرح الجامع الصغير، لمحمد الصنعاني، تح/ محمد إسحاق، مكتبة دار السلام الرياض، ط/1، 1432هـ 2011م.
- 12- التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، لخليل بن إسحاق الجندي، تح/ أحمد نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخمة التراث، ط/1، 1429هـ 2008م.
- 13- الجامع لمسائل المدونة، لأبي بكر محمد بن يونس التميمي، معهد البحوث العلمية جامعة أم القرى، دار الفكر للطباعة والنشر، ط/1، 1434هـ -2013م.
- 14- جواهر الدرر في حل ألفاظ المختصر" لأبي عبد الله محمد التتائي، تح/ نوري المسلاقي، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، ط/1، 1435هـ 2014م.
- 15- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير دار الفكر بدون تاريخ الطبع.
- 16- الذخيرة، لأحمد بن إدريس القرافي، دار الغرب الإسلامي، ط/1، 1994م.

- 17- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم، لشهاب الدين محمود الالوسي، تح/ علي عبد الباري، دار الكتب العلمية، بيروت ط/1، 1415هـ.
- 18- سنن أبي داود، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد.
- 19- الشامل في فقه الإمام مالك، لبهرام الدميري، تح/ أحمد نجيب، مركز نجيبويه، ط/1، 1429م 2008م.
- 20- شرح التلقين لمحمد بن علي المازري، تح/ محمد السلامي، دار الغرب الإسلامي، ط/1.
- 21- شرح الزرقاني على الموطأ، لمحمد الزرقاني، تح/ طه عبد الرؤف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط/1، 1424هـ 2003م.
- 22- شرح الزرقاني على مختصر خليل " لعبد الباقي بن يوسف الزرقاني، ضبطه: عبد السلام أمين، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط/1، 1422هـ 2002م.
- 23- شرح مختصر خليل للخرشي مع حاشية العدوي، لمحمد بن عبد الله الخرشي، دار الفكر للطباعة - بيروت.
- 24- شرح مشكل الآثار، لأبي جعفر أحمد الطحاوي، تح/ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط/1، 1415هـ 1994م.
- 25- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، لإسماعيل الجوهري، تح/ أحمد عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط/4، 1407هـ، 1987م.
- 26- صحيح مسلم، دار الجبل، بيروت، الطبعة التركية، سنة 1334هـ.
- 27- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لعبد الله بن نجم بن شاس، تح/ حميد لحر، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط/1، 1423هـ 2003م.
- 28- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لأحمد النفراوي، دار الفكر، 1415هـ 1995م.
- 29- فيض القدير شرح الجامع الصغير، لمحمد المناوي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط/1، 1415هـ 1994م.
- 30- القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، لمحمد الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط/1، 1427هـ 2006م.
- 31- كتاب العين للخليل بن أحمد الفراهيدي، تح/ مهدي المخزومي، وإبراهيم السامرائي، دار مكتبة الهلال.
- 32- لسان العرب لمحمد ابن منظور، دار صادر، بيروت، ط/1.

- 33- المحكم المحيط لعللي ابن سيده، تح/ عبد الحميد هندأوي، دار الكتب العلمية بيروت ط/1، 1421هـ، 2000م.
- 34- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير"، أحمد الفيومي، المكتبة العلمية، بيروت.
- 35- المنهاج شرح صحيح مسلم، لمحي الدين النووي، دار 'حياء تراث العرب، بيروت، ط/2، 1392م.
- 36- النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، لأبي محمد عبد الله ابن أبي زيد القيرواني، تح/ محمد حججي، دار الغرب الإسلامي، بيروت ط/1 1999م.



التنفيذ على المحل التجاري المرهون وفقاً للتشريع الليبي  
د. أحمد يوسف بن عمران ؛ أ. عاشور إبراهيم ديهوم  
قسم القانون ، كلية الشريعة والقانون - الجامعة الأسمرية

## مُتَكَلِّمًا

الحمد لله الذي أعلى معالم العلم وأعلامه، وأظهر شعائر الشرع وأحكامه، وبعث رُسلًا وأنبياءً صلوات الله عليهم أجمعين

أما بعد: فيقول الله تعالى: "وإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ"<sup>(1)</sup>، بهذا فالرهن من الأفعال المحمودة بل والمشروعة، ففيه إمهال المعدم والفقير، ومحلّه مال يوضع عند صاحب الدين حتى إذا تأخر الرّاهن عن السّداد يُباع الشيء محل الرهن ويستوفى منه الدين، فهو تعاونٌ على البر والتقوى.

والحل التجاري يُعد من أهم أعمدة النشاط الاقتصادي كونه يتعلق بالحياة البشرية، إلا أنه وفي بعض الأحيان قد يحتاج التاجر وكذلك أصحاب المؤسسات والشركات إلى رأس مالٍ لممارسة مشروع أو نشاط تجاري أو التوسع في هذا النشاط فيتم اللجوء إلى رهن المحل التجاري، كما أنه وفي كثير من الأحيان حتى تتحقق التنمية والازدهار لا بُدّ من اللجوء إلى ممولين لديهم القدرة المالية على الإقراض وذلك مقابل رهن يقدم لهم كضمان لوفاء القيمة، فالتسليف التجاري كان ولا زال من أقوى الدعامات التي يركز عليها رُقى التجارة، إذ به يمكن لأصحاب المشروعات التجارية والصناعية بلوغ نشاطهم التجاري والصناعي أقصى حد مستطاع حتى تُواكب تجارتهم دائماً مقتضى التقدم العلمي والفني.

ولما كان الائتمان التجاري يعتمد على الثقة في مركز المدين وأمانته، وبالتالي فهو ائتمان شخصي غير أنه لم يعد كافٍ لحماية حقوق الدائنين من تقلبات السوق المستقبلية، لا سيما إذا كان هؤلاء الدائنون مؤسسات ائتمانية كالبنوك مثلاً التي تُقدم ائتماناً للجمهور.

والمرجع اللبّي اهتم بالمحلات التجارية اهتماماً بالغاً فبين كيفية افتتاحها وممارستها لأنشطتها، ونظم آلية البيع والشراء فيها، وعمل على توفير الائتمان التجاري حتى تتمكن المحلات التجارية من ممارسة أنشطتها، كما نظم المشرع أيضاً عملية رهن هذه المحلات وذلك وفقاً للقانون رقم 23 لسنة 2010م والخاص بالنشاط التجاري، إلا أن هذا التنظيم لم يكن كافياً، لذلك يتم اللجوء إلى القواعد العامة فيما لم يرد فيه نص في القانون المذكور، بينما حظي رهن المحلات التجارية باهتمام كبير من بعض التشريعات المقارنة، ومنها على الأخص التشريع المصري حيث أورد نصوصاً خاصة برهن المحلات التجارية. فإذا قام التاجر برهن المحل التجاري فإنه تلقائياً يجب عليه الوفاء بالدين المضمون بالرهن في ميعاد الاستحقاق حتى لا يتعرض للتنفيذ الجبري بواسطة السلطة العامة، فمتى حلّ الميعاد ولم يقم المدين الراهن بالوفاء بالدين المضمون بالرهن باختياره فسوف يتم التنفيذ عليه بالقوة الجبرية حتى يستوفي الدائن المرتهن حقه.

<sup>1</sup> - سورة البقرة، الآية رقم 283.

وحيث إن التنفيذ على المحل التجاري المرهون له أحكام خاصة في التشريع الليبي من حيث إجراءاته وسلطة القاضي في ذلك وما قد يترتب عليه من آثار تتمثل في كيفية توزيع حصيلة المبيع على الدائنين المرتهنين والدائنين العاديين، فإنه وجب علينا دراسة هذا الموضوع لتوضيح وإزالة ما به من غموض ورواج، لذا كان عنوان بحثنا موسومًا بـ: "التنفيذ على المحل التجاري المرهون وفقًا للتشريع الليبي".

**أهمية الدراسة:**

لعل ما سبق ذكره هو ما أثار عندنا أهمية البحث في هذا الموضوع، فالتنفيذ على المحل التجاري المرهون من الأهمية بمكان في أوساط النشاط التجاري والإقتصادي وهو لم يحظى بدراسة كافية في شروح القانون الليبي نظرًا لصعوبة الموضوع، ولما كثر النشاط التجاري وامتد إلى كثير من التجار الذي احترفوا التجارة واحتاجوا في سبيل ممارسة النشاط التجاري رأس مال يستطيعون التحرك به في مجالات التجارة الواسعة فيدفعهم ذلك إلى رهن محلاتهم التجارية وما قد يحدث عن ذلك من إشكالات، وجب علينا أن نقدم هذه الدراسة حتى تكون عونًا لأطراف العلاقة وغيرهم ممن يمارس التجارة، وكذلك راجين أن ينتفع بها طلاب العلم والباحثون.

#### إشكالية الدراسة:

إن إشكالية الدراسة تكمن في تحديد ورسم الإطار القانوني لكيفية التنفيذ على المحل التجاري المرهون وفقًا لأحكام التشريع الليبي، وكذلك تحديد مفهوم التنفيذ وأنواعه، وذلك من خلال بيان الأولوية في استيفاء الديون في حال وجود تراحم بين الدائنين، وتحديد السلطة المختصة بعملية التنفيذ حتى لا تضيق الحقوق أو يتم اقتضاؤها بالذات.

#### أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى توضيح الإشكالية وذلك على مستوى الواقع العملي والقانوني من خلال الإجابة على عدّة تساؤلات تتمثل في الآتي:

- 1- ما المقصود بالمحل التجاري، وما مدى صلاحيته للرهن؟
- 2- ما أنواع التنفيذ عن المحل التجاري المرهون، وما مدى مشروعيته؟
- 3- كيف يتم التنفيذ على المحل التجاري المرهون، وما الإجراءات المتبعة في ذلك؟
- 4- إجراءات التنفيذ على المحل التجاري المرهون هل تختلف إن كان له فروع خارج ليبيا؟
- 5- في حال تراحم الدائنين على حصيلة بيع المحل التجاري المرهون، كيف يتم دفع هذا التراحم؟
- 6- هل شرط التملك للمحل التجاري المرهون مشروع في حال لم يتم سداد قيمة الدين؟



**منهجية الدراسة:**

غاية الباحث في أي مجال هي الوصول إلى الحقيقة والبيان، ولا يتسنى له ذلك دون إعمال العقل وفق أصول علمية ومنهج مُعتمد، لذا فإننا في دراسة هذا البحث سنعتمد على المنهج التحليلي كأساس لازم لدراستنا، مع الإشارة والتوضيح في بعض الأحيان لإبراز الفارق بين نصوص القانون الليبي والقانون المصري وذلك حتي يمكن الاستفادة من هذه المقارنة لسد الفراغ التشريعي إن وجد وتداركه.

وبناءً على ما تقدم ذكره فإن خطة البحث ستكون على النحو الآتي:

**المبحث الأول : مفهوم التنفيذ على المحل التجاري المرهون.**

المطلب الأول : ماهية التنفيذ على المحل التجاري المرهون.

المطلب الثاني : أنواع التنفيذ على المحل التجاري المرهون.

**المبحث الثاني : النظام القانوني للتنفيذ على المحل التجاري المرهون.**

المطلب الأول : أحكام التنفيذ على المحل التجاري المرهون.

المطلب الثاني : آثار التنفيذ على المحل التجاري المرهون.

**المبحث الأول****مفهوم التنفيذ على المحل التجاري المرهون**

الأصل في تنفيذ الالتزامات والعقود أن يقوم المدين بتنفيذها طواعيةً، أي بإرادته واختياره وذلك وفقاً لمبدأ حسن النية المأخوذ به في تنفيذ الالتزامات والعقود<sup>(1)</sup>، ولكن قد يصدق في غالب الأحوال ألا يتم هذا الأمر وفقاً لما ذكرنا أعلاه، فلا يقوم المدين بالوفاء، أو قد يقوم به منقوصاً أي على نحو معيب لا يتفق مع ما هو ثابت في السند التنفيذي أو في المصدر المنشئ للدين أو الالتزام، الأمر الذي بدوره قد يرفضه الدائن، وفي هذه الحالات يجب على السلطة العامة أن تتدخل لتنفيذ الالتزام جبرياً رغماً عن إرادة المدين، فهذه الالتزامات مشمولة بالحماية القانونية.

ومع كل ذلك فإن الدائن العادي، والدائن المرتهن أيضاً لا يصح له أن يقوم بالتنفيذ جبراً عن المدين بنفسه، ولكن يصح هذا التنفيذ عن طريق السلطة التنفيذية بناءً على سند تنفيذي قابل للتنفيذ.

ومما سبق وجب علينا بيان ماهية التنفيذ على المحل التجاري المرهون وأنواعه وذلك في فرعين

متتاليين على النحو التالي:

**المطلب الأول : ماهية التنفيذ على المحل التجاري المرهون.****المطلب الثاني : أنواع التنفيذ على المحل التجاري المرهون.**

<sup>1</sup> - محسن عبد الحميد البيه، مدخل القانون المدني المقارن، دار النهضة العربية، 2013، ص 320 وما بعدها ؛ ثروت عبد الحميد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص 68 وما بعدها.

## المطلب الأول

### ماهية التنفيذ على المحل التجاري المرهون

من الوهلة الأولى قد يتبادر إلى ذهن العامة أن المقصود بالمحل التجاري هو المكان الذي يباشر فيه التاجر نشاطه التجاري، وذلك بما فيه من الأدوات والمهمات التي تستخدم في استغلال التجارة والسلع التي يتعامل فيها مع العملاء<sup>(2)</sup>، إلا أن هذه النظرة كانت مع بداية ظهور فكرة المحل التجاري، حيث كان التاجر يباشر نشاطه التجاري من خلال محل، ولكنها اليوم أصبحت قاصرة ولا تتفق مع النظرة الحديثة للمحل التجاري<sup>(1)</sup>، فمفهوم المحل التجاري اليوم ينصرف إلى كل الأموال التي يستخدمها التاجر في تجارته، وهذه الأموال إما أن تكون مادية مثل البضائع والسلع، وإما أن تكون معنوية مثل الاسم التجاري، وبراءات الاختراع، وغيرها، وهذا ما أكدته المادة (468) من القانون التجاري الليبي رقم 23 لسنة 2010م بقولها: "هو مجموعة من الأموال التي ينظمها التاجر لمزاولة نشاطه التجاري والحقوق المتصلة بها لكسب الزبائن، ويشمل مجموعة عناصر مادية وغير مادية، ومنها على الأخص الاسم، والشعار، والعلامة، وحق الإيجار، والإجازات، والرسوم، والنماذج، والأثاث، والآلات الصناعية، والبضائع"<sup>(2)</sup>، ومع ذلك هل يجوز رهن هذه الأموال، والتنفيذ عليها أيضاً؟

للإجابة فإننا سنقوم بتقسيم هذا المطلب لفرعين اثنين:

**الفرع الأول: مدى صلاحية المحل التجاري للرهن.**

**الفرع الثاني: المقصود بالتنفيذ على المحل التجاري المرهون.**

### الفرع الأول

#### مدى صلاحية المحل التجاري للرهن

نظم المشرع الليبي رهن المحل التجاري في المواد (476-481) من القانون التجاري رقم 23 لسنة 2010م، وقد بين جواز رهن المحل التجاري وكذلك الآثار المترتبة على هذا الرهن باعتباره مجموع مال ووسيلة للائتمان، ولتيسير الأمور المتعلقة بالنشاط الاقتصادي داخل المجتمع الليبي، حيث نصت المادة (476) على أنه: "لا يتم رهن المحل التجاري إلا بورقة رسمية. وإذا لم يحدد على وجه الدقة ما يتناوله الرهن، اعتبر أنه يشمل الاسم والشعار التجاريين، وحق الإيجار، والعلامة التجارية. ويجب أن يشمل عقد الرهن على تصريح من المدين الراهن عما إذا كان هناك امتياز للبائع على المحل التجاري أو على

<sup>2</sup> - إبراهيم أنيس؛ عبدالحليم منتصر وآخرون، المعجم الوسيط، ج2، أشرف على هذه الطبعة حسن عطيه ومحمد شوقي أمين، بدون سنة نشر، ص 856.

<sup>1</sup> - محمد الجيلاني البدوي الأزهرى، قانون النشاط الاقتصادي، الوحدة العربية بالزاوية، 2009، ص 259 وما بعدها.

<sup>2</sup> - القانون الليبي رقم 23 لسنة 2010 بشأن النشاط التجاري، الصادر في 28 / 1 / 2010م، مطبعة العدل.

بعض عناصره، وأن يشتمل كذلك على اسم شركة التأمين التي أمنت المحل التجاري ضد الحريق وغيره من الأخطار إن وجد"، ومع ذلك فإنه تُطبق الأحكام العامة المتعلقة بالرهن عمومًا والواردة في القانون المدني الليبي فيما لم يرد بشأنه نص في القانون التجاري.

ولما كان المحل التجاري من الأموال المنقولة غير أنه في حال رهنه لا تنتقل حيازته إلى الدائن المرتهن<sup>(1)</sup>، والحكمة من ذلك هي تيسير الائتمان التجاري لأن انتقال الحيازة يحرم المدين الراهن من استغلال عنصر من عناصر الإنتاج الهامة بالنسبة له، فالمحل هو أساس نشاط التاجر، فلا يتصور أن يكون رهنه سببًا لحرمان التاجر من مزاولة نشاطه<sup>(2)</sup>.

وبالتالي فـ رهن المحل التجاري لا يدخل ضمن مبدأ الحيازة في المنقول سند الملكية والسبب في ذلك هو ما يتميز به رهن المحل التجاري من خصائص تميزه عن المنقول العادي<sup>(3)</sup>.

وحيث أن رهن المحل التجاري يتم دون انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن وتظل في يد الراهن مما قد يؤدي إلى نقص الضمانات بالنسبة للدائن المرتهن<sup>(4)</sup>، الأمر الذي قد يترتب عليه عدم حصوله على الدين محل الرهن، إلا أنه وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني فإن المشرع قد عدّد ضمانات تكفل للدائن المرتهن الحصول على حقه بغض النظر عن انتقال الحيازة إليه، ولعل أهم هذه الضمانات الضمان العام للدائنين والذي أكدت عليه المادة (237) من القانون المدني الليبي بقولها: "أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون"<sup>(5)</sup>، وقد أكدت ذلك أيضًا المادة (1060) من ذات القانون بقولها: "يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون، أو من المال الذي حل محل هذا العقار، بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجزوا القيد في يوم واحد"، فهذه ضمانات للدائن المرتهن للمحل التجاري ولو لم تنقل الحيازة إليه<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - أسامة على إبراهيم، رهن المحل التجاري، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2010، ص 59 وما بعدها.

<sup>2</sup> - سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 385.

<sup>3</sup> - أحمد سلامة، الرهن الطليق للمنقول، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ع2، ص10، عين شمس، 1968، ص 160 وما بعدها.

<sup>4</sup> - المحكمة العليا الليبية: الطعن رقم 316، لسنة 47 ق، جلسة 2004/10/20م، موسوعة الباحث.

<sup>5</sup> - القانون المدني الليبي الصادر في 28/ نوفمبر/ 1953م، إدارة القانون، 1988م.

<sup>6</sup> - كذلك ما نصت عليه المادة (260) من القانون المدني الليبي بقولها: "يسقط حق المدين في الأجل: 1- إذا شهر إفلاسه وفقاً لنصوص القانون.. 2- إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين، أما إذا كان أضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإدارة المدين فيه، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً.. 3- إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات".

## الفرع الثاني

### المقصود بالتنفيذ على المحل التجاري المرهون

يُقصد بالتنفيذ في عمومه اقتضاء الحقوق الثابتة في السندات التنفيذية<sup>(1)</sup> كالرهن مثلاً، أي اقتضاء الحقوق الثابتة في المصادر المنشئة لها، والأصل في ذلك يكون بتنفيذ المدين لالتزامه بإرادته واختياره وفقاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وإعطاء الحقوق، والغالب الأعم أن يكون التنفيذ اختياريًا بإرادة المدين وفي الموعد المحدد في السند التنفيذي وذلك حمايةً لسُمّته وتجنباً لعقوبات أو غرامات التأخير، وأيضاً استجابةً للشروط التي قد تقتن بال عقد أحياناً<sup>(2)</sup>.

ومع هذا قد لا تسير الأمور على النحو المطلوب من البساطة والتيسير، فأحياناً قد يتقاعس المدين الراهن ولا يوفي بالتزاماته، أو قد يقوم بتنفيذها تنفيذاً معيباً أو مُخالفاً لما نص عليه السند التنفيذي، ومن ثم تكون مصلحة الدائن مُهددة بالضياع وحقوقه معرضة للخطر والاندثار، فتكون الحاجة لتدخل السُلطة العامة مُلحّة لتنفيذ الالتزام، وذلك بالقوة الجبرية منعاً من انتشار الفساد ودرءاً لسفك الدماء.

ومن هنا فإن تدخل الدولة في تنفيذ الالتزام بالقوة الجبرية ضرورة، فالقضاء الخاص قد وليّ منذ عهود، ولم يعد بإمكان الدائن أن يحصل على حقه بيده كما كان سائداً في العصور القديمة والوسطى، فقيام الدولة ككيان سياسي وبسطها لسلطتها على إقليمها بحفظ الأمن وحماية الشعب هو من أولى أولوياتها وأهم مهامها ووظائفها<sup>(3)</sup>.

وبذلك مُنع الأفراد من اقتضاء حقوقهم بالذات، فإذا حلّ ميعاد الاستحقاق ولم يقيم المدين بالوفاء بما هو مطلوب منه وفق السند التنفيذي، قامت السلطة العامة والمتمثلة في سلطة التنفيذ القضائية - بتنفيذ الالتزام جبراً عن إرادته، ويكون ذلك عن طريق رفع الدعوى وهي الوسيلة التي أعطاهها المشرع للدائن ليحرك بها أجهزة الدولة، بُغية الحصول على حقه<sup>(4)</sup>.

فسلطة التنفيذ هي التي تتولى مهمة التنفيذ الجبري، وتمثل لدينا في قاضي الأمور المستعجلة أو الوقتية ومعاونيه - المحضرون - حيث يعمل المحضر تحت إشرافه وإمرته، وفي حال امتنع المحضر عن التنفيذ جاز لطالب التنفيذ أن يرفع أمره إلى رئيس المحكمة أو قاضي المحكمة الجزئية التابع لها المحضر،

<sup>1</sup> - السند التنفيذي: وثيقة تحتوي على حق موضوعي يحقق الوجود ومعين المقدار وحال الاداء ومذيل بالصيغة التنفيذية.

<sup>2</sup> - حلمي مجيد محمد، مذكرات في التنفيذ الجبري، الجامعة المفتوحة، 1997، ص 5 وما بعدها.

<sup>3</sup> - للمزيد راجع في ذلك الإعلان الدستوري الليبي، الصادر في 2011/8/3م، بنغازي، ليبيا.

<sup>4</sup> - اللجوء إلى القضاء يتم عن طريق الدعوى أو عن طريق العرائض. للمزيد انظر إلى: الكوني علي أعبوده، قانون علم القضاء، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، ليبيا، 2003، ص 9 وما بعدها.

ذلك يعني أن القاضي المختص بالنظر في منازعة التنفيذ وبالأشراف عليه ومراقبة سيره قد يكون قاضي المحكمة الابتدائية أو المحكمة الجزئية<sup>(1)</sup>.

ومن هنا فإن قاضي التنفيذ له الفصل في الإشكالات التي قد تنثور أثناء عملية التنفيذ، بوصفها منازعات تتعلق بالتنفيذ، فإذا كانت المنازعات موضوعية تتولى المحكمة التي أصدرت الحكم الفصل فيها، وإذا كانت المنازعات تتعلق بحكم وقتي يتولى الفصل فيه قاضي التنفيذ بوصفه قاضي الأمور الوقتية، كما يكون له الإشراف على الأجهزة المعاونة له من معاوني التنفيذ من المحضرين والكتبة ورجال الأمن أيضاً<sup>(2)</sup>.

وتستأنف أحكام قاضي التنفيذ في المنازعات الموضوعية إلى المحكمة الابتدائية إذا كانت قيمة النزاع في حدود نصاب المحكمة وإذا تجاوزت هذا النصاب يكون إلى محكمة الاستئناف، وتستأنف أحكامه في المنازعات الوقتية إلى المحكمة الابتدائية<sup>(3)</sup>.

## المطلب الثاني

### أنواع التنفيذ على المحل التجاري المرهون

قد يقوم المدين الرّاهن بتنفيذ التزامه ودفع الرهنية بمبادرة منه وهذا هو الأصل، وقد يقوم بذلك من ينوب عنه أو يقوم به شخص آخر له مصلحة في التنفيذ، وفي حال لم يعترض المدين على تنفيذ الغير لالتزامه أو لم يعترض الدائن على طريقة تنفيذ المدين لالتزامه أو تنفيذ الغير له ينتهي الأمر ولا يبقى هناك أي إشكال وهذا النوع من التنفيذ في حقيقته يُسمى الوفاء أو التنفيذ الطّوعي، وفي حال عدمه فلا مناص من التنفيذ جبراً على المدين.

ومما سبق فالنّفيذ على المحل التجاري المرهون له أنواع فقد يكون تنفيذاً مباشراً وقد يكون تنفيذاً غير مباشر، وقد يكون تنفيذاً جبرياً عادياً وقد يكون تنفيذاً جبرياً مُعجلاً وهو ما يُسمى في الأوساط القانونية والقضائية بالنّفاذ المُعجل.

ومن هنا فإننا سنقوم بدراسة هذا المطلب في فرعين على النحو التالي:

**الفرع الأول : التنفيذ الجبري المباشر والتنفيذ غير المباشر.**

**الفرع الثاني : التنفيذ الجبري العادي والتنفيذ الجبري المُعجل.**

<sup>1</sup> - راجع في ذلك المواد: " 7 ، 9 ، 370 ، 371 ، 398 ، 459 ، 489 ، ... " من قانون المرافعات الليبي ، الصادر في 28/ نوفمبر/ 1953م، إدارة القانون، 1988م.

<sup>2</sup> - حلمي مجيد محمد، مذكرات في التنفيذ الجبري، مرجع سابق، ص 76 وما بعدها.

<sup>3</sup> - انظر: في ذات المعنى: الكوني علي أعبوده، قانون علم القضاء، مرجع سابق، ص 420 وما بعدها .

## الفرع الأول

### التنفيذ الجبري المباشر والتنفيذ غير المباشر

التنفيذ الجبري المباشر على المحل التجاري المرهون هو ما يطلق عليه التنفيذ العيني أي تنفيذ عين ما إتفق عليه الأطراف في السند التنفيذي<sup>(1)</sup>، فإذا كان المطلوب تنفيذه وفقاً للسند التنفيذي تسليم مبلغ من المال، أو تسليم أرض، أو تسليم سيارة، أو تسليم بضاعة، أو نحو ذلك، فلا يكون التنفيذ مباشراً إلا بتسليم نفس المبلغ، أو الأرض، أو السيارة، أو البضاعة المنصوص عليها في السند التنفيذي، وعلى ذلك لا يكون التنفيذ عينياً أو مباشراً إلا بدفع الدين المضمون بالرهن ذاته<sup>(2)</sup>.

ويشترط ليكون التنفيذ عينياً أو مباشراً، أن يكون ممكناً وغير مستحيل، وألا يكون مُرهقاً للمدين<sup>(3)</sup>، فإذا كان التنفيذ العيني أو المباشر غير ممكن، أو مستحيل، يُنظر إلى الاستحالة فإذا كانت بسبب قهري خارج عن إرادة المدين كهلاك العين محل التنفيذ الجبري هلاكاً مادياً كلياً كقطعة أرض بجوار البحر فطغى عليها البحر وأصبحت قطعة الأرض جزءاً منه أو محل تجاري هُدم بفعل زلزال أو بُركان أو أي ظاهرة من الظواهر الطبيعية التي لا دخل للإنسان فيها، فهنا انتهى الالتزام ولا يلتزم المدين بشيء وذلك وفقاً للقاعدة العامة التي تقول لا التزام بمستحيل، فالاستحالة في هذه الحالة تكون استحالة مطلقة وليست نسبية<sup>(4)</sup>.

ولكن إذا كان الهلاك قانونياً كالتنفيذ الجبري على قطعة أرض وقد تم نزع ملكيتها للمنفعة العامة، فالالتزام في هذه الحالة لا ينتهي وينتقل التنفيذ العيني أو المباشر إلى مبلغ التعويض الذي يؤول للمدين وفقاً لمبدأ الحلول العيني، ويكون التنفيذ في هذه الحالة تنفيذاً غير مُباشر<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - علي مسعود محمد، الاجراءات العملية للتنفيذ طبقاً لقانون المرافعات الليبي، دار احمدودة، 2017، ص17 وما بعدها.

<sup>2</sup> - فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ط2، 1990، ص 6 وما بعدها.

<sup>3</sup> - حلمي مجيد محمد، مذكرات في التنفيذ الجبري، مرجع سابق، ص 12 وما بعدها.

<sup>4</sup> - فإذا كان الهلاك جزئياً كابتلاع البحر جزء من الأرض وليس الأرض كلها، فانه في هذه الحالة يتم التنفيذ الجبري عن طريق قاضي التنفيذ ومعاونيه على الجزء الباقي من الأرض على اعتبار أنه موجود ولم يهلك، أما التزام المدين بالجزء الذي ابتلعه البحر فإنه ينتهي إلا إذا قامت الدولة بتعويض المدين عن الجزء الذي ابتلعه البحر فينتقل التنفيذ الجبري على هذا التعويض ويكون التنفيذ في هذه الحالة تنفيذاً بمقابل أي ليس تنفيذاً عينياً أو مباشراً.

<sup>5</sup> - للمزيد انظر إلى: عبد الحميد عثمان محمد الحفني، النظرية العامة للالتزامات في التقنين المدني المصري، أحكام الالتزام، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص46 وما بعدها.

ويشترط كذلك حتي يكون التنفيذ الجبري على المحل التجاري المرهون تنفيذاً عينياً أو مباشراً ألا يكون التنفيذ مُرهقاً للمدين، أي أن الضرر الذي يصيب المدين من جراء التنفيذ العيني أو المباشر هو ضرر جسيم لا يتساوى البتة مع قيمة الالتزام المراد تنفيذه بالقوة الجبرية<sup>(1)</sup>.

كما أنه يُشترط في التنفيذ على المحل التجاري المرهون تنفيذاً عينياً ألا يكون في التنفيذ مساساً بحرية المدين، فلا يجوز إكراه المدين إكراهاً بدنياً على التنفيذ، لأن في ذلك مساساً بحريته وقد يُمثل ذلك اعتداءً على كرامته، وإذا تم ذلك يكون التنفيذ باطلاً، ويستثنى من ذلك ديون النفقات، إذ يجوز فيها إكراه المدين إكراهاً بدنياً حتي يقوم بتنفيذ الأحكام الصادرة في النفقات<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني

### التنفيذ الجبري العادي والتنفيذ الجبري المُعجل

يُقصد بالتنفيذ الجبري العادي هو التنفيذ بناءً على سند تنفيذي قابل للتنفيذ الجبري، ولا تقوم به إلا السلطة العامة، والتي تتمثل في سلطة التنفيذ، ولا يجوز التنفيذ إلا بناءً على سند تنفيذي قابل للتنفيذ الجبري ومذياً بالصيغة التنفيذية هذا كقاعدة عامة، فإذا كان السند التنفيذي غير قابل للتنفيذ الجبري، أو كان غير مُذياً بالصيغة التنفيذية، فإنه لا يصلح أن يكون سنداً تنفيذياً يتم بمقتضاه التنفيذ الجبري<sup>(3)</sup>.

أما النفاذ المُعجل أو ما يُعرف بالتنفيذ الجبري المُعجل فهو استثناء من القاعدة العامة في التنفيذ الجبري العادي<sup>(4)</sup>، إذ يمكن أن يكون النفاذ المُعجل، أو التنفيذ الجبري مُعجلاً بناءً على سند تنفيذي هذا بحسب الأصل غير قابل للتنفيذ، ولكن لحكمة معينة أعطاه المشرع قوة التنفيذ قبل أن يستوفي السند التنفيذي شروط تنفيذه، والنفاذ المُعجل أو التنفيذ الجبري المُعجل لا تقوم به إلا السلطة العامة مُتمثلة في قاضي التنفيذ ومعاونيه، إذ تنص المادة (378) من قانون المرافعات الليبي على أنه: " لا يجوز تنفيذ الأحكام جبراً ما دام الطعن فيها جائزاً حسب أحكام هذا القانون إلا إذا كان النفاذ المُعجل منصوباً عليه في القانون أو مأموراً به في الحكم، وإنما يجوز بمقتضاها اتخاذ الإجراءات التحفظية".

<sup>1</sup> - محمد علي البدوي الأزهرى، أحكام الالتزام، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، 2013، ص 10 وما بعدها.

<sup>2</sup> - فقد نصت المادة (233) من القانون المدني الليبي على أنه: " عند توزيع ثمن الشيء الذي بيع جبراً لا يكون الدائنون المقبولون في التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الأنصبة التي تقررت لهم في هذا التوزيع إلا إذا كان الراسي عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن، أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد في هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسي عليه المزاد أو خزانة المحكمة، وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء".

<sup>3</sup> - حلمي مجيد محمد، مذكرات في التنفيذ الجبري، مرجع سابق، ص 17 وما بعدها.

<sup>4</sup> - لم يعرف المشرع النفاذ المُعجل ولذلك اختلف الفقه في وضع تعريف له.



ومع ذلك فلا يجري التنفيذ الجبري إلا تحت اشراف القضاء، سواء كان التنفيذ الجبري تنفيذاً جبرياً عادياً، أو كان تنفيذاً جبرياً مُعجلاً، فالمشرع الليبي قد نص في المادة (391) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه: "يرفع ما يعرض في التنفيذ من إشكالات إلى القاضي المنتدب للأمر الوقفية إذا كان المطلوب إجراءً وقتياً. أما موضوع هذه الإشكالات فيرفع إلى المحكمة التي أصدرت الحكم فإذا كان التنفيذ بعقد رسمي رفع الموضوع إلى المحكمة المختصة بنظره".

ومع هذا فقد أكد المشرع المصري على أن اختصاصات قاضي التنفيذ تُخوله الفصل في جميع منازعاته يستوي في ذلك التنفيذ العادي أو التنفيذ المعجل، وذلك وفقاً لنص المادة (275) من قانون المرافعات المصري والتي تنص على أنه: "يختص قاضي التنفيذ دون غيره بالفصل في جميع منازعات التنفيذ الموضوعية والوقفية، أي كانت قيمتها، كما يختص بإصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ، ويفصل قاضي التنفيذ في منازعات التنفيذ الوقفية بوصفه قاضياً للأمر المستعجلة".

ومما سبق نجد أن النفاذ المعجل على خلاف الأصل إذ الأصل ألا يتم التنفيذ إلا بعد أن يكون السند التنفيذي أصبح قابلاً للتنفيذ الجبري فإذا كان سند التنفيذ حكماً قضائياً، فلا يمكن التنفيذ الجبري إلا بعد أن يُصبح هذا الحكم نهائياً وباتاً، أي بمعنى أنه استنفد جميع طرق الطعن العادية وإن كان لم يستنفد طرق الطعن غير العادية<sup>(1)</sup>، فقد تبدو للمحكوم له الحاجة الماسة للشيء المحكوم به فيُجيز المشرع أو القانون النفاذ المعجل في هذه الحالة<sup>(2)</sup>.

## المبحث الثاني

### النظام القانوني للتنفيذ على المحل التجاري المرهون

نعلم أن رهن المحل التجاري لا يستوجب نقل حيازته إلى الدائن المرتهن بل يبقى الرّاهن مُحْتَظاً بحق الحيازة وذلك لأجل الاستمرار في استغلال المحل تجارياً، وبالنظر إلى التشريعات عامة فقد اُكتفت بتسجيل الرّهن في سجل خاص بالمحال التجارية بدلاً من حيازته<sup>(3)</sup>.

ولما كان المحل التجاري هو الضمان الذي لولاه لما حصل المدين على مبلغ الائتمان، وخوفاً من أن يقوم الرّاهن بأعمال قد تؤدي إلى إنقاص ضمان الدائن المرتهن فقد حرصت التشريعات على فرض التزامات على الرّاهن بقصد حماية حقوق المرتهن، ومنها إلزام الرّاهن بحفظ الشيء المرهون وإبقائه في حالة

<sup>1</sup> - طرق الطعن العادية هي الاستئناف والتظلم، وطرق الطعن غير العادية هي الطعن بالنقض والتماس إعادة النظر.

<sup>2</sup> - فمثلاً الزوجة المطلقة، أو غير المطلقة في حاجة ملحة للنفقة وذلك تطلب من القاضي فرض نفقة مؤقتة حتي تبث المحكمة في النفقة الموضوعية ولذلك يكون الحكم بالنفقة المؤقتة مشولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون، حتي ولو لم تتطلب الزوجة أو طالب النفقة من القاضي أن يكون الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل.

<sup>3</sup> - سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، مرجع سابق، ص 385 وما بعدها.



جيدة حتى يستطيع الدائن الذي بيده السند التنفيذي، إجراء التنفيذ على المحل التجاري المرهون، كل ذلك يقع في سبيل إقامة التوازن بين مصالح الدائن المرتهن والمدين الرّاهن.

ومن هنا فإننا سنقوم بدراسة هذا المبحث في مطلبين متتاليين على النحو التالي:

**المطلب الأول : أحكام التنفيذ على المحل التجاري المرهون.**

**المطلب الثاني : آثار التنفيذ على المحل التجاري المرهون.**

### المطلب الأول

#### أحكام التنفيذ على المحل التجاري المرهون

الجدير بالذكر أن المشرع الليبي في نصوصه وضع أحكام معينة تتمثل في عدّة إجراءات للتنفيذ على المحل التجاري المرهون، ووضعه لهذه الإجراءات والتي تُعد بمثابة ضمانات، فإنه يُعتبر قد قام بحماية الدائن المرتهن حتى لا يضيع حقه، كما أنه أيضاً قدّم ذات الحماية للمدين الرّاهن في ذلك، بإتباع إجراءات التنفيذ التي نص عليها القانون، وهي أمر وجوبي لا خلاف فيه.

ولكن هل إجراءات التنفيذ على المحل التجاري المرهون تختلف عن إجراءات التنفيذ عن فروع؟ وهل يختلف الوضع إن كانت هذه الفروع داخل وخارج ليبيا؟

للإجابة فإننا سنقوم بدراسة هذا المطلب في فرعين وهما على النحو التالي:

**الفرع الأول : إجراءات التنفيذ على المحل التجاري المرهون.**

**الفرع الثاني : إجراءات التنفيذ على فروع المحل التجاري المرهون.**

#### الفرع الأول: إجراءات التنفيذ على المحل التجاري المرهون

تتمثل أهم إجراءات التنفيذ على المحل التجاري المرهون، بدايةً بتكليف الرّاهن أو الحائز للمحل بالوفاء، فإذا لم يتم الوفاء جاز للدائن المرتهن تقديم طلب على عريضة لقاضي الأمور المستعجلة طالباً فيها إيقاع البيع على المحل التجاري المرهون بالمزاد العلني والذي في حال وجوبه فلا بد أن يسبقه إعلان بالبيع، وستتناول هذه الإجراءات بشيء من التفصيل على النحو التالي:

**أولاً : تكليف الرّاهن أو الحائز للمحل بالوفاء.**

يجب أن يقوم الدائن المرتهن بتكليف مدينه أو الحائز للمحل التجاري بسداد قيمة الدين وذلك بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول وفقاً لما نصت عليه المادة (479) من القانون رقم 23 لسنة 2010م الخاص بالنشاط التجاري، والتي جاء فيها: " إذا لم يوف صاحب المحل التجاري بالثمن أو بباقيه للبائع، أو الدّين المضمون بالرهن في تاريخ استحقاقه للدائن المرتهن، جاز للبائع أو للدائن المرتهن بعد ثمانية أيام من تاريخ إخطار المدين والحائز للمحل التجاري بصورة رسمية أن يقدم عريضة لقاضي الأمور المستعجلة يطلب فيها الإذن بأن تباع بالمزاد العلني مقومات المحل التجاري المرهون كلها أو

بعضها. ويكون البيع في المكان واليوم والساعة وبالطريقة التي يعينها القاضي، ويتم الإعلان عن موعد البيع في صحيفتين وطنيتين مرتين متتاليتين قبل موعد البيع بعشرة أيام على الأقل"، ذات المضمون أيضاً لدى المشرع المصري<sup>(1)</sup>.

وعليه فإنه يتم التكليف بالوفاء للحائز بجانب المدين على عريضة إن كان المدين تصرف في المحل المرهون لشخص آخر هو الحائز، أما إذا لم يتصرف في المحل المرهون ولا زال المحل تحت يديه ففي هذه الحالة يكون التكليف قاصراً على المدين الرّاهن فقط، وبالتالي فإنه يجب إخطاره حتى يستطيع منع هذا التّنفيد إذا أراد، وذلك بدفع الدّين للدائن المرتهن<sup>(2)</sup>.

فمهلة الثمانية أيام التي أعطاهها المشرع ما هي إلا إعطاء المدين فترة معينة حتى يتدبر أمره ويتمكن من دفع الدّين، وذلك في حالة عدم قبوله استمرار إجراءات التّنفيد على المحل التجاري، وهذا التنبيه لا بُدّ وأن يتم بورقة من أوراق المحضرين، وإلا اعتبر كأن لم يكن<sup>(3)</sup>.

#### ثانياً : تقديم عريضة لقاضي الأمور المستعجلة.

بعد مرور ثمانية أيام على تاريخ التنبيه التي حددها المشرع الليبي يكون في هذه الحالة للدائن المرتهن التقدم بطلب على عريضة لقاضي الأمور المستعجلة في المحكمة التي يقع في نطاقها المحل التجاري المرهون، ويطلب فيه الحصول على إذن ببيع عناصر المحل التجاري المشمولة بالرهن<sup>(4)</sup>.

وعليه فإنه يجب أن يقتصر هذا الطلب على العناصر التي وقع عليها الرهن دون غيرها من العناصر التي لا تدخل في تكوين المحل التجاري، وهذه العناصر التي تكون المحل التجاري لا يجوز أن يقع التنفيذ عليها وبيعها إلا وفقاً للإجراءات الواردة في المادة (479) من القانون التجاري الليبي والسابق ذكرها. ومع هذا فإن للقاضي الحرية في تحديد مكان البيع وساعته والطريقة التي يتم بها، مع العلم بأن الأمر الصادر من القاضي يعتبر من قبيل الأوامر على العرائض، وذلك مع خضوعه لنظام خاص به سواء من حيث وجوب إعلان الأمر، أو من حيث التظلم منه وكيفيته، وللقاضي سلطة تقديرية في تحديد العناصر التي يمكن أن يأذن ببيعها، إذ أنه غير ملزم ببيع جميع العناصر الواردة في الطلب الكتابي.

<sup>1</sup> - فقد نص في القانون رقم 11 لسنة 1940 بشأن بيع ورهن المحلات التجارية في المادة 14 منه على أنه " عند عدم الوفاء بباقي الثمن أو بالدين في تاريخ استحقاق ولو كان بعقد عريي يجوز للبائع أو الدائن المرتهن بعد ثمانية أيام من تاريخ التنبيه على مدينه و الحائز للمحل التجاري بالوفاء تنبيهاً رسمياً أن يقدم عريضة لقاضي الأمور المستعجلة في المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها المحل بطلب الإذن بأن تباع بالمزاد العلني مقومات المحل التجاري كلها أو بعضها التي يتناولها امتياز البائع أو الرهن ".

<sup>2</sup> - المحكمة العليا الليبية: الطعن رقم 11، لسنة 24 ق، جلسة 1978/12/3م، موسوعة الباحث.

<sup>3</sup> - سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، مرجع سابق، ص 404 وما بعدها.

<sup>4</sup> - على حسن يونس، المحل التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1974، ص 259.

وبالتالي فإنه قد يرى القاضي أن بيع بعض العناصر يكون كافٍ للوفاء بالدين المطلوب، وعليه فإنه لا داعٍ للإذن ببيع جميع العناصر الواردة في هذا الطلب الذي تقدم به الدائن حتى وإن كان محلاً للرهن، أضف إلى ذلك أنه في بعض الأحيان يجوز للقاضي بيع جميع العناصر التي ينصب عليها الرهن مع العلم بأن قيمتها تفوق المبلغ المطلوب، والعلة في ذلك أنه في حالة بيع بعض العناصر على حده قد يؤدي إلى إضعاف العناصر الأخرى، ولكن يظل القاضي مقيداً في عموم الأحوال بالإذن ببيع العناصر التي ينصب عليها الرهن فقط دون غيرها من العناصر الحرة<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً : الإعلان عن بيع المحل المرهون.

نصت المادة (479) من القانون التجاري الليبي على وجوب الإعلان عن بيع المحل التجاري المرهون، والغاية من هذا الإعلان هي إعلام الراغبين في الشراء حتى يستطيعوا أن يشتركوا في المزاد، فيتحقق التنافس بالوصول إلى أعلى مستوى سعر للمبيع، ومعرفتهم أيضاً بظروف الشيء المعروض للبيع. والمشرع الليبي بيّن طرق الإعلان بصورة تُحقق على الوجه الأكمل للغرض المتقدم ذكره<sup>(2)</sup>، وكذلك حدد مواعيد للإعلان راعى في تقديرها ألا تطول الفترة بين الإعلان والمزايدة لمصلحة الدائن المرتهن الذي يتمنى الإسراع في التنفيذ على المحل التجاري المرهون بإجراءات سهلة وسلسة ليس فيها أي تعقيد، كما أنه قد راعى أيضاً ألا تكون هذه الفترة قصيرة بحيث لا تُمكن الراغبين في الشراء من الإعداد للاشتراك في المزايدة<sup>(3)</sup>.

فالحكمة من إعلام الدائنين المرتهنين المقيدين هي استطاعتهم التّدخل لحفظ حقوقهم والدفاع عنها، لأنها في هذه الحالة قد يترتب عن البيع انفصال بعض عناصر المحل التجاري التي تم بيعها، وبالتالي يمكنهم استيفاء حقوقهم من ثمن هذه الأجزاء، كما يمكنهم أيضاً أن يُطالبوا بديونهم وذلك فور سقوط الأجل، ويرجع السبب في ذلك إلى إضعاف قيمة المحل التجاري الذي انفصلت عنه بعض عناصره<sup>(4)</sup>.

### رابعاً: أن يقع البيع بالمزاد العلني.

التنفيذ على المحل التجاري بالبيع بالمزاد العلني يُعتبر بيعاً نهائياً وذلك بمجرد رسو المزاد على شخص المشتري فتنتقل ملكية المحل التجاري إليه خالية من أي حقوق كانت تثقله، وتلقائياً ينتج عن ذلك انتقال حقوق الدائنين المقيدة حقوقهم إلى الثمن، فيستوفي الدائن المرتهن حقه من ثمن المبيع، فإن بقي شيء من ذلك أُعطي لمن كان يملك المحل عند رسو المزاد.

<sup>1</sup> - كمال أبوسريع ، المحل التجاري، بدون دار نشر، 1994، ص 225 وما بعدها.

<sup>2</sup> - راجع نص المادة (479) من القانون رقم 23 لسنة 2010م والخاص بالنشاط التجاري الليبي.

<sup>3</sup> - خليل فكثور ثارس، الوجيز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 274 وما بعدها.

<sup>4</sup> - سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، مرجع سابق، ص 405 وما بعدها .

فإذا باع المدين - المشتري الأصلي - المحل التجاري إلى الحائز فإن الباقي من الثمن الذي رسا به المزاد يعطى لهذا الحائز، كونه كان يملك المحل التجاري وقت البيع بالمزاد<sup>(1)</sup>.

وفي حال وقوع البيع بالمزاد العلني فإنه لا يمنع دخول البائعين السابقين للمحل التجاري الذين قاموا بقيد امتيازهم، وكذلك الذين احتفظوا بحق الفسخ في قيد الامتياز من الاحتجاج بالفسخ على الشخص الذي رسا عليه المزاد، وهو أمر جلل بالنسبة له، فكثيراً ما يترتب عليه عرقلة بيع المحل التجاري المرهون بالمزاد، لذا فإنه يقع على عاتق البائع أو الدائن المرتهن طالب البيع أن يُخطر البائعين السابقين بذلك حتى يتمكنوا من إبداء حقهم في الفسخ وإلا سقط حقهم فيه قبل المزاد.

## الفرع الثاني

### إجراءات التنفيذ على فروع المحل التجاري

عادةً ما ينصب رهن المحل التجاري على المحل ذاته وما يشملها وفقاً لما ذكرناه سابقاً<sup>(2)</sup>، ولكن إذا كان للمحل التجاري فروعاً في أراضي الدولة أو خارجها هل يشملها الرهن؟ من حق صاحب المحل التجاري أن يتوسع في نشاطه التجاري ومن حقه في هذه الحالة أن يقوم بفتح فروعاً لمحله التجاري سواء داخل ليبيا أو خارجها وعلى ذلك تنص المادة رقم (492) من القانون رقم 23 لسنة 2010 " يجب على التاجر الذي يؤسس داخل أراضي الدولة مقار فرعية أن يطلب قيدها في مكتب السجل التجاري الذي يقع مقره الرئيسي في دائرته، وذلك خلال عشرة أيام من التأسيس. ويجب أن يقدم طلباً مماثلاً خلال الأجل ذاته إلى مكتب سجل الجهة التي يقع المقر الفرعي في دائرتها مع بيان المقر الرئيسي ... ويجب على التاجر الذي يؤسس مقار فرعية خارج أراضي الدولة أن يطلب قيدها خلال أجل لا يتجاوز ثلاثين يوماً إلى مكتب السجل الذي يقع مقره الرئيسي ضمن دائرته ... ".

وبالتالي فإذا كان للمحل التجاري المرهون فروع وقت إنشاء الرهن سواء كانت هذه الفروع داخل الأراضي الليبية أو كانت خارج ليبيا ولكن لم يشملها عقد، أو أن هذه الفروع أنشئت بعد إبرام عقد الرهن ومن ثم لا يشملها عقد الرهن، فإنها لا تدخل في التنفيذ على المحل التجاري وفروعه المشمولة بالرهن وفقاً للمادة (476) من القانون التجاري الليبي.

<sup>1</sup> - على حسن يونس ، المحل التجاري ، مرجع سابق، ص 265 وما بعدها.

<sup>2</sup> - راجع في ذلك المطلب الأول من المبحث الأول ؛ للمزيد انظر أيضاً إلى : سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، مرجع سابق، ص 405 وما بعدها .

أما إذا كان للمحل التجاري فروع وقت الرهن وتضمن عقد الرهن شمول الرهن لهذه الفروع ، فإنها تكون ضمن عناصر الرهن ويشملها التنفيذ على المحل التجاري دون أي إجراء آخر سواء كانت هذه الفروع داخل الأراضي الليبية أو كانت خارجها.

ويمكن أن تثور مشكلة في التنفيذ على فرع المحل التجاري الواقع خارج البلاد، هل يتم التنفيذ بذات الإجراءات التي تتبع في التنفيذ على المحل و فروعه داخل البلاد أم يخضع الفرع الواقع خارج البلاد والمشمول بالرهن لإجراءات أخرى باعتبار أنه يخضع لقانون الموقع؟

ومن وجهة نظرنا أن فرع المحل التجاري الواقعة خارج البلاد تخضع في التنفيذ لإجراءات قانون الموقع ومن ثم يسري في التنفيذ عليه قانون البلد الواقع فيه فرع المحل التجاري ورغم أن المحل التجاري وفروعه عبارة عن مجموع مال ومجموع المال يُعتبر منقولاً حتى ولو تضمن عقارات إلا أنه يسري عليه قانون التنفيذ على المنقول.

## المطلب الثاني

### آثار التنفيذ على المحل التجاري المرهون

بعد انتهاء عملية بيع المحل التجاري المرهون وتحصيل ثمن الشيء المبيع من الشخص الراسي عليه المزد فإن الحال في حقيقته لا يخلو من أمرين اثنين:

الأمر الأول: أن يكون بيع المحل التجاري المرهون قد تم لصالح دائن مُرتهن واحد وفي هذا الحال عادةً لا توجد مشاكل في توزيع حصيلة بيع المحل التجاري المرهون بالمزد العلني حيث يتقاضى الدائن المرتهن قيمة دينه بعد تحصيل مصاريف البيع الإدارية ثم يرد الباقي إلى المدين الراهن وينتهي الأمر، أما الأمر الثاني: أن يكون بيع المحل التجاري المرهون قد تم لصالح عدد من الدائنين عاديين وممتازين وهو ما يعرف بتزاحم الدائنين، هذا الوضع عادةً ما تثور به صعوبة في توزيع حصيلة بيع المحل التجاري المرهون، ومع ذلك هل يجوز للدائن المرتهن تملك المحل التجاري المرهون عند حلول ميعاد الاستحقاق؟

ومن هنا فإننا سنقوم بدراسة هذا المطلب في فرعين على النحو التالي:

**الفرع الأول: الدائنون وحصيلة ثمن المبيع.**

**الفرع الثاني: بطلان شرط التملك عند الاستحقاق.**

### الفرع الأول

#### الدائنون وحصيلة ثمن المبيع

الدائن المرتهن الممتاز هو الدائن الذي قام بتسجيل رهنه في الشهر العقاري وتحددت مرتبته في الرهن حسب الأسبقية في التسجيل الأول فالأول ثم الثاني والثالث وهكذا، وهذا له أهمية كبيرة في توزيع

حصول حصة البيع، وقيام الدائن المرتهن بتسجيل الرهن في الشهر العقاري يُعطي هذا الدائن الحق في الحصول على دينه أولاً بصرف النظر عن باقي الدائنين هل يبقى لهم شيء من حصة ثمن المبيع أم لا<sup>(1)</sup>.

فالدائن المرتهن الممتاز دائماً ما يتجنب الدخول في قسمة الغرماء، فقد يحصل على شيء من دينه وقد لا يحصل، ومع هذا فإنه يمكن لدائن مرتهن ممتاز أن يتنازل عن مرتبته في الرهن لدائن آخر تالٍ له في المرتبة، بحيث يكون التالي في المرتبة هو الأسبق إذا تم توزيع حصة بيع المحل التجاري المرهون، ويتحصل على حقه أولاً ثم الدائنون التاليون له في المرتبة<sup>(2)</sup>.

**ومن هنا فإنه ينشأ عن تنازل الدائن المرتهن عن مرتبته في الرهن لدائن آخر ثلاث علاقات:**

**أولاً: علاقة الدائن الممتاز إليه بالدائن المتنازل:** هذه العلاقة يحكمها إتفاق التنازل سواء كان التنازل تبرعاً أو بمقابل، وهذا الإتفاق يكون خارج دائرة الرهن، كما أنه يصلح إتفاق التنازل أن يكون سنداً تنفيذياً يستطيع الدائن المتنازل له التنفيذ بمقتضاه على الدائن المتنازل إليه خصوصاً هذا إذا كان إتفاق التنازل عن المرتبة بمقابل.

**ثانياً: علاقة المتنازل إليه بالدائن المرتهن التالي للدائن المتنازل في المرتبة:** في هذه العلاقة إذا كان تنازل الدائن المرتهن عن مرتبته في الرهن لدائن آخر غير التالي له في المرتبة، ففي حال تم هذا التنازل عن طريق غش أو تواطؤ وبه إضرار للدائن التالي له في المرتبة، فلهذا الدائن أن يطعن في صحة هذا التنازل، وله في هذه الحالة أن يختصم الدائن المرتهن المتنازل إليه حتي يكون خصم في الدعوى وينفذ الحكم الصادر في الدعوى في حقه ومن ثم يبطل التنازل ولا يكون نافذاً في حق الدائن التالي في المرتبة وهو رافع الدعوى، فهذه الدعوى في حقيقتها شخصية لأنها تنشأ للمطالبة بحق شخصي<sup>(3)</sup>، ومن ثم يكون الإختصاص المحلي للمحكمة التي بها محل إقامة المدعى عليه<sup>(4)</sup>، وتختص المحكمة الابتدائية الواقع في دائرتها المحل التجاري بهذه الدعوى إذا كانت قيمة التنازل تزيد عن إختصاص المحكمة الجزئية وفقاً للقواعد العامة<sup>(5)</sup>.

**ثالثاً: علاقة الدائن المتنازل إليه بجميع الدائنين الآخرين<sup>(6)</sup>:** هنا لا توجد علاقة بين الدائن المتنازل إليه بجميع الدائنين الآخرين فلا إضرار بهم من قبله، ولكن إذا وجد غش أو تواطؤ بين الدائن المتنازل له والدائن المتنازل يكون من حق الدائنين الآخرين رفع دعوى إبطال هذا التنازل منعاً للغش أو

<sup>1</sup> - عبد الوهاب محمد البشكار، الحقوق العينية، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، 2015، ص 245 وما بعدها.

<sup>2</sup> - علي حسن يونس، المحل التجاري، مرجع سابق، ص 268 وما بعدها.

<sup>3</sup> - محمد علي البدوي الأزهرى، أحكام الالتزام الطبعة، مرجع سابق، ص 54 وما بعدها.

<sup>4</sup> - المحكمة العليا الليبية: الطعن رقم 34، لسنة 44 ق، جلسة 2002/12/21، موسوعة الباحث.

<sup>5</sup> - خليفة سالم الجهمي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي، دار ومكتبة الفضيل، 2013، ص 90 وما بعدها.

<sup>6</sup> - دائن مرتهن أو عادي.

التواطؤ، وفي حال رفع أحد الدائنين دعوى لإبطال هذا التنازل يكون من حق الدائنين الآخرين الانضمام لهذه الدعوى حتى يبطل التنازل ولا ينفذ في حقه<sup>(1)</sup>.

ومع هذا فإنه في بعض الأحيان يقوم المدين الرّاهن برهن المحل التجاري أكثر من مرة وبذلك يتعدد الرهن ويتعدد الدائنون، فإذا كانت حصيلة بيع المحل التجاري المرهون تكفي لسداد جميع الديون فلا تثور مشكلة ويحصل كل دائن مرتهن على حقه كاملاً، ولكن تثور المشكلة إذا تعدد الدائنون المرتهنون وحصيلة بيع المحل التجاري المرهون لا تكفي سداد جميع الديون، ففي هذه الحالة يكون التوزيع حسب الأسبقية في مرتبة الرّهن، فيأخذ الدّائن المرتهن الأول في المرتبة دينه كاملاً ثم الدّائن المرتهن التّالي له في المرتبة يأخذ أيضاً دينه كاملاً وهكذا<sup>(2)</sup>، وإذا بقي دائنون مرتهنون لم يحصلوا على دينهم لان هناك دائنون سابقون لهم في المرتبة أخذوا كل حصيلة بيع المحل التجاري المرهون ولم يبق لهم شيء من حصيلة البيع فإن حقوقهم لا تضيع، ولكن يكون لهم حق الرجوع على المدين الرّاهن بقيمة هذه الديون<sup>(3)</sup>.

ومما سبق فإنه قد يتعرض الدائن المرتهن الممتاز إلى خسارة دينه أو جزء منه وذلك إذا تراحم مع دائنين آخرين سابقين له في مرتبة الرهن في حالة إفلاس المدين الرّاهن وتوقف عن سداد ديونه وأخذ الدائنون المرتهنون السابقون كل حصيلة بيع المحل التجاري المرهون<sup>(4)</sup>، ومع هذا قد يتراحم الدائنين العاديين<sup>(5)</sup> على حصيلة بيع المحل التجاري المرهون، وهؤلاء ليس لهم إلا الدخول في قسمة الغرماء<sup>(6)</sup>.

فمتى كانت حصيلة البيع لا تكفي سداد جميع الديون فإنه لا مناص من تقسيم القيمة على جميع الدائنين يستوي في ذلك الدائن رافع الدعوى وباقي الدائنين، ويتم توزيع حصيلة بيع المحل التجاري المرهون على جميع الدائنين كلاً بقدر دينه، فالدائن الذي له دين أكبر يأخذ نسبة أكبر، والذي له دين أصغر يأخذ نسبة أصغر<sup>(7)</sup>.

### الفرع الثاني: بطلان شرط التملك عند الاستحقاق

شرط التملك عند عدم الوفاء يقع نتيجة اتفاق الدائن المرتهن مع الرّاهن في عقد الرهن أو في عقد لاحق له على أن يترك الدائن الشيء المرهون عند حلول أجل سداد الدين وعدم وفاء المدين به<sup>(8)</sup>.

<sup>1</sup> - محمد علي البدوي الأزهرى، أحكام الالتزام الطبعة، مرجع سابق، ص 145 وما بعدها.

<sup>2</sup> - أحمد سلامة، الرهن الطليق للمنقول، مرجع سابق، ص 37 وما بعدها.

<sup>3</sup> - عبدالرزاق السنهوري ، ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء 10 ، تنقيح أحمد مدحت المراغي، دار الشروق، 2010، ص 656 وما بعدها.

<sup>4</sup> - أحمد سلامة، الرهن الطليق للمنقول، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مرجع سابق، ص 36 وما بعدها.

<sup>5</sup> - الدائنون العاديون هم الدائنون الذين لم يقوموا بتسجيل ديونهم في الشهر العقاري ومن ثم لم يكن لهم مرتبة في الرهن.

<sup>6</sup> - إسماعيل إبراهيم الزيايدي ، التنفيذ العقاري، بدون دار نشر، 1997، ص 231 وما بعدها.

<sup>7</sup> - محمد علي البدوي الأزهرى، أحكام الالتزام ، مرجع سابق، ص 149 وما بعدها.

<sup>8</sup> - عبدالوهاب محمد البشكار، الحقوق العينية، مرجع سابق، ص 199 وما بعدها.



والمشرع الليبي أحاط مصلحة المدين الرّاهن بعناية فعّالة، فأبطل كل شرط يقضي بتملك المحل التجاري المرهون إذا حل ميعاد الاستحقاق ولم يوفي المدين بالتزامه بالسداد كشرط مسبق على البيع بالمزاد العلني<sup>(1)</sup>، وذلك خوفاً من استغلال الدائن المرتهن حاجة المدين الرّاهن إلى المال فيشترط عليه تملك المحل عند ميعاد الاستحقاق دون الوفاء<sup>(2)</sup>، وهذا الشرط له أصول تاريخية ضاربة في القدم منذ القانون الروماني.

فإذا تتبعنا التطور التاريخي رأينا أن هذا الشرط قد ظهر في الحياة القانونية الرّومانية و مقتضى هذا الشرط كان الدائن المرتهن يملك الشيء المرهون بمجرد حلول أجل الدين دون قيام الراهن بالوفاء<sup>(3)</sup>. وفي هذا الشأن نجد أن المشرع الليبي قد نص صراحة على بطلان هذا الشرط في المادة (678) من القانون التجاري الحالي، حيث ذكرت أنه: " يكون باطلاً كل إتفاق يبرم وقت تقرير الرهن أو بعد تقريره ، يعطى للدائن المرتهن في حالة عدم استيفاء الدين عند حلول أجله الحق في تملك الشيء المرهون أو بيعه بدون مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المواد (672، 673، 674) ومع ذلك يجوز بعد حلول أجل الدين أو قسط منه الإتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن الشيء المرهون أو جزء منه وفاء للدين ، كما يجوز للمحكمة أن تأمر بتملك الدائن المرتهن الشيء المرهون أو جزء منه وفاء للدين على أن يحسب عليه بقيمته وفقاً لتقدير خبير تندبه المحكمة"<sup>(4)</sup>.

ومما سبق نجد أن المشرع الليبي قد أبطل كل شرط ينص بتملك المحل المرهون عند عدم الوفاء بالدين، والسبب في ذلك يرجع إلى أنه قد يمنع الدائن العادي من استيفاء حقه كاملاً باعتبار أن المحل التجاري يمثل جزءاً من الضمان العام المقرر للدائن العادي خاصة إذا كان المذكور متعلقاً باستغلال المحل التجاري، إذ أن علة تقرير هذا الأمر هو أن الدائن الذي ينشأ دينه بسبب هذا الاستغلال كان يعتمد وقبل كل شيء في استيفائه لدينه على المحل.

<sup>1</sup> - المحكمة العليا الليبية: الطعن رقم 75، لسنة 19 ق، جلسة 1974/04/21م، موسوعة الباحث.

<sup>2</sup> - عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق، ص 581.

<sup>3</sup> - محسن عبد الحميد البيه، مدخل القانون المدني المقارن، مرجع سابق، ص 357 وما بعدها .

<sup>4</sup> - ذات الأمر أيضاً لدى المشرع المصري، فقد نص في المادة (129) من القانون رقم 17 لسنة 1999م على انه: " يكون باطلاً كل اتفاق يبرم وقت الرهن وبعد تقريره يعطى الدائن المرتهن في حالة عدم استيفاء الدين عند حلول أجله الحق في تملك الشيء المرهون أو في بيعه دون مراعاة الإجراءات المنصوص عليها في المادة 126 من هذا القانون "



## الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع التنفيذ على المحل التجاري المرهون في ضوء نصوص التشريع الليبي والآراء الفقهية وقضاء المحكمة العليا الليبية، نصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نبينها تبعا على النحو الآتي:

**أولاً: النتائج:** من خلال دراسة مفهوم التنفيذ على المحل التجاري المرهون وأحكامه وآثاره نكون قد انتهينا إلى النتائج التالية :

- 1- المحل التجاري عبارة عن مجموع أموال أي يتكون من أموال عقارية وأموال منقولة رصدت لهدف واحد والأصل أن مجموع المال يعتبر منقولاً ويسري عليه أحكام المنقول في الرهن والتنفيذ، ورهنه لا يتم إلا بورقة رسمية و وفقاً للمادة (476) من القانون التجاري الليبي رقم 23 لسنة 2010.
- 2- المشرع الليبي منع نقل حيازة المحل التجاري إلى الدائن المرتهن وأبقى المحل في حيازة المدين الراهن حتي يتمكن من استغلال المحل التجاري و سداد ما عليه من ديون .
- 3- بينت الدراسة كيفية التنفيذ على المحل التجاري المرهون وكذلك كيفية التنفيذ على فروعته التي توجد داخل أو خارج ليبيا وبينت كذلك أن ما يجري في التنفيذ على المحل التجاري يجري على فروعته، إلا أننا أوضحنا أن التنفيذ على فرع المحل التجاري الواقع خارج ليبيا يسري عليه قانون الموقع، أي قانون البلد التي يوجد فيها فرع المحل التجاري.
- 4- تبين من خلال الدراسة أنه لا يمكن التنفيذ إلا على ما شمله الرهن في وثيقة الرهنية، فلا يجوز التنفيذ على ما لم يشمله الرهن وفقاً لنص المادة (476) من القانون رقم 23 لسنة 2010 الخاص بالنشاط التجاري.
- 5- أوضحت الدراسة الإجراءات القانونية الواجب إتباعها في التنفيذ على المحل التجاري المرهون والتي تُحقق توازن في حماية طرفي عقد الرهن الدائن المرتهن والمدين الراهن وتمثل في الآتي:
  - أ- أبطل المشرع شرط تملك محل الرهن عند حلول ميعاد الاستحقاق دون الوفاء.
  - ب- لا يتم بيع المحل التجاري المرهون إلا بالمزاد العلني لدرء أي شبهة تواطئ أو غش.
  - ت- ألزم المشرع المدين الراهن بالمحافظة على الرهن حتى لا يتعدى على محل الرهن .
  - ث- إذا استوفى الدائن المرتهن حقه كاملاً من ثمن المبيع وبقي شيء من النقود أُعطي لمن كان يملك المحل عند رسو المزاد.

## ثانياً: التوصيات:

من خلال دراسة البحث واستقراء نتائجه يوصي الباحث بالآتي:

- 1- الدائنون العاديون، وهم الذين لم تُسجل حقوقهم في الشهر العقاري قد يخسرون حقوقهم كلها أو بعضها إذا كانت حصيلة بيع المحل التجاري المرهون لا تكفي لسداد جميع الديون وخصوصاً ديون الدائنين المرتهنين الذين سجلوا حقوقهم في الشهر العقاري فهم مقدمون في قائمة توزيع حصيلة البيع، وهنا نقترح على المشرع الليبي أن يقوم بتخصيص جزء من حصيلة البيع للدائنين العاديين، حتى لا يخسروا كل حقوقهم.
- 2- نقترح على المشرع الليبي إنشاء صندوق يُسمى صندوق الائتمان يُمول من جميع الدائنين وبه آلية تتولى توزيع حصيلة بيع المحل التجاري المرهون بمجرد رسو المزاد تجنباً لمماطلة الراسي عليه المزاد، أو تحريه من السداد ويسدد الرّاسي عليه المزاد المبلغ إلى هذا الصندوق حتى لا تختل المراكز المالية للدائنين إذا ما ماطل الراسي عليه المزاد في السداد أو أفلس بعد رسو المزاد وقبل السداد.
- 3- نقترح على المشرع الليبي في حالة التنفيذ على المحل التجاري المرهون إذا كانت حصيلة البيع لا تكفي سداد الدين المضمون بالرهن وكذلك الديون الأخرى، وكان للمحل التجاري المرهون الذي يجري التنفيذ عليه فروع أخرى لم يشملها الرهن أن ينص على جواز التنفيذ عليها مباشرةً.
- 4- وأخيراً وليس آخراً تناشد الدراسة المشرع الليبي باستكمال مسيرته في رعاية طرفي العلاقة والحفاظ على التوازن بينهما، والتأكيد على ذلك كلما حانت الفرصة لأيّ تعديل تشريعيّ قادم.

المراجع<sup>(1)</sup>

أولاً: الكتب العامة:

- إبراهيم أنيس ؛ عبدالحليم منتصر وآخرون ، المعجم الوسيط ، ج2، أشرف على هذه الطبعة حسن عطيه ومحمد شوقي أمين، بدون سنة نشر.
- إسماعيل إبراهيم الزبادي ، التنفيذ العقاري، بدون دار نشر، 1997.

<sup>1</sup> - أسماء المؤلفين مرتبة أبجدياً، مع حفظ الألقاب العلمية.

- الكوني علي أعبوده، قانون علم القضاء، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ليبيا، 2003
- ثروت عبد الحميد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.
- حلمي مجيد محمد، مذكرات في التنفيذ الجبري، الجامعة المفتوحة، 1997.
- خليفة سالم الجهمي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي، دار ومكتبة الفضيل، 2013.
- مُحسن عبد الحميد البيه، مدخل القانون المدني المقارن، دار النهضة العربية، 2013.
- محمد علي البدوي الأزهرى، أحكام الالتزام ، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، 2013.
- عبد الحميد عثمان محمد الحفني، النظرية العامة للالتزامات في التقنين المدني المصري، أحكام الالتزام، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.
- عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 10 ، تنقيح أحمد مدحت المراغي، دار الشروق، 2010م.
- عبد الوهاب محمد البشكار، الحقوق العينية، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، 2015 .
- علي مسعود محمد، الإجراءات العملية للتنفيذ طبقاً لقانون المرافعات الليبي، دار احموده، 2017.
- فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1990.
- ثانياً: الكتب المتخصصة:
- أسامه على إبراهيم، رهن المحل التجاري، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2010 .
- خليل فكتور تاريس، الوجيز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
- على حسن يونس ، المحل التجاري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، سنة 1974.
- كمال أبوسريع ، المحل التجاري، بدون دار نشر، 1994.
- محمد الجيلاني البدوي الأزهرى، قانون النشاط الاقتصادي، الوحدة العربية بالزاوية، 2009.
- ثالثاً: البحوث والدوريات:
- أحمد سلامه، الرهن الطليق للمنقول، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، ع2، س10، مطبعة عين شمس، 1968.

المجني عليه والعوامل التي تُكسبه هذه الصفة  
د. / مفتاح محمود اجبارة  
الأستاذ المشارك بكلية القانون – جامعة بني وليد

## مُتَكَلِّمًا

الجريمة كظاهرة إنسانية لازمت الإنسان منذ فجر التاريخ ، بل هناك من يعود بها إلى أبعد من ذلك ، وذلك بمعصية آدم وحواء لأمر الله سبحانه وتعالى (ولا تقربا هذه الشجرة) سورة البقرة، الآية 35 فاستحق العقاب الإلهي، فكانت أول جريمة هي سفح قابيل دم أخيه هابيل ظلماً وعدواناً ، وظلت الجريمة منذ ذلك الوقت تلازم الإنسان لا تفارقه في كافة العصور، واكتوت بنيرانها البشرية في كل مكان وطئته قدم الإنسان .

وبدأ الاهتمام بدراسة الظاهرة الاجرامية بالتركيز على الجريمة دون المجرم والجاني عليه، وكان ينصب على جعل الجريمة تتناسب مع جسامة العقوبة الموضوعية لا مع خطورة الجاني ، واستمر هذا الوضع على ذلك حتى حصل تطور في فكر المدرسة التقليدية الحديثة، وتقدم خطوة إلى الأمام فبدأ الاهتمام بالعنصر الإنساني في الجريمة، متمثلاً بالبحث في الجاني مما ترتب عليه ظهور فكرة تفريد العقاب ، ونظام الظروف المخففة والمشددة للعقاب، وموانع المسؤولية الجنائية، وما يترتب عليه من تقدير العقوبة ليس وفقاً للجسامة الموضوعية للجريمة فقط، بل وفقاً لدرجة جسامة خطأ الجاني من الناحية الشخصية . وبظهور المدرسة الوضعية أصبح الجاني هو محور الاهتمام في دراسات علم الاجرام ، بدلاً من دراسة الجريمة ، وكان من آثار هذه الدراسة ادخال فكرة التدابير الاحترازية في المجال الجنائي إلى جانب العقوبة، مما انعكس على القانون الجنائي التقليدي، الذي جاءت نصوصه معبرة عن هذا الفكر بالتركيز على الجريمة والمجرم ، دون الاهتمام بالجاني عليه .

وظلت الدراسة العلمية للظاهرة الإجرامية غير كاملة لعدم دراسة الجاني عليه ، وهو يمثل العنصر الثالث في هذه الظاهرة إلى جانب الجريمة والمجرم ، إلى أن ظهر سنة 1948م فرع جديد هو (علم الجاني عليه ) ، وهو يهتم بدراسة الجاني عليه من الناحية العملية ، وذلك بهدف تحديد الخصائص العضوية والنفسية والاجتماعية المتعلقة به ، فهو يهتم بالإضافة إلى البيانات والسمات العضوية والنفسية والاجتماعية والثقافية ، دراسة العلاقات المتبادلة بين الجاني والجاني عليه ، وبيان الدور الذي يلعبه الجاني عليه في خلق فكرة الجريمة ، أو التشجيع عليها وتسهيل ارتكابها ، كما اهتم بأثر هذا الدور في تحديد مسؤولية الجاني .

والباحث بدوره سيحاول بيان مفهوم الجاني عليه، والعوامل التي تكسب الفرد هذه الصفة ، فقدم لهذا الموضوع بمقدمة، تم قسم هذا البحث إلى مبحثين ، المبحث الأول تحت عنوان تعريف الجاني عليه وتصنيفه، وقسمته أولاً إلى تعريف الجاني عليه ، وثانياً الفرق بينه وبين المضرور من الجريمة، وثالثاً

تصنيف المجني عليه، وتناولنا في المبحث الثاني العوامل التي تحوّل الفرد إلى مجني عليه ، وقسم هذا المبحث بدوره إلى قسمين: أولاً العوامل الفردية، وثانياً العوامل الاجتماعية، ثم خاتمة وقائمة بأهم المراجع .

## المطلب الأول

### تعريف المجني عليه وتصنيفه

#### تعريف المجني عليه

**تمهيد وتقسيم/** نتيجة لاهتمام المدونات العقابية بالجريمة والعقاب والجرم وتحديد مدى مسؤوليته عن الجريمة، وقوانين الإجراءات الجنائية ببيان الإجراءات التي بمقتضاها تحصل الدولة على حقها في العقاب تجاه الجاني ، أهملت تحديد مفهوم الجاني .

فالجريمة ليست إلا اعتداء على حق ، لذلك كل من يكون اهلاً لاكتساب الحقوق يصلح أن يكون مجنياً عليه.<sup>1</sup> ومع ذلك فإن لتعريف المجني عليه أهمية من جانبين، الجانب الأول يتمثل في أن المجني عليه ليس بالضرورة أن يكون هو المضرور منها، وكذلك فإن تمييز المجني عليه عن المدعي بالحق المدني له أهميته الخاصة ، وذلك للآثار القانونية المترتبة علي هذا التمييز كما أن هناك بعض الدول ذهبت إلى العمل على إصدار تشريعات تنص على ضرورة أن تقوم الدولة بتعويض المجني عليه من الجريمة في حالة تعذر الحصول على تعويض من الجاني ، وعلى ذلك فإن تحديد المجني عليه يكون مهماً حتى يمكن معرفة من يستحق التعويض من الدولة وعلي ذلك سوف نبين تعريف المجني عليه لدى الفقه والقضاء.

**1/ تعريف الفقه :-** لقد ذهب الفقه في تعريف المجني عليه إلى اتجاهين وركز الأول على شخص المضرور من الجريمة ، وركز الاتجاه الثاني على من أضرت به الجريمة أو عرضت مصالحه للخطر .

**الاتجاه الأول:-** ( المجني عليه هو من أضرت به الجريمة ) :- ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى التركيز على الضرر الذي لحق بالمجني عليه من جراء هذه الجريمة ، فيعرفون المجني عليه وفقاً لهذا التركيز بأنه "كل من أضرت به الجريمة ، أو هو كل شخص يلزم الجاني فيه بتعويض الضرر الناشئ عن هذه الجريمة"<sup>2</sup> فوفقاً لهذا الاتجاه كل من أضرت به الجريمة هو مجني عليه ، غير أن هذا التعريف منتقد ، ذلك بأنه ليس بالضرورة أن يترتب على الجريمة ضرر ، فلا ضرر عندما يتوقف السلوك و المصالح المشمولة بالحماية الجنائية للخطر، ولعل المثال الأكثر وضوحاً في مثل هذه الحالة ، حالة الشروع الذي يكون فيها المجني غير مضرور من الجريمة .

<sup>1</sup> -راجع : المستشار الدكتور عبد العزيز عامر ، شرح الاحكام العامة للجريمة في القانون الجنائي الليبي ، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية ، منشورات جامعة قار يونس ، بدون تاريخ نشر ، 28.

<sup>2</sup> p.bouzat . et j. finat : trait : 'teaithe theavigue et pratigue de droit 't . i . p 588 . Ezzat Abdel fattah. art prec. rev . int . crim . pol . tech 1967 . p 113 spec. p . 114- 116

كما أنه ليس بالضرورة أن يكون المجني عليه هو نفس المضرور من الجريمة ، وذلك بأن يكون شخصين مختلفين ، ويتضح ذلك في جريمة القتل علي سبيل المثال ، فالمجني عليه هو الشخص المقتول ، بينما المضرور من الجريمة يكونون أشخاصاً آخرين يتمثلون في أفراد أسرته ، أو كل من كان يعولهم<sup>1</sup> ، الجاني، وهنا يلتزم الجاني بتعويضهم بتوفر صفة المضرور من الجريمة دون أن يكونوا مجنياً عليهم .

ويذهب فريق آخر إلى أن المجني عليه هو " الشخص الذي أصابه ضرر مباشر من جراء الجريمة<sup>2</sup> ، ويضيف الدكتور عادل محمد الفقي الضرر غير المباشر ، ووفقاً لذلك فإن من لم يصبه ضرر فهو مجني عليه ظاهرياً ، ويقول: " بل إن وصف المجني عليه في هذه الحالة فيه تجاوز في اللفظ<sup>3</sup> .

وهذا تعريف منتقد؛ ذلك أنه وكما سبق القول ليس حتماً أن يصاب كل مجني عليه بالضرر من الجريمة، بالإضافة إلى أن المضرور غير المباشر من الجريمة ليس هو المجني عليه ، بل هو المضرور من الجريمة الذي لا ينطبق عليه وصف المجني عليه<sup>4</sup> .

ولقد عرفة البعض الآخر بأنه : " الطرف السلبي في الجريمة والمضرور منها<sup>5</sup> ، وهذا التعريف لا يأخذ أي اعتبار للدور الذي قد يلعبه المجني عليه في خلق فكرة الجريمة لذا الجاني، أو تشجيعه علي ارتكابها ، أو حتى مساعدته في تحقيقها ، وعلى ذلك فإن الدور السلبي للمجني عليه لا وجود له في

<sup>1</sup> - راجع / د أحمد أبو العلاء عقيدة ، المجني عليه ودوره في الظاهرة الإجرامية ، الطبعة الثانية ، دار الفتح للطباعة ، 1991 ، ص 12.

<sup>2</sup> - راجع / B . mendelsohn "la victimologie et los besoins de le societe de le societe actueile" Rev . int . CRIM po l . tech . 1973 . P . 267 . SPEC . P . 269.

<sup>3</sup> - راجع / الدكتور : عادل محمد الفقي ، حقوق المجني عليه في القانون الوضعي مقارناً بالشرعية الإسلامية ، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ، 1984 ، ص 21.

<sup>4</sup> - راجع / د أحمد أبو العلاء عقيدة ، المرجع السابق ، ص 12 .

<sup>5</sup> - هذا التعريف يعتنقه جانب من الغفلة الإيطالية والفقهاء الفرنسي ، والفقهاء الإيطالي مشار إليه في مقال

N Acnel : le Probleme de la victime dans . le droit pena positif et la politique criminelle moderne" Rev.int crim. pol . tech . 1980 .

T. 33 . p . 133 . spes . p . 137 et la note no. 9,

ومن الفقهاء الفرنسي

R . Garraud : Traite theorique et pratique de droit penal francais . 3e ed . T . I.P . 549 no . 264 : vidal et Magnol : :cours de droit criminel 9e ed . no . 66:

Fahmy Abdou Le consentement de la victime : th . paris 1971 . no . 15 . p .

. 38 . مشار الي ذلك في مرجع الدكتور / أحمد أبو العلاء عقيدة المرجع السابق ص 14 .

أغلب الجرائم ، ويرى البعض الآخر أن الطرف السلبي في الجريمة يتمثل في الدولة الذي سنت القانون الذي ألحقت به الجريمة الضرر بمخالفة أحكامه.<sup>1</sup>

ومن خلال مراجعة التعريفات التي اعتمدت في تعريف المجني عليه علي ضابط الضرر نجد أن هذه التعريفات ليس جامعة ولا مانعة، فهي لا تعد جامعة لأنها تستثني من تعرضت مصالحه للخطر بسبب الجريمة، واكتفى بالمضروور من الجريمة ، مخالفاً بذلك ما أخذ به القانون من إطلاق وصف المجني عليه على من تعرضت مصالحه للخطر وإن لم يصبه ضرر فعلي كما هو الحال في جريمة الشروع<sup>2</sup> في الجريمة ، و لا يعد مانعاً ذلك أنه يدخل في نطاق المجني عليه أشخاص لحقهم ضرر من الجريمة ، ولم يضيف عليهم القانون هذا الوصف ،ويبدو ذلك واضحاً كما في حال أبناء وزوجة المقتول ، فالمجني عليه هو الأب بينما الأولاد والزوجة أضرروا من قتل الأب (رب الأسرة ) ولذا فإن ضابط الضرر كمعيار لتمييز المجني عليه من غيره يعيب قبوله، وهو مادفع بالفقه إلى البحث عن معيار آخر يمكن أن يحدد بمقتضاه المجني عليه.

**الاتجاه الثاني :-** نتيجة للانتقادات الموجهة للاتجاه الأول والذي اعتمد علي معيار الضرر في تحديد مفهوم المجني عليه، فإن فريقاً ثانياً من العلماء قدم تعريفاً للمجني عليه، يعتمد علي ضابط الضرر أو الخطر الناتج عن الجريمة، والموجهة ضد المصالح المشمولة بالحماية الجنائية فعرفه البعض من الفقه المصري<sup>3</sup> بأنه:- صاحب الحق الذي تصيبه الجريمة أو تجعله عرضة للخطر . وعرفه البعض الآخر بأنه : الشخص الذي وقعت عليه نتيجة الجريمة ، أو الذي اعتدى على حقه الذي يحميه القانون، سواء ناله ضرر مادي أو أدبي ، أو لم يصبه أي ضرر<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> - 137 . p . 9 - note . art . N .Aneel : مشار الية في مرجع الدكتور / أحمد أبو العلاء عقيدة ، مرجع سابق ، ص 14 .

<sup>2</sup> - فعاقب القانون على مجرد البدء في تنفيذ الجريمة ولو لم تتحقق النتيجة المقصودة إما لعدم اتمام العمل التنفيذي ، وأما لعدم تحقق النتيجة غير المشروعة ، وهو ما يسمى بالشروع ، راجع في ذلك د/ محمد رمضان بارة ، شرح القانون الجنائي الليبي - الأحكام العامة ، الجزء الأول ، الجريمة ، الطبعة الثالثة ، بدون دار نشر ، 2000 ، ص 387 . وراجع الدكتور / موسى مسعود ارحومة ، الاحكام العامة لقانون العقوبات الليبي ، الجزء الاول ، النظرية العامة ، الطبعة الأولى ، منشورات قاريونس ، 2000 ، ص 316 ومابعدها . وراجع د: يسري أنور ، شرح قانون العقوبات النظرية العامة ، دار الثقافة الجامعية ، 1995 ، ص 287 وما بعدها . وراجع / المستشار الدكتور / عبدالعزيز عامر ، مرجع سابق ، 226 . ومابعدها .

<sup>3</sup> - راجع / د أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، القسم العام ، بدون دار نشر ، 1981 م ، ص 403 . وراجع / د جندي عبدالمملك ، الموسوعة الجنائية الجزء الثالث ، بدون دار نشر ، 1963 م ، ص 62 .

<sup>4</sup> - راجع / د : محمود محمود مصطفى ، حقوق المجني عليه في القانون المقارن ، الطبعة الأولى ، بدون دار نشر ، 1975 م ، ص 112 .



بينما يذهب البعض الآخر إلى أنه : الشخص الذي قصد بارتكاب الجريمة الأضرار به أساساً ، وأن لم يصبه ضرر أو تعدى الضرر إلى غيره من الأفراد<sup>1</sup> وذهب البعض إلى أنه : صاحب الحق الذي يحميه القانون بنص التجريم ووقع الفعل الإجرامي عدواناً مباشراً عليه<sup>2</sup> .

ويذهب فريق آخر في تعريفه إلى أنه : هو كل شخص طبيعي أو معنوي صاحب حق أو مصلحة مشمولين بالحماية الجنائية ، واللذين أضرت بهما الجريمة أو عرضتها للخطر<sup>3</sup> ، بينما يذهب البعض الآخر إلى أن المجني عليه هو : - الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي اهدرت الجريمة مصلحة الحماية بنصوص قانون العقوبات<sup>4</sup> .

**تعريف القضاء للمجني عليه :-** ذهبت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها إلى تعريف المجني عليه بأنه ( الذي يقع عليه الفعل أو الترك المؤثم قانوناً ، سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً ، بمعنى أن يكون هذا الشخص نفسه محلاً للحماية القانونية التي يهدف إليها المشرع)<sup>5</sup>.

**مقياس وأهمية التفرقة بين المجني عليه والمضروب من الجريمة :-** يذهب بعض الفقهاء المصري إلى ضرورة التفرقة بين المجني عليه والمضروب من الجريمة ، وذلك لأن ليس كل مجني عليه مضروب من الجريمة ، وليس كل مضروب من الجريمة يكون مجنياً عليه<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - راجع / د عبد الوهاب العشماوي ، الاتهام الفردي أو حق الفرد في الخصومة الجنائية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1952 ، ص 289. وهذا التعريف الذي يسوقه الدكتور عبد الوهاب يوضح بأن العدوان المباشر أو غير المباشر هو مناط التمييز بين المجني عليه والمضروب من الجريمة ، فالمجني عليه تمثل الجريمة عدواناً مباشراً علي حقوقه بينما المضروب يصاب بطريقة غير مباشرة من وقوع الجريمة

<sup>2</sup> - راجع / د محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، بدون دار نشر ، 1979 ، ص 126..

<sup>3</sup> - راجع / د أحمد أبو العلاء عقيدة ، مرجع سابق ، ص 16.

<sup>4</sup> - راجع / د حسين عبيد ، شكوى المجني عليه ، مجلة القانون والاقتصاد ، س 44 ، 1974 ، ص 102 . وأن كان يؤخذ على هذا التعريف بأن ورود كلمة اهدرت تدل على أن الجريمة قد أضرت فعلاً بالمصلحة المحمية ، بل يكفي أن تتعرض تلك المصلحة للخطر حتى تتوافر صفة المجني عليه.

<sup>5</sup> - راجع / نقض جنائي مصري فبراير 1960 ، مجموعة أحكام النفذ المصرية ، س 11 ، رقم 29 ، ص 142 . إلا أن هذا التعريف غير دقيق إذ أن المجني عليه ليس هو الواقع عليه الفعل أو الترك ، بل هو ذلك الشخص الذي شكلت الجريمة إعتداء على حق أو مصلحة له شملها المشرع بالحماية الجنائية .

<sup>6</sup> - راجع / د : مأمون سلامة ، قانون العقوبات القسم العام ، بدون دار نشر ، 1979 م ، ص 87 ومابعداها ، وراجع / د محمد رمضان بارة ، شرح القانون الجنائي الليبي ، الأحكام العامة للجريمة ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، مطابع عصر الجماهيرية ، 2000 م ، ص 115 . وراجع / د : حسني محمد السيد ، رضا المجني عليه وآثاره القانونية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1963 م ، ص 288.

**معيار التفرقة بين المجني عليه والمضروب :-** ويتمثل هذا المعيار في التمييز بين الحق والمصلحة بالحماية الجنائية ( الموضوع القانوني للجريمة) وبين محل الحق أو المصلحة المحمية الموضوع أو ( المحل ) المادي للسلوك الإجرامي<sup>1</sup>، فالمشرع عندما ينص على تجريم سلوك معين ، ذلك أنه يضر أو يعرض للخطر الحق أو المصلحة التي أراد أن يحميها جنائياً ، وصاحب الحق أو المصلحة المحمية هو المجني عليه ، غير أن السلوك الإجرامي يمكن أن يحدث ضرراً أو يعرض للخطر أكثر من حق أو مصلحة قانونية ، والعبرة في تحديد المجني عليه تكون بالمصلحة المأخوذة في الاعتبار من نص التجريم ، بينما للآخرين من أصحاب المصالح الأخرى التي أضرت بهما الجريمة ، فتثبت لهم صفة المضروب من الجريمة.<sup>2</sup>

ولذا فإن المشرع يحمي الحق في الحياة في جريمة القتل ، وعند وقوع الجريمة فإنه يتثبت للمقتول صفة المجني عليه دون غيره، ومحل الحق في هذه الجريمة هو جسم المجني عليه ، وهناك مصالح أخرى يلحق بها الضرر تتمثل في مصالح أسرة القتيل التي كان يعولها ، غير أن هذه المصالح ليست محل الحماية الجنائية في جريمة القتل ، ومن هنا فإنهم تثبت لهم صفة المضروب من الجريمة وليس صفة المجني عليه .

ويحمي القانون الثقة في المعاملات في جريمة خيانة الأمانة وليس حق الملكية ، مما ينبني عليه أن المجني عليه قد يكون شخصاً غير المالك للشيء المودع ، وعلى ذلك تثبت صفة المجني عليه للمودع ، وأما المالك فلا تثبت له إلا صفة المضروب من جريمة خيانة الأمانة. ويحمي القانون حق الملكية في جريمة السرقة ، ومحل هذا الحق هو المنقولات المختلفة ، فالمالك للشيء المسروق هو المجني عليه ، كما تثبت له صفة المضروب من جريمة السرقة ، أما باقي الأفراد فإنه لا تثبت لهم فة (المجني عليه)، وصح أن تثبت لهم صفة (المضروب) في حالة ما أصابهم أضرار يمكن تعويضهم عنها .

لذا فإن التفرقة بين الحق والمصلحة المشمولين بالحماية الجنائية، وبين محل الحق أو المصلحة المحمية لها أهميتها الخاصة للتمييز بين (المجني عليه) و (المضروب) من الجريمة ، فإذا كان صاحب الحق أو المصلحة المشمولين بالحماية الجنائية هو الذي نفسه الذي يتعلق به محل حماية الحق أو المصلحة المحمية ، فإنه تثبت له صفة (المجني عليه والمضروب) من الجريمة في نفس الوقت، أما إذا كان الحق والمصلحة المحمية تتعلق بشخص غير الشخص الذي تعلق به محل هذه المصلحة، فإن صفة المجني عليه تثبت للأول ، وصفة المضروب من الجريمة تثبت للثاني<sup>3</sup> .

وعليه فإن الشروع في الجريمة أو إتمامها يترتب عليه ثبوت صفة (المجني عليه) دون صفة (المضروب) لصاحب الحق المشمول بالحماية إذا تعرض هذا الحق للخطر ، كما أنه تثبت صفة (المجني

<sup>1</sup> - راجع / د : أحمد أبو العلاء عقيدة ، مرجع سابق ، هامش ص 18 .

<sup>2</sup> - راجع / د : مأمون سلامة ، مرجع سابق ، ص 88. ، وراجع / د محمد رمضان بارة ، مرجع سابق ، 116 .

<sup>3</sup> - راجع / د : أحمد أبو العلاء عقيدة ، مرجع سابق ، ص 19 .

عليه ) و (المضرور) لصاحب الحق المحمي في حالة تعرض هذا الحق للضرر من الجريمة ،وقد تبثت صفة المضرور لغير المجني عليه إذا أصيب من الجريمة بضرر مادي أو أدبي يمكن التعويض عنه، وثبتت صفة (المجني عليه) لشخص وصفة (المضرور ) لشخص أضر من نفس الجريمة.

ولذا فإنه ليس حتماً أن يكون المجني عليه مضروراً من الجريمة ، كما أنه ليس بالضرورة أن يكون المضرور من الجريمة مجنياً عليه فيها <sup>1</sup>.

### أهمية التفرقة بين المجني عليه والمضرور من الجريمة :-

إن للتفرقة بين المجني عليه والمضرور من الجريمة أهمية بالغه وذلك في الآثار التي تترتب علي التمييز بينهما سواء علي المستوى الموضوعي أو الإجرائي ، وذلك بأن يمنح المشرع في أي من الشق الموضوعي أو الإجرائي، حقوقاً لإحدهما ولا تعطى للآخر .

**في القانون الجنائي الموضوعي :-**رضا المجني عليه قد يكون له أثر في إباحة بعض الجرائم ، أو هدم بعض أركان الجريمة <sup>2</sup>.

**في القانون الجنائي الإجرائي :** - وهنا تبدوا أهمية التمييز بين المجني عليه والمضرور من الجريمة في كل من الشكوى ، والادعاء المباشر .

**الشكوى :-** والشكوى هي البلاغ الذي يقدمه المجني عليه إلي النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي أو أحد رجال السلطة العامة في حالات محددة وغرضه تحريك الدعوى الجنائية عن جريمة وقعت عليه أخضعها المشرع لقيد الشكوى ، وذلك بهدف التوصل الى معاقبة الجاني <sup>3</sup>.

والأصل أن الدعوى الجنائية تختص بها النيابة العامة، غير أن المشرع وضع قيد على بعض الجرائم ، وجعل منها جرائم شكلية لا بد من قيام المجني عليه بتقديم شكوى حتى يتم تحريك الدعوى الجنائية ، هذه الجرائم منصوص عليها في القانون ، وهنا يجب التفرقة بين رغبة المجني عليه في محاكمة مرتكب الجريمة ، وبين تقديم الشكوى ضده ، فالأولى هي نظرت إرادة المجني عليه إلى القصاص من الجاني ، بينما الثانية هي الإفصاح عن تلك الإرادة ، وذلك بتقديم شكوى شفوية أو كتابة ضد مرتكب الجريمة ، والأولى شعور يقوم في نفس المجني عليه، يحمله في طلب القصاص ، باعتبار أنه هو الذي وقعت عليه الجريمة ، فهو أدري وأقدر علي مراعاة العواقب التي تملي عليه طلب القصاص أو العفو ، ولذلك لا يجوز له إيكال أمرها لغيره مهما كان هذا الغير ، بينما يجوز في الثانية أن يباشر الشكوى بنفسه ، أو بواسطة

<sup>1</sup> -راجع / د : أحمد أبو العلاء عقيدة ، مرجع سابق ، ص 19 ، 20.

<sup>2</sup> - راجع / د : محمد رمضان بارة المرجع السابق ، ص 118 .

<sup>3</sup> - راجع / د : إبراهيم حامد طنطاوي ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، الجزء الأول ، الدعوى الجنائية والدعوى المدنية ، مرحلة جمع الاستدلالات، مرحلة التحقيق الابتدائي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2004، ص188 .

وكيله الخاص، وفق ما نصت عليه المادة الثالثة إجراءات جنائية ليبي ، وتكون الحالة الأولى مفترضة التوافر كلما وجدت الشكوى ، إلا إذا بان ما يدل على خلاف ذلك.<sup>1</sup>

أما بشأن الادعاء المباشر فإن القانون يعطي للمضرور من الجريمة الحق بالرجوع علي الجاني بتعويض الضرر الذي لحقه دون المجني عليه، وهذا ما أوضحتته المادة (17) و(224) إجراءات جنائية ليبي، فإذا كان المجني عليه قد مات فإنه لأجل معرفة حقوق الورثة في الدعوى الجنائية ، فيجب التمييز بين نوعين من الجرائم، جرائم القتل بسائر وأنواعه من عمد وخطأ وضرب أفضى إلى موت وبين باقي أنواع الجرائم ، ذلك أن القتل لم يكتسب حق رفع الدعوى المدنية من واقعة القتل ، لا قبلها لأنها لم تكن قد وقعت، ولا بعدها؛ لأن الميت لا يكتسب حقوقاً، وبالتالي ليس للورثة أن يرفعوا الدعوى باعتبارهم ورثة تلقوا الحق من مورثهم، وإنما يكون لهم كما يكون لباقي الأقارب أن يرفعوا بصفتهم الشخصية دعوى علي الجاني ، بطلب تعويض الضرر الذي نالهم هم شخصياً من الجريمة متى كانت وفاة المجني عليه قد أضرت بهم مادياً أو أدبياً ، ولذلك فإن هذا التعويض لا يوزع عليهم طبقاً لأحكام الميراث لأنه ليس من الترك ولكن يقدر الضرر الذي لحق كل واحد منهم ، كما أن صفة الوارث لا تكفي وحدها للتعويض ، بل اللازم هو إثبات الضرر .<sup>2</sup>

هذا الحق المقرر للمضرور من الجريمة لا يثبت للمجني عليه إلا إذا تبث له صفة المضرور من الجريمة ، وأن المجني عليه الذي لم يصبه ضرر مادي أو أدبي من الجريمة يمكن التعويض عنه، ليس له حق تحريك الدعوى المدنية بطريق الادعاء المباشر<sup>3</sup> ، وتبدو الحكمة في قصر حق الادعاء المباشر على المضرور من الجريمة في أن موضوع هذا الادعاء هو المطالبة بالتعويض عن ضرر نشأ مباشرة عن الجريمة ، وبالتالي فإن من له حق فيه، هو من يدعي اصابته بضرر من الجريمة ويطالب بالتعويض عنه.

#### ثانياً / تصنيف المجني عليه:-

كان الفقيه لمبروزو أول من نبه أذهان الباحثين في علم الإجرام إلى دراسة شخصية المجرم علي أساس علمي صحيح<sup>4</sup> ، ذلك بأن قدم تصنيفاً للمجرمين يتمثل في طوائف خمسة ، المجرم بالميلاد ،

<sup>1</sup> - راجع / نقض جنائي ليبي ، جلسة 18. يونيو 1974 م ، السنة 11 ، العدد 2 ، ص 163

<sup>2</sup> - راجع / طعن جنائي مصري جلسة 10 مارس 1955 م ، الطبعة الثانية ص 19 ، وراجع بنفس المعني طعن جنائي مصري جلسة 9 يناير 1957 ، ج2 ، ص41.

<sup>3</sup> - راجع / د : رؤوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، ط 16 ، بدون دار نشر ، 1985 م . ص 175 . وراجع / د: محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، بدون دار نشر ، 1982م ، ص175. وراجع / د مأمون سلامة ، قانون الإجراءات الجنائية ، 1980 ، ص462.

<sup>4</sup> - راجع / د : فوزية عبدالستار ، علم الإجرام والعقاب ، الطبعة الثانية ، دار الحكمة ، 2008 م ، ص 34. 35 .

المجرم بالصدفة ، المجرم المجنون ، المجرم المعتاد ، المجرم بالعاطفي <sup>1</sup> ، ولقد تمثلت فائدة هذه التصنيفات في مساعدة العدالة، باختيار نوع العدالة العقابية التي تتناسب مع درجة خطورة كل فئة من هؤلاء المجرمين وكذلك للدائرة العقابية في اختيار طريقة تنفيذ الجزاء الجنائي بشكل يلائم طبيعة كل مجرم ، ويحقق الغرض المقصود من العقاب <sup>2</sup>.

ويمكن تصنيف المجني عليهم وفقاً لنفس المنهج إلى تقسيمين رئيسيين ، الأول: على أسس قانونية، والثاني: على أسس عضوية ونفسية واجتماعية على النحو التالي :-

**1 - التصنيف المبني على أساس قانوني /** لدينا تقسيمان في التصنيف المبني على أساس قانوني ، أحدهما للأستاذ (مندلسون) والآخر للأستاذ (عزت عبدالفتاح).

**2- تصنيف الأستاذ مدلسون /** سوف نتناول تقسيم الأستاذ مدلسون للمجني عليهم ، والذي قسمهم إلى ستة طوائف تم تناول تقدير هذا التقسيم

### المجني عليهم عند مدلسون

1 - المجني عليه البريء تماماً ، وهذا النوع هو الذي ليس له أي علاقة أو أي دور بوقوع الجريمة ، مثل الطفل المجني عليه ، أو المجني عليه الذي يقع ضحية لجريمة وهو في حالة اللاوعي ، أو الشخص الذي تصيبه رصاصة طائشة أثناء مروره في الطريق ، ويطلق عليها صورة المجني عليه البحثية أو المثالية .

2- المجني عليه الذي يتحمل جزءاً من المسؤولية عن وقوع الجريمة ، ولعل أوضح مثال لهذه الصورة المرأة التي تقوم بإجهاض نفسها بوسائل بدائية ، فتلقي حثفها ، فالمرأة تسببت بأهملها في أن تكون ضحية للجريمة .

3 - المجني عليه المذنب تماماً ولهذا الحالة عدة صور للمجني عليه منها (المجني عليه عمداً) <sup>3</sup> ، كما في حالة الموت بدافع الشفقة ، أو الموت الرحيم ، وهو الذي يحدث نتيجة لتوسلات المجني عليه ، أو تقدمه بطلب لإنهاء حياته أو عدم تقديم العلاج له <sup>4</sup> ، والمجني عليه في حالة الانتحار بطريق الاتفاق كما في حالة الشخصين اللذان يئسا من الحياة فقررا الانتحار في نفس الوقت بطريق المساعدة .

<sup>1</sup> - راجع / د : أحمد عوض بلال ، علم الإجرام ( النظرية العامة والتطبيقات ) الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ نشر ، ص 66. 65. وراجع / د : فرج صالح الهريش ، علم الإجرام ، الدار الاهلية للطباعة والتجليد ، بنغازي ، 1999 ، ص 67. ورتجع / د: عبدالنواب عوض محمد الشوريجي ، دروس في علم العقاب ، دار مينا للطباعة والنشر والتوزيع ، 1996، 97، ص 91.92.

<sup>2</sup> - راجع / د : أحمد أبو العلاء عقيدة ، مرجع سابق ، ص 26.

<sup>3</sup> - eMendelson ' une nouvelle branche . de la science. bipsvcho - sociale : la viet 95. p . 1956 . pol tech. crim . int Rev . " imologie

مشار اليه في مرجع الدكتور أحمد ابو العلاء عقيدة ، مرجع سابق ، ص 27.

<sup>4</sup> - راجع / د : هدى حامد قشقوش ، القتل بدافع الشفقة ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، 1994 م ، ص 55 وما بعدها .

4 - المجني عليه الأكثر اذنابا من الجاني ، وهي توضح في حالة الاستفزاز<sup>1</sup> ، فالمجني عليه الذي يستفز الجاني لارتكاب جريمة عن طريق قتله .

5 - المجني عليه المنفرد بالإذئاب ، وصورته حالة ( الدفاع الشرعي ) ، كما في حالة المجني عليه الذي يبادر بالاعتداء علي الجاني ، فيتمكن هذا الأخير من قتله .

6- المجني عليه ذو الوهم ، وهو الشخص الذي يرفع دعوى على شخص آخر لكي يتوصل إلى الحكم عليه ، عن اعتداء ليس له وجود إلا في مخيلته ، وأنه يدعي على خلاف الحقيقة أنه مجني عليه من هذه الجريمة، وهذه الحالة تكون عند الأشخاص المصابون (بالبارانوما) و (الهستيريا) وبعض كبار السن المصابون (بالشيخوخة) وكذلك بعض الأطفال<sup>2</sup>.

#### نقد تصنيف مندلسون :-

لقد اتسم تصنيف الأستاذ مدلسون للمجني عليه بالتدرج حيث يبدأ بالمجني عليه البريء تماما حتى يصل إلى المجني عليه المسؤول تماما عن الجريمة ، دون أن يتجاهل طائفة من المجني عليهم وهم الخياليين ، وهذا التدرج يقدم بعض الفوائد لرجال القانون ، كما أن هذا التقسيم مفيد من زاوية المجني عليهم عند تقدير مسؤولية الجاني ، وتحديد الجزاء الجنائي المناسب له ، كما أن هذا التصنيف قد أدى إلى تجاوز الفكر التقليدي الذي ينظر إلى الجاني على أنه المسؤول دائما عن الجريمة ، وأن المجني عليه بريء تماما . غير أنه يعاب على هذا التصنيف بأنه لا يمكن تطبيقه قبل ارتكاب الجريمة ، فهو لا يطبق إلا بعد ارتكابه وذلك أنه غير مؤسس على المعطيات البيولوجية والنفسية للمجني عليه ، ومن هنا نجد أن هذا التطبيق لم يتضمن تصنيفا للمجني عليهم حسب استعدادهم للوقوع ضحية للجريمة قبل وقوعها ( المجني عليهم الاحتماليين ) .

#### - تصنيف الأستاذ عزت عبدالفتاح

لقد قسم الأستاذ عزت المجني عليهم إلى طائفة المجني عليهم المحددين أو المعنيين ، وطائفة المجني عليهم غير المحددين أو المعنيين ، اعتماداً على ما هو متبع في تقسيم الجرائم إلى مضرّة بالمصلحة العامة ، وجرائم مضرّة بالأفراد .

<sup>1</sup> - والاستفزاز يكون بدفع الشخص ليدفعه للاعتداء عليه، كما في حالة الاعتداء علي العرض ، وهذا مذهب إليه المشرع الليبي بأن اعتبر ظرف الاستفساز ظرف مخفف بأن نص في المادة ( 375 ) علي أن ( من فوجئ بمشاهدة زوجته أو بنته أو أخته أو أمه في حالة تلبس بالزنا أو في حالة جماع غير مشروع فقتلها في الحال هي أو شريكها أو هما معارداً للاعتداء الماس بشرفه أو شرف أسرته يعاقب الحبس ..... ) .

<sup>2</sup> - Mendelson e . مرجع سابق ، ص 106، 107 ، مشار إليه في مرجع / د : أحمد أبو العلاء عقيدة ، مرجع سابق ، ص 28.

1 - المجني عليهم المحددين أو المعينين ، ووفقاً لهذا التصنيف هو كل شخص طبيعي أو معنوي الذي يحدده المشرع بلفظ الشخص المضرور من الجريمة ، ومن المعروف بالنسبة للشخص الطبيعي يكون مجنياً عليه أثناء حياته بالاعتداء عليه ، مما يسبب القتل أو الاصابات التي تلحق به في جسده ، أو عن طريق الإضرار التي تلحق به في أي حق آخر من حقوقه. وقد يكون الشخص المعنوي مجنياً عليه في ذمته المالية ، أو في سمعته سواء كان الشخص المعنوي عاماً أم خاصاً<sup>1</sup> ، مثل جرائم ذوي الياقات البيضاء<sup>2</sup> ، والدولة قد تكون مجنياً عليها في العديد من الجرائم منها التجسس والخيانة .

2- المجني عليهم غير المحددين أو المعينين، وهنا يكون المجني عليه هو المجتمع كله، وليس كما في المجني عليه المحدد، شخص طبيعي أو معنوي ، إذا المجني عليه هنا هو المجتمع الذي أصابه ضرر في واحدة من تنظيماته، ولهذا النوع من المجني عليه أمثلة كثيرة منها، الاعتداء على السلطة الادارية، والسلطة القضائية، والجرائم الماسة بالسلام الاجتماعي، كنشر الأخبار الكاذبة والإشاعات الضارة بأفراد المجتمع ، أو الدعوة إلى مخالفة القوانين، أو عصيان السلطة العامة، وكذلك الجرائم ضد الثقة العامة، كتزيف العملة وتزوير الأوراق الرسمية، والمجني عليه في كل هذه الجرائم هو النظام العام، أو الصحة العامة ، أو الاقتصاد القومي، أو العقيدة السائدة ، أو العدالة.<sup>3</sup>

#### تقدير التصنيف:-

يلاحظ على هذا التصنيف أنه خلط بين مفاهيم المجني عليه ، حيث إنه وأن كان يمكن اعتبار جريمة نشر الأخبار الكاذبة ، أو الإشاعات الضارة بأفراد المجتمع يمكن اعتبار المجني عليه فيها غير مجدّد، غير أنه لا يمكن اعتباره كذلك في جرائم الدعوة إلى مخالفة القوانين ، أو عصيان السلطة العامة ، فالمجني

<sup>1</sup> - والشخص المعنوي قد يتمثل في النقابات أو الهيئات أو الجمعيات أو الشركات ، أو أى مؤسسة يعترف لها القانون بشخصية مستقلة في شخصه وأعضائها ، أما الشخص المعنوي العام يتمثل في الدولة والبلديات ، والمؤسسات العامة ، وقد يكون خاصاً مثل الشركات المدنية والتجارية والنقابات والاتحادات والجمعيات ..... الخ ، وقد يكون هذا الشخص المعنوي دولي كما الدول والمنظمات الدولية أو المنظمات الإقليمية .

<sup>2</sup> - جرائم ذوي الياقات البيضاء مصطلح يطلق على الجرائم غير العنيفة والمركبة لدوافع مالية من قبل رجال الاعمال ، وأصحاب النفوذ ، ولقد عرفه ادوين سدرلاند عالم في علم الاجتماع ، هذا المصطلح لأول مرة في عام 1939 م بأنه ( جريمة يرتكبها فرد من أفراد ذوي الطبقات الاجتماعية العليا ، وله مكانته المرموقة في نطاق مهنته وتشمل هذه الجرائم ، الاحتيال ، الرشوة ، والاختلاس ، والجرائم الالكترونية ، وانتهاك حقوق الطبع ، وغسيل الاموال ، انتحال الشخصية ، التزيف .

<sup>3</sup> - راجع / E. A. fattah : la \_ victimologie : Qu. est \_ elle et quel est son avenir?

Rev . crim . pol . tech . no . 3 . vol . xxi. 1967 . p . 113 . spec . p . 116.



عليه في هذه الجرائم الأخيرة هي الدولة كشخص معنوي عام . وكذلك الحال في جريمة التعدي على السلطة الادارية أو القضائية فالجني عليه هي الدولة ، ذلك أن هذه الجرائم تعد من الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي ، حيث إن الاعتداء حصل على مرفق من مرافق الدولة.

هذا بالإضافة إلى أن الاعتداء على أحد المصالح العامة، يصاب فيها الافراد بإضرار غير مباشرة ، كما هو الحال في جرائم الاعتداء الأفراد ، فإن المصلحة العامة تصاب فيها بأضرار غير مباشرة . فجريمة الاعتداء على أحد الأفراد بقتله ينتج عنها ضرر بالمصلحة العامة (الدولة) يتمثل في حصول اضطراب الامن ، وكذلك المجتمع لأحد اعضاءه<sup>1</sup>.

### التصنيف المبني على أسس عضوية ونفسية واجتماعية :-

وفي ذلك نجد أن هناك تصنيفاً مبنياً علي معطيات علم الأحياء، وعلم النفس وعلم الاجتماع، لكل من الأستاذ "فون هانتج" والأستاذ "بيير سبيري" .

**تصنيف الأستاذ فون هانتج /** في كتابه علم المجني عليه قام الأستاذ فون هانتج بتقسيم المجني عليه إلى ثلاثة عشر صنفاً، ويمكن ردهم إلى مجموعتين ، الأولى وبناها على أسس عضوية وعقلية ونفسية ، والثانية وبنيت على أسس اجتماعية وثقافية<sup>2</sup>.

**التصنيف المبني على أسس عضوية وعقلية ونفسية**، ويذهب الأستاذ فون إلى أن الأطفال وكبار السن بالإضافة إلى المرأة هم مجني عليهم، ويجمعهم في ذلك الضعف<sup>3</sup>، ويضيف على هؤلاء طائفة أخرى وهم المصابون ببعض الاضطرابات العقلية ، فهم مجني عليهم محتملون ، فهناك مجموعة يمارسون جدبا للجاني نحوهم دون وعي، منهم مدمنو المخدرات والخمور ، والسيكوباتون، المصابون بحالة الاكتئاب<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - راجع / د : أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الطبعة الثالثة ، بدون دار نشر ، 1985 ، ص 11.

<sup>2</sup> - راجع / د : أحمد أبو العلاء عقيدة ، مرجع سابق ، ص 22 ومابعدا .

<sup>3</sup> - إن الخطر المحيط بالفرد يوجد منذ الميلاد ، فيوجد خطر قتل الطفل الرضيع ، ويمكن أن يتعرض الطفل لخطر أخرى خصوصاً في الطبقات الدنيا والأوساط الفقيرة ، حيث يتعرض لسوء المعاملة ولاستغلاله احياناً في جرائم جنسية ، ويكون عرضة لجريمة الخطف . أما المسنين فإنهم يكونوا عرضة للسرقة ، وحتى للقتل لغرض السرقة وتزيد هذه الجرائم بمدى عزلتهم وثرثرتهم . أما المرأة فأنها تكون عرضة للجريمة وبصفة خاصة جرائم العنف (الضرب والجرح) وجرائم العرض ، فالمرأة تهجم في الطريق العام وتعرض لجرائم العنف أو الخطف الذي يعقبه الاغتصاب ، مما قد يدفعها إلى طريق الرد يله واحتراف الدعارة ، كما أنها تكون عرضة للعنف في نطاق الحياة الزوجية .

<sup>4</sup> - فالأشخاص المدمنون للمخدرات وشرب الخمر يكونون عرضة أكثر من غيرهم لأن يكون مجني عليه ، بأن يكون عرضة لجرائم السرقة وكذلك عرضة للاستغلال من قبل من يتاجرون بالجملة في الخمور والمخدرات .



**التصنيف المبني على أسس اجتماعية وثقافية /** ويذهب الأستاذ فون هانتج إلى أن المهاجرين يجدون صعوبات جمة في التأقلم مع المجتمع الجديد ، مما يعرضهم أكثر من غيرهم للمخاطر ، وكذلك الأقليات العرقية أو الدينية يتعرضون للاضطهاد<sup>1</sup>.

تقدير تصنيف فون هانتج / لقد تفادى الأستاذ فون هانتج النقد الذي الموجهه للأستاذ مندلسون بأن صنف المجني عليهم على أساس مدى الاستعداد الخاص بكل واحد منهم للتحويل إلى مجني عليه ، كما أنه أقامة على أسس سابقة غلي وقوع الجريمة، أي أنه ينطبق على المجني عليهم المحتملين. تصنيف الأستاذ بيير سبيري :- في محاولة منه لوضع تقسيمات للمجني عليه مستفيدا من

الانتقادات الموجهه لبعض التقسيمات التي وصفت المجني عليه ، فقد قسم المجني عليه إلى الآتي:

- المجني عليه بالدفعة : وهو الذي تدفع به الصدفة وحدها بأن يكون مجني عليه في جريمة ما .
- المجني عليه العاطفي: وهو الشخص الذي ييح مجني عليه بسبب تغيير مفاجئ في شخصيته .
- المجني عليه المستتر: وهو ذلك الشخص الذي يتوافر لديه استعداد خاص للوقوع ضحية الجريمة نتيجة علاقة خاصة بينه وبين الجاني ترجع في أساسها في الوراثة ، أو أن أحدهما يكمل الآخر من الناحية البيولوجية والنفسية ، كالزوجين مدمني الخمر ، فهولا عرضة أكثر من غيرهم لأن يكونوا مجنياً عليهم .

- المجني عليه المريض: وهو الذي في حالة مرضية ، وخاصة ذلك الذي يتوافر لديه استعداد خاص لذلك ، وإن كان أغلب المجني عليهم أشخاصاً سوياء من الناحية العقلية والعضوية<sup>2</sup>.

**تقدير تصنيف سبيري /** لعل أهم ما يؤخذ على هذا التصنيف هو محاولة سبيري المضى علي خطى لمبروزو في تقسيم المجرمين في علم الإجرام ، فالمجرم بالصدفة يقابله المجني عليه بالصدفة ، وكذلك المجرم المعتاد يقابله المجني عليه المعتاد ، وإن كان هذا النهج يبين لنا أنه لا يمكن تصور المجني عليه ودرسته بمعزل عن بقية أطراف الجريمة .

كما يؤخذ عليه أنه لم يوضح لنا مفهوم المجني عليه العاطفي وبصورة واضحة، وكذلك نجد أن النوع الثالث (المجني عليه المستتر) ، والرابع ( المجني عليه المريض ) متداخلة لديه، فالمجني عليه المستتر قد يكون مصدر كونه مجنياً عليه التكوين البدني أو العقلي، وهذا يجعله متداخلاً مع المجني عليه المريض<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - راجع / د : أحمد ابو العلاء عقيدة ، مرجع سابق ، ص 32.

<sup>2</sup> - راجع / د : أحمد ابو العلاء عقيدة ، مرجع سابق ، ص 35.

<sup>3</sup> - راجع / د : أحمد ابو العلاء عقيدة ، مرجع سابق ، ص 35، 36 .

## المطلب الثاني

### عوامل تحول الفرد الي مجني عليه

#### تمهيد وتقسيم /

لماذا يقع البعض مجنياً عليه في الجريمة دون غيرهم ؟ أو ما هي الاسباب التي دفعت هذا الشخص إلى أن يكون مجنى عليه ؟ وهل يوجد أشخاص لديهم استعداد طبيعي خاص للتحول إلى مجنياً عليه ؟ أي مجني عليه بالميلاد ، أم أن موضوع الشخص المجني عليه مسألة تحكمه الصدفة ؟ الباحثون في علم المجني عليه قدموا تفسيراً بيولوجياً ونفسياً واجتماعياً لظاهرة تحول بعض الأفراد إلى مجني عليهم ، مؤكدين بأن هذا التحول لا تحكمه الصدفة ، ولا يتساوى جميع الافراد في ذلك ، ولذا سوف نعرض ما توصل إليه الباحثين في علم المجني عليه ، مقسمين العوامل التي تساعد في تحول الفرد إلى مجني عليه ، إلى عوامل فردية وعوامل اجتماعية .

**أولاً: العوامل الفردية :-** لقد ذهب الباحث في علم المجني عليه ، إلى أن هناك بعض العوامل الفردية تدفع الشخص إلى أن يكون مجنياً عليه ، متأثرين بأبحاث علم الإجرام، من هذه العوامل ، الوراثة ، والاضطرابات العقلية والنفسية ، التكوين الجسماني والحالة الصحية والجنس ، والسن نتحدث عنها كالاتي :-

1 - العامل الوراثي / ذهب فريق من فقهاء علم الإجرام إلى وجود مجرم بالميلاد يتعرف عليه من خلال مجموعة من الخصائص العضوية المتوارثة عن الانسان البدائي ، وكان للفقهاء لمبروزو الفضل في بداية هذه الأبحاث ، والتي تلاحت بعده علي أيدي أقطاب المدرسة الوضعية ، لاستظهار مدى إمكانية انتقال الاستعداد الإجرامي بالوراثة ، فيكون الفرع مدفوعاً إلى الإجرام لمجرد انحداره من أصل مجرم<sup>1</sup>.

ونحن هنا نتسأل هل يمكن أن تلعب الوراثة نفس الدور في دفع الشخص إلى أن يكون مجنياً عليه ؟ ، وهل توجد علاقة بين الجاني والمجني عليه أساسها الوراثة ؟ ، هنا أجريت دراسات علمية للإجابة على هذا السؤال ، مع أنها لم تستخدم بصورة كبيرة النتائج العلمية في مجال الوراثة<sup>2</sup>.

لعل من أهم النتائج التي توصل إليها العلماء في هذا الجانب ، منها وجود جذب متبادل بين الشخصين المتماثلين أو المتشابهين في التكوين الوراثي ، وهي وللعالم (سيزوندي) في التشابه الوراثي ولقد وضعت هذه النظرية عام 1937 م ، واستخلصت من دراسات أجريت على بعض حالات الأزواج مما يجعلها هي أحد تطبيقات نظرية (القاعدة البيولوجية المتعلقة بالأزواج) ، التي قال بها

<sup>1</sup> راجع / د : أحمد عوض بلال ، علم الإجرام مرجع سابق ، ص 73.

<sup>2</sup> راجع / د : أحمد أبو العلاء عقيدة ، مرجع سابق ، ص 41.

الفقيه ( ستيفل) سنة 1925 م ، ولقد أشارت الإحصاءات التي اعتمدت عليها دراسة هذا العالم إلى أن نسبة الإجماع أعلي في المجرمين منها في عائلات غير المجرمين ، وأن الجرائم الخطيرة تكثر في العائلات الإجرامية الخطيرة ، وإلي أن المجرمين يميلون إلى اختيار شركائهم في الزواج من بين العائلات ذات الوراثة الإجرامية المماثلة لهم <sup>1</sup> .

غير أن السؤال الذي مازال مطروحاً ، هو هل يوجد نوع من الاضطرابات أو الاختلال في الكروموزومات لدى المجني عليه، كما هو الحال لدى بعض المجرمين، وهل هذا الخل خلق لدى الفرد استعداداً خاصاً يصير مجنياً عليه ؟، ولم ترد إجابة إلى حد الآن عن هذا السؤال .

2 - الاضطرابات العقلية والنفسية: على غرار ما وصل إليه الباحثون في علم الإجرام، وصل الباحثون في علم المجني عليه إلى أن الاضطرابات قد تؤدي إلى وقوع الشخص المصاب بها أكثر من غيرة ضحية للجريمة ، ويصبح أكثر استعداداً لأن يصير مجنياً عليه ، وهناك العديد من الحالات التي قد تؤدي بالشخص إلى أن يكون مجنياً عليه ، منها العته فالشخص المعتوه قد يكون عرضة للاستغلال من قبل الآخرين ، ويمكن أن يكون مجنياً عليه في كل الجرائم ، كذلك الإصابة (بالبارانوما ) وبسبب تصور هذا الشخص المصاب بهذه الحالة ، أو شعوره الخيالي بالاضطهاد ، فهو عرضة أن يكون ضحية للجريمة ، كذلك إدمان المخدرات والخمور ، فهؤلاء الفئة يكونون عرضة أكثر من غيرهم لأن يكونوا ضحية للجريمة ، خصوصاً لجرائم السرقة والقتل ، وكذلك للاستغلال من قبل تجار الجملة للخمور والمخدرات ، كذلك المجني عليهم الخياليون الذين يتحولون إلى مجني عليهم حقيقيين في الغالب ، كما أن علماء علم الإجرام قد لاحظوا أن صفة من صفات الشخص الكامنة قد تظهر فجأة فتحوله من جاني إلى مجني عليه أو العكس ، كما أن هناك بعض الصفات النفسية قد تتوافر في شخص معين فتحوله إلى مجني عليه ، بأن يكون ضحية للجريمة ، مثل البخل والجشع ، وكثرة الأوهام ، فعلى سبيل المثال توافر صفة الجشع لدى شخصين بأن توضح الحالة النفسية لديهما ، بأن يصبح احدهما نصاباً وتحول الآخر إلى ضحية ، بأن يكون الأول أكثر دهاء من الثاني <sup>2</sup> .

3 - التكوين الجسماني والحالة الصحية: إصابة الأفراد ببعض العاهات الجسمانية ، مثل العمي والصمم والبكم ، أو أى إصابة جسمانية تقلل من قدرات الشخص على مواجهة الجناة، أو الدفاع عن نفسه ، يجعله أكثر عرضة من غيره من الأشخاص الأسوياء ، بأن يكونوا عرضة للجريمة ، فيكونون مجنياً عليهم في بعض الجرائم ، وكذلك الأشخاص المرضى ، فإنهم يكونون أكثر عرضة للوقوع كضحية

<sup>1</sup> راجع / د : أحمد عوض بلال ، علم الإجرام مرجع سابق ، ص 76.

<sup>2</sup> - راجع / د : أحمد ابوالعلاء عقيدة ، مرجع سابق ، ص 44.

للجرائم ، حيث إنهم غير قادرين على دفع الاعتداء الذي قد يقع عليهم في أنفسهم ، أو أموالهم ، أو أعراضهم ، وبالتالي فإنهم يكونون مجنياً عليهم أكثر من غيرهم من الأصحاء.

4 - السن : هناك تناسب طردي إلى حد كبير بين السن وبين معدل احتمال سقوط الأشخاص ضحايا للجرائم، فكل مرحلة من مراحل السن لديها مخاطرها الخاصة ، مع ملاحظة أن نسبة هذه المخاطر تختلف باختلاف الزمان والمكان، ومع ذلك فإن هناك اتفاق بأن الخطر المحدق بالشخص يوجد منذ الميلاد، بل حتى قبل ميلاده فقد يعترض الجنين للإجهاض، وإن كان هناك خلاف فقهي حول المجني عليه هل هو المجني عليه أم الأم<sup>1</sup> ، فخطر قتل الوليد (الطفل الرضيع) كما في حالات قتل الوليد صيانة للعرض في حالة الحمل السفاح ، ونسبة هذه الفئة من المجني عليهم تتضاعف مع نفس الفئة العمرية من الأطفال الشرعيين ، وفي مرحلة ثانية من عمر الطفل خصوصاً من الطبقات الدنيا والمتوسطة الفقيرة ، حيث يتعرض أطفال هذه الطبقات المجتمعية لسوء المعاملة والاستغلال وخصوصاً في الجرائم الجنسية ، كما إنهم يكونون أكثر عرضة لخطر الخطف نتيجة لضعف الأطفال، وإلى ضيق نطاق علاقاتهم الاجتماعية<sup>2</sup>، والمراهقون وهم الأطفال في الفئة العمرية من 12 إلى 17 سنة تقريباً<sup>3</sup> ، وفي هذه المرحلة نجد أن أصحاب هذه الفئة السنية يقضون معظم أوقاتهم خارج البيت مما يجعلهم معرضين لدفعهم من غيرهم إلى ارتكاب الجرائم ، وسقوط عدد منهم كمجني عليهم<sup>4</sup> ، في جرائم العنف وخاصة في الفترة الليلية ، حيث إن هذه في الظروف يسهل وقوعهم كضحايا للجريمة<sup>5</sup>.

أما بالنسبة لمرحلة الشيخوخة، ونتيجة للتقلص الملحوظ في الأنشطة وحيوية الجسم ، وكذلك إحساس أصحاب هذه السن بانعدام الآمان، والشعور بعدم الرضا عما حققه الشخص في حياته<sup>6</sup>، ولذلك فإن الفئة العمرية للمسنين يلاحظ إنهم معرضون لخطر السرقة، وحتى القتل والذي يتم عادة بقصد السرقة ، وأن كانت نسبة الجرائم ضد المسنين تزداد بقدر عزلتهم ومدى ثراءهم<sup>7</sup>، وإن كان هناك أبحاث أخرى ذهبت إلى غير ذلك<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - راجع / د : فوزية عبدالستار ، مرجع سابق ، 96 .

<sup>2</sup> - راجع / د : فرج صالح الهريش ، المرجع السابق ، ص 233 ، 234 .

<sup>3</sup> - راجع / د : أحمد عوض بلال ، علم الإجرام مرجع سابق ، 258-

<sup>4</sup> - راجع / د : فوزية عبدالستار ، مرجع سابق ، ص 96.

<sup>5</sup> - راجع / د : أحمد ابوالعلاء عقيدة ، مرجع سابق ، ص 45 ، 46 ..

<sup>6</sup> - راجع / د : أحمد عوض بلال ، علم الإجرام مرجع سابق ، 258-

<sup>7</sup> - راجع / د : أحمد ابوالعلاء عقيدة ، مرجع سابق ، ص 45 ، 46 ..

<sup>8</sup> - حيث ذهبت بعض الأبحاث إلى أن نسبة سقوط المسن ضحية للجريمة منخفضة مقارنة بالأخطار التي يتعرض لها الأشخاص من أعمار أخرى ، ويرجع ذلك إلى إنهم وبسبب عمرهم وعجزهم حيث يقضون معظم أوقاتهم في منازلهم فتتخفف بذلك فرص مهاجمتهم.

5 - الجنس: لقد ذهبت إحصائيات علم الإجرام إلى أن إجرام المرأة أقل من إجرام الرجل<sup>1</sup>، أما أبحاث علم المجني عليه فقد أثبتت أن المرأة أكثر عرضة من الرجل لوقوعها ضحية للجريمة خاصة في بعض الجرائم، مثل جرائم العنف (الضرب والجرح) وجرائم العرض، ففي العادة النساء هن من يتبعن في الطريق العام، ويتعرضن لجرائم العنف، و الخطف الذي يتبعه في العادة الاغتصاب، وهو ما قد يؤدي بها إلى طريق الرذيلة مكرهه، كما أن المرأة قد تكون ضحية للعنف في نطاق العلاقات الزوجية، وعلى غرار نتائج الأبحاث المتعلقة بعلم الإجرام والتي أثبتت دور العوامل الفسيولوجية التي تمر بها المرأة ودورها في حالتها النفسية التي قد تدفعها إلى ارتكاب بعض الجرائم، مثل الدورة الشهرية، والحمل، وبلوغ سن اليأس<sup>2</sup>. إلى غير ذلك، فإنه يستحسن بنا العمل على دراسة هذه العوامل لمعرفة مدى تأثيرها على المرأة لدفعها أن تكون مجنناً عليها<sup>3</sup>.

**ثانياً: العوامل الاجتماعية :-** لقد كان الفضل في بيان أهمية العوامل الاجتماعية في تفسير الظاهرة الإجرامية، للفقهاء الإيطالي (أنريكو فيري) بعد أن اقترح علماً جديداً، أطلق عليه اسم "علم الاجتماع الجنائي"، اعترف فيه بدور العوامل الاجتماعية في تسبب الجريمة<sup>4</sup>، وفي مجال علم المجني عليه فإن هناك عدداً من العوامل الاجتماعية تزيد من فرص وقوع الأشخاص ضحية للجريمة قياساً بغيرهم من الأشخاص الذين لا يتواجدون في مثل هذه الظروف الاجتماعية، لعل أهم هذه الظروف "العوامل الاجتماعية المهنية التي يمارسها الشخص، وكذلك الوضع الاجتماعي لهذا الشخص، وأسلوب حياته، ووضعه الاقتصادي، وسنتناول هذه العوامل الاجتماعية على التوالي.

**1 - مهنة الفرد /** تؤثر المهنة التي يباشرها الفرد على ظاهرة الإجرام<sup>5</sup>، وهذا ما وصلت إليه أبحاث علم الإجرام من خلال الإحصائيات الجنائية، التي أكدت بأن بعض المهن تعتبر عاملاً مباشراً أو غير مباشر في الجريمة<sup>6</sup>، وكذلك نجد أن أبحاث علم المجني عليه تؤكد بأن هناك بعض المهن تؤدي إلى

<sup>1</sup> - راجع / د : محمود نجيب حسني ، مرجع سابق ، دروس في علم الإجرام والعقاب ، بدون دار نشر ، 1982 ، ص 34. وراجع / د : أحمد عوض بلال ، مرجع سابق ، ص 243 . وراجع / د : يسري انور ود امال عثمان ، اصول علم الإجرام ، 1982 ، ص 219

<sup>2</sup> - راجع / فوزية عبدالستار ، مرجع سابق ، ص 92 ، وراجع / د : فرج الهريش ، مرجع سابق ، ص 225 ، وراجع م د : محمود نجيب حسني ، مرجع سابق ، ص 39 . وراجع / د : أحمد عوض بلال ، مرجع سابق ، ص 247.

<sup>3</sup> - راجع / د : أحمد ابوالعلاء عقيدة ، مرجع سابق ، ص 47،

<sup>4</sup> - راجع / د : فرج صالح الهريش ، المرجع السابق ، ص 321.

<sup>5</sup> - راجع / د : فوزية عبدالستار ، مرجع سابق ، ص 157.

<sup>6</sup> - راجع / د : محمود نجيب حسني ، مرجع سابق ، ص 198.، وراجع / د : يسري انور ود امال عثمان ، اصول علم الإجرام ، مرجع سابق ، ص 299 .

تعرض مزاوليها لمخاطر الجريمة ووقوعهم كمجني عليهم فيها، فالذين يمتنون مهنة الصرافة وموظفو البنوك يكونون عرضة أكثر من غيرهم لجرائم السرقة، والاعتداء عليهم لغرض السرقة، وكذلك نجد رجال الشرطة يكونون عرضة للجريمة أيضا، ذلك أنهم يتعاملون مع أفراد في العادة يكونون خارجين عن القانون، فهم يكونوا عرضة لجرائم القتل وكذلك الاعتداء، كما أن أبناء رجال الشرطة يكونون عرضة للاعتداء أو الخطف للتأثير عليهم من قبل هذه الطائفة من الخارجين عن القانون، كما نجد أن الأطباء عرضة لجرائم القتل من بعض مرضاهم، وخصوصاً المرضى المصابين بأمراض قد تزيد من دوافع ارتكاب الجرائم كما في حالة المصاب بمرض "البارانويا"، حيث قام طبيب فرنسي عام 1933 م بدراسة علي الأطباء الذين قد يقعون ضحية القتل والجرح من قبل مرضاهم، فتوصل إلى أن ما بين 3 إلى 7 أطباء سنوياً يقعون ضحايا لمرضاهم<sup>1</sup>.

كما أن الدبلوماسيين وخصوصاً في السنوات الأخيرة كانوا عرضة لجرائم القتل والخطف<sup>2</sup>، وذلك بسبب انتشار العصابات الإرهابية، أو الحركات الثورية المناهضة لنظام الحكم القائم في الدولة التابعين لها<sup>3</sup>، كذلك فإن سائقي سيارات الأجرة يقعون كضحايا لجرائم السرقة، حيث إنهم يعملون في أوقات متأخرة في الليل وينقلون الركاب إلى مناطق نائية، مما يجعلهم عرضة أكثر من غيرهم لمثل هذه الجرائم.

**ثانياً / الوضع الاجتماعي للفرد:-** المهاجرون والأقليات من سلالة مختلفة، أو من أديان مختلفة يتعرضون لارتكاب الجرائم ضدهم أكثر من غيرهم، ويرجع ذلك لصعوبة تدرجهم والتكيف في المجتمع من ناحية، والأساليب العنصرية والاضطهاد ضدهم من ناحية ثانية، ولعل أوضح الأمثلة هو مايتعرض له المهاجرون غير الشرعيين الأفارقة من عصابات تهريب البشر في ليبيا من قتل والاعتداء البدني واغتصاب الفتيات، والابتزاز، وإلى غير ذلك من الأعمال الإنسانية.

أما بشأن الأساليب العنصرية والاضطهاد ضد الأقليات، كما يحصل في الولايات المتحدة الأمريكية ضد السود، وماكان يحصل للأفارقة في جنوب أفريقيا إبان التمييز العنصري للمواطنين السود، وكذلك مايتعرض له المسلمون في الميانمار والهند وبعض الدول الأوروبية، فهذه الأقليات الدينية المسلمة تتعرض لجميع أنواع التعذيب القتل والاعتقال، وإلى غير ذلك، وقد يصل الأمر إلى إجبارهم علي تغيير معتقداته الدينية، كما نشير إلى ما يمارسه الصهاينة في فلسطين المحتلة ضد العرب الفلسطينيين، هذه الأمثلة تبين لنا مدى تأثير الوضع الاجتماعي للفرد علي تحوله إلى مجني عليه.

<sup>1</sup> - راجع / د : أحمد أبو العلاء عقيدة، مرجع سابق، ص 49.

<sup>2</sup> - كما في قتل القنصل الأمريكي بينغازي ليبيا، وخطف السفير الاردني في مدينة طرابلس.

<sup>3</sup> تعرض الدبلوماسيين الانراك للاعتداء عليهم بالقتل في العديد من عواصم العالم من قبل جبهة تحرير ارمينيا.

ثالثاً/ أسلوب حياة الفرد:- أن الأشخاص الذين يعيشون في عزلة يكونون عرضة أكثر من غيرهم؛ لأن يكونوا مجنياً عليهم ، وعرضه للاعتداء عليهم في جرائم مختلفة ، حيث اتبنت بأن المجرمين يبحثون عن ضحاياهم بين الذين يعيشون في عزله ، حيث إنه يصعب اكتشاف الجريمة والوصول للجنة ، ولقد أثبتت بعض الأبحاث بأن هناك علاقة قوية بين الفرد الضحية للجريمة ، والوقت الذي يقضيه خارج بيته (في الأماكن العامة) ، وهذا ما أثبتته الدراسة التي أجريت في مدينة (فان كوفر \_ بكندا) سنة 1979 م<sup>1</sup> ، تفسر ذلك ذهبوا في أبحاث علم الإجرام إلى أن ارتفاع درجات الحرارة في فصل الصيف وطول الوقت الذي يقضيه الناس خارج بيوتهم ، وتواجدهم في الأماكن العامة ، وهو مما يزيد من فرص الاحتكاك مع الغير ، كما أن ارتفاع درجات الحرارة تزيد من الحيوية والنشاط ، فيصبح الشخص أكثر استعداداً للانفعال ، ويشدد توقد العواطف ، وتزداد الغريزة الجنسية تيقظاً والميل للجنس الآخر مما يترتب عليه الاعتداء علي الجنس الآخر ، وهو ما يكون المرأة فيه مجنياً عليها<sup>2</sup> ، كما أن طول البقاء خارج المنزل قد يترتب عليه تعرض الشخص لجرائم السرقة والنصب<sup>3</sup> .

كما أن المنحرفين قد يكونون عرضة للجريمة بأن يكونوا مجنياً عليهم من قبل شركائهم في الانحراف ، وكذلك العاهرات (ممارسات البغاء) يكن عرضة لبعض الجرائم من القوادين ومدمنو المخدرات والخمور أيضاً لجرائم ممن يقدمون لهم المخدرات والخمور ، وقد ترتكب ضدهم جرائم الضرب أو القتل .

**4 - الوضع الاقتصادي للفرد :** إن الوضع الاقتصادي للأفراد يلعب دوراً هاماً في تحولهم إلى مجني عليهم ، وذلك أن الفرد كلما كان ثرياً كلما كان عرضة لجريمة السرقة والخطف بقصد الحصول علي الاموال<sup>4</sup> ، كما أن أطفالهم يكونون عرضة أيضاً للخطف بقصد ابتزاز أهلهم للحصول على مبالغ مالية ، كفدية مقابل الإفراج عنهم ، وهذا ما شهدناه للأسف كثيراً في ليبيا بعد أحداث عام 2011 م .

<sup>1</sup> - راجع / د : أحمد أبو العلاء عقيدة ، مرجع سابق ، ص 51 .

<sup>2</sup> - راجع / د : فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص 144 وما بعدها . وراجع / د : فرج صالح الهريش ، مرجع سابق . ص 249 وما بعدها .

<sup>3</sup> راجع / د : رؤوف عبيد ، أصول علمي الإجرام والعقاب ، بدون دار نشر ، 1982 م ، ص 165 .

<sup>4</sup> - راجع / د : أحمد أبو العلاء عقيدة ، مرجع سابق ، ص 52 .

### الخاتمة

بعون الله وتوفيقه كنت قد تناولت بالبحث موضوع المجني عليه وعوامل اكتسابه هذه الصفة ، فتناولت هذا الموضوع في مبحثين ، المبحث الأول وخصصته لتعريف المجني عليه وتصنيفه فعرفت المجني عليه أولاً ، ثم فرقت بينه وبين المضرور من الجريمة ثانياً ، ثم تناولت ثالثاً بالبحث تصنيف المجني عليه. وتناولت في المبحث الثاني العوامل التي تؤثر في الفرد فتحوله إلى مجني عليه، ودرست دور العوامل الفردية في تحول الفرد إلى مجني عليه أولاً، ثم تناولت ثانياً دور العوامل الاجتماعية في هذا التحول.

ومن خلال هذه الدراسة تبين أن علماء المجني عليه مازالوا في بداية الطريق للإجابة على الأسئلة التي طرحتها في بداية هذا البحث، كما أن أساتذة القانون وأساتذة علم الاجتماع وعلم النفس وكذلك الأطباء لم يقيموا بدورهم في هذا الشأن ، خصوصاً بأن بلدنا ليبيا اليوم تعاني من انتشار الجريمة بجميع أنواعها مما يهدد هذه الدولة علي جميع الأصعدة السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، خصوصاً أن معظم مرتكبي هذه الجرائم من فئة الشباب المراهقين ، بعد أن فقدت الأسرة دورها في توجيه أبنائها وكذلك كل المؤسسات الاجتماعية والتربوية ، وانخرط معظم هؤلاء الشباب في التشكيلات المسلحة لأجل الحصول الأموال بغية الشراء السريع، من خلال ممارسة أعمال تعد جرائم كجرائم القتل العمد والحراية والسرقة بالقوة وتاجرة بالمخدرات وتهريب البشر من خلال الهجرة غير الشرعية ووصل بهم الأمر إلى التجارة بالأعضاء البشرية والمجني عليه في هذه الجرائم يتم إلقاؤهم في مكب القمامة ، هذا الانتشار المروع للجريمة يكاد أن يقضي علي النسيج الاجتماعي ولحمته الوطنية وجعل المجتمع بكامله مجنياً عليه مما يتطلب من الجميع الوقف في وجه هذه الظواهر الإجرامية البغيضة، والبحث عن عوامل تحول الفرد إلى مجني عليه، هذا الأمر يتطلب مني ضرورة التوصية بإقامة مراكز بحثية تتعلق بإيضاح دور العوامل الفردية والاجتماعية في تحول الفرد إلى مجني عليه من عدمه .

والله ولي التوفيق



## قائمة بأهم المراجع

- 1 - إبراهيم حامد طنطاوي ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، الجزء الأول ، الدعوى الجنائية والدعوى المدنية ، مرحلة جمع الاستدلالات ، مرحلة التحقيق الابتدائي ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، 2004 .
- 2 - أحمد أبو العلاء عقيدة ، المجني عليه ودوره في الظاهرة الإجرامية ، الطبعة الثانية ، دار الفتح للطباعة ، 1991 .
- 3 - أحمد عوض بلال ، علم الإجرام ( النظرية العامة والتطبيقات ) الطبعة الأولى دار النهضة العربية ، بدون تاريخ نشر
- 4 - أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الطبعة الثالثة ، بدون دار نشر ، 1985 .
- 5 - أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، القسم العام ، بدون دار نشر ، 1981 م .
- 6 - جندي عبدالملك ، الموسوعة الجنائية ، الجزء الثالث ، بدون دار نشر ، 1963 م .
- 7- رؤوف عبيد ، أصول علمي الإجرام والعقاب ، بدون دار نشر ، 1982 م .
- 8 - رؤوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، ط 16 ، بدون دار نشر ، 1985 م
- 9 - عبد العزيز عامر ، شرح الأحكام العامة للجريمة في القانون الجنائي الليبي ، دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية ، منشورات جامعة قار يونس ، بدون تاريخ نشر .
- 10 - عبد التواب عوض محمد الشوريجي ، دروس في علم العقاب ، دار مينا للطباعة والنشر والتوزيع ، 1996 ، 1997 م .
- 11- فرج صالح الهريش ، علم الإجرام ، الدار الأهلية للطباعة والتجليد ، بنغازي ، 1999 .
- 12- فوزية عبد الستار ، علم الإجرام والعقاب ، الطبعة الثانية ، الطبعة الثانية ، دار الحكمة ، 2008
- 13 - مامون سلامة ، قانون الإجراءات الجنائية ، بدون دار نشر، 1980 م .
- 14 - مأمون سلامة ، قانون العقوبات القسم العام ، بدون دار نشر ، 1979 م .
- 15 - محمد رمضان بارة، شرح القانون الجنائي الليبي- الأحكام العامة ، الجزء الأول، الجريمة ، الطبعة الثالثة، بدون دار نشر، 2000 م.
- 16 - محمود محمود مصطفى، حقوق المجني عليه في القانون المقارن، الطبعة الأولى ، بدون دار نشر ، 1975 م .
- 17 - محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، بدون دار نشر ، 1979 م .

- 18 - موسى مسعود ارحومة ، الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي ، الجزء الأول، النظرية العامة ، الطبعة الأولى ، منشورات قاريونس ، 2000 م.
- 19 - هدى حامد قشقوش ، القتل بدافع الشفقة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، 1994 م .
- 20 - يسري أنور، شرح قانون العقوبات النظرية العامة، دار الثقافة الجامعية ، 1995م.
- 21 -يسري أنور ود امال عثمان ، اصول علم الإجرام ،بدون دار نشر ، 1982 .

#### كتب أجنبية/

- 1- p.bouzat . et j. finat :trait : 'teate theavigue et pratigue de droit 't . i . p 588 . E zzat Abdel fattah. art prec. rev . int . crim . pol . tech 1967
- 2- E. A .fattah : la \_ victimologie : Qu. est \_ elle et quel est son avenir?
- 3 - Rev . crim . pol . tech . no . 3 .vol . xxi. 1967 . p . 116. 113 spec .
- 4 - ndelsohn " la victimologie et los besoins de le societe actueile" Rev . int . CRIM po 1 . tech . 1973

#### الرسائل العلمية

- 1 - حسني محمد السيد ، رضا المجني عليه وآثاره القانونية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1963
- 2 - عادل محمد الفقهي ، حقوق المجني عليه في القانون الوضعي مقارناً بالشرعية الإسلامية ، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ، 1984
- 3 - عبد الوهاب العشماوي ، الاتهام الفردي أو حق الفرد في الخصومة الجنائية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1952

#### بحوث ومقالات

- 1 - حسين عبيد ، شكوى المجني عليه ، مجلة القانون والاقتصاد ، س 44 ، 1974 .



السياسة الجنائية لمكافحة جريمة تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية فى القانون  
الليبي والمقارن - دراسة مقارنة -

للدكتور : محمد محمود الشركسي

أستاذ القانون الجائي المشارك كلية القانون – جامعة بنغازي

## مُكَلِّمَاتُ

بات انتشار المواد المخدرة والمؤثرات العقلية الغير مشروعة خطراً داهماً يهدد البشرية أكثر مما تهددها أسلحة الدمار الشامل، فتعاطى المخدرات والمؤثرات العقلية ينتشر بين الذكور والإناث من مختلف الأعمال في معظم مجتمعات وبلدان المعمورة المتقدمة والنامية على السواء، ومن سلبيات التقدم العلمى الذى يشهده العالم حالياً زيادة أنواع المخدرات واستنباط أنواع جديدة منها، الامر الذى ترتب عليه إتساع دائرة تعاطى المخدرات والمؤثرات العقلية وزيادة نطاق الإدمان عليها.

### أهمية الدراسة:

إن المواجهة التشريعية تعتبر من أهم ميادين هذه المجابهة، حيث يقوم بتأثير الأفعال المتصلة بهذا النشاط - تعاطى المخدرات والمؤثرات العقلية - والعقاب عليها بدوره كقوة ردع أساسية فى درء خطورة ظاهرة تعاطى المخدرات والمؤثرات العقلية.

### أهداف الدراسة:

- (1) تعريف تعاطى المخدرات والمؤثرات العقلية فى الشريعة الإسلامية واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لسنة 1998م، وقانون المخدرات الليبى، والفقهاء.
- (2) بيان أركان جريمة تعاطى المخدرات والمؤثرات العقلية فى الشريعة الإسلامية والقانون الليبى.
- (3) بيان عقوبات تعاطى المخدرات والمؤثرات العقلية فى الشريعة الإسلامية والقانون الليبى.

### تساؤلات الدراسة:

- (1) ما المقصود بالمخدرات والمؤثرات العقلية؟
- (2) ما حكم جريمة تعاطى المخدرات والمؤثرات العقلية فى الشريعة الإسلامية؟
- (3) ما هو موقف التشريع الليبى من جريمة تعاطى المخدرات؟

### منهج الدراسة:

لقد انتهجت فى إعداد هذا البحث الطريقة المقارنة بين الفقه الجنائى الإسلامى والقانون الوضعى، ونظراً للاختلاف فى المنهج الذى انتهجه كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وشرح القانون الوضعى فى

تناول موضوع البحث، فقد رأيت أن أبحث كل مسألة من مسائل هذا الموضوع أولاً في الفقه الجنائي الإسلامي، ثم انتقل بعد ذلك إلى بحث هذه المسألة في القانون الوضعي، مراعيًا في ذلك عدم التكرار، ثم أدلى بدلولي في هذه المسألة.

### خطة الدراسة:

المبحث الأول: مضمون تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية.

المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي من تعاطي المخدرات والمؤثرات.

المبحث الثالث: جريمة تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية في القانون الليبي.

المبحث الرابع: عقوبات تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية والإعفاء عنها في القانون الليبي.

المبحث الخامس: التدابير الوقائية.

الخاتمة.

## المبحث الأول

### مضمون تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية

لم يتفق على تعريف محدد بالمقصود بالمخدرات والمؤثرات العقلية سواء على المستوى الفقهي أو التشريعي في ليبيا، فقد كثرت تعريفات الفقه وتعددت ودارت كلها حول المواد التي إذا أساء استخدامها فإنها تهدد صحته العامة بأخطار فادحة، وسوف نتناول في هذا المقام مفهوم المخدرات وبيان خصائصها، أثر تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية على الصحة وذلك في المطلبين التاليين:

## المطلب الأول

### مفهوم تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية وبيان خصائصه

نتناول في هذا المطلب الأول تعريف المخدرات والمؤثرات العقلية في الفرع الأول، وخصائص جريمة تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية في الفرع الثاني، وفي ذلك فيما يلي:

## الفرع الأول: تعريف المخدرات والمؤثرات العقلية

**المخدرات في اللغة:** مشتقة من لفظ خدر، والخدر الستر وجارية مخدرة إذا لزم الخدر، أى تسترت به فلم يرها أحد، وخدرته المقاعد إذ قعد طويلاً حتى خدرت رجلاه، وخدرت عظامه أى فترت، وخدر النهار إذا لم تتحرك فيه ريح ولم يوجد فيه روح<sup>(1)</sup>

**وفي الاصطلاح:** (ما يغيب العقل والحواس دون أن يصحب ذلك نشوة وسرور)<sup>(2)</sup>، وقيل هى: (ما يترتب عليه تغطيه العقل لا مع الشدة المطربة)<sup>(3)</sup>.

**تعريف المخدرات والمؤثرات العقلية فى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لسنة 1998م<sup>(4)</sup>:** عرفت هذه الاتفاقية المخدرات بنصها فى مادتها (1/ن) بأنه: يقصد بتعبير المخدر، أية مادة طبيعية أو صناعية من المواد المدرجة فى الجدول الأول والجدول الثانى من الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961م، ومن تلك الاتفاقية بصيغتها المعدلة ببرتوكول سنة 1972م.

وكانت الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961م<sup>(5)</sup> وتلك الاتفاقية بصيغتها المعدلة قد انطوت على نص المادة (1/ى) والذى جاء بأنه (يقصد بتعبير المخدر، كل مادة طبيعية أو تركيبية من المواد المدرجة فى الجدولين أول والثانى). وفى المادة (1/ف) قررت الاتفاقية أنه يقصد بتعبير الجدول الأول والجدول الثانى والجدول الثالث والجدول الرابع، قوائم المخدرات أو المستحضرات التى تحمل الأرقام،

(1) محمود بن عمر بن محمد بن أحمد الخوارزمي الزمخشري جار الله، أو القاسم، أساس البلاغة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، الطبعة الثالثة، سنة (1985م)، ص 170؛ زيد الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي المتوفى سنة (666هـ)، مختار الصحاح، ترتيب: السيد محمود طاهر، دار التراث العربى للطباعة والنشر، ص170.

(2) أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي المتوفى سنة (684هـ)، الفروق، عالم الكتب، القاهرة، بدون تاريخ، ج1، ص215.

(3) أحمد بن محمد بن على بن حجر الهيتمي السعدى الأنصارى، شهاب الدين أبو العباس المتوفى سنة (974هـ)، الزواجر عن اقتراف الكبائر، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (1407هـ)، ج1، ص354.

(4) *United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and psychotropic substances 1998.*

(5) *Single Convention on narcotic drugs 1961 United Nations, publication New York 1979.*

والمرفقة بصيغتها المعدلة من حين إلى آخر وفقاً لأحكام المادة (3). ووفى المادة (1/ف) قررت الاتفاقية أنه يقصد بتعبير المستحضر كل مزيج جامد أو سائل به مخدرة.

وعرفت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لسنة 1988م، المؤثرات العقلية في المادة (1/ص) بقولها: (يقصد بتعبير المؤثرات العقلية أية مادة طبيعية كانت أو صناعية أو أية منتجات طبيعية مدرجة في الجدول الأول والثاني والثالث والرابع من اتفاقية المؤثرات العقلية لسنة 1971م).

وكانت اتفاقية المؤثرات العقلية لسنة 1971م<sup>(1)</sup> قد نصت في مادتها (1/هـ) على أنه يقصد بتعبير المؤثرات العقلية، كل المواد سواء أكانت طبيعية أو تركيبية وكل المنتجات الطبيعية المدرجة في الجدول الأول والثاني و الثالث والرابع، وأضافت اتفاقية المؤثرات العقلية في المادة (1/و) أنه يقصد بتعبير مستحضر كل محلول أو مزيج مهما كانت هيئته الطبيعية يحتوى على مادة أو أكثر من المؤثرات العقلية، أو كل مادة أو أكثر من المواد العقلية تكون في شكل جرعات.

#### تعريف تعاطى المخدرات فى القانون الليبي:

لم يضع المشرع الليبي تعريفاً لفعل (التعاطى)، وقد يرجع ذلك إلى أن هذا الفعل من الوضوح في معناه، بحيث لا يحتاج إلى وضع تعريف له، وإن كان الأمر يقتضى الرجوع إلى أقوال الفقه وأحكام القضاء، وقد يبرز معنى التعاطى في استعمال الجاني للمادة المخدرة، وقد يبرز هذا المعنى من خلال الأفعال المتصلة به، والتي جاءت في نصوص القانون، وهى أفعال التقديم للتعاطى بمقابل أو بغير مقابل، والتسهيل للتعاطى وإعداد أو تهيئة أو إدارة مكان لتعاطى المخدرات.

وقد عرف القانون المخدرات والمؤثرات العقلية في المادة الأولى مكرر الفقرة الأولى من القانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم (7) لسنة 1990م<sup>(2)</sup> بأنها: (مادة ضارة بالإنسان يترتب على تعاطيها وحيازتها وجلبها وتصديرها وإنتاجها واستخراجها وصنعها وشراؤها وبيعها والتعامل فيها بأى وجه إلحاق الضرر بالمجتمع وقيمه وأخلاقه وعقديته وتعتبر هذه الأفعال محرمة يعاقب عليها وفقاً للقانون).

<sup>(1)</sup> Vonvention on psychotropiesubstanees 1971- United Nations publication New York 1977.

<sup>(2)</sup> قانون رقم (19) لسنة 1423هـ بشأن إضافة حكم للقانون رقم (7) لسنة 1990م بشأن المخدرات والمؤثرات العقلية.

ولم يطلق المشرع المصرى التجريم بالنسبة لأى مخدر، وإنما عمد إلى تحديد أنواع المخدرات التى تشملها دائرة التجريم على سبيل الحصر فى جداول أحققها بالقانون، فذكر فى الجدول الأول المواد المعتبرة مخدرة، وشمل الجدول الثالث المواد التى تخضع لبعض قيود الجواهر المخدرة، وحدد الجدول الرابع الحد الأقصى لكميات الجواهر المخدرة الذى لا يجوز تجاوزه فى وصفة طبية واحدة، ثم حصر الجدول الخامس النباتات الممنوع زراعتها، وبين الجدول السادس أجزاء النباتات المستثناة من أحكام هذا القانون.

وقد نصت المادة الأولى من قانون مكافحة المخدرات على أن: (تعتبر جواهر مخدرة فى تطبيق أحكام القانون المبينة فى الجداول رقم (1) الملحق به، ويستثنى منها المستحضرات المبينة فى بالجدول رقم (2).

ويأخذ حكم المادة المخدرة النبات المخدر بكل أجزائه وفى جميع مراحل نموه، وكذلك بذور هذه النبات، فعلى الرغم من أنه قد لا يحدث التخدير بذاته إلا أن المشرع قد أسبغ عليه حكم المادة المخدرة، لأنه يؤدى فى النهاية إلى إنتاج المخدر، وذلك رغبة منه فى إحكام دائرة الحماية ضد المخدرات، وقد حدد هذه المواد بالجدول رقم (5) الملحق بالقانون (1)، وقد استثنى المشرع المصرى من أحكام هذا القانون بعض أجزاء هذه النباتات التى أوردها الجدول رقم (6) على سبيل الحصر<sup>(1)</sup>.

### تعريف المخدرات فى الفقه:

يوجد فى الفقه القانونى وشراحه عدة تعريفات للمخدر، نذكر منها: المخدر ذات خواص معينة يؤثر تعاطيها أو الإدمان عليها فى غير أغراض العلاج تأثيراً ضاراً بدنياً أو ذهنياً أو نفسياً سواء تم تعاطيها عن طريق البلع أو الشم أو الحقن أو أى طريقة أخرى<sup>(2)</sup>، ومنهم من عرفها بأنها: كل مادة طبيعية أو مصنعة تدخل فى جسم الإنسان فتغير إحساساته وتصرفاته وبعض وظائفه، وتكرار استعمال هذه المادة نتائج خطيرة فى الصحة الجسدية والعقلية وتأثير مؤذ على البيئة والمجموعة<sup>(3)</sup>.

**نستخلص مما سبق** أن المادة المخدرة عبارة عن المادة التى يؤدى تعاطيها إلى حالة تخدير كلى أو جزئى سواء أدت إلى فقد الوعي من عدمه، وتعطى إحساساً لمتعاطيها بالنشوة والسعادة الوهمية أيا كان شكلها أو نوعها حيث يستوى أن تكون سائلة أو صلبة أو مسحوق أو أقراص أو كبسولات أو غير ذلك من الأشكال، ويترتب عليها عادة الإدمان وتجرمها القوانين الوضعية وتحاربها الاتفاقيات الدولية.

(<sup>1</sup>) جابر عبد الله عبد الرزاق النقي، تعاطى المواد المخدرة والمؤثرات العقلية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، سنة (2010م)، ص (91/90).

(<sup>2</sup>) د. عوض محمد عوض، قانون العقوبات الخاص (جرائم المخدرات والتهرب الجمركى والنقدى)، بدون دار نشر، طبعة سنة (1966م)، ص 25.

(<sup>3</sup>) د. انطوان لطف الله البستاني، المخدرات أعرف عنها وتجنّبها، المجلة العربية للطب النفسى، المجلد الأول، العدد الثانى، سنة (1990م)، ص 12.



### تمييز جريمة تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية وتميزها عن الحيازة بقصد الاتجار:

تناول المشرع مجموعة من الجرائم - وهى من أهم وأخطر هذه الجرائم - وخصها بالذكر منها ما يتعلق بالجلب واستيراد وتصدير وصنع واستخراج وفصل وإنتاج وحيازة وإحراز وتعاطي، إلا أننى سأقتصر على التعرض بصفة أساسية إلى التمييز بين جريمة الحيازة بقصد التعاطي والحيازة بقصد الاتجار، وذلك على النحو التالى<sup>(1)</sup>:

#### أولاً: أوجه الاختلاف: تتمثل أوجه الاختلاف بين تعاطي والحيازة بقصد الاتجار فيما يلي:

(1) يتمثل الركن المادى فى جريمة فعل التعاطي بتناول المادة المخدرة أو المؤثرة أو استعماله بأى وسيلة، أما الركن المادى فى الحيازة بقصد الاتجار هو فعل الاتجار، ويمكن تعريف المواد المخدرة بأنها: (طرح المواد للتداول للغير بدون تمييز ولقاء أجر معين حتى ولو لم يكن المتهم متخذاً للاتجار حرفه له)<sup>(2)</sup>. ويعنى هذا التعريف أن الاتجار فى المواد المخدرة واقعة مادية موضوعية وليست قانونية، ولكن وجودها وإثباتها يترتب عليه تغيير فى الوصف القانونى للفعل المرتكب، وهذه الواقعة تتحقق كلما قام الجاني بطرح ما لديه من مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية على الغير، وهذا الطرح لا يعنى البيع فقط، وإنما يتسع ليشمل أى صورة من صور التعامل فى هذه المواد مثل الرهن والمقايضة والسمسرة فيها، كما أن هذا الاتجار يقوم على من طرحت فى مواجهته المادة المخدرة، فهو الجمهور أو غير المتهم بصفة خاصة سواء أكان المتهم يقوم بهذا الفعل فى مكان يوصف بأنه خاص، أم فى مكان عام وسط جمهرة من الناس، ففعله فى المكانين يوصف بأنه (اتجار).

(2) يشترط لوقوع الاتجار أن يكون قصد المتهم هو تحقيق الربح، وأن سعيه من وراء هذا النشاط هو النفع الذى يعود عليه، سواء أكان ربحاً مادياً مثل مبلغ من المال أم كان ربحاً معنوياً أدبياً مثل الالتحاق بوظيفة أو الترقى فيها أو إلحاق أحد ذويه فى كلية أو مدرسة معينة، حتى ولو كان هذا الربح معنوياً غير مشروع<sup>(3)</sup>.

(1) جابر عبد الله عبد الرزاق النقيب، تعاطي المواد المخدرة والمؤثرات العقلية، مرجع سابق، ص 63 وما بعدها.

(2) د. محمد حنفى محمود محمد، الموسوعة الشاملة فى شرح القانون الإمارتى للمواد المخدرة والمؤثرات العقلية، مكتبة دار الحقوق، الشارقة، سنة (2002م)، ص 97.

(3) د. إدوار غالى الذهبي، جرائم المخدرات فى التشريع المصرى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة (1978م)، ص 108.

(3) ويلاحظ أن الاتجار في هذه المواد لا يشترط فيه اعتياد الجاني على القيام أو اتخاذه حرفه معتادة له، حيث يقع الاتجار المعاقب عليه ولو تم لمرة واحدة، وهذا ما يعتبر توسعاً في معنى الاتجار في القانون الجنائي عن الاتجار الذي حدده المشرع في القانون التجارى الليبي<sup>(1)</sup>.

(4) لا يقف الاتجار عند حد طرح المخدر للتداول، بل إنه في كثير من الحالات يمتد ليشمل مراحل عدة بدءاً بالإنتاج أو الزراعة، والتهريب مروراً بالترويج والتخزين إلى أن يصل هذا المخدر إلى المستهلك، وهو الفرد المتعاطى، وبذلك يرتكب هذا الأخير جريمة التعاطى.

ويلاحظ أن المشرع الليبي قد اهتم اهتماماً شديداً بقصد الاتجار، ورتب على توافره تشديد العقوبة في بعض الجرائم لتصل إلى الإعدام في حالات معينة أوضحها في المادة الرابعة والثلاثين من قانون رقم (7) لسنة 1990. بشأن المخدرات والمؤثرات العقلية الليبية القائلة : (يعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تزيد عن خمسين ألف دينار كل من: (1) صدر أو جلب أو أنتج أو استخرج أو فصل أو صنع مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية في غير الأحوال المرخص بها قانوناً وكان ذلك بقصد الاتجار. (2) زرع أو صدر أو جلب نباتاً من النباتات الواردة في الجدول الملحق رقم (5) في أى طور من أطوار نموها أو هى بذورها في غير الأحوال المرخص بها قانوناً وكان ذلك بقصد الاتجار).

#### (ب) أوجه التشابه:

- (1) تعاطى المواد المخدرة والمؤثرات العقلية من الجرائم ذات السلوك التبادلى.
- (2) تعاطى المخدرات والحيازة بقصد من الجرائم الإيجابية.
- (3) تعاطى المخدرات والحيازة بقصد الاتجار من الجرائم الداله علي شخص مرتكبها، أى ينسب التعاطى إلى شخص المتعاطى أو المستعمل الشخصى للمادة المخدرة، وتنسب الحيازة إلى الشخص الحائز.
- (4) تعاطى المخدرات والحيازة بقصد الاتجار من الجرائم العمدية.
- (5) تعاطى المخدرات والحيازة بقصد الاتجار من جرائم التعزير عند فقهاء الاسلام.

<sup>(1)</sup> نصت المادة التاسعة من قانون التجارى الليبي على تعريف التاجر بأنه: (يعتبر تاجرًا كل شركة تجارة وكل من باشر أعمالاً تجارية واتخذها حرفة معتادة له).

## الفرع الثاني

### خصائص جريمة تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية

تتميز جريمة تعاطي المخدرات بعدة خصائص ومن أهمها أنها جريمة من جرائم السلوك التبادلي ووقتيّة، وفيما يلي نتناول هذه الخصائص على النحو التالي<sup>(1)</sup>:

#### أولاً: جريمة تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية من جرائم السلوك التبادلي:

(1) يندرج السلوك المادى فى هذه الجريمة ضمن صور السلوك التبادلي، ويقصد بذلك أن الركن المادى لهذه الجريمة يتكون من عدة أفعال، يكفى ارتكاب أحد هذه الأفعال، إما التعاطي أو الاستعمال الشخصى لتقوم الجريمة، ولا يلزم الجمع بين الفعلين والاستعمال الشخصى معاً، وإن كان كل فعل منهما يمكن أن يتضمن الفعل الآخر، فإحدى صور التعاطي تتم بالاستعمال الشخصى، وهذا الأخير بفعل التعاطي.

(2) أن كلا من الفعلين يقتضى الاتصال المباشر بالمخدر، ومؤدى ذلك أن الجاني يكون - وقت التعاطي أو الاستعمال الشخصى - محرزاً للمخدر.

(3) من الجرائم الدالة علي شخص مرتكبها، أى ينسب التعاطي إلى شخص المتعاطي أو المستعمل الشخصى للمادة المخدرة أو المؤثر العقلي، ولكن ذلك لا يمنع من أن يجتمع أكثر من شخص للتعاطي واستعمال المخدر بنفسه.

#### ثانياً: جريمة تعاطي المخدرات العقلية جريمة إيجابية:

يندرج كل فعل من أفعال تعاطي المخدرات ضمن صور النشاط الإيجابي من الجاني، ويكون التعاطي بتناول المادة المخدرة أو المؤثر العقلي، أو استعماله بأى وسيلة كانت، سواء عن طريق التدخين بوسائله المختلفة، كما هو الحال بالنسبة لمخدر الحشيش أو البلع للأقراص والأدوية المخدرة، أو الشم كما فى استعمال الهروين، وبغض النظر عن الهدف من التعاطي، سواء كان ذلك إشباعاً لرغبة، أو تلبية للمزاج، أو لتسكين ألم، أو للجنس، فكل ذلك لا يهم. وهناك ما يسمى بالتعاطي السلبي وهو وجود شخص بين آخرين يقومون بالتعاطي للمواد المخدرة عن طريق التدخين إلا أن التعاطي السلبي لا يؤدي إلا لظهور المخدرة المخدرة أو المؤثر العقلي فى نتيجة البول.

(1) جابر عبد الله عبد الرزاق النقي، تعاطي المواد المخدرة والمؤثرات العقلية، ص 49 وما بعدها.

### ثالثاً: جريمة تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية جريمة وقتية وشكلية:

تتسم جريمة تعاطي المخدرات بأنها جريمة وقتية، ويقصد بالجريمة الوقتية هي التي ترتكب دفعة واحدة في لحظة من الزمن، أى تقع بوقوع الفعل أو الامتناع عن الفعل المعاقب عليه مهما كانت النتائج أو الآثار التي ترتبت عليه؛ لأن الآثار التي تستمر بعد ذلك لا تؤثر في وصف الجريمة؛ لأنها لاحقة على لحظة إتمامها. ولا يغير وصف الجريمة بأنها وقتية ما قد يستغرق ارتكابها من زمن، فمن يقدم لشخص عدة جرعات من السم على فترات مختلفة حتى يتمكن من قتله فإن جريمة تعتبر وقتية<sup>(1)</sup>، وعلى ذلك تعتبر جريمة تعاطي المواد المخدرة والمؤثرات العقلية جريمة وقتية كما أنها جريمة شكلية يتألف ركنها المادى من مجرد سلوك ينصب عليه وحده التجريم دون استلزام أن يترتب عليه نتيجة خاصة أنها جريمة خطر نظراً لأنها تعرض المصلحة المحمية للخطر دون أن تضر بها.

### المطلب الثانى: أثر تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية على الصحة

المخدرات قسم من أقسام المكيفات التي يتعاطاها بعض الأشخاص قد يكون بدافع اجتماعى أو نفسى أو شهوانى أو نتيجة لطبيعة حرفة المدمن، أو مهنته ككونه كاتباً، أو فناناً، أو سياسياً لينبه ذاكرته ويجد نشاطه بتعاطيها. ومن ثم لا يستطيع التخلص بسهولة دون أن تترك في نفسه أثراً أو ضرراً يختلف من مخدر إلى آخر باختلاف النوع الذى يتعاطاه، وفيما يلي نوضح الآثار الضار للمخدرات على صحة الإنسان:

#### أولاً: الأضرار الجسدية:

نتيجة لزيادة الكمية المخدرة المتعاطاه يصبح جسم المدمن متشبّعاً عن أي رغبة كانت مثل: الطعام أو الجنس أو الغضب وغيرها. وتظهر لديه علامة البلادة أو التراخي وثقل الحركة وتضييق عملية التنفس، وينخفض ضغط الدم لديه وتتسع الأوعية الدموية، وتضييق حدقة العين وتضعف حركة الأمعاء التي تؤدي للإمساك وتظهر التهابات في المثانة، وتنخفض لدى المدمن الطاقة الجنسية لنقص إفرازات الغدة الجنسية عكس ما كان يقال<sup>(2)</sup>.

(1) د. عبد العظيم مرسى وزير، شرح قانون العقوبات، القسم الأول، بدون دار نشر، طبعة سنة (1998م)، ص135.

(2) John Strang and Michael Gossop- *Heroin Addiction and Drug policy: The British Sytem*(Oxford University Press), 1994, PP. 58-60.

وتزايد الجرعات يصاب المدمن بهزال وضعف شديد يرجعان لفقد الشهية للطعام الذى بسبب سوء التغذية، ويصبح المدمن عرضة للتعرض للكثير من الأمراض بسهولة مثل: الإصابة بالدرن نتيجة لضعف الصحة ونقص المناعة بشكل عام<sup>(1)</sup>.

وبتكرار تعاطى المخدرات وخاصة تناول الحقن المخدرة بين بعضهم البعض يصابون بمرض الإيدز الذى لا شفاء منه<sup>(2)</sup>. فزيادة تعاطى كمية المخدر أو المؤثر العقلى يؤثر على الجهاز العصبى حتى يصل فى النهاية إلى الجرعة القاتلة التى تؤدى إلى وفاة بعض المدمنين فجأة أو يكون السبب المباشر تليف الكبد وغيره من الأمراض<sup>(3)</sup>. والمعروف أن الكبد مصفاة السموم بالجسم فإذا تأثرت وظيفته بهذا الشكل سرعان ما يفقد الجسم جهازاً مهماً.

أما فى حالة الانقطاع التام عن تعاطى الهيروين تظهر الاضطرابات النفسية الشديدة، ويصاب المدمن بحالة من الخوف والقلق وتعب شديدة مصاحب لآلام فى جميع أجزاء جسمه، وتظهر علامات ارتفاع فى درجة حرارة الجسم وقئ وصداع وعدم الشعور بالسعادة والاكتئاب الشديد<sup>(4)</sup>.

#### ثانياً: الأضرار العقلية:

تضعف بصورة واضحة ذاكرة متعاطى الهيروين ويقل نشاطه العقلى مع تزايد هواجسه عند النوم، ويقل إحساس المدمن بالزمان والمكان و تعاطى الهيروين يفوق كل أنواع المخدرات خطورة<sup>(5)</sup> الأمر الذى يجعل الاستغناء عنه متعذراً، حيث يغير الوظائف الحيوية بالمخ ويخضعها لتأثيره<sup>(6)</sup>. لهذا السبب لا يستطيع مدمنو الهيروين تركه وتموت لديهم الإرادة وبشكل عام تصبح جميع قدرات المدمن الذهنية والعقلية

<sup>(1)</sup> V.P. Dole and in. Nyseander, A medical treatment for heroin addiction with methadone. Journal of the American Medical Association, Vol. 193, 1965, PP. 80-84.

<sup>(2)</sup> Roy Roberston, "Heroin Aids Society, Hodder, and Stoughton, London Sydney Auckland Toronto, 1987, 1987, PP. 80-81.

<sup>(3)</sup> D.C. Des Jarlais and others, Liver disease in narcotic addicts The role of the drug, clinical pharmacology and therapeutics, Vol, 8-1968, PP. 224 and 720.

<sup>(4)</sup> M,D VICKERS, MBBS (lond) and others, Drugs in anesthetic practice, (UK-1985). PP. 52 and 169.

<sup>(5)</sup> Drug and counter measures in Japan (Tokyo, ministry of health and welfare of Japan, 1972.

<sup>(6)</sup> Arnolds Trebach, Heroin solution, the backs, which suggests away out of the apparently impossible predicament of addiction control, is of such importance, that we ignore it at our peril – Ann Dally, M,D the lancet yele university press, London, 1982, PP. 22-24.

متدهورة وقد دلت الدراسات الطبية السريرية على محدودية قدرة الشخص المدمن على التحكم في المقدار الذى يتناوله والذى يحدث تشویش في الدماغ، وخاصة في المنطقة المرتبطة باللذة الطبيعية في المخ، والتي تعد الغاية من أجل البقاء ودعم السلوك الذى يقوى الأنشطة الخاصة بالتغذية والإنجاب لبقاء الفرد والنوع<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: الأضرار النفسية:

من أقوى حالات الأضرار النفسية الإدمان النفسى، وهو شعور المدمن بالرضا ودافع نفسى لا يقاوم بتعاطى المزيد من الهيروين لإحداث السرور أو لتفادى التعب، ويعتقد المدمن أنه يعيش في حالة إشباع تام عن أى شئ، وأنه على بر الأمان ويتعاطى هذه المادة المخدرة يشعر بالرضا والراحة بتخليصه من الآلام والخوف والقلق والاضطراب، ومع تكرار عملية تعاطى الهيروين يصبح بليداً ومتراخياً ومنطوياً<sup>(2)</sup>، ويعتبر الإدمان النفسى للهيروين من أقوى الحالات التى تحتاج لفترات طويلة وشاقة للعلاج، أيا كانت الطريقة المستخدمة، وكثيراً ما تفضى إلى نتائج مخيبة للآمال فمعدل النجاح لا يتجاوز 50%<sup>(3)</sup>.

### المبحث الثانى: موقف الفقه الإسلامى من تعاطي المخدرات والمؤثرات

قد يعتقد البعض بأن المخدرات لم يرد بشأنها في الشريعة الإسلامية نص بعينه يفيد التحريم، ولكن من يستقرئ آيات القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وإجماع الأمة الإسلامية، والقياس، يجد أن المخدرات قد حُرمت تحريماً قطعياً أبدياً لا شبهة في ذلك، سواء كان ذلك تعاطياً أو تجاراً أو غير ذلك، وفيما يلى نتناول موقف الفقه الإسلامى من تعاطي المخدرات والمؤثرات في المطلبين التاليين:

<sup>(1)</sup> R.G.Health, the role of pleasure in human behavior (New York, 1964).

<sup>(2)</sup> Drug and counter measures in Japan (Tokyo, ministry of health and welfare of Japan, 1972).

<sup>(3)</sup> N.Bejerot, Addiction and society (Charles E. Thomas. 1970) Drug Abuse and counter measure in Japan (Tokyo, ministry of health and welfare of Japan, 1972).

## المطلب الأول:

## سند تحريم تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية

لقد ثبت تحريم المخدرات في الشريعة الإسلامية بموجب الكتاب والسنة والإجماع ، وذلك كما يلي:

أولاً: الكتاب:

قال تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾<sup>(1)</sup>.

دلت الآية الكريمة على أن الشريعة الإسلامية قد وضعت قاعدة عامة وشاملة لكل ما يحل ولكل ما يحرم، فإذا كان المراد أكله أو شربه من الطيبات فهو حلال، سواء كان مطعوماً أو مشروباً أو غير ذلك، وإذا كان من الخبائث فهو حرام، سواء كان أيضاً مطعوماً أو مشروباً أو غير ذلك، فإذا نظرنا إلى المخدرات وما يترتب عليها من أضرار صحية واقتصادية وسياسية فضلاً عن تغييبها للعقل والوعي والإدراك لوجدناها من الخبائث فهي إذن حرام.

وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾<sup>(2)</sup>،

وقال عز وجل: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾<sup>(3)</sup>.

دلت الآيتان على أن الحق تبارك وتعالى قد نھانا عن عدم إلقاء أنفسنا إلى مواطن الهلاك و أن نقدم على قتل أنفسنا، والنهي يفيد التحريم عند الإطلاق؛ لأن الله تعالى رحيم بنا، ومن المعلوم أن في تناول المخدرات والمؤثرات العقلية أو الاتجار إلقاء النفس في التهلكة بما يصيبها من أمراض فتاكه، وبما يوقع عليها من عقوبات في حالة الاتجار والتي قد تصل إلى عقوبة الإعدام أى القتل، بل إن الأمر ليصل إلى قتل الإنسان نفسه في حالة تعاطيه لجرعة كبيرة من هذه المخدرات والمؤثرات العقلية فتؤدي إلى وفاته، أو صدور حكم بالإعدام في حالة الاتجار كما سبق، وهذا كله منهي عنه فثبتت حرمتها بذلك<sup>(4)</sup>.

(1) سورة الأعراف: الآية [157].

(2) سورة البقرة: الآية [195].

(3) سورة النساء: الآية [29].

(4) د. أسامة السيد عبد السميع، عقوبة تعاطي المخدرات والاتجا بها بين الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الثانية، سنة (2010م)، ص (44/43).

## ثانيا: السنة النبوية:

(1) عَنْ ابْنِ عُمَرَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كُلُّ مُسْكِرٍ حَمْزٌ، وَكُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ، وَمَنْ شَرِبَ الْحَمْزَ فِي الدُّنْيَا فَمَاتَ وَهُوَ يُدْمِنُهَا لَمْ يَشَبْ، لَمْ يَشْرَبْهَا فِي الْآخِرَةِ»<sup>(1)</sup>.

دل الحديث الشريف على أن كل ما أسكر العقل وغيب الذهن والإدراك عن الوعي فهو حرام، سواء نشأ هذا عن خمر أو مخدر أو مؤثر عقلي بكافة أنواعها ولذا فقد أدرك بعض الفقهاء ما تحدثه المخدرات من أضرار حينما عرف حالة السكر بقوله: (حالة تعرض للإنسان من امتلاء دماغه من الأبخرة المتصاعدة إليه، فيتعطل معه عقله المميز بين الأمور الحسنة والقبيحة)<sup>(2)</sup>.

(2) عَنْ شَهْرِ بْنِ حَوْشَبٍ، قَالَ: سَمِعْتُ أُمَّ سَلَمَةَ، تَقُولُ: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ كُلِّ مُسْكِرٍ وَمُفْتِرٍ»<sup>(3)</sup>. فقد دل الحديث الشريف على تحريمه صلى الله عليه وسلم لنوعين من النهي يفيد التحريم. أولهما: كل مسكر يغيب العقل أو مشمومًا، حيث ورد المسكر بلفظ العموم، ومن ثم فهو يشمل الخمر والمخدرات. ثانيهما: كل مفتر يصيب الجسم بالانكسار والضعف، يقول الإمام الخطابي: (المفتر من كل شراب يورث الفتور والخور في الأعضاء)<sup>(4)</sup>، ومما هو معلوم وكما ثبت علميًا بأن المخدرات علاوة على ضررها وتغييبها للعقل بسبب الإسكار، فهي تسبب ضعفًا وفتورًا في الجسم، ومن ثم فإن المخدرات محرمة أيضًا بهذا النص.

(3) عَنْ وَهْبِ بْنِ جَابِرٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ، قَالَ: «سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: "كَفَى بِالْمَرْءِ إِثْمًا أَنْ يُضَيِّعَ مَنْ يَقُوتُ"»<sup>(5)</sup>. فدل الحديث الشريف على عظم إثم الإنسان الذي يعول رعية ثم لا يقوم بواجبه نحوهم، يقول الأمام الصنعاني: (فهذا الحديث دليل على وجوب

(1) مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري المتوفى سنة (261هـ)، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، باب بيان أن كل مسكر خمر وأن كل خمر حرام، حديث رقم (2003م)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ، ج3، ص1587.

(2) محمد بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو المتوفى سنة (885هـ)، درر الحكام شرح غرر الأحكام، مطبعة قريشي يوسف، (1330هـ)، ج2، ص88.

(3) أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني المتوفى سنة (241هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: سعيد الأرناؤوط وآخرون، حديث رقم (26633)، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (2001م)، ج44، ص246. حديث صحيح لغيره دون قوله: "ومفتر"، وهذا إمتداد ضعيف لضعف شهر بن حوشب، وبقيّة رجاله ثقات رجال الشيخين، غير الحسن بن عمرو - وهو الفقيمي - فمن رجال البخاري.

(4) محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسيني، الكحلاني الصنعاني، المعروف بالأمر المتوفى سنة (1182هـ)، سبل السلام، دار الحديث، بدون تاريخ، ج3، ص82.

(5) مسند الإمام أحمد بن حنبل، حديث رقم (6495)، ج11، ص36. حديث صحيح لغيره، وهذا إسناد حسن.



النفقة على الإنسان لمينقوته، فإنه لا يكون آثماً إلا على تركه لما يجب عليه، وقد بالغ هذا في إثمة بأن جعل ذلك الإسم كافياً في هلاكه عن كل إثم سواه<sup>(1)</sup>، وحيث إن من يتعاطى المخدرات يقوم بإنفاق جزء كبير من دخله إن لم يكن جميعه من أجل هذه السموم مضيعاً بذلك من تلزمه نفقتهم من زوجه وأولاده، حيث يصبح عاجزاً عن الإنفاق عليهم، ومن ثم فإنه يستحق الإثم طبقاً لهذا الحديث لتركه الإنفاق عليهم، ومن ثم فإن المخدرات محرمة بمقتضى هذا الحديث.

(4) عَنْ أَبِي بَرزَةَ الْأَسْلَمِيِّ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا تَزُولُ قَدَمَا عَبْدٍ يَوْمَ الْقِيَامَةِ حَتَّى يُسْأَلَ عَنْ عُمرِهِ فِيمَا أَفْنَاهُ، وَعَنْ عِلْمِهِ فِيمَ فَعَلَ، وَعَنْ مَالِهِ مِنْ أَيْنَ اكْتَسَبَهُ وَفِيمَ أَنْفَقَهُ، وَعَنْ جِسْمِهِ فِيمَ أَبْلَاهُ»<sup>(2)</sup>. دل الحديث الشريف على نفى مغادرة الإنسان للموقف في يوم الحساب حتى يسأل عن أربع لكى يحاسب عليها، منها: سؤاله عن عمره وجسمه أى شبابه وماله، وحيث إن المخدرات لها تأثير مباشر على جسم الإنسان بحلول المرض فيه، وعلى شبابه فتجعله يشيب قبل المشيب ويظهر في عمر أكبر من سنه، وعلى ماله - في شطره الثانى - بسلبه وذلك لانفاقه لتعاطى هذه المخدرات، ومن ثم فإن هذه المخدرات محرمة أيضاً بموجب هذا النص، وذلك يكون موقفاً في إجابته يوم القيامة<sup>(3)</sup>.

### ثالثاً: الإجماع:

وقد دل الإجماع على تحريم المخدرات والمؤثرات العقلية بكافة أنواعها، فذكر الإمام الصنعاني رحمه الله: (حكى العراقي وابن تيمية الإجماع على تحريمه الحشيشة - ويدخل فيها سائر المخدرات - وأن من استحلها كفر، قال ابن تيمية: إن الحشيشة أول ما ظهرت في آخر المائة السادسة من الهجرة حين ظهرت دولة التتار وهى من أعظم المنكرات، وهى شر من الخمر من بعض الوجوه؛ لأنها تورث نشوة ولذة طرباً كالخمر)<sup>(4)</sup>، وفي الزواجر لابن حجر ما نصه: (وحكى القرافي وابن تيمية الإجماع على تحريم الحشيشة)<sup>(5)</sup>.

(1) الصنعاني، سبل السلام، ج3، ص222.

(2) محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذى المتوفى سنة (279هـ)، سنن الترمذى، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، باب في القيامة، حديث رقم (2417)، شركة مكتبة ومطبعة البابى الحلبي، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة (1975م)، ج4، ص612. حديث حسن صحيح.

(3) د. أسامة السيد عبد السميع، عقوبة تعاطى المخدرات والاتجا بها بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 43 وما بعدها.

(4) الصنعاني، سبل السلام، م ج4، ص35.

(5) ابن حجر، الزواجر عن اقتراف الكبائر، ج1، ص354 وما بعدها.

### رابعاً: القياس:

ولقد ثبتت حرمة المخدرات تعاطياً وتجاراً أيضاً بالقياس على حرمة الخمر تعاطياً وتجاراً، حيث إن كلاهما أى الخمر والمخدرات والمؤثرات العقلية يشتركان في علة واحدة وهى الإسكار علاوة على الضرر، وطالما أن الخمر محرمة وثبتت حرمتها بالأدلة اليقينية نظراً لعلّة الإسكار فيها، فإن المخدرات أيضاً محرمة لوجود نفس العلة، وهذا القياس يؤيده حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «كُلُّ مُسْكِرٍ حُمْزٌ، وَكُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ، وَمَنْ شَرِبَ الْحُمْزَ فِي الدُّنْيَا فَمَاتَ وَهُوَ يُدْمِنُهَا لَمْ يَتُبْ، لَمْ يَشْرَبْهَا فِي الْآخِرَةِ»<sup>(1)</sup>، ومن ثم فإن أركان القياس هنا متوافرة، مقيس وهو المخدرات والمؤثرات العقلية ومقيس عليه وهى الخمر والعلّة المشتركة بينهما وهى الإسكار.

### المطلب الثانى

#### عقوبة تعاطى المخدرات والمؤثرات العقلية فى الشريعة الإسلامية

تعبّر العقوبة فى التشريع الجنائى الإسلامى عن العقوبة المقررة لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع، وتتمثل فى أذى ينزل بالجاني بهدف زجره إصلاح حال البشر وحمايتهم من المفساد<sup>(2)</sup>، وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول عقوبة متعاطى المخدرات والمؤثرات العقلية على قولين:

**القول الأول:** يرى قياس تطبيق عقوبة حد شارب الخمر على متعاطى المخدرات والمؤثرات العقلية بجامع علة الإسكار فى التحريم فى كل من المخدرات والخمور وإلى هذا ذهب فقهاء الحنابلة، وقول لدى الحنفية، والمالكية، والإمام الذهبي<sup>(3)</sup>.

(1) سبق تخرجه.

(2) د. أمين مصطفى محمد، علم الجزاء الجنائى، الجزء الجنائى بين النظرية والتطبيق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة (2008م)، ص 229.

(3) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين المتوفى سنة (1252هـ)، رد المختار على الدر المختار، بيروت، دار الفكر، الطبعة الثانية، سنة (1992م)، ج 4، ص 42؛ أبو الحسن على بن أحمد بن مكرم الصعیدی العدوى المتوفى سنة (1189هـ)، حاشية العدوى على شرح كفاية الطالب الربانى، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، دار الفكر، بيروت، سنة (1994م)، ص 134؛ الأزهرى، صالح عبد السميع الآبى الأزهرى، جواهر الإكليل، المكتبة الثقافية، بيروت، بدون تاريخ، ج 2، ص 295؛ شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي المتوفى سنة (748هـ)، الكبائر، دار الندون الجديدة، بيروت، بدون تاريخ، ص 98؛ تقى الدين أبو العباس بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية المتوفى سنة (728هـ)، السياسة الشرعية فى إصلاح الراعى والرعية، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، سنة (1418هـ)، ص 146؛ محمد بن أبى بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن القيم الجوزية، زاد المعاد فى هدى خير المعاد، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة السابعة والعشرون، سنة (1994م)، ج 4، ص 240.

ولقد استدل أصحاب هذا الرأي لما ذهبوا إليه من تطبيق عقوبة شارب الخمر على متعاطي المخدرات بالقياس، فكما أن الخمر محرمة لعلة الإسكار فضلاً عن الضرر، فإن المخدرات أيضاً يوجد بها نفس العلة وهي محرمة أيضاً، وحيث إن الإسكار من شرب الخمر يعاقب عليه بالحد، فكذلك أيضاً فإن الإسكار من تعاطي المخدرات يعاقب عليه أيضاً بنفس عقوبة شارب الخمر، ومن ثم فلا مانع بطريقة القياس من أن يعاقب متعاطي المخدرات بنفس العقوبة لشارب الخمر، وذلك لاتحادهما في نفس العلة.

**القول الثاني:** ويرى أن متعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية لا يقام عليه حد شارب الخمر بالقياس تحديداً ومقداراً وإنما يعزر<sup>(1)</sup> بحسب ما يراه الإمام مناسباً، وإلى هذا ذهب متاخرها فقهاء الحنفية، والشافعية وقول لدى فقهاء المالكية<sup>(2)</sup>.

ولقد استدل أصحاب هذا الرأي لما ذهبوا إليه من أن متعاطي المخدرات لا يقام عليه بالقياس حد شارب الخمر تحديداً ومقداراً حيث لم يرد بشأنه نص بذلك، وإنما يعزر بحسب ما يراه الإمام، حيث قرر فقهاء الإسلام على أن العقوبات وبخاصة في الحدود مما لا يثبت بالرأى والقياس، وأنها لا تثبت إلا بالنص، وقد ذهب إليه السرخسي<sup>(3)</sup> والزيلعي<sup>(4)</sup>، وبالتالي لا يجوز قياس عقوبة شارب الخمر تحديداً على متعاطي المخدرات، وإنما يعاقب التعزير المناسب، ويؤيد ذلك أيضاً ما ذكره الإمام البهوتي بقوله: (والتعزير واجب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة)<sup>(5)</sup>.

(1) التعزير هو: لغة المنع والتأديب، وشرعاً هو: عقوبة غير مقدرة حقاً لله أولاً وهي في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة. انظر: الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 429؛ د. عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، القاهرة، سنة (1955م)، ص 37.

(2) أبو الحسن، علاء الدين، على بن خليل الطرابلسي المتوفى سنة (844هـ)، معين الحكام فيما يتروّد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ، ص 185؛ شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني المتوفى سنة (977هـ)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ، ج 3، ص 207؛ العدوى، كفاية الطالب الرباني، ج 2، ص 134.

(3) فقد ورد: (إن إثبات الحدود وتكميلها لا يكون بالقياس)، انظر: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، سنة (1993م)، ج 9، ص 44.

(4) فقد ورد: (ولا مدخل للقياس في باب الحدود فوجب التعزير). انظر: عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي المتوفى سنة (743هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة (1313هـ)، ج 3، ص 208.

(5) منصور بن يونس البهوتي المتوفى سنة (1051هـ)، الروض المربع شرح زاد المستقنع مختصر المقنع، تحقيق: خالد بن علي وآخرون، دار الركائز للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الأولى، سنة (1438هـ)، ص 429.

## القول الراجح:

يظهر لى - والله أعلم - أن القول الراجح هو القول الثانى القائل بتعزير متعاطى المخدرات للأسباب التالية:

(1) قرار الفقهاء على عدم جواز إعمال القياس فى مجال العقوبات، فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، قال تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾<sup>(1)</sup>، باستثناء رأى قليل من الفقهاء القائلين بتوقيع عقوبة حد شارب الخمر على متعاطى المخدرات والمؤثرات العقلية، حقيقة لقد ثبتت حرمة المخدرات وتجريمها بالأدلة الشرعية ومنها القياس، ولكن لم يثبت بالنص تحديد عقوبة معينة عليها، ومن ثم فلا يمكن قياس عقوبة على عقوبة أخرى، فهذا غير جائز، وحيث لم يرد عقوبة معينة فى متعاطى المخدرات، فمن ثم يطبق عليه العقوبات التعزيرية، يقول الإمام البهوتى رحمه الله: (والتعزير واجب فى كل معصية لا حد فيها ولا كفارة)<sup>(2)</sup>، ويقول ابن عابدين رحمه الله: (إن الحاصل وجوب التعزير بإجماع الأمة لكل مرتكب معصية ليس فيها مقدر..)<sup>(3)</sup>، ويقول ابن القيم رحمه الله: (وأما التعزير ففى كل معصية لا حد فيها ولا كفارة)<sup>(4)</sup>، ويقول الإمام الزيلعى رحمه الله: (واجتمعت الأمة على وجوبه - التعزير - فى كل كبيرة لا توجب الحد أو جناية لا توجب الحد)<sup>(5)</sup>، وبالتالي لا يجوز تطبيق عقوبة شارب الخمر تحديداً على متعاطى المخدرات والمؤثرات العقلية، بل تطبيق العقوبة التعزيرية المناسبة.

(2) إن من بين العقوبات التعزيرية الجلد وهى ذات عقوبة شارب الخمر التى يقول بها أصحاب رأى الأول، فضلاً عن العقوبات التعزيرية الأخرى كالحبس أو السجن، أو التغريم بالمال مع وجوب مصادرة ما ضبط من جواهر مخدرة مع المتعاطى، وغلق مكان التعاطى إن استلزم الأمر، ومن ثم فإن العقوبة التعزيرية على اختلاف أنواعه كما سبق تعطى للقاضى من المرونة والحرية الواسعة فى مجال توقيه العقوبات المناسبة على متعاطى المخدرات والمؤثرات العقلية، والتى يمكن تقنينها فى صورة متدرجة، على أنه من الجدير بالإشارة إلى عقوبة المصادرة وجوبية فى كل الأحوال ومع كل عقوبة تعزيرية، فلا بد من مصادرة ما يوجد مع المتعاطى من جواهر مخدرة مما كان يتعاطاها، وبالتالي فإن العقوبة التى ذكرها القانون الوضعى، وبالتالي فإن العقوبات التى ذكرها القانون الوضعى - وكما سنشير إليها بعد ذلك - هى أيضاً من باب التعزيرات ولا مانع من تطبيقها.

(1) سورة الإسراء: الآية [15].

(2) البهوتى، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ص 429.

(3) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج 4، ص 66.

(4) محمد بن أبى بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن ابن القيم الجوزية المتوفى سنة (751هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق:

محمد عبد السلام، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (1991م)، ج 2، ص 118.

(5) الزيلعى، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 3، ص 207.

(3) كما أنه بالنظر في حد الشرب ذاته نجد أنه مع قول الفقهاء حد من الحدود، إلا أنهم مختلفون في مقدار عقوبته، فمنهم من قال بأنه أربعون جلده<sup>(1)</sup>، ومنهم من قال بأنه ثمانون جلدة<sup>(2)</sup>، ومنهم من قال بأن: (يفوض أمره إلى نظر الإمام)<sup>(3)</sup>.

فهل لو صح تطبيق عقوبة شارب الخمر على متعاطي المخدرات بطريق القياس على أربعين جلدة كما ذهب بعض الفقهاء، أم على ثمانين جلدة كما ذهب البعض الآخر مثلاً؟ ومن ثم فلا يمكن تطبيق عقوبة شارب الخمر على متعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية. وإنما الواجب في هذه الحالة هو العقوبة التعزيرية بحسب ما يراه الإمام مناسباً له، ومما يؤيد دعوانا بأنه قد نقل عن طائفة من أهل العلم بأنه لا يجب في الشرب إلا التعزير لأنه صلى الله عليه وسلم لم ينص على حد معين وإنما ثبت عنه الضرب المطلق<sup>(4)</sup>، وفي هذا دليل على تطبيق عقوبة التعزير على متعاطي المخدرات لأنه إذا كان شارب الخمر يعاقب بالتعزير فمن باب أولى يعاقب بالتعزير متعاطي المخدرات!

فإن قيل بأن التعزير ليس به ثبات وقدر معين للعقوبة. رد ذلك بأن هذا ما يميز التعزير ولا يعيبه، فرب عقوبة تعزيرية تتناسب مع شخص ولا تتناسب مع آخر وهكذا...<sup>(5)</sup>.

نخلص مما سبق أن الشريعة الإسلامية أخذت بمبدأ التعازير في كل جريمة أو معصية لم يرد بشأنها عقوبة معينة، حتى تستوعب كل جريمة ومعصية وقعت في أي عصر وفي أي مكان، يعد هذا من باب عظمة الشريعة الإسلامية، والتي تعتبر وبحق صالحة لكل زمان ومكان وليس نقصاً من شأنها.

(1) وهو الرأي الراجح لدى فقهاء الشافعية، أربعون جلدة للحر وعشرون للعبد والأمة. انظر: الشريبي، الإنقاذ في حل ألفاظ أبي شجاع، ج3، ص206؛ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي المتوفى سنة (450هـ)، الأحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة، بدون تاريخ، ص257.

(2) وهو رأي فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة، وقول لدى فقهاء الشافعية، ثمانون جلدة للحر وأربعون للعبد والأمة. انظر. عبد الله بن محمد بن مودود الموصلي المتوفى سنة (683هـ)، الاختيار لتعليل المختار، تعليق: الشيخ محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي، القاهرة، سنة (1937هـ)، ج3، ص286؛ الأزهرى، جواهر الأكليل شرح مختصر خليل، ج2، 2296، الشريبي، الإنقاذ، ج3، ص209؛ الماوردي، الأحكام السلطانية، ص257؛ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المتوفى سنة (630هـ)، المغنى، مكتبة القاهرة، القاهرة، بدون تاريخ، ج8، ص306؛ البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ص428.

(3) الشوكاني، السيل الجرار، ج4، ص326.

(4) الصنعاني، سبل السلام، ج4، ص30؛ الشوكاني، السيل الجرار، ج4، ص236.

(5) د. أسامة السيد عبد السميع، عقوبة تعاطي المخدرات والاتجا بها بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص (88/83).

### المبحث الثالث

#### جريمة تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية في القانون الليبي

تناول المشرع الليبي مجموعة من جرائم المخدرات - وهي من أهم وأخطر هذه الجرائم - وخصها بالذكر منها ما يتعلق بالجلب واستيراد وتصدير وصنع واستخراج وفصل وإنتاج وإحراز وتعاطي، إلا أنني سأقتصر على التعرض إلى جريمة تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية وذلك في المطلبين التاليين:

#### المطلب الأول

##### سند تجريم تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية في القانون الليبي

لقد كان المشرع في قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي متفهماً مع الشريعة الإسلامية في تجريمه وتحريمه لتعاطي المخدرات والاتجار بها ، ويقرر ذلك في المادة الثانية من المخدرات والمؤثرات العقلية رقم (7) لسنة 1990م منه بقوله: (يحظر على أى شخص أن يجلب أو يصدر أو ينتج أو يستخرج أو يفصل أو يصنع أو يملك أو يحرز أو يشتري أو يبيع مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية أو يتبادل عليها أو ينزل عنها بأية صفة كانت أو أن يتدخل بصفته وسيطاً في شئ من ذلك إلا في الأحوال المنصوص عليها في هذا القانون وبالشروط المبينة به).

وتنص المادة (35) من ذات القانون على أنه: (يعاقب بالسجن المؤبد أو السجن مدة لا تقل عن عشر سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار. (1) كل من حاز أو أحرز أو اشترى أو باع مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية أو نباتاً من النباتات الواردة في الجدول رقم (5) هي أو بذورها أو سلمها أو استلمها أو نقلها أو نزل عنها أو تبادل عليها أو صرفها بأية صفة كانت أو توسط في شئ من ذلك وكان ذلك بقصد الاتجار فيها أو اتجر فيها بأية صورة وذلك في غير الأحوال المرخص بها قانوناً. (2) كل من قدم مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية للمتعاظم أو سهل تعاطيها وكان ذلك بمقابل في غير الأحوال المرخص بها قانوناً. (3) كل من رخص له بحيازة مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية لاستعمالها في غرض أو أغراض معينة وتصرف فيها بمقابل بأي صفة كانت غير تلك الأغراض. (4) كل من أدار أو أعد أو هيأ بمقابل مكاناً لتعاطي المخدرات أو المؤثرات العقلية وجرى فيها تعاطيها. وتكون العقوبة السجن المؤبد والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تزيد على خمسين ألف دينار في الحالات الآتية: ( أ ) إذا كان الجاني عائداً أو محكوماً عليه نهائياً من إحدى المحاكم الأجنبية في جريمة مماثلة للجرائم المنصوص عليها في هذا القانون. (ب) إذا كان الجاني من الموظفين أو المستخدمين العموميين المنوط بهم مكافحة جرائم المواد المخدرة والمؤثرات العقلية أو الرقابة على تداول المواد وحيازتها. (ج) إذا اشترك الجاني في ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في هذه المادة مع قاصر أو كان الشخص

الذى قدمت إليه المادة المخدرة أو المؤثر العقلى قاصرًا. فإذا ارتكبت إحدى الجرائم المنصوص عليها فى البنود الثانى والثالث والرابع من الفقرة الأولى من هذه المادة بدون مقابل فتكون العقوبة السجن وغرامة لا تقل عن ألفى دينار ولا تزيد على خمسة آلاف دينار وإذا توافرت إحدى الحالات المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من هذه المادة فتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن عشر سنوات وغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار).

ومن ثم فإنه بموجب هذه النصوص يكون المشرع الليبى قد وسع دائرة التجريم لكافة صور الاتصال غير المشروع بالمواد المخدرة، وذلك لأنه لا يتصور أن هناك اتصال بالمخدرات لا يندرج ضمن الأفعال المنصوص عليها فى المادتين (2) و(35) من هذا القانون.

### طريقة المشرع الليبى فى تحديد الجواهر المخدرة:

تحديد المادة المخدرة قد يكون بأحد طريقتين، الأولى هو ان ينص عليها اسمًا فى مواد القانون أو جداول تلحق به، ويكون ذلك على سبيل الحصر، والثانية هو تحديد مواصفات المادة المخدرة بموجب نصوص القانون، بحيث إذا توافرت هذه المواصفات - دخلت فى عداد المواد المخدرة المؤثرة بها على نحو ما يوجب بها نصوص القانون. وهذه الطريقة الأخيرة من الصعب اللجوء إليها؛ نظرًا لكثرة أنواع المواد المخدرة وظهور الجديد منها فى كل يوم، ونظرًا للتقدم العلمى فى الوسائل الكيماوية، والذى يمكن عن طريقه صنع مواد مخدرة بتركيبات مختلفة لا يمكن حصرها، مما يؤدى إلى التحايل على مواد القانون وإفلات الكثير من العقاب.

الأمر الذى حدا بالمشرع الليبى إلى الأخذ بالطريقة الأولى، حيث قام بوضع خمسة جداول ألحقها بالقانون الحالى للمخدرات والمؤثرات العقلية رقم (7) لسنة 1990م، وعلى ذلك فإنه يشترط لصحة الحكم بالإدانة فى جرائم المخدرات عمومًا هو أن تكون المادة المضبوطة من عداد المواد المخدرة المبية حصراً فى الجداول الملحقه بالقانون، ولا يجوز القياس عليها؛ لما هو مقرر من أن القياس محظور فى مجال التأثيم<sup>(1)</sup>.

### تعداد المواد المخدرة على سبيل الحصر والتحديد:

الأصل أن تعداد المواد المخدرة والنباتات الممنوع زراعتها وبذورها إنما هو تعداد على سبيل الحصر والتحديد، ولا يمنع من ذلك أن يكون المشرع الليبى قد فوض فى المادة (55) اللجنة الشعبية العامة مجلس الوزراء أن تعدل بقرار منها الجداول الملحقه بهذا القانون بالحذف أو بالإضافة أو بتغيير النسب

(1) المستشار مصطفى مجدى هرجة، الدفع فى قضايا المخدرات، دار محمود للنشر، القاهرة، الطبعة الثالثة، سنة (1998م)، ص7.

فيها، وذلك بناء على اقتراح اللجنة الشعبية للصحة، وهذا التفويض التشريعي للجنة المذكورة لا يعنى أن تعداد المواد المخدرة المبينة بالجداول الملحقه هو تعداد على سبيل المثال وإنما على سبيل الحصر، ونحن نرى مع جانب من الفقه<sup>(1)</sup>، أن هذا التفويض يتعارض مع مبدأ الشرعية، ويتناقض مع روح القانون الليبي.

## المطلب الثاني

### البيان القانوني لجريمة تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية

الجريمة كيان قانوني يقوم على ركنين، هما الركن المادى والركن المعنوى، ويتمثل الركن المادى فيما يصدر عن الفاعل من نشاط يبرز في العالم الخارجى، ويقوم الركن المادى على عناصر ثلاثة، هى الفعل. أو السلوك الإجرامى والنتيجة وعلاقة السببية بين الفعل والنتيجة. ويتمثل الركن المعنوى للجريمة فبالجانب الإرادى الذى يقترن بالفعل. وباجتماع الركن المادى والركن المعنوى تقوم الجريمة، ولا يتصور قيامها على الركن المادى وحده، ولكن توجد بعض الجرائم التى تتطلب توافر ركن أو شرط مفترض إلى جانب الركن المادى والمعنوى ومنها جريمة تعاطي المخدرات وهذا الشرط أو الركن مادته مخدرة معينة، وفيما يلى نتناول سند تجريم تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية وبنائها القانوني في الفروع التالية:

### الفرع الأول الركن المادى

أولاً: السلوك الإجرامى للتعاطي:

( أ ) المقصود بفعل التعاطي:

السلوك الإنسانى المحرم في جريمة تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية يتمثل في تعاطي أي مادة أو نبات من المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية أو استعمالها استعمالاً شخصياً. والتعاطي عبارة عن تناول المواد المخدرة والمؤثرات، أو إدخالها في جسم الإنسان أيًا كانت الوسيلة إلى ذلك. ويستوى في وقوع الجريمة المكان الذى يتم فيه التعاطي، ويستوى كذلك كمية المادة المتعاطاة، وعدد مرات التعاطي، فالجريمة تقع بتعاطي المادة المخدرة أو المؤثرات العقلية ولو كان مرة واحدة.

وإنه ولئن كان التعاطي بمعناه الواسع يمكن أن يشمل في مدلوله الاستعمال الشخصى، إلا أنه ومنعاً للشبهة فقد استخدم القانون اللفظين معاً، ضمناً لتغطية جميع صور تناول المخدور أو المؤثر العقلى التى

(<sup>1</sup>) لمزيد من التفاصيل انظر : د. إدوار غالى الذهبى، جرائم المخدرات في التشريع الليبي، المكتبة الوطنية، بنغازى، ليبيا، الطبعة الأولى، سنة (1973م)، ص 17 وما بعدها؛ د. فوزية عبد الستار، شرح قانون المخدرات، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة (1990م)، ص 15.



يمكن أن تتحقق في العمل حتى لا يفلت واحدة منها من نطاق النص، ولا ضير في ذلك طالما أن القانون قد سوى في العقوبة على الفعل تعاطيًا سمي أم استعمالًا شخصيًا.

ويختلف التعاطي والاستعمال الشخصي للمواد أو النباتات المخدرة أو المؤثرة عقليًا حسب نوعه وإمكان تناولها، فقد يتم عن طريق الحقن إما في الوريد أو تحت الجلد، أو التناول بالفم أو الاستحلاب تحت اللسان، وقد يكون عن طريق الاستنشاق أو غيرها من الطرق. ويكفي لتحقيق فعل التعاطي أن يتم بأي صورة من صور التعاطي.

### (ب) أنواع التعاطي:

(1) **التعاطي بالصدفة:** ويكون ذلك بتأثير زميل من معتادى تعاطي المواد المخدرة الذين يحبون استهواء رفقاتهم إليها وتزيينها لهم في وصف آثارها في نفوسهم وأجسامهم وتبصيرهم بأحسن الطرق لتعاطيها. وكثيرًا ما يلعب حب الاستطلاع دورًا أساسيًا دورًا أساسيًا في تجربة المخدرات للتأكد من مفعولها. قد يلجأ الرفقاء المعتادون على تعاطي المخدرات إلى الضغط على زملائهم لتعاطيها، وذلك عن طريق تعبيرهم بالجن وعدم النضج، وقد يكون التعاطي لمرة واحدة أو بضع مرات عديدة، مما يصير معه اعتيادًا أو إدمانًا من الأشخاص<sup>(1)</sup>.

(2) **التعاطي بالمناسبة:** فهناك طوائف معينة تقوم بتقديم المخدرات في المناسبات التي تشيع فيها البهجة مثل أفراس الزواج وأعياد الميلاد والحفلات الخاصة، ومن هنا تبدأ الخطوة الأولى في طريق إدمان المخدرات<sup>(2)</sup>.

(3) **الإدمان:** وهي المرحلة التي ينتهي إليها المتعاطي بالحالتين السابقتين في التعاطي بالصدفة والمناسبة وهنا يصبح الشخص المدمن مريضًا رهينًا للمخدر يسعى للوصول إليه بشق الطرق وقد يرتكب جرائم أخرى دون جريمة التعاطي للحصول على المخدر منها السرقة والقتل.

### (ج) طرق التعاطي:

تختلف طرق تعاطي المخدرات من صنف إلى آخر ومن شخص إلى آخر، البعض يفضل التعاطي منفردًا، والبعض الآخر بنشوة وهو يتعاطها وسط مجموعة. وبالنسبة للمخدرات نفسها فالبعض يفضل الشم، والبعض يفضل التدخين، وبعض ثالث يفضل الحقن في الوريد، ومن أمثلة ذلك:

(1) د. أحمد أبو الروس، مشكلة المخدرات والإدمان، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون تاريخ، ص 85.

(2) المرجع السابق.

(1) **الحشيش:** عن طريق التدخين (سيجارة، سيجار، نرجيلة)، ومن أشهر الدول العربية المنتشرة فيها هذا الصنف مصر، أو عن طريق الشراب، حيث يقطع المتعاطى أوراق الحشيش وقممه الزهرية وينقعها في الماء ويذيقها ثم يشربها، وتنتشر هذه الطريقة في الهند، أو عن طريق الأكل بحيث يخلط الحشيش بمواد دهنية أو بالتوابل ويقطع على هيئة الشيكولاته ويؤكل مع بعض الأطعمة.

(2) **الأفيون:** يستخدم الأفيون في المجال الطبي لتخفيف الألم، ويستعمل على شكل محاليل تؤخذ في الغالب في العضل حتى لا يتعرض المريض لأدماخها، أو أقراص تتناول عن طريق الفم، أما التعاطى غير الطبي فيؤخذ عن طريق التدخين كما هو في الهند وإيران، أو البلع بالماء وقد يعقبه تناول كوب من الشاي، وأحياناً يلجأ المدمن إلى غلي المخدر وإضافة قليل من السكر إليه ثم يشربه. أو الاستحلاب حيث يوضع تحت اللسان وتطول فترة امتصاصه، أو يؤكل مخلوطاً مع بعض الحلويات، أو يشرب مذاباً في كوب من الشاي أو القهوة<sup>(1)</sup>.

(3) **القات:** تنتشر زراعته وإدمانه في منطقة القرن الأفريقي والسودان واليمن، وهو عبارة عن نبات أخضر تمضغ أوراقه وتخزن في فم المدمن ساعات طويلة، يتم خلالها امتصاص عصارتها، ويتخلل هذه العملية بين الحين والآخر شرب الماء أو المياه الغازية، وشرب السجائر أو النرجيلة.

(4) **المهلوسات:** وقد سميت بهذا الاسم لآثار الهلوسة التي تحدثها على شخص المتعاطى، وهي في الغالب تخیلات عن أصوات وصور وهمية، وأهم هذه المهلوسات عقار L.S.D وعقار P.C.P وتكون المهلوسات على شكل حبوب تؤخذ عن طريق الفم.

(5) **المنشطات (الأمفيتامينات):** تنتشر في الوسط الرياضي وبين طلبة المدارس والجامعات، وسائقي الشاحنات على الطرق الخارجية والدولية، وذلك لآثارها المنشطة على الجهاز العصبي، ومن أشهر طرق تعاطيها على شكل حبوب تؤخذ عن طريق الفم.

(6) **المورفين والهروين:** للمورفين خاصية كبيرة في تسكين الآلام، إلا أنه يسبب الإدمان السيولوجي، حيث يؤثر على وظائف خلايا المخ. والهروين من مشتقات المورفين، ويكثر استعماله عن طريق الشم، ويتم إدمانه بعد أسبوع من البدر في تعاطيه<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> د. علاء الدين كفاقي، مشكلة تعاطى المخدرات بين الشباب، التقرير السيولوجي، مطبوعات جامعة قطر، سنة (1993م)، ص18

<sup>(2)</sup> د. سعيد محمد الحفار، المخدرات مأساة البيئة المعاصرة، جامعة قطر، سنة (1993م)، ص8.

(7) الكوكايين: يؤخذ الكوكايين بطرق متعددة تتشابه إلى حد كبير مع الحشيش، سواء عن طريق التدخين أو الاجترأ تحت اللسان أو البلع أو مع بعض الأطعمة والمشروبات.

### ثانيًا: السلوك الإجرامي فى الجرائم الملحقمة بجريمة التعاطى:

لم يقتصر المشرع الليبى على تجريم فعل التعاطى أو الاستعمال الشخصى، وحاول أن يجرم بعض الأفعال الأخرى التى وإن كانت لا تعتبر تعاطيًا إلا أنها تتصل به ويمتد له، فإراد المشرع بذلك أن يقوم بنوع من التجريم التحوطى، للحد من ظاهرة تعاطى المخدرات، وهذه الأفعال هى:

أولاً: تهيئة مكان التعاطى (الدعوة إلى التعاطى): إعداد المكان يعنى تخصيصه لتعاطى المخدرات، سواء كان هذا التخصيص معلومًا للكافة أو مقصورًا على عدد محدد من الأفراد. ويستوى أن يكون المكان مخصصًا لهذا الغرض وحده أو معدًا لعدو أغراض أخرى - حقيقية أو وهمية - من بينها تعاطى المخدرات. كذلك يستوى أن يكون المكان مفتوحًا للجمهور بغير تخصيص أو مقصورًا على فئة معينة من الناس. ولا يعتد القانون بشكل المكان ولا بطريقة إعدادة، فالجريمة تقع بإقامة كوخ بين الحقول، أو بإعداد مكان إقامة خيمة فى الصحراء، أو زاوية فى مقهى، وقد يكون ركنًا فى متجر، وقد يكون سيارة فى مرآب لهذا الغرض، وتشكل تهيئة المكان للتعاطى - فضلًا عن تخصيصه لهذا الغرض تزويده بالأدوات اللازمة للتعاطى، كالجوزة وملحقاتها بالنسبة لمن يتعاطون الحشيش، والحقن ولوازمها لمن يتعاطون الأفيون أو المورفين<sup>(1)</sup>.

ثانيًا: إدارة مكان للتعاطى: يقصد بإدارة المكان تنظيم عملية التعاطى والإشراف عليها داخل المهيأ لذلك، ويستوى أن يكون من يدير المكان هو مالكه أو حائز أو أى شخص آخر يقوم بهذا العمل سواء يتولى القيام به بأجر أو بغير أجر، وتعتبر إدارة المكان للتعاطى جريمة مستمرة، لا تنتهى حالة الاستمرار إلا فى الوقت الذى يتوقف فيه الجانى عن إدارة المكان، ولكن يشترط أن تكون إدارة المكان أو تهيئة المكان فى كلتا الحالتين للغير، ويعنى ذلك أنه إذا أعد شخص مكانًا فى منزله أو فى محله أو فى مكتبة أو أى مكان آخر لكى يلجأ إليه عندما يتعاطى هو شخصيًا الجمهور المخدر فإن هذا الفعل لا يدخل تحت نطاق التجريم<sup>(2)</sup>.

(1) د. فوزية عبد الستار، شرح قانون المخدرات، مرجع سابق، ص49، د. إدوار غالى الذهبى، جرائم المخدرات فى التشريع الليبى، مرجع سابق، ص124.

(2) د. فوزية عبد الستار، شرح قانون المخدرات، المرجع السابق، ص 50؛ جاسم عبد الله، تعاطى المواد المخدرة والمؤثرات العقلية، مرجع سابق، ص 125.

**ثالثاً: تقديم المخدر للتعاطى:** يتحقق التقديم للتعاطى بإعطاء المادة المخدرة للغير لكى يتعاطاها، سواء كان ذلك بمقابل أو بغير مقابل. ولكن يلاحظ أن تقديم المخدر للتعاطى بمقابل يعد فى نفس الوقت تجار فى المخدر، وبذلك تتعدد الواقعة تعددًا صوريًا. والتقديم للتعاطى يقتضى الاتصال المباشر بالمخدر، ومؤدى ذلك أن يكون الجانى وقت ارتكاب الفعل محررًا للمخدر، ويتطلب تقديم المخدر للمتعاطى ضرورة صدور نشاط إيجابى من المتهم. أما مجرد اتخاذ موقف سلبى فلا يتحقق معنى التقديم للتعاطى، كما تتم هذه الجريمة بمجرد تقديم المادة المخدرة، أو المؤثرة عقليًا، سواء أعقبه التعاطى أو لم يعقبه، بمعنى أن تعاطى المادة المخدرة ليس شرطًا لقيام الجريمة، وإنما تتم الجريمة بمجرد التقديم للتعاطى<sup>(1)</sup>.

**رابعاً: تسهيل تعاطى المخدر:** يقصد به قيام الجانى بنشاط يتيح الفرصة للغير بغير حق لتعاطى المخدر، أو ييسر له دون حق سبيل التعاطى، وتتحقق جريمة تسهيل التعاطى بمجرد قيام الجانى بفعل أو أفعال يهدف من ورائها إلى أن ييسر لشخص بقصد تعاطى المخدرات، أو قيام الجانى بالتدابير اللازمة لتسهيل تعاطى الغير المخدر أو المؤثر عقليًا وتهيئه الفرصة له، أو تقديم المساعدة المادية أو المعنوية إلى شخص لتمكينه من تعاطى المخدر أيا كانت طريقة أو مقدار هذه المساعدة، ويستوى فى هذا النشاط أن يكون إيجابيًا أو سلبياً<sup>(2)</sup>.

والأصل فى التسهيل أنه فعل مشترك فى التعاطى، كان المشرع فى غنى عن النص على تجريمه لاسيما وأن عقوبة الشريك وفقًا لقانون العقوبات الليبى هى ذات عقوبة الجريمة التى اشترك فيها، ويرى جانب من الفقه<sup>(3)</sup> أن المشرع قد حرص على جعل تسهيل التعاطى فعلاً أصلياً وليس اشتراكاً؛ حتى يمكن العقاب عليه استقلالاً عن التعاطى، وذلك إذا قام الجانى بفعل التسهيل، ولكن لم يترتب عليه وقوع جريمة التعاطى لسبب خارج عن إرادة الجانى، ولو ترك الأمر للقواعد العامة لما عوقب الجانى فى هذه الحالة. مثال ذلك أن يكتب طبيب تذكرة طبية بمادة مخدرة لشخص بغير حق؛ لكى يسهل له تعاطى المخدر، ثم يحصل والد هذا الشخص على التذكرة قبل الشراء ويبلغ السلطات، هنا لا يسأل الطبيب كشريك فى التعاطى، وإنما يسأل عن جريمة مستقلة عن تسهيل تعاطى المخدر للغير، ولو اقتصر الأمر على اعتبار التسهيل اشتراكاً لما عوقب الطبيب؛ لأن جريمة التعاطى لم تقع.

(1) د. إدوار غالى الذهبى، جرائم المخدرات فى التشريع الليبى، مرجع سابق، ص (74/71).

(2) د. حسن صادق المرصفاوى، شرح قانون الجزاء الكويتى (القسم الخاص)، بدون دار نشر، سنة (1970/1969م)، ص 247.

(3) د. فوزية عبد الستار، شرح قانون المخدرات، المرجع السابق، ص 53؛ جاسم عبد الله، تعاطى المواد المخدرة والمؤثرات العقلية، المرجع السابق، ص 128 وما بعدها.

**خامساً: الدفع إلى التعاطي (التحريض على التعاطي):** يمكن تعريف التحريض على الجريمة بصفة عامة بأنه: خلق فكرة الجريمة ثم تدعيمها حتى تتحول إلى تصميم على إتيانها، وذلك من قبل من وجهة إليه التحريض<sup>(1)</sup>، أو هو وسيلة من وسائل الاشتراط في الجريمة دفع الغير على ارتكاب جريمة سواء بخلق فكرتها لديه إذا لم تكن موجودة من قبل، أو تشجيعه على ارتكابها إذا كانت فكرتها موجودة لديه قبل تحريضه<sup>(2)</sup>، وبذلك فإن الفعل الذي يقوم به المحرض هو نشاط نفسي وغير مدامي يعتمد فيه المحرض على قوة تأثيره على الشخص المحرض ومدى استعداد الأخير للقيام بالجريمة بناء على هذا التحريض، ثم يعتمد أيضاً على عوامل متعددة أخرى منها تحييد فكرة الجريمة لدى الشخص وتبرير دوافعها والتهوين من شأن العقبات التي قد تعترض طريقه حالة تنفيذ الجريمة، فمن يحرض شخصاً آخر على تعاطي المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية يخلق لديه هذه الفكرة أو أن يزيل منه حالة التردد في ارتكابها، ويوضح له فائدة هذه المواد لجسمه وصحته، ويهون من آثارها الضارة، ويقلل من خطورة أعراضها، وبذلك تقع جريمة التحريض تامة<sup>(3)</sup>.

وينبنى على ذلك أنه لا يشترط لوقوع التحريض المعاقب عليه أية وسيلة لتمام هذا التحريض، حيث يمكن أن يقع عن طريقة الكتابة أو القول أو الإيمارة إذا كانت لها دلالة واضحة تصلح للتعبير عن فكرة التعاطي، إلا أن هذه الإيمارة تجد صعوبتها في الإثبات الجنائي لفكرة التحريض. كذلك يستوى أمام القانون أن يكون الشخص المحرض لم تكن لديه فكرة مسبقة عن جريمة التعاطي أو أنه كان يفكر فيها بتردد وتمهل في تنفيذها لأي سبب، كما يستوى أن يقع التحريض على التعاطي على شخص أو أشخاص معينين سلفاً للمحرض، أو كان التحريض واقعاً على الجمهور عامة، وهو ما يعرف بالتحريض العلني الذي يعتبر أخطر أنواع التحريض، حيث أن وسائل العلانية التي يتخذها المحرض في هذه الحالة تمتد إلى عدد غير محدد من الناس، وهم بطبيعتهم أسرع تأثراً وأشد انفعالاً واستجابة لهذا التحريض<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> انظر في هذا المعنى د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، نظرية الجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (2008م)، ص 420.

<sup>(2)</sup> د. محمد رمضان باره، شرح القانون الجنائي الليبي، الأحكام العامة (الجريمة والجزاء)، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، الطبعة الأولى، سنة (1997م)، ص 422.

<sup>(3)</sup> د. محمد حنفي، الموسوعة الشاملة في شرح القانون الإماراتي للمواد المخدرة والمؤثرات العقلية، مرجع سابق، ص 142.

<sup>(4)</sup> د. حسن ربيع، شرح قانون العقوبات الاتحادي (القسم العام)، مطابع البيان التجارية، دبي، سنة (1999م)، ص 410؛ جاسم عبد الله، تعاطي المواد المخدرة والمؤثرات العقلية، مرجع سابق، ص (130/129).

## الفرع الثاني: الركن المعنوي

يعرف الفقه الركن المعنوي بوجه عام بأنه النشاط الذي يصدر عن الجاني، ويتخذ مظهرًا خارجيًا، ويتدخل من أجله القانون بتقرير العقاب، قد صدر عن إرادة آتمة، أى نتيجة خطأ يستند لمرتكبه<sup>(1)</sup>.

وتعد جريمة التعاطي جريمة عمدية، وكذلك الأفعال الملحقة بالتعاطي يعتبر كلا منها جريمة عمدية أيضًا، والركن المعنوي للجريمة هو القصد الجنائي، ويتحقق بتوافر العلم والإرادة الإجرامية، فليست الجريمة ظاهرة مادية خالصة قوامها الفعل وآثاره، ولكنها كيان نفسى؛ ذلك أن ماديات الجريمة لا تنشئ مسؤولية ولا تستوجب عقابًا ما لم تتوافر إلى جانبها العناصر النفسية التي يتطلبها كيان الجريمة، وتجتمع هذه العناصر في ركن يختص بها، وهو الركن المعنوي للجريمة، ومن ثم فالقصد الجنائي مكانة في الركن المعنوي للجريمة، كما أن الركن المعنوي في جريمة تعاطي المخدرات والجرائم الملحقة لا يخرج عن المبادئ العامة في القانون الجنائي.

والقصد المطلوب في هذه الجريمة هو القصد العام الذي يلزم لوجوده توافر عنصرين هما: العلم: أن يعلن الجاني أن المادة التي يتعاطاها أو يستعملها استعمالاً شخصياً من المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية، ومعنى آخر أن يعلن بكنه المادة المضبوطة، وأنها من المواد المحظورة قانوناً. والعنصر الثانى الإرادة: وهى انصراف الإرادة إلى ارتكاب النشاط الإجرامى، وهو التعاطي أو الاستعمال الشخصى للمخدر أو المؤثر العقلى<sup>(2)</sup>.

وإذا كانت القاعدة العامة هى أنه يكفى لقيام الركن المعنوي في جريمة التعاطي توافر القصد العام، إلا أن المشرع قد اشترط قيام القصد الخاص الذى يعتد بهما قانون المخدرات هى: قصد التعاطي أو الاستعمال الشخصى، وقصد التقديم للتعاطي أو تسهيله للغير، وقصد الاتجار.

## المبحث الثالث

### عقوبات تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية والإعفاء عنها فى القانون الليبي

العقوبة جزاء جنائي يتضمن إيلامًا مقصودًا يقرره القانون ويوقعه القاضى على من تثبت مسؤوليته عن الجريمة<sup>(3)</sup>، وهى أيضًا: إيلام يفرضه القانون ويطبقه القضاء عن طريق محاكمة على من تثبت مسؤوليته عن الجريمة. وبذلك يتبين أن العقوبة الجنائية عبارة عن إيلام للجاني أى أذى قانونى يلحق به

(1) د. السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، الطبعة الرابعة، سنة (1962م)، ص370.

(2) د. على عبد القادر القهوجى، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، نظرية الجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (2008م)، ص395.

(3) د. على عبد القادر القهوجى، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، نظرية الجريمة، مرجع سابق، ص137.

مقابل ما حققه من سلوك إجرامي أضر أو هدد بالضرر مصالح اجتماعية يعتبرها المشرع الليبي<sup>(1)</sup>، فيما يلي نتناول عقوبات تعاطى المخدرات والمؤثرات العقلية والإعفاء عنها في القانون الليبي في المطلبين التاليين:

## المطلب الأول

### عقوبة تعاطى المخدرات والمؤثرات العقلية

تعاقب المادة (35) الفقرة الأولى من قانون المخدرات بالسجن المؤبد أو السجن مدة لا تقل عن عشر سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار على كل من قدم مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية للمتعاظم أو سهل تعاطيها وكان ذلك بمقابل في غير الأحوال المرخص بها قانوناً، وكل من رخص له بزيادة مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية لاستعمالها في غرض أو أغراض معينة وتصرف فيها بمقابل بأي صفة كانت غير تلك الأغراض، و كل من أدار أو أعد أو هيا بمقابل مكاناً لتعاطى المخدرات أو المؤثرات العقلية وجرى فيها تعاطيها.

أما إذا ارتكبت إحدى الجرائم المنصوص عليها في البنود الثاني والثالث والرابع من الفقرة الأولى من هذه المادة بدون مقابل فتكون العقوبة السجن وغرامة لا تقل عن ألفي دينار ولا تزيد على خمسة آلاف دينار.

كما تعاقب الفقرة الثانية من المادة (35) بالسجن المؤبد والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تزيد على خمسين ألف دينار على كل من الجاني العائد أو المحكوم عليه نهائياً من إحدى المحاكم الأجنبية في جريمة مماثلة للجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، أو إذا كان الجاني من الموظفين أو المستخدمين العموميين المنوط بهم مكافحة جرائم المواد المخدرة والمؤثرات العقلية أو الرقابة على تداول المواد وحيازتها، أو إذا اشترك الجاني في ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في هذه المادة مع قاصر أو كان الشخص الذي قدمت إليه المادة المخدرة أو المؤثر العقلى قاصراً.

أما إذا ارتكبت إحدى الجرائم المنصوص عليها في الفقرة الثانية من نفس المادة بدون مقابل فتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن عشر سنوات وغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار.

(1) د. محمد رمضان باره، شرح القانون الجنائي الليبي، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص 449.

وتعاقب المادة التاسعة والثلاثون بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ضبط في أى مكان أعد أو هيا لتعاطى المخدرات أو المؤثرات العقلية وكان يجرى فيه تعاطيها مع علمه بذلك.

كما يحكم فى جميع الأحوال بمصادرة المواد المخدرة والمؤثرات العقلية المضبوطة والأشياء المتحصلة أو المكتسبة من الجريمة، كما يحكم بمصادرة وسائل النقل والأدوات المضبوطة التى استخدمت فى ارتكاب الجريمة، وذلك ما لم يكن مالك تلك الأدوات أو الوسائل شخصاً لا يد له فى الجريمة (م42 من قانون المخدرات).

وللمحكمة وفقاً للمادة السادسة والأربعون من قانون المخدرات أن تأمر بنشر ملخص الحكم النهائى بالإدانة الصادر فى إحدى الجرائم المنصوص عليها فى هذا القانون مرتين متتاليتين فى ثلاثة جرائم تعينها وعلى نفقة المحكوم عليه.

## المطلب الثانى

### الإعفاء من عقوبات تعاطى المخدرات والمؤثرات العقلية

ينص قانون العقوبات على حالتين لا يعاقب فيهما المتهم، هما:

#### الحالة الأولى: التقدم للمصحة للعلاج:

تنص الفقرة الأخيرة من المادة السابعة والثلاثين من قانون المخدرات على أنه: (لا تقام الدعوى الجنائية على متعاطى المخدرات أو المؤثرات العقلية إذا تقدم للعلاج بالمصحة من تلقاء نفسه). ويحتوى هذا النص تطبيقاً صريحاً لمبدأ عدم جواز الجمع بين التدبير الوقائى الشخصى والعقوبة الجنائية. والحكمة من قصد المشرع من وضع هذا النص تشجيع متعاطى المخدرات على الإقبال على العلاج بالمصحة.

**طبيعة الإعفاء:** ذهب بعض شراح القانون إلى أن هذا النص يقرر عذراً قانونياً معفياً من العقاب وأن كان قد عبر عنه بعدم إقامة الدعوى الجنائية، فالأعذار المعفية كلها تستتب بالضرورة عدم إقامة الدعوى الجنائية ضد الجانى متى توافرت أركان العذر، ويترتب عليها كالحا الإعفاء من العقاب، فهذا العذر إذن ليس من موانع المسؤولية الجنائية، ولا هو من أسباب الإباحة، ومن ثم لا يتعدى أثره إلى غير صاحبه، فلا يستفيد منه مثلاً الشريك بالتحريض ولا الفاعل الذى لا يتحقق له شروط الإعفاء.



ويرى الباحث أن الصحيح هو أن هذا النص يضع مانعاً إجرائياً يحول دون رفع الدعوى الجنائية ابتداءً، ويترتب على ذلك أنه إذا رفعت الدعوى الجنائية ضد المتهم على الرغم من وجود هذا النص فإن المحكمة لا تحكم فيها بالبراءة وإنما بعدم جواز نظر الدعوى<sup>(1)</sup>.

**نطاق الإعفاء:** يقتصر نطاق الإعفاء في نص المادة سالفه الذكر على الجرائم المتصلة بالمخدر بقصد التعاطي أو الاستعمال الشخصي، أما إذا كان من تقدم للمصلحة للعلاج قد ارتكب جريمة أخرى فإنه لا يستفيد من النص المذكور.

**شروط الإعفاء:** يشترط نص المادة السابقة لعدم إقامة الدعوى الجنائية ضد المتهم هو أن يتقدم من (تلقاء نفسه) للمصلحة للعلاج قبل تحريك الدعوى الجنائية ضده<sup>(2)</sup>، ويحسن التوسع في تفسير هذه العبارة بحيث يستفيد من الإعفاء كل من يقدمه أهله إلى المصلحة بقصد علاجه، فهذا التفسير - فضلاً عن أنه في مصلحة المتهم - يتفق على مقصود المشرع الذي أجاز للقاضي - بدلاً من الحكم بالعقوبة المقررة بالمادة السابعة والثلاثون - أن يأمر بإيداع المدمن إحدى المصحات للعلاج<sup>(3)</sup>.

ولا يشترط نص المادة السابعة والثلاثين لعدم إقامة الدعوى الجنائية إثبات أن المتهم من مدمني المخدرات، ومن باب أولى لا يشترط ثبوت الإدمان بمعرفة اللجنة الطبية المشككة بمعرفة وزير الصحة وإنما يكفي لعدم رفع الدعوى أن يكون المتهم من (متعاطي) المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية<sup>(4)</sup>.

### الحالة الثانية: الإبلاغ عن بعض الجنايات:

تنص المادة الثامنة والأربعون من قانون المخدرات على أنه: (يعفى من العقوبات المقررة في المادتين الرابعة والثلاثين والخامسة والثلاثين كل من بادر من الجناة بإبلاغ الجهات المختصة عن الجريمة قبل علمها بها. وتستبدل بعقوبة الإعدام عقوبة السجن المؤبد وبالعقوبة السجن المؤبد عقوبة السجن وتخفف باقى العقوبات إلى النص إذا حصل الإبلاغ بعد علم الجهات المختصة بالجريمة بشرط أن يؤدي الإبلاغ إلى الكشف عن معلومات جوهرية تتعلق بالجريمة أو بمرتكبيها).

(1) د. عوض محمد عوض، قانون العقوبات الخاص، مرجع سابق، ص 77.

(2) د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة (2008م)، ص 41.

(3) عوض محمد عوض، قانون العقوبات الخاص، المرجع السابق، ص 77.

(4) د. إدوار غالى الذهبي، جرائم المخدرات في التشريع الليبي، مرجع سابق، ص 135.

يتبين لنا من النص أن المشرع الليبي قد وضع هذا النص مدفوعاً باعتبارات المنفعة الاجتماعية التي تحدد سياسة العقاب والتي تدعو إلى تشجيع الإدلاء بالمعلومات في هذه الجرائم الخطيرة لكي ينتفع المتهم بالإعفاء من العقاب مقابل ما يقدمه من خدمة للعدالة تمثل في ضبط باقي الجناة.

**نطاق الإعفاء:** هذا الإعفاء مقصور على صور جرائم المادتين الرابعة والثلاثين والخامسة والثلاثين من قانون المخدرات دون سواها، ولعل مقصود المشرع الليبي من قصر الإعفاء على هاتين المادتين هو تشجيع المساهمين فيها على كشف أمرها للسلطات، بالإضافة إلى أن تقرير هذا الإعفاء يجعل الثقة معدومة بين أفراد العصابات التي تقوم بارتكاب هذه الجرائم الخطيرة.

**شروط الإعفاء:** يجب لإعفاء الجاني من العقاب تحقق الشرطين التاليين:

**الشرط الأول:** أن يقوم الجاني بالإبلاغ عن الجريمة. ولا يشترط القانون في الإبلاغ شكلاً معيناً، ولا أن يقدم إلى جهة معينة، وإنما يكفي أن يتم هذا الإبلاغ إلى السلطات العامة، سواء كانت النيابة العامة أو رجال الشرطة، أو قسم مكافحة المخدرات أو غير ذلك. كما يشترط أن يكون الإبلاغ قيام الحكم نهائياً في الجريمة، إذ أن الحكم النهائي يحوز حجية الأمر المقضي بحيث لا يجوز إلغاؤه إلا باتباع طريق إعادة النظر المنصوص عليه في قانون الإجراءات الجنائية<sup>(1)</sup>.

ولا يهم الباعث الذي دفع المتهم إلى الإبلاغ عن الجريمة، فقد يكون الندم أو الرغبة في تحقيق نفع مادي أو الخوف من العقاب أو تضيق الخناق عليه في أسئلة التحقيق، ففي جميع هذه الحالات ينتج الإبلاغ أثره عن العقوبة إذا تحقق الشرط الآخر الذي سيرد الكلام عنه.

**الشرط الثاني:** يجب أن يكون من شأن الإبلاغ أن يوصل إلى ضبط باقي الجناة، فقد سبق القول أن المشرع قرر هذا الأعفاء لاعتبارات نفعية محضة، بحيث لا يتمتع المبلغ بالإعفاء إلا إذا استفادت الدولة من هذا الإبلاغ بوصولها إلى ضبط باقي الجناة. وتقدير ما إذا كان الإبلاغ من شأنه أن يوصل إلى ضبط باقي الجناة أم لا مسألة متروكة لمحكمة الموضوع تمارسها في حدود سلطتها التقديرية<sup>(2)</sup>.

### المبحث الخامس: التدابير الوقائية

تعد التدابير الوقائية - إلى جانب العقوبة - الوسيلة الثانية للسياسة الجنائية في مكافحة الإجرام، وتستمد أهميتها من قصور العقوبة في مواضع متعددة عن أداء وظيفتها الاجتماعية، فهي عبارة عن

(1) انظر المادة (402) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي.

(2) د. إدوار غالي الذهبي، جرائم المخدرات في التشريع الليبي، مرجع سابق، ص 138 وما بعدها.

إجراءات أو أساليب جديدة تحل محل العقوبة بمعناها التقليدي أو تكملها بحسب الأحوال وتستهدف إزالة الخطورة الإجرامية أو القضاء على العوامل الدافعة إلى الإجرام، وبذلك يتبين أن غرض التدابير الوقائية يشترك مع غرض العقوبة في إصلاح المجرم فقط دون بقية الأغراض الأخرى<sup>(1)</sup>، وينص قانون المخدرات الليبي على نوعين من التدابير الوقائية، يجوز الحكم بها إذا توافرت شروطها، وفيما يلي بيّنها في المطلبين التاليين:

### المطلب الأول: إيداع المدمن إحدى المصحات

تنص المادة الفقرة الثانية من المادة السابعة والثلاثون من قانون المخدرات على أنه: (يجوز للمحكمة بدلاً من توقيع العقوبة المنصوص عليها في هذه المادة أن تأمر بإيداع من تثبت إدمانه على تعاطي المخدرات أو المؤثرات العقلية إحدى المصحات التي تنشأ لهذا الغرض لعلاج فيها إلى أن تقرر اللجنة المختصة ببحث حالة المودعين بالمصحات المذكور الإفراج عنه، ولا يجوز أن تقل مدة الإيداع في المصحة عن ستة أشهر ولا تزيد عن سنة، ويشترط أن يثبت الإدمان من لجنة طبية، ويكون تشكيل اللجنة المختصة ببحث حالة المودعين بالمصحات بقرار من اللجنة الشعبية العامة وزارة الصحة على أن يكون من بين أعضائها أحد رؤساء النيابة يندب لذلك من الجهة التابع لها، وللجنة الطبية أن تستعين بمن ترى الاستعانة به لأداء مهمتها. ولا يجوز أن يودع المصحة من سبق بإيداعه بها مرتين أو من لم يمض على خروجه أكثر من خمس سنوات).

يتبين لنا أن تطبيق هذا النص محكوم بالقواعد الآتية<sup>(2)</sup>:

**القاعدة الأولى:** يجب أن يثبت إدمان المتهم على تعاطي المخدرات أو المؤثرات العقلية، وذلك لأن المدمن ضحية من ضحايا المخدرات، فهو بالمرض أشبه منه بالمجرمين، وبالتالي فهو أجدر بالعلاج منه بالعقاب، بل إن عقاب المدمن بالسجن ليس إلا تعذيباً عديم الجدوى، فقد شل الإدمان إرادته فبات عاجزاً عن مقاومة إغراء المخدر، وقد استجاب تشريع المخدرات في تقرير هذا التدبير لتوصيات الأمم المتحدة واهتدى بما أخذت به كثير من تشريعات الدول المتحضرة.

<sup>(1)</sup> د. محمود سليمان موسى، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، المسؤولية والجزاءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة (2002م)، ج2، ص(443/442).

<sup>(2)</sup> د. إدوار غالي الذهبي، جرائم المخدرات في التشريع الليبي، المرجع السابق، ص 121 وما بعدها.

وجدير بالملاحظة أن المشرع الليبي قد خرج على القاعدة العامة في حرية القاضي في الاقتناع<sup>(1)</sup>، فاشتراط أن يثبت الإدمان من قبل لجنة طبية، وبناء عليه فلا يستطيع القاضي - مهما توافرت لديه من أدلة وقرائن - أن يقرر أن المتهم من مدمني المخدرات مادامت اللجنة المذكورة لم تر الرأي.

**القاعدة الثانية:** الأمر بإيداع المدمن إحدى المصححات مقصور فقط على حالة ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها بالمادة (37) من قانون المخدرات، وهي جرائم الاتصال بالمخدر بقصد التعاطي أو الاستعمال الشخصي. أما في غير هذه الجرائم فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بهذا التدبير الوقائي.

**القاعدة الثالثة:** الحكم بهذا التدبير الوقائي جوازى للمحكمة، وذلك على الرغم من ثبوت إدمان المتهم بمعرفة اللجنة الطبية آنفة الذكر، فالمحكمة بالخيار بين أن توقع العقوبة المقررة بالمادة (37) (وهي السجن وبغرامة لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد على خمسة آلاف دينار) وبين أن تأمر بإيداع مرتكب الجريمة إحدى المصححات للعلاج حيث لا يجوز أن يبقى بها مدة تزيد على سنة. ويظهر أن التوازن بين هذين الأمرين مفقود تمامًا، وكان الإيجاز بالمشرع الليبي أن يجعل إيداع المدمن بالمصححة وجوبياً خصوصاً بعد أن سلب القاضي حرية التقدير في هذه المسألة وجعل ثبوت هذا الوصف في حق مرتكب الجريمة منوطاً بلجنة طبية. ولذلك نخب بالمشرع الليبي أن يبادر إلى تعديل نص المادة (37) من قانون المخدرات بجعل إيداع المدمن بالمصححة وجوبياً على القاضي، فذلك خير وأجدى للمتهم والمجتمع معاً.

**القاعدة الرابعة:** إذا أمر القاضي بإيداع المدمن إحدى المصححات فإنه لا يحدد المدة التي يقضيها المدمن في المصححة، وإنما تحدد هذه المدة التي يقضيها المدمن في المصححة، اللجنة المختصة بفحص حالة المودعين بالمصححات التي ورد تشكيلها صراحة في القانون. كما أن النص في القانون على حد أدنى لمدة الإيداع مقصود به إرضاء العدالة وتحقيق قدر من الردع العام بإبقاء المحكوم عليه معتقلاً بالمصححة خلال مدة معينة. أما النص على حد أقصى به كفالة الحريات الفردية بضمان إلا يبقى المحكوم عليه معتقلاً بالمصححة بعد مدة معينة<sup>(2)</sup>.

**القاعدة الخامسة:** لا يجوز أن يودع بالمصححة من سبق إيداعه بها مرتين، أو من لم يمحض على خروجه أكثر من خمس سنوات، ووجهة نظر المشرع الليبي من وضع هذا القيد أن من أودع بالمصححة مرتين أو من دخل المصححة وعاد بعد خروجه منها إلى استعمال المخدرات أو المؤثرات العقلية قبل

<sup>(1)</sup> القاعدة العامة في القانون الليبي هي حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته. انظر المادة (285) من قانون الإجراءات الليبي.

<sup>(2)</sup> د. محمود نجيب حسني، المجرمون الشواذ، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة (1974م)، ص 107.

انقضاء خمس سنوات على ذلك هو في غالب الأمر شخص لم يجد العلاج معه نفعاً، وبالتالي يكون من العبث إيداعه بالمصحة مرة أخرى.

ويرى الباحث أن هذا القيد لا لزوم له ويجدر بالمشرع الليبي أن يبادر إلى إلغائه، إذ من واجب المجتمع - خصوصاً بعد ثبوت إدمان الجاني بمعرفة لجنة طبية مختصة - أن يتولى علاجه بالأساليب الحديثة في معالجة المدمنين بدلاً من توقيع العقوبات السالبة للحرية.

### موقف الشريعة الإسلامية مما قرره القانون:

والشريعة الإسلامية لا تعارض مبدأ العلاج من الإدمان، فما أنزل الله من داء إلا أنزل له دواء<sup>(1)</sup>، فعن عبد الله بن مسعود يُخْبِرُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «مَا أَنْزَلَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ دَاءً، إِلَّا أَنْزَلَ لَهُ دَوَاءً، عَلِمَهُ مَنْ عَلِمَهُ، وَجَهِلَهُ مَنْ جَهِلَهُ»<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني

#### التدابير في حالة الحكم أو الاتهام الجدي أكثر من مرة في إحدى جنايات المخدرات

تنص المادة التاسعة والأربعون من قانون المخدرات على أنه: (إذا ثبت أدانته شخص أكثر من مرة في إحدى الجنايات المنصوص عليها في هذا القانون، وجب اتخاذ أحد التدابير التالية ضده بقرار من المحكمة المختصة. (1) الإيداع في إحدى مؤسسات العمل. (2) تحديد الإقامة في أى جهة معينة. (3) منع الإقامة في جهة معينة. (4) الأبعاد. (5) حظر التردد على أماكن أو محال معينة. (8) الحرمان من ممارسة مهنة أو حرفة معينة. ولا تقل مدة التدبير المأمور به عن سنة ولا تزيد على عشر سنوات وفي حالة مخالفة الخاضع للتدبير لمقتضاه يعقاب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر).

يجب أن تراعى في الحكم بهذه التدابير القواعد الآتية<sup>(3)</sup>:

**القاعدة الأولى:** هذه التدابير تتخذ بشأن الجنايات المنصوص عليها في قانون المخدرات والمؤثرات العقلية دون الجنح، وهذا واضح من النص المذكور على الرغم من أن الحكم بهذه التدابير يصدر من المحكمة المختصة.

(1) د. أسامة السيد عبد السميع، عقوبة تعاطي المخدرات والاتجا بها بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 109.

(2) مسند الإمام أحمد بن حنبل، مسند عبد الله بن مسعود رضى الله عنه، حديث رقم (3922)، ج 7، ص 38. حديث صحيح لغيره، وهذا إسناد حسن.

(3) د. إدوار غالى الذهبي، جرائم المخدرات في التشريع الليبي، مرجع سابق، ص 128 وما بعدها.

**القاعدة الثانية:** يجب للحكم بأحد هذه التدابير أن يكون المحكوم عليه قد سبقت إدانته أكثر من مرة، أو اتهم لأسباب جدية أكثر من مرة في إحدى الجنايات المنصوص عليها في القانون.

### شروط الحكم بالتدابير الوقائية:

لكي تصلح الأحكام السابقة سنداً للحكم بأحد هذه التدابير يجب أن تتوافر فيها الشروط التالية:

**الشرط الأول:** أن يكون أكثر من حكم، وهذا مستفاد من النص صراحة على وجوب الحكم (أكثر من مرة) أى أن يكون قد صدر حكمان فأكثر. ولا يلزم أن تكون هذه الأحكام قد صدرت كلها بتوقيع العقوبات الأصلية المقررة للجنايات المنصوص عليها في قانون المخدرات، بل يجوز أن يكون كلها أو بعضها صادراً بالتدبير الوقائي المنصوص عليها بالمادة السابعة والثلاثون من قانون المخدرات، وذلك لأن المادة التاسعة والأربعون هو (سبق الحكم أكثر من مرة) دون أن يشترط الحكم بعقوبة معينة، وبناء عليه فإن المدان على تعاطي المخدرات إذا سبق الحكم عليه مرتين بالإيداع في إحدى المصحات للعلاج فإنه يجوز الحكم عليه بعد خروجه من المصحة بأحد التدابير الوقائية المنصوص عليها بالمادة التاسعة والأربعون من قانون المخدرات.

**الشرط الثاني:** يجب أن تكون الأحكام باتة، أى غير قابلة للطعن فيها، أما إذا كان الحكم قابلاً للطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن، أو طعن فيه بالفعل ولم يفصل فيه بعد، فلا يجوز الاستناد إليه لاحتمال إلغائه.

**الشرط الثالث:** يجب أن تكون الأحكام منتجة لآثارها القانونية، فإذا كان المحكوم عليه قد رد اعتباره بحكم القانون<sup>(1)</sup>، أو بحكم القاضى<sup>(2)</sup>، فلا يجوز الاعتداد بالحكم؛ لأن رد الاعتبار يترتب عليه انقضاء الحكم وجميع آثاره الجنائية<sup>(3)</sup>، وما يقال عن رد الاعتبار يقال أيضاً عن العفو العام.

**القاعدة الثالثة:** يقدم طلب الحكم بأحد التدابير الوقائية من النيابة العامة إلى المحكمة الجنائية المختصة<sup>(4)</sup>، ويبدو من صياغة المادة التاسعة والأربعون من قانون المخدرات أنه يجب على المحكمة الحكم بأحد هذه التدابير الوقائية إذا قام لديها الدليل على أن المطلوب الحكم عليه بالتدبير الوقائي سبق

(1) انظر المادة (491) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي.

(2) انظر المادة (486) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي.

(3) انظر المادة (481) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي.

(4) د. رؤوف عبيد، شرح قانون العقوبات التكميلي، مرجع سابق، ص 88.

الحكم عليه أكثر من مرة أو اتهم لأسباب جدية أكثر من مرة لإحدى الجنايات المنصوص عليها في قانون المخدرات.

**القاعدة الرابعة:** لا يجوز الحكم بأكثر من تدبير واحد على الشخص الواحد<sup>(1)</sup>، وهذا ظاهر من عبارة (اتخاذ أحد التدابير الآتية) الواردة بالمادة التاسعة والأربعون من قانون المخدرات. ويرى الباحث أن سبق الحكم بأحد هذه التدابير لا يمنع النيابة العامة من التقدم للمحكمة الجنائية بطلب جديد لتوقيع حكم آخر. وذلك بعد انتهاء مدة التدبير الأول. كما لا يجب على المحكمة الجنائية المختصة أن تحدد مدة التدبير في حكمها بشرط ألا تقل عن سنة وألا تزيد على عشرة سنوات. وفي حالة مخالفة المحكوم عليه للتدبير الوقائي المحكوم به يحكم عليه بالحبس لمدة لا تقل عن ستة أشهر.

### الخاتمة:

من خلال البحث توصلت إلى مجموعة من النتائج والتوصيات التالية:

### أولاً: النتائج:

(1) السلوك الإنساني المحرم في جريمة تعاطى المخدرات والمؤثرات العقلية يتمثل في مادة أو نبات من المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية أو استعمالاً شخصياً، ويقصد بالتعاطى تناول المادة التي يؤدي تعاطيها إلى حالة تخدير كلي أو جزئي سواء أدت إلى فقد الوعي من عدمه، وتعطى إحساساً لتعاطيها بالنشوة والسعادة الوهمية أيا كان شكلها أو نوعها حيث يستوى أن تكون سائلة أو صلبة أو مسحوق أو أقراص أو كبسولات أو غير ذلك من الأشكال، ويترتب عليها عادة الإدمان وتجرمها القوانين الوضعية وتحاربها الاتفاقيات الدولية.

(2) ثبوت تحريم المخدرات تعاطياً وتجاراً أو غير ذلك بالأدلة الشرعية من الكتاب والسنة والإجماع والقياس، وذلك نظراً لما يترتب عليها من أضرار صحية واقتصادية واجتماعية ودينية وسياسية، سواء على مستوى الفرد أو الأسرة أو المجتمع، ومن ثم يخطأ من يعتقد حل المخدرات نظراً لعدم وجود نص صريح يجرمها.

(3) وجوب عقوبة متعاطى المخدرات والمؤثرات العقلية بالعقوبة التعزيرية المناسبة ومنها عقوبة الجلد كشارب الخمر، مع وجوب مصادرة ما ضبط مع المتعاطى من جواهر مخدرة في جميع الأحوال، وغلق مكان التعاطى إن استلزم الأمر، ومن ثم فإنه لا مانع من تطبيق العقوبات الواردة في قانون المخدرات الليبي بشأن التعاطى حيث إنها تعتبر من العقوبات التعزيرية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

(1) د. محمود سليمان موسى، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 447 وما بعدها.

(4) تتميز جريمة تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية بأنها جريمة عمدية وإيجابية ومؤقتة كما أنها تشترك في بعض الخصائص مع جرائم المخدرات الأخرى وتختلف أيضاً في بعض الجوانب.

(5) تحديد المادة المخدرة قد يكون بأحد طريقتين الأولى هو أن ينص عليها أسماً في مواد القانون أو جدول تلحق به ويكون ذلك على سبيل الحصر والثانية هو تحديد مواصفات المادة المخدرة بموجب نصوص القانون بحيث إذا توافرت هذه المواصفات ويكون ذلك عادة عن طريق الخبراء في المادة المضبوطة.

(5) جرم المشرع اللبي تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية أو استعمالها الشخصي وأنزل العقوبة على مرتكبها، ولا يكفي للوجود القانوني لهذه الجريمة أن يتوافر ركنها المادي بل يلزم أن تكون الواقعة المادية غير مشروعة، وهي لا تكون كذلك إلا إذا انتفت أسباب الإباحة.

### ثانياً: التوصيات:

(1) ضرورة تعديل العقوبات بحيث تعطى للقاضي التدرج في العقوبة حسب حالة المتعاطي وأخذه بالرأفة في المرة الأولى وتشديد العقوبة في حالة العود.

(2) ينبغي على الدولة وضع خطة عمل وطنية لمحاربة ظاهرة تعاطي المخدرات واقتراح وسائل تحقيق هذه الخطة وتقديم مقترحات وتوصيات إلى الجهات المختصة في كل من شأنه حماية الإنسان في ظاهرة التعاطي.

(3) تكليف بعض المراكز العلمية المتخصصة لإجراء البحث ودراسات تتناول ظاهرة تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية والجرائم المتصلة بها وصولاً لحياة أفضل بعيداً عن تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية.

(4) إمداد معامل التحليل بمصلحة الطب الشرعي بالأجهزة والمعدات الحديثة المستخدمة في الكشف عن المخدرات والتي تساهل المستحدث في الأنواع الجديدة من العقاقير المخدرة التي يساء استخدامها.

(5) إنشاء مصحات لعلاج متعاطي المخدرات علي أن يتوفر فيها أساليب العلاج الطبي والنفسي والاجتماعي.

(6) تفعيل دور وسائل الاعلام بغرض محاربة متعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية .

(7) تدريس مادة تحت عنوان السياسة الجنائية لمكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية في كليات القانون وجميعها كون المجتمع الجامعي الاساس في مواجهة ظاهرة انتشار تعاطي المخدرات .



## أولاً: فهرس المراجع العربية:

- (1) أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعیدی العدوی المتوفى سنة (1189هـ)، حاشية العدوةن على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، دار الفكر، بيروت، سنة (1994م).
- (2) أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي المتوفى سنة (450هـ)، الأحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة، بدون تاريخ.
- (3) أبو الحسن، علاء الدين، علي بن خليل الطرابلسي المتوفى سنة (844هـ)، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ.
- (4) أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي المتوفى سنة (684هـ)، الفروق، عالم الكتب، القاهرة، بدون تاريخ.
- (5) أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني المتوفى سنة (241هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: سعيب الأرئوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (2001م).
- (6) أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المتوفى سنة (630هـ)، المغني، مكتبة القاهرة، القاهرة، بدون تاريخ.
- (7) أحمد أبو الروس، مشكلة المخدرات والإدمان، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون تاريخ.
- (8) أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين أبو العباس المتوفى سنة (974هـ)، الزواجر عن اقتراف الكبائر، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (1407هـ).
- إدوار غالي الذهبي، جرائم المخدرات في التشريع الليبي، المكتبة الوطنية، بنغازي، ليبيا، الطبعة الأولى، سنة (1973م).
- (9) إدوار غالي الذهبي، جرائم المخدرات في التشريع المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة (1978م).
- (10) أسامة السيد عبد السميع، عقوبة تعاطي المخدرات والاتجا بها بين الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الثانية، سنة (2010م)، ص (44/43).
- (11) أمين مصطفى محمد، علم الجزاء الجنائي، الجزاء الجنائي بين النظرية والتطبيق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة (2008م).
- (12) انطوان لطف الله البستاني، المخدرات أعرف عنها وتجنبها، المجلة العربية للطب النفسي، المجلد الأول، العدد الثاني، سنة (1990م).

- (13) تقى الدين أبو العباس بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية المتوفى سنة (728هـ)، السياسة الشرعية في إصلاح الراعى والرعية، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، سنة (1418هـ).
- (14) جابر عبد الله عبد الرزاق النقيب، تعاطى المواد المخدرة والمؤثرات العقلية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، سنة (2010م).
- (15) حسن ربيع، شرح قانون العقوبات الاتحادى (القسم العام)، مطابع البيان التجارية، دبي، سنة (1999م).
- (16) حسن صادق المرصفاوى، شرح قانون الجزاء الكويتى (القسم الخاص)، بدون دار نشر، سنة (1970/1969م).
- (17) رؤوف عبید، شرح قانون العقوبات التكميلي، بدون دار نشر، الطبعة الرابعة، سنة (1968م).
- (18) زيد الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازى المتوفى سنة (666هـ)، مختار الصحاح، ترتيب: السيد محمود طاهر، دار التراث العربى للطباعة والنشر، بدون تاريخ.
- (19) السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة فى قانون العقوبات، الطبعة الرابعة، سنة (1962م).
- (20) شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي المتوفى سنة (748هـ)، الكبائر، دار الندون الجديدة، بيروت، بدون تاريخ.
- (21) شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني المتوفى سنة (977هـ)، الإقناع فى حل ألفاظ أبي شجاع، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ.
- (22) صالح عبد السميع الآبى الأزهرى، جواهر الإكليل، المكتبة الثقافية، بيروت، بدون تاريخ.
- (23) عبد العزيز عامر، التعزير فى الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربى، القاهرة، سنة (1955م).
- (24) عبد العظيم مرسى وزير، شرح قانون العقوبات، القسم الأول، بدون دار نشر، طبعة سنة (1998م).
- (25) عبد الله بن محمد بن مودود الموصلى المتوفى سنة (683هـ)، الاختيار لتعليل المختار، تعليق: الشيخ محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي، القاهرة، سنة (1937هـ).
- (26) عثمان بن على بن محجن البارعى، فخر الدين الزيلعى المتوفى سنة (743هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة (1313هـ).
- (27) علاء الدين كفاى، مشكلة تعاطى المخدرات بين الشباب، التقرير السيكلوجى، مطبوعات جامعة قطر، سنة (1993م).
- (28) على عبد القادر القهوجى، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، نظرية الجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (2008م).

- (29) عوض محمد عوض، قانون العقوبات الخاص (جرائم المخدرات والتهرب الجمركي والنقدى)، بدون دار نشر، طبعة سنة (1966م).
- (30) فوزية عبد الستار، شرح قانون المخدرات، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة (1990م).
- (31) مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة (2008م).
- (32) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين المتوفى سنة (1252هـ)، رد المختار على الدر المختار، بيروت، دار الفكر، الطبعة الثانية، سنة (1992م).
- (33) محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن ابن القيم الجوزية المتوفى سنة (751هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (1991م).
- (34) محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير المعاد، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة السابعة والعشرون، سنة (1994م).
- (35) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، سنة (1993م).
- (36) محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسيني، الكحلاني الصنعاني، المعروف بالأمر المتوفى سنة (1182هـ)، سبل السلام، دار الحديث، بدون تاريخ.
- (37) محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذى المتوفى سنة (279هـ)، سنن الترمذى، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، شركة مكتبة ومطبعة البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة (1975م).
- (38) محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو المتوفى سنة (885هـ)، درر الحكام شرح غرر الأحكام، مطبعة قريعى يوسف، (1330هـ).
- (39) محمد حنفى محمود محمد، الموسوعة الشاملة في شرح القانون الإماراتي للمواد المخدرة والمؤثرات العقلية، مكتبة دار الحقوق، الشارقة، سنة (2002م).
- (40) محمد رمضان باره، شرح القانون الجنائي الليبي، الأحكام العامة (الجريمة والجزاء)، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، الطبعة الأولى، سنة (1997م)، ص 422.
- (41) محمود بن عمر بن محمد بن أحمد الخوارزمي الزمخشري جار الله، أو القاسم، أساس البلاغة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، الطبعة الثالثة، سنة (1985م).
- (42) محمود سليمان موسى، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، المسؤولية والجزاءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة (2002م).
- (43) محمود نجيب حسنى، المجرمون الشواذ، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة (1974م).

(44) محمود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، نظرية الجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (2008م).

(45) مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري المتوفى سنة (261هـ)، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربى، بيروت، بدون تاريخ.

(46) مصطفى مجدى هرجة، الدفع فى قضايا المخدرات، دار محمود للنشر، القاهرة، الطبعة الثالثة، سنة (1998م).

(47) منصو بن يونس البهوتى المتوفى سنة (1051هـ)، الروض المربع شرح زاد المستقنع مختصر المقنع، تحقيق: خالد بن على وآخرون، دار الركائز للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الأولى، سنة (1438هـ).

#### ثانيًا: فهرس المراجع الأجنبية:

-Arnolds Trebach, Heroin solution, the backs, which suggests away out of the apparently impossible predicament of addiction control , is of such importance, that we ignore it at our peril –

Ann Dally, M,D the lancet yele university press, London, 1982.

Drug and counter measures in Japan (Tokyo, ministry of health and welfare of Japan, 1972 .

-John Strang and Michael Gossop- Heroin Addiction and Drug policy: The British Sytem(Oxford University Press), 1994.

-M,D VICKERS, MBBS (Ioud) and others, Drugs in andsthetic practice, (UK-1985). -N.Bejerot, Addiction and society (chrles e. Thomas. 1970) Drug Abuse and countre measure in Japan (Tokyo, ministry of health and welfare of Japan, 1972).

-R.G.Health, the role of pleasure in hurnan behavior (New York, 1964).

-Roy Roberston, "Heroin Aids Society, Hodder, and Stoughton, London Sydeny Auckland Toronto, 1987, 1987.D.C.

Des Jarlais and others, Liver disease in narcotic

- Single Convention on narcotic drugs 1961 United Nations, phblication New York 1979.*
- United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narrcotic Drugs and psychotopic substances 1998.*
- V.P. Dole and in. Nyseander, Amedical treatment for heroin sddiction with methadone. Journal of the Americoanmsdical Association, Vol. 193, 1965.*
- Vonvention on psyehotropiesubstanees 1971- United Nations publication New York 1977.*



التظلم الإداري كوسيلة لحل النزاع الإداري  
د.مصباح عمر التائب  
محاضر بكلية القانون  
— قسم القانون العام- جامعة بني وليد

## المقدمة

يعتبر القانون الإداري قانوناً متطوراً مقارنة مع غيره من القوانين، والبحث في موضوع التَّظْلُم الإداري من أهم الوسائل التي يمكن استخدامها من قبل الأفراد في مواجهة قرارات الإدارة التي قد تمس حقوقهم، وهو أحد الضمانات التي تحمي تلك الحقوق .

ويمنح التَّظْلُم الإداري للإدارة فرصة لإصلاح أخطائها وإعادة النظر في موقفها ، وبالنتيجة يخفف العبء على القضاء الإداري بإنهاء المنازعة الإدارية في بدايتها بشكل لا يؤدي إلى تطور الأمر إلى منازعة قضائية تطرح أمام القضاء ، وفي ذلك توفير للجهد والمال لذوي الشأن من ناحية ، وتخفيف العبء الواقع على كاهل القضاء من ناحية أخرى، والمشرع الليبي أشار إلى التظلم الإداري من خلال القانون رقم 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري ، والتَّظْلُم الإداري عبارة عن طعن إداري يقوم به من يريد مقاضاة الإدارة ويكون في شكل احتجاج يوجه إلى السلطة الإدارية المختصة طاعناً في مشروعية أعمالها الإدارية غير المشروعة بغية مراجعة تصرفاتها.

## أهمية البحث:

تكمن أهمية اختيارنا لموضوع التنظيم القانوني للتظلم الإداري لما له من أهمية بالغة حيث يعتبر الحديث عن التَّظْلُم من الموضوعات المهمة والجديرة بالدراسة لأنَّ موضوع التَّظْلُم مهم للفرد وللإدارة وللقضاء على حد سواء ، فعلى صعيد الفرد تخفيف أعباء التقاضي المادية والزمنية، وعلى صعيد الإدارة فهو أداة لبسط الرقابة الذاتية على أعمال الإدارة، وعلى سبيل القضاء فهو يعمل على تخفيف أعداد القضايا المسجلة لدى المحاكم وذلك لحل المنازعات بين الإدارة والأفراد ودياً.

وتكمن أهمية البحث أيضاً في كون أنَّ هناك جهلاً كبيراً من قبل الموظفين وأصحاب الشأن بموضوع التَّظْلُم الإداري فقد تقوم الجهات الإدارية المختلفة بإصدار قرارات معيبة في بعض الأحيان ، وفي أحيان أخرى غير ملائمة، إلا أنَّ المتضررين منها لا يلجؤون إلى التَّظْلُم

لجهة الإدارة من أجل إلغائها أو تعديلها أو سحبها ، إمّا بسبب جهلهم بهذا الحق أو خوفاً من بطش وسلطة جهة الإدارة.

### أهداف البحث :

يهدف البحث بشكل أساسي إلى معالجة القصور والتعارض الذي يوجد في النصوص القانونية المنظمة للتظلم بين التشريعين الليبي والمصري ، وتمثل أهداف البحث في أن:

- التَّظْلُم الإداري هو أحد ضمانات احترام مبدأ المشروعية الإدارية، وأحد وسائل الرقابة الداخلية على أعمال الإدارة، والتظلم الإداري يهدف لتوجيه المتظلم للطريق السليم من خلال النص على الإجراءات التي نص عليها القانون

- التَّظْلُم الإداري يوفر الوقت والجهد والمال لصاحب الشأن ،وهو طريق مختصر لحصول صاحب الشأن على حقه دون اللجوء إلى القضاء، وفكرة التظلم الإداري في التشريع الليبي لازالت حبيسة وقاصرة عن مواكبة التطور التشريعي المقارن.

- التَّظْلُم الإداري يؤدي إلى قطع ميعاد الطعن بالإلغاء ،الأمر الذي يؤدي إلى منح المتظلم مدة ستين يوماً إضافية للطعن القضائي.

### إشكالية البحث:

تتلخص مشكلة البحث في محاولة معرفة التنظيم القانوني للتظلم الإداري في التشريعين الليبي والمصري والوقوف على النصوص القانونية المنظمة، وبيان ما قد يعتريها من قصور ،وهذا البحث يثير العديد من التساؤلات تتمثل في الآتي:

- ما هو التَّظْلُم الإداري وماهي أهميته؟

- هل هناك فرق بين التَّظْلُم الإداري وغيره من المفاهيم القانونية الأخرى؟

- ما هي شروط التَّظْلُم الإداري؟

- ما هي أنواع وتقسيمات التَّظْلُم الإداري؟



- ماهي الآثار المترتبة على التَّظْلُم الإداري ؟

- في حالة تعددت التَّظْلُمات المقدمة من صاحب الشأن ماهو التَّظْلُم الذي يقطع ميعاد الطعن؟ وكيف يتم إحتساب مدة الطعن؟

### منهجية البحث:

يتم تناول موضوع التنظيم القانوني للتظلم الإداري وفقاً لأسلوب الدراسة التحليلية المقارنة بين النصوص القانونية في كل من ليبيا ومصر، وأيضاً إتجاهات الفقه و أحكام المحاكم ونسلط الضوء على التشريع الليبي فضلاً عن التشريع المصري؛ لأنه متطور في مجال القانون والفقه والقضاء الإداري .

### تقسيم البحث:

يتطلب البحث في موضوع التنظيم القانوني للتظلم الإداري أن نقوم بتحديد الخطة التي توضح لنا نطاق بحثنا ويستوجب التعرف على كافة المسائل المحيطة بالموضوع ولو بشيء من الإيجاز، لأنه لو تعمقنا في الموضوع سيصل بنا الأمر إلى عدد كبير من الصفحات وهذا يتنافى مع شروط نشر البحوث في المجالات العلمية المحكمة ولهذا سوف نقوم بتقسيم البحث وفقاً للآتي.

المبحث الأول: ماهية التَّظْلُم الإداري

المطلب الأول: نشأة التَّظْلُم الإداري

المطلب الثاني: مفهوم التَّظْلُم الإداري وأهميته

المطلب الثالث: شروط التَّظْلُم الإداري

المبحث الثاني: أنواع التَّظْلُم الإداري والآثار المترتبة عليه

المطلب الأول: التَّظْلُم الإداري من حيث السلطة المختصة بفحصه

المطلب الثاني: التَّظْلُم الإداري من حيث مدى الزاميته

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على التَّظْلُم الإداري وكيفية احتسابه

## المبحث الأول: ماهية التَّظْلُم الإداري

من المبادئ المستقرة في نطاق القانون الإداري أنَّ المصلحة العامة تتفوق على المصالح الخاصة، وعلى هذا الأساس تقوم الإدارة في تسييرها للمرافق العامة باتخاذ قرارات إدارية في سبيل وضع المصلحة العامة في حيز التطبيق وبناءً على ذلك فإنَّ هذه القرارات وضعت في الحسبان أولاً وأخيراً وجوب سير المرافق العامة بانتظام واطرداد، فضلاً على أن ضرورة استمرارية المرفق العام هي نقطه بالغه الأهمية علمًا أنَّ ما تتخذه الإدارة العامة من قرارات قد يمس من قريب أو بعيد حقوق الأفراد أو يخالف مبدأ المشروعية، وعلاجاً لذلك أوجد المشرع للمتضرر مسلكاً يسلكه قبل اللجوء إلى القضاء، في بعض الحالات وهو التَّظْلُم الإداري الذي بموجبه يطلب المتضرر من الجهة التي أصدرت القرار أن تعدله أو تلغيه أو تسحبه<sup>(1)</sup>، وسوف نتناول بالدراسة في هذا المبحث نشأة التَّظْلُم ومفهومه وأهميته وشروطه فيما يلي:

### المطلب الأول: نشأة التَّظْلُم الإداري

التَّظْلُم هو عدم رضا صاحب الشأن في القرار الذي علم به بواسطة النشر، ويبادر صاحب الشأن بالتَّظْلُم إلى الإدارة مصدرة القرار أو إلى الرئيس الإداري الأعلى لمن أصدر القرار طالباً إعادة النظر فيه وسحبه أو إلغائه، إذ يحق لمصدر القرار حال علمه بعدم مشروعية قراره أن يصحح هذا القرار لتطهيره من العيوب التي لحقت به، وبطبيعة الحال فإنَّ ذلك أفضل من إلغاء القرار قضائياً، كما إنَّ هذا الحق في إلغاء القرار غير المشروع أو تعديله من صلاحيات الرئيس الإداري الأعلى الذي يملك السلطات تجاه أعمال رؤسياه وتصرفاتهم<sup>(2)</sup>.

ومن المقرر في قضاء محكمة القضاء الإداري المصرية أنَّ "علّة اشتراط التَّظْلُم في القرارات الإدارية وما يتفرع عنه من وقف الميعاد، هي أنَّ تُتاح الفرصة للجهة الإدارية بأن تعدل عن قرارها فتكفي الطاعن مؤونة التقاضي في شأنه، وهذا النظر لا يتحقق إلا بتقديم التَّظْلُم إلى الجهة التي أصدرت القرار أو الجهة الرئيسية لها، على أنَّه من وجه آخر لا يشترط

(1) أ. محمد حسين إحسان: "التظلم الإداري كسبب لانقطاع ميعاد رفع دعوى الإلغاء"، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة النجاح فلسطين، 2016م، ص12.

(2) د. مفتاح خليفة عبد الحميد: "النظام القانوني للتظلم الإداري"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2017م، ص9.

في هذا التقديم سلوك طريق خاص أو اتباع أوضاع معينة بحسب الطاعن أن يكون تظلمه قد أبلغ إلى الجهة صاحبة الشأن في الميعاد....<sup>(1)</sup>.

ولقد مر التَّظْلُم الإداري بعدة مراحل فهو لم يظهر لمرة واحدة بجميع جوانبه ولكن بشكل تدريجي، فلقد عرفت بعض المجتمعات البشرية بعض النظم وممارستها مثل نظام العلاقات بين أفراد المجتمع، كما عرفت نظام التَّظْلُم للقضاء على الظلم وإحقاق الحق والقضاء على المنازعات الداخلية والخارجية، ولقد بدأ التَّظْلُم يشكل أكبر قدر من الضمانة ضد الانتهاكات على القواعد العرفية المعروفة في الوقت السابق، إلا أنه لم يظهر وتتضح معالمه بشكل واضح إلا بعد الإسلام<sup>(2)</sup>.

حيث أصبحت تطراً ملامح ملموسة وتغيرات واضحة على التَّظْلُم الإداري، وذلك لتحقيق المساواة والعدالة وإنصاف أصحاب المظالم، والتَّظْلُم لم يعد قاصراً على الأفراد والجماعات في المعاملات المدنية والتجارية وفي الأحوال الشخصية وإنما تجاوز ذلك وشمل جميع المظالم التي تقع من الولاة وأصحاب النفوذ، سواء كانوا أصحاب السلطة أو لا وهذا ما يسمى بقضاء المظالم الذي أستخدم على تسميته "بديوان المظالم"؛ وهو نوع من أنواع القضاء في الإسلام يتخصص في نظر المنازعات الإدارية التي تمثل أغلب اختصاصاته، وذلك برد المظالم التي يوقعها على الأفراد ورجال الدولة ورجال السلطة من الولاة والوزراء والحكام وغيرهم من أصحاب السلطان، فهو يتولى رفع هذه المظالم والقضاء على صور التعسف والعدوان من رجال السلطة على الأفراد، ومن ثم يكون قضاء المظالم هو هذا القضاء الإداري المستقل عن القضاء العادي أو القضاء العام الذي كان يختص بالمنازعات الفردية في الأحوال الشخصية والمعاملات المدنية والتجارية إلى جانب جرائم الحدود والقصاص والتعزير، وقضاء المظالم لم يكن يتوقف عند رفع الظلم من جانب رجال السلطة الرسمية مثل القضاء الإداري في النظم الوضعية الحالية بل كان أيضاً يرد الظلم من جانب الأقوياء ذوي النفوذ ولو لم يكونوا

(<sup>1</sup>) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الطعن رقم 253 لسنة 3 ق، جلسة 21/ 12/ 1950م، مكتب فني 5، الجزء الأول، ص 292.

(<sup>2</sup>) د. محمد رفعت عبدالوهاب: " أصول القضاء الإداري "، منشورات دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م، ص 332.

من أصحاب السلطة الرسمية، فالوضع متمثل في الجوهر والنتيجة واحدة وهي رد ظلم القوي على الضعيف<sup>(1)</sup>، وسوف نوضح نشأة التَّظَلُّم الإداري في كل من فرنسا ومصر وليبيا.

### أولاً: نشأة التَّظَلُّم الإداري في فرنسا

لم يصبح مجلس الدولة الفرنسي مجلساً قاضياً عاماً للمنازعات الإدارية إلا اعتباراً من عام 1872م حيث حصل مجلس الدولة على القضاء المفوض<sup>(2)</sup>، وظهر التَّظَلُّم الإداري في فرنسا وبدأ تكوين التَّظَلُّم الإداري في فرنسا بتشكيل لجان إدارية خاصة من موظفين عموميين ووزراء وكبار حكام الأقاليم، وهذه اللجان مشكّلة على نهج الهيئات القضائية وتختص بالفصل في المنازعات التي ترفع إليها وهكذا تقرر للأفراد حق التَّظَلُّمات من تصرفات الإدارة ومعاملاتهم معها، حيث وصفت الإدارة الفرنسية بالوزير القاضي أو الإدارة القضائية<sup>(3)</sup>.

وكانت نتيجة قيام الثورة الفرنسية سنة 1789م والداعية لوجود القضاء الإداري، واعتناق فكرة الفصل والاستقلال التام بين السلطة القضائية والإدارية، وفي السنة الثامنة من الثورة الفرنسية أجري إصلاح إداري وأنشئت جهات إستشارية إدارية مهمتها تحقيق العدالة الإدارية، وتم الإعلان عن القضاء الإداري في فرنسا سنة 1800م، حيث أنشأت مجالس الأقاليم التي عرفت في سنة 1953م، باسم المحاكم الإدارية لتتولى رقابة المشروعية على المستوى الإقليمي، وقد قام مجلس الدولة على رأس جهات القضاء الإداري باعتباره جهة استشارية للإدارة بحيث أن آراء المجلس استشارية وغير ملزمة إلا أنها من الناحية الواقعية كانت أي استشارة يديها المجلس يتم تنفيذها، وعرف هذا النظام في فرنسا بنظام القضاء المحجوز والذي استمر حتى سنة 1872م، ورغم صدور هذا القانون وما تضمنه من أحكام متطورة لمنح قضاء مجلس الدولة الفرنسي وصف القضاء المفوض، فقد أصبحت الإدارة هي صاحبة الولاية العامة في الفصل في هذه الدعاوى، وفي عام 1889م ألغى مجلس الدولة هذا الاتجاه وعدل عنه نهائياً وأصبح مجلس الدولة هو القاضي العام في المنازعات الإدارية، وبذلك نشأ التَّظَلُّم الإداري في فرنسا<sup>(4)</sup>، وبعد الثورة الفرنسية واستقرار فرنسا أنشئ القضاء الإداري

(1) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 337.

(2) د. ماجد راغب الحلو: "القضاء الإداري"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995م، ص 80.

(3) د. محمد كامل ليله: "الرقابة على أعمال الإدارة القضائية - دراسة مقارنة"، (ب.ن)، 1985م، ص 218.

(4) د. محمد رفعت عبد الوهاب: "أصول القضاء الإداري"، مرجع سابق، ص 88؛ و د. طارق فتح الله خضر: "القضاء الإداري - مبدأ المشروعية - دعوى الإلغاء"، 2016م، ص 239.

برئاسة مجلس الدولة المستقل عن المحاكم القضائية العادية وعن الإدارة العامة ومازال يتطور يوماً بعد يوم إلى وقتنا الحالي<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: نشأة التَّظْلُم الإداري في مصر

نشأ التَّظْلُم الإداري في مصر وتطور بعد صدور قوانين التَّظْلُم من مجلس الدولة، وأهم هذه القوانين القانون رقم 112 لسنة 1946م والمتعلق بإنشاء مجلس الدولة المصري، وقانون تنظيم مجلس الدولة المصري رقم 165 لسنة 1955م الذي استحدث التَّظْلُم الوجوبي لأول مرة، وأخيراً القانون رقم 47 لسنة 1972م والنافذ حتى الآن<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً: نشأة التَّظْلُم الإداري في ليبيا

ليبيا سادها نوع من التأخير خاصة في العهد العثماني والإيطالي الذي لم يدفع بها إلى تكوين التَّظْلُم الإداري وكذلك الاستعمار لم يساعد على ظهور التَّظْلُم وتم إهدار حقوق أبناء البلدان المستعمرة، وبدأت في ليبيا تظهر صورة التَّظْلُم الإداري عن طريق لجان لها سلطات شبه قضائية مثال ذلك قانون الإدارة المحلية الصادر في 1929م، ثم قانون المحكمة العليا لسنة 1953م وإنشاء دائرة للقضاء الإداري بالمحكمة العليا ثم القانون رقم 88 لسنة 1971م في القضاء الإداري<sup>(3)</sup> حيث أنشئت دوائر للقضاء الإداري بمحاكم الاستئناف المدنية، وأصبحت هذه المحاكم تختص بالطعن في القرارات الإدارية المتعلقة بموظفي الدولة، ومعظم أحكام القضاء الإداري في ليبيا مقتبسة من قوانين مجلس الدولة المصري وأن كثيراً من المبادئ التي أرستها المحكمة العليا الليبية لا تختلف عن المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في مصر، بالرغم من أن القضاء في مصر يأخذ بمبدأ ازدواج القضاء ويأخذ القضاء الليبي بنظام وحدة القضاء<sup>(4)</sup>.

### المطلب الثاني: مفهوم التَّظْلُم الإداري وأهميته

التَّظْلُم يمنح جهة الإدارة فرصة العدول عن قرارها بصورة إدارية ودون تدخل من القضاء، وهو على هذا النحو يشكل مظهرًا من مظاهر الإدارة القضائية وبإمكان الإدارة أن تراجع

(1) د. صبيح بشير مسكوني: "القضاء الإداري في ليبيا"، منشورات جامعة بنغازي، 1974م، ص 293.

(2) أ. شريف الطباخ: "الوسيط الإداري في موسوعة مجلس الدولة"، (د. ن)، 2015م، ص 8.

(3) القانون رقم 88 لسنة 1971 بشأن القضاء الإداري الليبي، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد (59) السنة التاسعة، ص 1233.

(4) المستشار. الطاهر خليفه الواعر: "القضاء المستعجل الإداري تقييم بعض شروطه والحكم فيه"، بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم لإدارية في الدول العربية المنعقد في أبوظبي بدولة الإمارات يومي 11 و12 من شهر سبتمبر 2012م، ص 1.

نفسها بعد رفع التَّظْلُم وأن تعدل عن قرارها فتلغيه طواعية بقرار آخر، كما أنه يمكنها التمسك به وحيث لا مفر من اللجوء إلى القضاء و رفع دعوى الإلغاء، وسوف نتناول في هذا المطلب مفهوم التَّظْلُم الإداري وأهميته فيما يلي:

### أولاً: مفهوم التَّظْلُم الإداري

التَّظْلُم يعتبر إحدى الضمانات التي كفلها المشرع للموظف للتخلص من الجزء الذي وقع عليه من قبل السلطات التأديبية، وهذا التَّظْلُم يكون على شكل التماس يتقدم به الموظف إلى السلطة التأديبية مصدرة القرار أو يقدم إلى الرئيس الإداري للسلطة التي أصدرته ويطلب فيه إلغاء هذا القرار أو تعديله أو سحبه بما يجعله أكثر اتفاقاً مع أحكام القانون.

والمشرع الليبي لم يضع تعريفاً محدداً للتَّظْلُم تاركاً ذلك للقضاء الإداري، وكذلك لشرح القانون الإداري وفقاً لأحكام القانون وتطوراتها بما ينسجم مع مقتضى النظم الإدارية.

ومن المقرر في قضاء المحكمة العليا الليبية بأن "التَّظْلُم الإداري هو تفادي اللجوء إلى طريق التقاضي بقدر الإمكان وذلك بحسم المنازعات الإدارية في مراحلها الأولى"<sup>(1)</sup>.

ولقد عرفت المحكمة الإدارية العليا المصرية التَّظْلُم الإداري بأنه "كل ما يفيد تمسك المتظلم بحقه ومطالبته بإقتضائه"<sup>(2)</sup>.

وللتعرف على مفهوم التَّظْلُم الإداري بدقة سوف نذكر بعض التعريفات والإيضاحات التي ذكرها الفقهاء في هذا الشأن وقد جاءت تعريفات عديدة للتَّظْلُم الإداري، فقد عرّفه البعض في مصر بأنه: طلبٌ يتقدم به صاحب الشأن إلى جهة الإدارة لإعادة النظر في القرار الإداري الذي أضرّ بمركزه القانوني، والذي يدّعي مخالفته للقانون بغية الوصول إلى تعديله أو سحبه<sup>(3)</sup>، وعرف بأنه طلب مكتوب في أي صيغة كانت يتقدم به صاحب الشأن إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار أو رئاستها يتضمن رغبة في سحب الإدارة لقرار معين لعدم

(1) حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 25 لسنة 38 ق، جلسة 26/4/1992م، مكتب فني 27، الجزء الثالث، ص 37.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن الإداري رقم 839 لسنة 8 ق، جلسة 27/6/1965م، الموسوعة الحديثة، الجزء 15، 1987م، ص 39.

(3) د. سليمان الطماوي: "الوجيز في القانون الإداري - قضاء الإلغاء"، ط 6، دار الفكر العربي، 1979م، ص 11؛ و د. ماجد راغب الحلو: "القضاء الإداري"، مرجع سابق، ص 325؛ د. محمد رفعت عبد الوهاب، د. ميادة عبد القادر: "أصول القضاء الإداري" دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018، ص 229؛ د. مغاوري محمد شاهين: "القرار التأديبي وضماناته ورقابته القضائية بين الفاعلية بالضمان في نظم العاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام والخاص"، مكتبة الأنجلو المصرية، 1986م، ص 689.

مشروعيتها<sup>(1)</sup>، وعرف أيضاً بأنه تقدم المتظلم شكوى كتابة على الجهة الإدارية المختصة بهدف انصافه وإعادة الحق إليه، ومحل التَّظْلُم الأصلي هو دعوى الإلغاء<sup>(2)</sup>.

أمّا الفقه الفرنسي فقد عرّفه بأنه: إجراء يسمح للموظّف بالطّعن في القرار الإداري بقصد إلغائه أو تعديله<sup>(3)</sup>.

وقد عرّفه الفقه الليبي بأنه الطّلب الذي يتقدم به من أضرّ به القرار الإداري إلى الجهة التي أصدرته "تظلم ولائي" أو إلى الجهة الرئاسية "تظلم رئاسي"، طالباً منها تعديل القرار أو سحبه أو إلغائه<sup>(4)</sup>.

وبالبحث يرى أنّه يمكن تعريف التَّظْلُم بأنه "قيام من له مصلحة بالشكوى من القرار الإداري الذي أصدرته الجهة الإدارية، حيث يرى صاحب الشأن أنّ هذا القرار غير مشروع، ويطلب من الجهة الإدارية أو الجهة الرئاسية أن تقوم بإلغاء هذا القرار أو تعديله أو سحبه والتعويض عمّا سببه من ضرر.

وبعد أن بيّنا مفهوم التَّظْلُم سوف نقوم بتوضيح أهم الفروق بين التَّظْلُم الإداري وغيره من المفاهيم القانونية الأخرى فيما يلي:

(1) د. عبد الحكم فوده: "الخصومة الإدارية" منشورات دارالمطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996م. ص 101.

(2) د. محمد إبراهيم الوكيل: "التَّظْلُم الإداري ومسلّك الإدارة الإيجابي في ضوء الفقه وأحكام القضاء"، ط 1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2008م، ص 15.

(3) انظر:

Mougeon (J) Lapresioin administrative, trises, Paris, 1969. P. 493.

(4) د. محمد عبدالله الحراري: "الرّقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي" رقابة دوائر القضاء الإداري، منشورات المكتبة الجامعة، ط 5 منقحة ومزودة، الزاوية- ليبيا، 2010م، ص 375؛ و د. نصرالدين القاضي: "النّظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة دراسة موازنة من القانون المصري والليبي والشرعية الإسلامية"، رسالة دكتوراه في الحقوق جامعة عين شمس، 1997م، ص 743؛ و أ. حسين المهدي: "بحث في الإجراءات التّأديبية لموظفي الخدمة العامة"، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان، بنغازي، 1986م، ص 117.

## أ: التَّظْلُمُ الإداري والطعن القضائي:

قد يتشابه التَّظْلُمُ الإداري مع الطعن القضائي مما يستوجب التمييز بينهما. رغم الارتباط الوثيق بين التَّظْلُمُ الإداري والطعن القضائي الذي بمقتضاه يخاصم قرار إداري لعدم مشروعيته إلا أن الفارق بينهما كبير ويتضح من خلال الآتي:

التَّظْلُمُ الإداري يقدم إلى السلطة الإدارية التي تبت فيه ، بينما يقدم الطعن إلى المحكمة المختصة وهو في ليبيا دائرة القضاء الإداري، والتَّظْلُمُ ليس له خصائص الدعوى إنما إجراء يتقدم به صاحب الشأن إلى جهة الإدارة طالباً منها العدول عن القرار غير المشروع ، والطعن ذا طبيعة قضائية، ولا بد من توافر سمات الدعوى القضائية كي ينتج أثره<sup>(1)</sup>.

جهة الإدارة ليست ملزمة بالرد على التَّظْلُمُ المقدم لها، بينما الطعن القضائي يتعين على المحكمة أن تفصل في الطعن القضائي، وفي التَّظْلُمُ تفصل الإدارة بقرار إداري يخضع للنظام العام للقرارات الإدارية، وفي الطعن القضائي تفصل المحكمة بحكم يخضع لما تخضع له الأحكام القضائية .

تمارس الإدارة في التَّظْلُمُ رقابتي المشروعية والملائمة فتلغي أو تعدل أو تسحب القرار المعيب، أمّا في الطعن القضائي لا يزال الطابع العام للرقابة القضائية أمّا رقابة مشروعية وليست رقابة ملائمة، فتلغي المحكمة القرار غير المشروع دون أن يكون لها الحق في تعديله<sup>(2)</sup>.

التَّظْلُمُ الإداري لا يخضع للشروط الشكلية المحددة في دعوى الإلغاء وإنما له شروطه الخاصة به، والتَّظْلُمُ الإداري أسهل وأيسر في الاستخدام من الدعوى القضائية من حيث الإجراءات والفصل فيه ، وهو أيضاً أقل تكلفة منها.

## ب: التَّظْلُمُ الإداري والالتماس:

للتمييز بين التَّظْلُمُ الإداري والالتماس يفترض في التَّظْلُمُ الإداري وجود نزاع بين الإدارة وصاحب الشأن، أمّا في حالة الإلتماس فإن فكرة النزاع تكون مستبعدة<sup>(3)</sup>، كما أن التَّظْلُمُ يفترض مخاصمة قرار إداري يتضمن بشكل صريح الطلب بإعادة النظر في القرار الإداري المعيب إمّا بسحبه أو بإلغائه أو بتعديله وهو ما لا يتوافر في الإلتماس .

(1) د. مفتاح خليفة عبد الحميد: "النظام القانوني للتَّظْلُمُ الإداري"، مرجع سابق، ص 34.

(2) د. مفتاح خليفة عبد الحميد: المرجع السابق، ص 34.

(3) د. علي خطار شطناوي: "القضاء الإداري"، الجزء الأول، منشورات دار الثقافة، 2011م، ص 144.



والتَّظْلُم الإداري يقوم على اعتبارات وإجراءات قانونية معينة، ويقدم خلال ميعاد معين، كي ينتج أثره القانوني، بينما يغلب على الالتماس الإعتبارات الإنسانية والظروف الشخصية ولا يولد نتائج قانونية كالتّي يولدها التَّظْلُم الإداري، ويجب أن نلاحظ أنّ الطلب المقدم لا يعدُّ تظلماً إدارياً ولا يندرج تحت هذا المفهوم إذا لم يتضمن وجود النزاع بين الإدارة وبين الشخص صاحب الطلب<sup>(1)</sup>.

وبالإضافة إلى ما سبق يتضح لنا أنّ التَّظْلُم الإداري إجراءاته محددة، ويقدم خلال زمن محدد لكي ينتج اثره القانوني في قطع مدة الطعن بالإلغاء وبعد أن بيّنا مفهوم التَّظْلُم الإداري وأهم مايميزه عن غيره من النظم المشابهة له، سوف نقوم بتوضيح أهمية التَّظْلُم الإداري فيما يلي.

### ثانياً: أهمية التَّظْلُم الإداري

الأساس القانوني للرقابة الإدارية أساس مزدوج يتمثل في وجوب إحترام الإدارة لمبدأ المشروعيه وذلك بالعمل على أن تكون قراراتها متفقة مع أحكام القانون بالمعنى الواسع، ومن ثم إذا اكتشفت الإدارة أنّ هذه القرارات قد جاءت مخالفة لأحكام القانون واللوائح المعمول بها، ففي هذه الحالة يجوز لها الرجوع عن تلك القرارات وذلك بسحبها أو إلغائها أو تعديلها هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإنّ حق الإدارة في الرجوع عن قراراتها يستند إلى عدم تمتع القرارات الإدارية بالحجية القانونية، فالتَّظْلُم الإداري له أهمية في مساعدة جهة الإدارة على تصحيح أخطائها ذاتياً دون الحاجة في اللجوء إلى القضاء<sup>(2)</sup>.

وذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أنّ التَّظْلُم هو الأصل في مجال استخلاص ذوي الشأن لحقوقهم ورفع الظلم عنهم، وجهة الإدارة يتعين عليها أن تعيد الحق لأصحابه دون أن تكبدهم مشقة القضاء وإجراءاته<sup>(3)</sup>.

(1) د. محمد إبراهيم الوكيل : " التَّظْلُم الإداري ومسلك الإدارة الإيجابي في ضوء الفقه وأحكام القضاء " ، ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2008م، ص15.

(2) أ. أحمد فايق سعيد: " النظام القانوني للتظلم من القرار الإداري - دراسة تحليلية مقارنة"، منشورات مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2019م، ص80.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن الإداري رقم 86 لسنة 31 ق، جلسة 7-12-1986م، مجموعة مبادئ المحكمة العليا المصرية، السنة 31، ص18؛ والطعن الإداري رقم 30983 لسنة 61 ق، جلسة 23-1-2010م، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية .

وتتمثل أهمية التَّظْلُم الإداري سواء في القضاء الفرنسي أو المصري وكذلك الليبي في تحقيق مصلحة صاحب الشأن الذي صدر بشأنه القرار المتظلم منه، ويكون التَّظْلُم الإداري في معظم الحالات بمثابة تعبير من المتظلم عن رفضه للجزاء الموقع عليه أي القرار الإداري الصادر ضده ويطالب فيه المتظلم بتعديل القرار أو الغائه أو سحبه.

وتملك الجهة الإدارية المتظلم لها حيال هذا التَّظْلُم مجموعة من الحقوق والامتيازات تفوق تلك التي يتمتع بها المتظلم، ويحقق المتظلم مصلحة لكل من جهة الإدارة مصدرة القرار وصاحب الشأن الذي صدر في شأنه وجهة القضاء، وتأتي أهمية الضبط الإداري في أنه يسمح بتبادل وجهات النظر بين المتظلم والجهة الإدارية، وأنَّ من شأن التَّظْلُم تقليل فرص الصدام بين الفرد والإدارة وإظهار الإدارة في حاله قبولها للمتظلم بمظهر إحترام القانون والعمل بأحكامه، وفي ذلك استشعار الأفراد لحسن النية في تعامل الإدارة معهم الأمر الذي يؤدي إلى مزيد من التعاون بين الإدارة والأفراد مما يحقق المصلحة العامة.<sup>(1)</sup>

وهدف المشرِّع من تقرير التَّظْلُم هو إتاحة الفرصة للأفراد لكي تنظر الإدارة في تظلماتهم قبل أن يتجهوا للقضاء، ومن ثم يكون المجال أمام الإدارة لكي تعيد النظر فيما أصدرته من قرارات قد تكون جائرة في حق من صدرت في مواجهته، وتنتهي المشكلة التي نتجت عن القرار الإداري الجائر عن طريق التَّظْلُم ويسوى النزاع في مهده ولا يصل إلى منازعة قضائية تطرح أمام القضاء، وفي هذا توفير للجهد والوقت لذوي الشأن من ناحية، وتخفيف العبء الواقع على كاهل القضاء من ناحية أخرى<sup>(2)</sup>، وعلى الإدارة في حال اتضح لها عدم مشروعية قراراتها خلالها أن تقوم بتصحيحها وتطهيرها من العيوب التي لحقت بها، ويعد ذلك أفضل من إلغائها قضائياً وبذلك يظهر مدى إحترام الإدارة للقانون وإعادة الحق للمتضررين من قراراتها ودون إجبارهم للذهاب إلى القضاء<sup>(3)</sup>

(1) د. عبدالعزيز عبد المنعم خليفة: " الموسوعة الإدارية الشاملة في إلغاء القرار الإداري وتأديب الموظف العام "، الجزء الأول، منشورات دار محمود، القاهرة، 2007م، ص 182.

(2) د. عبدالرؤف هاشم بسيوني: "أحكام التظلم الإداري في القانونين المصري والكويتي دراسة فقهية وقضائية"، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م، ص 9.

(3) د. رأفت فوده: "النظام القانوني للميعاد في دعوى الإلغاء دراسة مقارنة"، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، 2010م، ص 167.

### المطلب الثالث: شروط التَّظْلُم الإداري

التَّظْلُم الإداري سواء أكان جوازياً أم وجوبياً هناك شروط معينة يجب أن تتوافر فيه حتى يقوم بدوره في قطع ميعاد دعوى الإلغاء وفتح ميعاد جديد، وهذه الشروط تتمثل فيما يلي:

- يجب أن يُقدم التَّظْلُم من صاحب الشأن نفسه الذي مسه القرار الصادر أو من نائبه القانوني فيما لو أنَّ صاحب الشأن ناقص الأهلية أو عديمها، ويجب أن يقدم التَّظْلُم الإداري في الميعاد المحدد لرفع دعوى الإلغاء، أي خلال ستين يوماً من تاريخ نشر القرار أو إعلانها و العلم به علماً يقينياً، ذلك أنَّه بفوات هذا الميعاد يسقط الحق في الطعن القضائي بالإلغاء و يكتسب القرار الإداري حصانة قضائية نهائية برغم عدم مشروعيته وبالتالي لا تلتزم الإدارة بإعادة فحصه والنظر فيه، والعبرة في تحديد تاريخ تقديم التَّظْلُم هو تاريخ وصوله الفعلي إلى الجهة الإدارية المتظلم إليها وليس بتاريخ تسجيله بالبريد إذا أرسل بطريق البريد ولكن التأخير غير العادي في وصول التَّظْلُم للجهة الإدارية يدخل في الاعتبار ويخضع لتقدير القاضي الإداري<sup>(1)</sup>.

- يجب أن يُقدم التَّظْلُم إلى الهيئته الإدارية التي أصدرت القرار أو إلى الهيئات الرئاسية، وإذا قدم التَّظْلُم إلى جهة إدارية غير مختصة فإنَّ القضاء الإداري في ليبيا ومصر وفرنسا لا يعتبر هذا التَّظْلُم قاطعاً لمدة الطعن إلا إذا كان للمتظلم عذر مقبول في الخطأ الذي وقع فيه بتقديم التَّظْلُم إلى جهه غير مختصة<sup>(2)</sup>، أو إذا كانت هذه الجهة تابعة للجهة المختصة، ويعد مجلس الدولة المصري أكثر تيسيراً من نظيره الفرنسي في هذا المجال فقد قضت محكمته القضاء الإداري المصرية بأنه "وإن كان تظلم المدَّعي إلى رئيس مجلس الوزراء ليس موجهاً مباشرة إلى جهة الإدارة التي كان تابعاً لها قبل فصله، إلا أنَّ العادة جرت على إحالة مثل هذه التَّظْلُمات إلى المصالح والجهات المختصة، وهو ما يستوي في النتيجة مع

(1) د. محمد رفعت عبد الوهاب: "أصول القضاء الإداري"، مرجع سابق، ص 83.

(2) ومن المقرر في قضاء المحكمة العليا الليبية دائرة القضاء الإداري أنَّ "التظلم الإداري ينتج أثره في قطع سريان دعوى الإلغاء ليس فقط متقدماً إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار أو إلى الهيئات والجهات الرئاسية لها، وإنما أيضاً قدم إلى جهة غير مختصة إذا ثبت أنَّ الجهة الإدارية مصدرة القرار أو الجهات الرئاسية لها هي اتصال علمها به حتى يتسنى لها فحصه للبت فيه إما بالتراجع عن القرار السابق وتكفي ذوي الشأن مؤونة التقاضي..."، حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 42 لسنة 25 ق، جلسته 1982/5/26 م، مكتب في 19، الجزء الثاني، ص 25، والطعن الإداري رقم 38 لسنة 49 ق، جلسة 2004/3/21 م، مكتب في 39، الجزء الأول ص 65.

تقديمها من صاحب الشأن رأساً إلى هذه الجهات .."<sup>(1)</sup>، والحكمة من من اشتراط تقديم التَّظْلُم للجهة الإدارية التي أصدرت القرار أو سلطتها الرئاسية لأحدهما وحدهما اللذان يمكنهما العدول عن القرار وإعادة النظر فيه .

- ويجب أن يكون التَّظْلُم واضحاً محدّداً المعنى، وإذا كانت القاعدة ألا يشترط في التَّظْلُم شكل معين إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، فإن عبارات التَّظْلُم مظلوم يجب أن تكون دقيقة غير مبهمة في تحديد القرار المتظلم منه والجهة التي أصدرته و صاحب الشأن فيه و كافة جوانب الموضوع<sup>(2)</sup>، ويجب أن يُقدم التَّظْلُم بعد صدور القرار الإداري وذلك حتى تتمكن الإدارة من إعادة النظر في القرار أنه صدر فعلاً واتضحت معاملته، فلا يمكن التَّظْلُم من قرار لم يصدر بعد، فليس من المنطق أن يطلب من الإدارة إعادة النظر في قرار لا يزال تحت نظرها ومحل بحثها، كما أن أحداً ليس له مصلحة في ذلك مادام القرار لم يولد بعد، وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية أن "الكتاب الذي أرسله المدعي للجامعه في تاريخ سابق على صدور القرار المطعون فيه، لا يغني عن وجوب تظلم المدعي من القرار المطعون فيه بعد صدور"<sup>(3)</sup>.

- وأخيراً يجب أن يكون التَّظْلُم محدّداً بأن يكون في إمكان الإدارة التي أصدرت القرار أو الجهة الرئاسية بالنسبة لها أن تسحبه أو تعدله، وذلك لأنّ الحكمة من التَّظْلُم هي مراجعة الإدارة لنفسها، فإذا لم يكن للإدارة المتظلم إليها أن تُعيد النظر في القرار، كان التَّظْلُم غير ذي جدوى، فلا يؤدي إلى قطع مدة الطعن، وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية "أنه إذا امتنع لم تكن على الإدارة إعادة النظر في القرار لاستنفاد ولايتها باصداره أو لعدم وجود سلطة رئاسية تملك التعقيب على الجهة الإدارية التي أصدرته، فإنّ التَّظْلُم في هذه الحالة يصبح غير منتج، وبذلك تنتفي حكمته وتزول الغاية

(1) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الطعن الإداري رقم 653 لسنة 7 ق، جلسة 14/12/1969م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري المصرية، السنة التاسعة، ص 300؛ ومن المقرر في قضاء محكمة القضاء الإداري المصرية أن "عدم صدور قرار بترقية موظف مع استحقاقه للترقية هو من القرارات التي يجب على المدعي التظلم منها للجهة الإدارية قبل طلب إلغائها..." حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الطعن الإداري رقم 25807 لسنة 60 ق، جلسة 23/1/2012م، منظومة قوانين الشرق.

(2) د. ماجد راغب الحلو: "القضاء الإداري"، منشورات دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995م، ص 324.

(3) د. ماجد راغب الحلو: "القضاء الإداري"، المرجع السابق، ص 322.

من التصريح على طول المدة المقررة"<sup>(1)</sup>، وقد اعتبرت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم التَّظْلُم غير المجدي ذلك المقدم ضد قرار أعلنت الإدارة سلفاً أنَّها لن تنظر التَّظْلُمات المقدمة بشأنه..."<sup>(2)</sup>.

### المبحث الثاني: أنواع التَّظْلُم الإداري والآثار المترتبة عليه

للتظلم من القرارات الإدارية عدّة أنواع وأقسام، وذلك بحسب المعيار الذي يتم الأخذ به، فمثلاً يتم تقسيم التَّظْلُم بحسب الجهة المختصة بفحصه، إلى نوعين: تظلم ولائي، وتظلم رئاسي، وينقسم التَّظْلُم أيضاً من حيث الأثر، الذي يترتب عليه إلى نوعين: التَّظْلُم الجوازي والتَّظْلُم الوجوبي، وهذا ماسوف نقوم بتوضيحه في هذا المبحث بالإضافة إلى الآثار التي تترتب على التَّظْلُم الإداري فيما يلي:

#### المطلب الأول: التَّظْلُم الإداري من حيث السُّلطة المختصة بفحصه:

التَّظْلُم الإداري يسبق التَّظْلُم القضائي ويلجأ أصحاب الشأن إليه للحصول على حقوقهم المشروعة، وينقسم التَّظْلُم الإداري من حيث السُّلطة المختصة بالنظر فيه إلى نوعين:

أ- التَّظْلُم الولائي: هو التَّظْلُم الذي يُقدَّم إلى الجهة، مُصدِّرة القرار، مُطالباً إيَّها إعادة النُّظر في الجزاء الذي أصدرته وأثره في مركزه القانوني، إمَّا بسحبه، أو إلغائه، أو تعديله، وذلك حسب ما تملكه السُّلطة الإدارية من صلاحيّات في هذا الشأن<sup>(3)</sup>.

أو بمعنى آخر هو التماس يُقدَّم إلى من صدر منه القرار المشكو منه، ويطلب فيه الإدارة بدراسة قرارها ومراجعته<sup>(4)</sup>. وترجع أهمية هذا النوع من أنواع التَّظْلُم إلى أنَّه يتيح لرجل الإدارة الذي صدر عنه القرار الإداري المتظلم منه، فرصة مراجعة قراره وبحث تصرفه وتمحيصه من جديد فإذا استبان له خطأ ما في تصرفه، فأنته يقوم من تلقاء نفسه بتصحيح تصرفه

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن الإداري الصادر في 17/3/1962م، منظومة قوانين الشرق.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الطعن الإداري الصادر 23/2/1956م، منظومة قوانين الشرق.

(3) د. صبيح بشير مسكوني: "القضاء الإداري"، مرجع سابق، ص 266؛ د. رمضان محمد بطيخ: "المسؤولية التأديبية لعمال الحكومة والقطاع العام وقطاع الأعمال العام فقهاً وقضاءً"، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، 1999م، ص 329.

(4) د. سليمان الطماوي: "النَّظَرِيَّة العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة"، تحديث وتنقيح د. محمود عاطف البنا، منشورات دار الفكر العربي، القاهرة، 2017م، ص 19.

الخاطئ ، ويكون ذلك إما بسحب قراره أو تعديله بما يتفق مع القانون ، وبالرغم من أهمية التَّظْلُم الولائي إلاَّ أنَّه في لا يحقق في حالات كثيرة الغرض المرجو منه ، لأنَّ الجهة مصدرة القرار الإداري ربما تتمسك بموقفها<sup>(1)</sup>.

### ب- التَّظْلُم الرَّئَاسِي:

يعتبر التَّظْلُم الرَّئَاسِي رقابة فوقية على أعمال المرؤسين وذلك كون الرئيس الإداري الأعلى مسئول عن حسن سير المرفق العام ، والتَّظْلُم الرَّئَاسِي يُعتبر أكثر جدوى؛ لأنَّه يتميز بقدر من الحيَدة عنه في التَّظْلُم الولائي، وهو ما يحقِّق فاعليَّة التَّظْلُم، بعكس التَّظْلُم الولائي فالتَّظْلُم إلى مصدر القرار يمثل ثغرة كبرى في نظام التَّظْلُم، ولا سيما في ظلَّ الأنظمة الإداريَّة التي لم تستكمل بعد نموُّها القانوني والإداري السَّليم؛ ويقصد بالتَّظْلُم الرَّئَاسِي تقدُّم صاحب الشَّأن (الموظَّف المتضرَّر من القرار) إلى رئيس ومُصدر القرار. فيقوم الرَّئيس، بناءً على ذلك، باتِّخاذ ما يراه متفقاً مع القانون، وبالتالي تملك الجهات الرَّئَاسِيَّة حقَّ تعديل أو سحب أو إلغاء ما يصدر عن الجهات التَّابعة لها من قرارات لا تتفق مع القانون، إعمالاً لمبدأ رقابة الإدارة الذاتيَّة على أعمالها، والتي يمكن للإدارة مُباشرتها دون حاجة إلى تظُّلم يُقدِّم من صاحب الشَّأن<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني: التَّظْلُم الإداري من حيث مدى الزاميته

ينقسم التظلم من حيث مدى الزاميته إلى تظلم جوازي و تظلم وجوبي:

أ- التَّظْلُم الجوازي: الأصل أنَّ التَّظْلُم اختياري، أو وُجوبي أمام صاحب الشَّأن، فله أن يتَّجه إلى القضاء مُباشرة، دون أن يتظلم إلى الإدارة، غير أنَّ المشرِّع قد يستلزم، في حالات مُعيَّنة، البدء بالتَّظْلُم قبل رفع دعوى للإلغاء، وإلاَّ حكمت بعدم قبول الدَّعوى<sup>(3)</sup>. ولا يشترط في التظلم الاختياري شكلاً مُعيَّناً أو صيغة خاصة، أو اتباع أوضاع مُعيَّنة يترتب على مخالفتها البطلان، إذ يكفي إبداء رغبة المتظلم في أن تعدل الإدارة عن قرارها الذي يعتقد أنَّه أضر بمركزه القانوني ، والقضاء المصري قضى بأنَّه يصح أن يكون التظلم شفويّاً بشرط إثبات الرئيس المختص على الأوراق أنَّ الموظف قد تظلم من قرار معين بذاته وفي تاريخ معين<sup>(4)</sup>.

(1) د. مفتاح خليفة عبد الحميد: "النظام القانوني للتظلم الإداري"، مرجع سابق، ص 36.

(2) د. مصطفى فوج ضو عبد الرحيم: "النظام القانوني لتأديب أعضاء هيئة التدريس بالجامعات والرقابة عليها"، منشورات دار الوفاء للطباعة والنشر بالإسكندرية، 2021م، ص 493.

(3) د. ماجد راغب الحلو: "القضاء الإداري"، مرجع سابق، ص 313؛ د. محمد رفعت عبد الوهاب: "أصول القضاء الإداري"، مرجع سابق، ص 80.

(4) د. مفتاح خليفة عبد الحميد: "النظام القانوني للتظلم الإداري"، مرجع سابق، ص 43.

ب- التَّظْلُمُ الوُجُوبِي: وهو الَّذي يوجبهُ المشرِّع على صاحب الشَّأن إلزاميًّا، كشرط سابق على رفع دعوى الإلغاء<sup>(1)</sup>، ويترتَّب على إغفاله الحُكم على عدم قُبُول الدَّعوى شكلاً لعدم سابقة التَّظْلُم<sup>(2)</sup>. والتظلم الوجوبي هو الذي يجب أن يقدمه صاحب الشأن في حالات محددة قانوناً وقد حددها المشرِّع المصري على سبيل الحصر وهي<sup>(3)</sup>:

1- الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون لإلغاء القرارات الإدارية النهائية للسلطات التأديبية.

2- الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون لإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بإحالتهم إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي.

3- الطلبات التي يقدمها ذو الشأن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العام أو الترقية أو منح العلاوات. ولا يصدق التظلم الوجوبي في هذه الحالات إلا إذا كان القرار التأديبي الذي يتطلب التظلم منه الموظف قابل للسحب فلا جدوى من اللجوء إلى التظلم الوجوبي في القرارات الصادرة في مجالس التأديب بالجامعات. وما استقر عليه القضاء المقارن أنَّ الحكمة من التظلم في هذه الحالات هو محاولة إيجاد حلول ودية لتسوية المنازعات، وكذلك في حالات عدم تطلب التظلم الوجوبي التي أخذ بها القضاء المصري، وتجدد الإشارة إلى أنَّ هناك حالات يعتبر فيها التظلم الوجوبي شرط لقبول دعوى الإلغاء وهي المنصوص عليها في المادة 12/أ من قانون مجلس الدولة المصري<sup>(4)</sup>. وفي ليبيا يُلاحظ أنَّ المشرِّع، وإن كان قد رتَّب على تقديم التَّظْلُم الإداري قطع سريان ميعاد دعوى الإلغاء، إلَّا أنَّه لم يجعل هذا التَّظْلُم وجوبيًّا، كما هو الحال في مصر في بعض القرارات، فالتَّظْلُم - أحياناً - يكون وجوبيًّا قبل اللُّجوء إلى القضاء<sup>(5)</sup>،

(1) ونصَّ المشرِّع صراحةً على وجوب التَّظْلُم، قبل اللُّجوء للقضاء، له العديد من الأسباب والمبررات، منها: إنهاء المنازعة بالطريق الإداري، وتيسير سبل حصول صاحب الحق على حقِّه، وتخفيف العبء على القضاء، وتحقيق العدالة الإدارية، بطريق أيسر للنَّاس. راجع: د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد: "تأديب الموظف العام في مصر"، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2004م.، ص588.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن 43/6066 ق، جلسة 2008/3/23م، "موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا من عام (1955-2010)"، ج5، ص2671؛ وحكم المحكمة العليا الليبية في الطعن رقم 47 لسنة 22 ق، جلسة 2003/7/27م، مجموعة أحكام المحكمة العليا الليبية.

(3) د. مفتاح خليفة عبد الحميد: "النظام القانوني للتظلم الإداري"، مرجع سابق، ص49، راجع المادة 2 من القانون الليبي رقم 88 لسنة 1971م، بشأن القضاء الإداري.

(4) د. مفتاح خليفة عبد الحميد: "المرجع السابق"، ص49.

(5) د. مصطفى فرج ضو عبد الرحيم: "النظام القانوني لتأديب أعضاء هيئة التدريس بالجامعات والرقابة عليها"، مرجع سابق، ص498؛ و د. عبدالعزيز عبد المنعم خليفة: "الموسوعة الإدارية الشاملة في إلغاء القرار الإداري وتأديب الموظف العام في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة، الجزء الثالث، المكتب الفني للإصدارات القانونية، عابدين، القاهرة، 2005م.، ص193.



وجوازياً للمتضرر من القرار أن يلجأ إليه، أو أن يرفع دعوى الإلغاء مباشرة أمام دوائر القضاء الإداري، ثم إنَّ المتضرر، وعند لجوئه إلى التَّظلم الإداري، غير مُلزم بانتظار ما يسفر عنه هذا التَّظلم، إذ بإمكانه أن يعدل عنه ويسلك طريق الدَّعوى القَضائية<sup>(1)</sup>، والملاحظ أنَّ هذا المسلك قد سلكه من قبله المشرع في فرنسا.

### المطلب الثالث: الآثار المترتبة على التَّظلم الإداري وكيفية احتسابه

نص المشرع المصري في المادة 22 من قانون تنظيم مجلس الدولة المصري على أنَّه ينقطع سريان هذا الميعاد بالتَّظلم إلى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار أو إلى الهيئات الرئاسية ويجب أن يبت في التَّظلم قبل مضي 60 يوماً على تقديم التَّظلم من دون أن تجيب عنه السلطة المختصة بمثابة رفضه، ويكون ميعاد رفع الدعوى بالطعن في القرار الخاص بالتَّظلم 60 يوماً من تاريخ انقطاع 60 يوماً المذكورة<sup>(2)</sup>

وجاء في أحد أحكام محكمة القضاء الإداري في مصر: "إنَّ الحِكْمة من جعل التَّظلم الذي يقدَّم إلى الجهة الإدارية، قاطعاً للمُدَّة، هي إعطاء الحكومة فرصة تراجع فيها نفسها بشأن القرار المتَّظلم منه قبل اللُّجوء إلى المحكمة مباشرة، فإنَّ أصرَّت على موقفيها، جاز للمتَّظلم أن يلجأ إلى المحكمة دون أن يُغلق باب التَّقاضي في وجهه بفوات ميعاد السَّتين يوماً على صدور القرار<sup>(3)</sup>."

والمقصود بالتَّظلم الإداري الذي يقطع سريان ميعاد رفع دعوى الإلغاء، هو الطلب الذي يتقدم به صاحب الشأن إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار أو الجهة الرئاسية لها،

(1) د. محمد الحراري: "الرَّقابة على أعمال الإدارة"، ط5، مرجع سابق، ص377؛ و د. نصرالدين مصباح القاضي: "النظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة دراسة موازنة من القانون المصري والليبي والشرعية الإسلامية"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1997م، ص746 وما بعدها؛ د. مازن ليلو راضي: "الوجيز في القضاء الإداري الليبي"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003م، ص170؛ حمد محمد الشلحاني: "ضمانات التأديب في الوظيفة العامة في القانون الليبي"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2014م، ص233

(2) د. عبد الفتاح حسن: "القضاء الإداري"، الجزء الأول، منشورات مكتبة الجلاء الجديدة، 1978م، ص242؛ ونصت المادة الثامنة من القانون الليبي رقم 88 لسنة 1971 على أنَّ ميعاد رفع الدعوى أمام دائرة القضاء الإداري فيما يتعلق بطلبات الإلغاء ستون يوماً من تاريخ نشر القرار المطعون فيه أو إبلاغ صاحب الشأن به، وينقطع سريان هذا الميعاد في حالة في حالة التظلم إلى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار أو الهيئات الرئاسية، ويعتبر في حكم قرار بالرفض فوات وقت يزيد على ستين يوماً دون أن تصدر السلطات الإدارية قراراً في التظلم المقدم، ويكون رفع الدعوى في هذه الحالة الأخيرة ستين يوماً من تاريخ انقضاء مدة الستين يوماً المذكورة.

(3) حكم محكمة القضاء الإداري في الطعن 5/923 ق، جلسة 1953/12/21م، مجموعة أحكام القضاء الإداري، السنة الثامنة، المجلد الأول، ص144، وراجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن 50/17883 ق، جلسة 2014/6/28، مجلَّة هيئة قضايا الدولة، س59، ع3، يوليو/سبتمبر 2015م، ص122 وما بعدها



متضمننا اعتراضه على القرار ، وطالبا إعادة النظر فيه إما بسحبه أو تعديله أو إلغائه ، وذلك بغض النظر عن الوسيلة التي يتم بها توصيله إلى الجهة الإدارية المختصة ، سواء تم عن طريق إرساله بالبريد ، أو بتسليمه إلى الإدارة ، أو إعلانه إليها بواسطة المحضرين ، ما دام القانون لم يحدد وسيلة معينة لذلك ، ولا يندرج في معنى التَّظْلُم الإداري بهذه المثابة مجرد استعلام صاحب الشأن عن القرار الصادر بحقه ، أو إبداء رغبته في تزويده بنسخة منه ، أو المطالبة بتمكينه من الإطلاع على أسبابه ، والعبرة في كل ذلك بمضمون التَّظْلُم وفحواه وما إذا كان ينصب في جوهره على الاعتراض على القرار من عدمه ، إذ أن تلك هي العلة من قطعه الميعاد، والتمثلة في حرص صاحب الشأن وعدم إهماله في المطالبة بحقه ، وعلى هذا الأساس اعتبرت محكمة القضاء الإداري المصرية أن قيام صاحب الشأن بإنذار الجهة الإدارية المعنية على يد محضر بتصحيح الوضع القانوني الخاطئ المترتب على القرار بمثابة تظلم قاطع للميعاد<sup>(1)</sup>.

ومن المقرر في قضاء المحكمة العليا الليبية أن التَّظْلُم الإداري ينتج أثره في قطع سريان دعوى الإلغاء ليس فقط متى قدم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار أو إلى الهيئات أو الجهات الرئاسية لها، وإنما أيضاً متى قدم إلى جهة غير مختصة إذا ثبت أن الجهة الإدارية المختصة قد اتصل علمها به، إذ العبرة في تقديم التَّظْلُم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار أو الجهات الرئاسية لها هي اتصال علمها به حتى يتسنى لها فحصه للبحث فيه، إمّا بالتراجع عن القرار السابق وتكفي ذوي الشأن مؤونة التقاضي بشأنه، أو بالرفض ولذوي الشأن في هذه الحالة الإلتجاء إلى القضاء<sup>(2)</sup>.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 13981 لسنة 48 ق، جلسة 2006/2/17م، مكتب فني 52، الجزء الأول، ص165.

(2) حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 42 لسنة 25 ق، جلسته 26 / 5 / 1982م، مكتب فني 19، الجزء الثاني، ص25.

## الخاتمة

بعد أن بيّنا في هذا البحث التنظيم القانوني للتظلم الإداري، ونظراً لأهمية هذا الموضوع وحساسيته فقد حاولنا دراسته من كافة الجوانب بإيجاز من حيث مفهومه ونشأته و شروطه وأنواعه والآثار المترتبة عليه ،وقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نحملها في الآتي :

### أولاً: النتائج

- 1- يعتبر التَّظْلُم وسيلة فعالة منحها المشرِّع لذوي الشأن للإعتراض على القرارات الإدارية المعيبة التي تمس مصالحهم ومراكزهم القانونية ويحقق ضمانة قانونية للأفراد ،والتَّظْلُم يعتبر من الطرق الودية لفض المنازعات الإدارية قبل اللجوء إلى القضاء.
- 2- التَّظْلُم في مصر يكون وجوبياً في بعض الأحيان حيث نص المشرِّع المصري صراحة في بعض الحالات على وجوب التَّظْلُم، وقبل اللجوء إلى القضاء، وذلك في محاوله منه لحل النزاع بالطريق الإداري وتقليل الالتجاء إلى القضاء وحصول صاحب الشأن على حقه بأيسر الطرق وأسهلها ، بينما في ليبيا يكون جوازياً حيث يكون هناك حرية للموظف بالتَّظْلُم أو الاتجاه إلى القضاء .
- 3- يختلف النظام القضائي في مصر عنه في ليبيا ،ففي مصر هناك قضاء إداري مستقل ولا يجوز الطعن على القرارات الإدارية إلا أمام المحاكم الإدارية العليا ،أما في ليبيا فتتعدد بكل محكمة استئناف دوائر للقضاء الإداري كمحكمة أول درجة للطعن في القرارات الإدارية، ويطعن في أحكام هذه الدوائر أمام المحكمة العليا، ورغم مأخذنا على هذا النظام إلا أنه يوفر التقاضي على درجتين.
- 4- التظلم الإداري ضمانة أمام صاحب المصلحة وهو كذلك وسيلة لحل النزاع الإداري صلحاً لا قضاءً ، والتظلم لابد أن يقدم كتابة.
- 5- إنَّ المصلحة تعتبر شرط أساسي في قبول أي دعوى ترفع أمام القضاء ،وهناك حالات يجوز فيها التَّظْلُم وحالات لا يجوز التَّظْلُم منها.
- 6- ثقافة التَّظْلُم في ليبيا تعتبر ضعيفة حيث الجهات الإدارية لا تقوم بالرجوع عن قراراتها الخاطئة ممَّا يؤدي إلى لجوء الأفراد إلى القضاء لأخذ حقوقهم.

## ثانياً: التوصيات

- 1- نوصي المشرّع الليبي باستحداث جهاز إداري خاص أو لجان خاصة مهمتها دراسة التّظلمات والطعون الإدارية المقدمة على مستوى كل إدارة، ولها حق قبول التّظلمات أو رفضها.
- 2- نوصي المشرّع الليبي بالأخذ بنظام التّظلم الوجوبي قبل اللجوء إلى القضاء، وذلك لأهميته لجهة الإدارة حيث ستمكن من مراجعة ما صدر عنها من قرارات وإعمال رقابتها الإدارية عليها، ولأهميته بالنسبة للموظف في حل النزاع ودياً وبأيسر الطرق وأسهلها و توفيراً للنفقات التي يتكبّدها بسبب لجوئه إلى رفع الدعوى القضائية.
- 3- ضروره توسيع دائرة الإلمام والمعرفة لدى الموظفين بأسس وضوابط تقديم التّظلم وإلى أي جهة يقدم خوفاً من تقديمه لجهة غير مختصة ومتى يتم تقديم التّظلم خلال المدة المحددة لذلك.
- 4- يجب على الجهة الإدارية أن تأخذ التّظلمات المقدمة إليها بجديّة و أن تحاول إتخاذ قرار سليم ممّا يجنب الفرد اللجوء إلى القضاء.
- 5- نوصي الأفراد قبل اللجوء إلى التّظلمات من القرارات الإدارية الصادرة عن الجهات الإدارية أن يقوموا بعرضها على خبير قانوني لاستشارته قبل رفع التّظلم لكي لا يكون التّظلم غير مجدي ويرهق الإدارة ويعطل مرفق القضاء.

والله ولي التوفيق

## قائمة المراجع

## أولاً: الكتب

- 1- أحمد فايق سعيد: "النظام القانوني للتظلم من القرار الإداري - دراسة تحليلية مقارنة"، منشورات مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2019م.
- 2- حمد محمد الشلماني: "ضمانات التأديب في الوظيفة العامة في القانون الليبي"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2014م.
- 3- رأفت فوده: "النظام القانوني للميعاد في دعوى الإلغاء دراسة مقارنة"، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، 2010م.
- 4- رمضان محمد بطيخ: "المسؤولية التأديبية لعمال الحكومة والقطاع العام وقطاع الأعمال العام فقهاً وقضاءً"، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، 1999م.
- 5- سليمان الطماوي: "النظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة"، تحديث وتنقيح د. محمود عاطف البناء، منشورات دار الفكر العربي، القاهرة، 2017م.
- 6- سليمان الطماوي: "الوجيز في القانون الإداري - قضاء الإلغاء"، ط6، دار الفكر العربي، 1979م.
- 7- شريف الطباخ: "الوسيط الإداري في موسوعة مجلس الدولة"، (د. ن)، 2015م.
- 8- صبيح بشير مسكوني: "القضاء الإداري في ليبيا"، منشورات جامعة بنغازي، 1974م.
- 9- طارق فتح الله خضر: "القضاء الإداري - مبدأ المشروعية - دعوى الإلغاء"، 2016م.
- 10- عبد الحكم فوده: "الخصومة الإدارية" منشورات دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996م.
- 11- عبد الفتاح حسن: "القضاء الإداري"، الجزء الأول، منشورات مكتبة الجلاء الجديدة، 1978م.
- 12- عبدالرؤوف هاشم بسيوني: "أحكام التظلم الإداري في القانونين المصري والكويتي دراسة فقهية وقضائية"، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م.

- 13- عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة: "الموسوعة الإدارية الشاملة في إلغاء القرار الإداري وتأديب الموظف العام"، الجزء الأول، منشورات دار محمود، القاهرة، 2007م.
- 14- عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة: "الموسوعة الإدارية الشاملة في إلغاء القرار الإداري وتأديب الموظف العام في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة، الجزء الثالث، المكتب الفني للإصدارات القانونية، عابدين، القاهرة، 2005م.
- 15- عبدالعظيم عبدالسلام عبدالمجيد: "تأديب الموظف العام في مصر"، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2004م.
- 16- علي خطار شطناوي: "القضاء الإداري"، الجزء الأول، منشورات دار الثقافة، 2011م.
- 17- ماجد راغب الحلو: "القضاء الإداري"، منشورات دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995م.
- 18- مازن ليلو راضي: "الوجيز في القضاء الإداري الليبي"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003م.
- 19- محمد إبراهيم الوكيل: "التظلم الإداري ومسلك الإدارة الإيجابي في ضوء الفقه وأحكام القضاء"، ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2008م.
- 20- محمد رفعت عبدالوهاب: "أصول القضاء الإداري"، منشورات دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م.
- 21- محمد رفعت عبدالوهاب، د. ميادة عبدالقادر: "أصول القضاء الإداري" دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018م.
- 22- محمد عبدالله الحراري: "الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي" رقابة دوائر القضاء الإداري، منشورات المكتبة الجامعة، ط5 منقحة ومزودة، الزاوية- ليبيا، 2010م.
- 23- محمد كامل ليله: "الرقابة على أعمال الإدارة القضائية - دراسة مقارنة"، 1985م.
- 24- مصطفى فرج ضو عبدالرحيم: "النظام القانوني لتأديب أعضاء هيئة التدريس بالجامعات والرقابة عليها"، منشورات دار الوفاء للطباعة والنشر بالإسكندرية، 2021م.
- 25- مغاوري محمد شاهين: "القرار التأديبي وضمائنه ورقابته القضائية بين الفاعلية بالضمان في نظم العاملين المدنيين بالدولة والقطاعين العام والخاص"، مكتبة الأنجلو المصرية، 1986م.

26- مفتاح خليفة عبد الحميد: "النظام القانوني للتظلم الإداري"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2017م، ص9.

#### ثانياً: الرسائل العلمية.

1- نصرالدين مصباح القاضي: "النظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة دراسة موازنة من القانون المصري والليبي والشرعية الإسلامية"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1997م.

2- محمد حسين إحسان: "التظلم الإداري كسبب لانقطاع ميعاد رفع دعوى الإلغاء"، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة النجاح فلسطين، 2016م.

#### ثالثاً: الدوريات والمقالات العلمية.

1- الطاهر خليفه الواعر: "القضاء المستعجل الإداري تقييم بعض شروطه والحكم فيه"، بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم لإدارية في الدول العربية المنعقد في أبوظبي بدولة الإمارات يومي 11 و12 من شهر سبتمبر 2012م.

2- حسين المهدي: "بحث في الإجراءات التأديبية لموظفي الخدمة العامة"، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان، بنغازي، 1986م.

#### رابعاً: المراجع الأجنبية.

1-Mouvgeon (J) Lapresoion administrative, trises, Paris, 1969.P.  
493.

حقوق الأطفال المهاجرين بصورة غير شرعية في المواثيق الدولية  
"قراءة تحليلية نقدية في المواثيق الدولية"

د. زهرة علي المزوغي تيباز

محاضر بكلية القانون

– قسم القانون الدولي -جامعة الزيتونة

### المقدمة

تحتل الهجرة غير الشرعية مكانا بارزا منذ سنوات في واجهة العلاقات الدولية و الواقع الدولي عموما ، حيث أصبحت تشكل معضلة شائكة محلية ودولية ، و الشغل الشاغل لعدد من منظمات المجتمع الدولي ، و المؤسسات الحكومية الوطنية والإقليمية ، فالساحة الدولية تشهد خلال السنوات الأخيرة تزايداً في أعداد المهاجرين غير الشرعيين ، و تفاقم ما يشكلونه من قلق دولي و مخاطر على جميع الأصعدة ، تتوزع بين رحلة الموت التي يخوضونها دون تقدير منهم لعواقبها الوخيمة ، وما يتسببون فيه من أضرار و خسائر تلحق بالدول المعنية .

ومما لا شك فيه أن للهجرة غير الشرعية تداعيات كبيرة و مؤثرة على الأسرة ، و من ثم على النسيج الاجتماعي للمجتمع المحلي أولاً و الدولي في مرحلة متقدمة ، ذلك أن صورة التدفق البشري للمهاجرين غير الشرعيين يظهر فيها وجود أكثر فئات البشر ضعفا و استهدافا و استحقاقا للحماية وهم الأطفال . فقد يهاجر الأطفال مع أفراد أسرهم أو بمفردهم للبحث عن فرص للتعليم و العمل ، و لا يخفى ما قد يتعرضون له من صور يومية لمختلف انتهاكات حقوق الإنسان و بعثرة كرامته والتلاعب بحقوقه.

### - أهمية البحث :

تأتي أهمية البحث في هذا الموضوع استجابة لما يثيره عموما من تحد دولي و إقليمي و محلي ، ذلك أن ظهور الهجرة بصورة غير شرعية ، أي بالمخالفة للقوانين التي تنظم موضوع دخول و إقامة الأجانب و خروجهم ، عن طريق التسلل عبر الحدود البرية أو البحرية ، أو اجتيازهم حدود الدول بوثائق قانونية مزورة ، يسبب مشاكل و مخاطر تهددهم أنفسهم ، و كذلك الأمن القومي لدول العبور و دول المهجر على السواء ، بما يحتويه ذلك من حالات التوتر العام و عدم الاستقرار المحلي و الانفلات الأمني ، الأمر الذي يجعل تلك الدول تتجه إلى استخدام شتى الوسائل من أجل التصدي للمهاجرين غير الشرعيين بما فيهم الأطفال ، دون إيلاء الاهتمام الكافي لمسألة حقوق الإنسان . ولأننا أمام واقع دولياً أصبحت فيه الدول تنظر إلى تدفق المهاجرين غير الشرعيين على أنهم مصدر لكل المخاطر مع تزايد أعدادهم و تنتهج عدة استراتيجيات ذات بعد أمني لا يراعى فيها وضع هؤلاء الأطفال من ناحية أنهم فئة إنسانية ضعيفة ، و هي من أكثر الفئات البشرية استهدافا من قبل مروجي تجارة البشر و العصابات الإجرامية و الجهات الأمنية في دول العبور أو دول المهجر و كذلك استجابة لمسألة حقوق الإنسان، ولأنّ هذه الفئة بالإضافة إلى أنها قد تكون محل تجريم فهي ضحية لجملة من الظروف جعلتها تسلك هذا الطريق المظلم.

### - إشكالية البحث :

يطرح البحث عدة تساؤلات تتعلق بداية بتحديد ماهية الهجرة غير الشرعية ، و خصوصية حالة الأطفال المهاجرين بطريقة غير شرعية ، و ما مدى فاعلية الحماية الدولية العامة و الخاصة في ضمان



حصولهم على حقوقهم الإنسانية ؟ وهل حققت قواعد الحماية تلك القدر المناسب من الفاعلية لوضع الطفل المهاجر هجرة غير شرعية ؟ و قبل ذلك هل توجد قواعد حماية دولية خاصة بهم ، أم أنهم مشمولون بقواعد الحماية العامة لحقوق الإنسان و حقوق الطفل ؟

#### - نطاق البحث :

يتحدد نطاق البحث في دراسة حالة الأطفال المهاجرين بصورة غير قانونية ، من ناحية مدى كفاية الحماية الدولية دون التطرق إلى الفئات العمرية الأخرى ، أي الطفل المحدد عمريا حسبما ورد في الاتفاقيات الدولية .

#### - مناهج البحث :

من أجل إيجاد صورة تكاملية بين مناهج البحث العلمي المستخدمة في هذا البحث ، فإنني قد استعنت بفضل الله بعدة مناهج بحثية لتيسير الوصول إلى النتائج ، وكذلك الاستفادة منها بشكل يخدم أهداف البحث ، فاعتمدت المنهجين التحليلي و الاستدلالي من خلال البحث في المصادر القانونية و الدراسات البحثية السابقة و التقارير الصادرة عن الجهات المعنية المحلية و الدولية ، و تحليل نصوص التشريعات و المواثيق الدولية ذات العلاقة .

#### - خطة البحث : من أجل الوفاء بمتطلبات البحث فقد تم تبني المنهجية القانونية التالية :

مبحث تمهيدي : . الإطار المفاهيمي لهجرة الطفل بصورة غير شرعية .

المطلب الأول : تحديد مرحلة الطفولة في المواثيق الدولية .

المطلب الثاني : . الصورة غير الشرعية لهجرة الطفل .

- المبحث الأول : . قواعد الحماية الدولية العامة للطفل المهاجر بصورة غير شرعية .

المطلب الأول : . المواثيق الدولية العامة العالمية .

المطلب الثاني : . المواثيق الدولية العامة الإقليمية .

المبحث الثاني : قواعد الحماية الدولية الخاصة للطفل المهاجر بصورة غير شرعية .

المطلب الأول : . المواثيق الدولية الخاصة بحماية الطفل .

المطلب الثاني : . المواثيق الدولية الخاصة بحماية المهاجرين .

#### مبحث تمهيدي

الإطار المفاهيمي لهجرة الطفل بصورة غير شرعية.

#### - تمهيد و تقسيم

إن مرحلة الطفولة من أهم مراحل حياة الإنسان ، و أكثرها حساسية و خطورة ، فهي الأساس الذي تبنى عليه شخصيته ، ويتوقف على سلامة مراحلها بقية محطات حياته كإنسان و فرد فاعل في

مجتمعه ، غير أن الواقع الدولي المعاصر قد فرض العديد من المعطيات و الظواهر ، التي تشكل بلا ريب عقبة في طريق سلامة مرور مراحل شخصية الإنسان ، و من تلك الظواهر المقلقة هجرة البشر للبحث عن وضع معيشي أفضل، ولا شكأن الوضع يزداد تعقيدا عندما يكون المهاجر طفلا ، حيث إن المجرى الطبيعي للأمور ، هو أن الدولة هي المسؤولة عن توفير الحياة الكريمة لمواطنيها ، بما فيهم الأطفال ، إلا أن تفاقم و تردي مستوى الحياة في تلك الدول ، يؤدي بالبشر عموما إلى ركوب رحلة الموت هذه . قبل الدخول في تفاصيل الإطار القانوني لحماية الأطفال المهاجرين هجرة غير شرعية، سنحاول بإيجاز تحديد مفاهيم البحث حسب التقسيم التالي :

المطلب الأول : تحديد مرحلة الطفولة في المواثيق الدولية .

المطلب الثاني : . الصورة غير الشرعية لهجرة الطفل .

### المطلب الأول

#### تحديد مرحلة الطفولة في المواثيق الدولية

جاء مصطلح الطفل أو الطفولة في العديد من المواثيق الدولية و اتفاقيات وإعلانات حقوق الإنسان ، غير أن معظم هذه الوثائق لم تحدد على وجه الدقة المقصود بمهذين التعبيرين<sup>1</sup>، ومن تلك المواثيق على سبيل المثال الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 و العهدان الدوليان عام 1966 ، حيث جاءت الإشارة فيهما للطفل و حاجته للرعاية و الحماية دون تحديد سنّه<sup>2</sup>، أضيف إلى ذلك الإعلانات الخاصة بالأطفال أيضا مثل إعلان جنيف لحقوق الطفل لعام 1924 و إعلان جنيف لعام 1948 ، و كذلك إعلان حقوق الطفل لسنة 1959 ، فهذه جميعها لم تحدد سن الطفولة ، بل اكتفت بالتأكيد على حاجة الأطفال للرعاية و الاهتمام الخاص<sup>3</sup>.

و إن كان إعلان حقوق الطفل لعام 1959 قد تضمن في ديباجته الإشارة إلى القصور الجسماني و العقلي بصفتيها المعيار الذي تبنته الأمم المتحدة لتعريف الطفل ، بمعنى أن الشخص يظل طفلا حتى يستكمل نموه الجسماني و العقلي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> . عبدالعزيز مخيمر عبد الهادي، حماية الطفولة في القانون الدولي و الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، 1991 ، ص 23 .

<sup>2</sup> . وإن كانت الفقرة 5 من المادة 6 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية تقترح أن يعامل جميع الأشخاص دون الثانية عشر من العمر بوصفهم من الأحداث بخصوص المسائل التي تتصل بالقضاء الجنائي على الأقل . انظر التعليق العام رقم 21 : المادة 10 "المعاملة الإنسانية للأشخاص المحرومين من حريتهم ، المعتمد من اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في دورتها الرابعة و الأربعين لسنة 1992 في : . Ibid, pp184,185, par13-

<sup>3</sup> . نجوان السيد أحمد الجوهري ، الحماية الدولية للطفل ، رسالة دكتوراه غير منشورة ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، 2010 ، ص 6 .

<sup>4</sup> . فاطمة شحاتة أحمد زيدان ، مركز الطفل في القانون الدولي العام ، رسالة دكتوراه غير منشورة ، كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، 2003 ، ص 9 .

وبالرجوع إلى اتفاقية جنيف الرابعة لسنة 1949 بشأن حماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة ، فإنها أيضا لم تحدد سن الطفولة ، رغم أنها قد تناولت في أكثر من موضع أحكام خاصة بالطفل اختلفت فيها سن الطفل المعني بالحماية المقررة فيها ، حيث تكررت عبارة الأطفال دون الخامسة عشرة من العمر في المواد (14، 23، 24، 38، 50، 89، 24)، وفي المادة 24 الفقرة الثانية منها جاء حكم آخر ، حيث ذكرت بالنص "الأطفال دون الثانية عشر من العمر" ، كما استخدمت عبارة "شخص محمي تقل سنه عن ثمانية عشر عاما" في الفقرة الرابعة من المادة الثامنة والستين منها بخصوص الإعدام.<sup>1</sup>

و نشير هنا إلى أن خلو الاتفاقية من تحديد سن الطفولة أثار الخلاف في مؤتمر الخبراء الحكوميين عندما انعقد في دورته الأولى بخصوص تطوير قواعد القانون الدولي الإنساني ، مما أثر على صياغة بروتوكولي 1977 الإضافيين ، حيث جاءت صياغتهما خالية من ذلك ، وإن كان قد جاء في أكثر من موضع ربط الأحكام بسن معينة ، و مثال ذلك ما جاء في المادة 2/77 "لم يبلغوا بعد سن الخامسة عشرة" ، و في فقرتها الثالثة "في حالة تجنيد هؤلاء ممن بلغوا سن الخامسة عشرة ، ولم يبلغوا بعد الثامنة عشر".<sup>2</sup>

و قد نهج البروتوكول الثاني الخاص بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية النهج ذاته ، حيث جاء ذكر لفظ "الأطفال دون الخامسة عشرة" في المادة الرابعة الفقرة الثالثة ج. د. ، كما جاء في نص المادة السادسة فقرة 4 "دون الثامنة عشرة وقت ارتكاب الجريمة".<sup>3</sup>

و استمر الحال على ما هو عليه حتى صدور اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لسنة 1989 ، التي لاقى فيها تحديد مفهوم عام و شامل للطفل و الفترة التي يحتاج فيها للحماية و الرعاية مناقشات طويلة ، نظرا للاختلاف بين التشريعات الداخلية للدول في تحديدها لبداءة و نهاية مرحلة الطفولة.<sup>4</sup> حيث جاء النص في المادة الأولى على أن الطفل هو "كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه".<sup>5</sup>

<sup>1</sup> . زكريا حسين عزمي ، من نظرية الحرب إلى نظرية النزاع المسلح مع دراسة خاصة بحماية المدنيين في النزاع المسلح ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1978 ، ص 376 .

<sup>2</sup> . النص في : 1125 U.N.T.S (Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, June 8, 1977 .

<sup>3</sup> . نجوان السيد أحمد الجوهري ، مرجع سابق ، ص 7 .

<sup>4</sup> . -Basic working text As adopted by 1980 ,E/CN . 4/1349,P2 .

<sup>5</sup> . -UN.DOC.A/44/49/C 1989 .

و بالتالي فإنه لكي يسمى الشخص طفلا ، لابد من توافر شرطين ، الأول أن يكون قد بلغ سن الثامنة عشر، أما الثاني فهو ألا يكون القانون الوطني قد حدد سنا للرشد أقل من ذلك ، أي أن الاتفاقية بهذا تكون قد جعلت سن الثامنة عشر هي نهاية مرحلة الطفولة ، ما لم يكن قد بلغ سن الرشد وفقا لقانونه الوطني.<sup>1</sup>

و نشير هنا إلى أن واضعي بروتوكول الأمم المتحدة لمنع الاتجار بالأشخاص و خاصة النساء و الأطفال و قمعهم و المعاقبة عليه ، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية ، نتيجة لغموض تعريف اتفاقية حقوق الطفل 1989 ، فإنهم قد وضعوا تعريفا للطفل لا غموض فيه ، حيث نصت الفقرة د من المادة الثالثة من هذا البروتوكول على أنه يقصد بتعبير طفل أي شخص دون الثامنة عشر من العمر ، و بذلك يكون هذا التعريف قد تلافى أغلب الانتقادات التي وجهت إلى تعريف الطفل في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الطفل لسنة 1989 .

وعلى غرار اتفاقية منظمة الأمم المتحدة لحقوق الطفل لسنة 1989 ، تناولت الاتفاقيات الإقليمية لحقوق الإنسان عامة - والطفل معني بذلك فهو إنسان - في بعض موادها الإشارة إلى الطفل و حماية حقوقه وإن لم تتناوله بالتعريف ، لكن استثناءً من ذلك توجد بعض المواثيق الخاصة بالطفل على المستوى الإقليمي التي اهتمت بذلك و وضعت له تعريفا ومنها على سبيل المثال ميثاق حقوق الطفل العربي لسنة 1983 في ديباجته و كذلك الإطار العربي لحقوق الطفل ورفاهيته لعام 1990 ، و الاتفاقية الأوروبية بشأن ممارسة حقوق الطفل لسنة 1996.<sup>2</sup>

**وصفوة القول** تؤدي بنا إلى أن تحديد سن الطفولة في المواثيق الدولية كان قد تعرض للنقد من ناحيتين ، بداية مرحلة الطفولة و نهايتها ، ذلك أن حماية الطفل كان يجب أن تضم حتى المرحلة الجنينية

<sup>1</sup> . عبدالعزيز مخيمر عبدالحادي ، مرجع سابق ، ص 244 .

. تعرض هذا التعريف للنقد من بعض الفقهاء حيث يرى هؤلاء أن المادة الأولى فيها نوع من الغموض و التردد في الأحوال التي يحدد فيها التشريع الوطني سنا أقل ، دون أن يعدّ من تجاوزها بالغا ، بينما يرى آخرون العكس من حيث أن الاتجاه الحديث يميل إلى رفع الحد الأقصى لسن من يعدّ طفلا ، و هو ما أخذ به التشريع الليبي ، بهدف إطالة الفترة التي يتمتع فيها الأطفال بالحماية حيث نصت المادة 44 من القانون المدني الليبي على أن "1. كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . 2. سن الرشد هي إحدى و عشرون سنة ميلادية كاملة . " صدر بعد ذلك القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج و الطلاق و آثارهما و حدد سن الزواج في المادة السادسة فقرة ب منه ببلوغ سن العشرين . تلاه صدور القانون رقم 17 لسنة 1992 بشأن تنظيم أحوال القاصرين و حدد سن الرشد في المادة التاسعة ببلوغ ثنائي عشر سنة ميلادية ، بعد تعديل القانون رقم 10 لسنة 84 بالقانون رقم 14 لسنة 2015 الذي عدّ سن الثامنة عشرة هي سن كمال الأهلية .

نرى أن القانون الأحدث بالتطبيق هو القانون رقم 17 لسنة 1992 بشأن تنظيم أحوال القاصرين لأنه قانون خاص بالقاصرين و استجابة للمسلمة القانونية التي تقضي بأن الخاص يقيد العام ، والعام هنا هو القانون المدني .

<sup>2</sup> . انظر في ذلك : . ميثاق حقوق الطفل العربي ، جامعة الدول العربية ، الأمانة العامة ، الإدارة العامة للشؤون الاجتماعية و الثقافية ، إدارة التنمية الاجتماعية و الثقافية ، ص 3،4 .

. الإطار العربي لحقوق الطفل ، الأمانة العامة ، الإدارة العامة للشؤون الاجتماعية و الثقافية ، إدارة الطفولة ، 2001 ، ص 2 ، 3 .

بالنص أو أخذ ذلك في الاعتبار عند صياغة المواد الأخرى ، ذلك أن القانون الجنائي في أغلب الدول يجرم الاعتداء على الطفل و هو جنين في إطار جريمة الإجهاض ، كما أن الشريعة الإسلامية قد أكدت ذلك ، كما في الحق في الميراث .<sup>1</sup> أما بخصوص انتقاد رفع الحد الأقصى لعمر الطفل حتى الثامنة عشر ، فذلك محل نظر ، حيث أنه بالتدقيق في أحكام اتفاقية حقوق الطفل سنجد أنها قد قررت بعض الحقوق التي تتناسب مع رفعها لسن الطفولة حتى الثامنة عشر كاملة ، الأمر الذي يطيل فترة الحماية للطفل لأكثر فترة من العمر .<sup>2</sup>

## المطلب الثاني

### الصورة غير الشرعية لهجرة الطفل

السؤال الذي يتبادر إلى الأذهان هنا هو كيف يهاجر الطفل بصورة غير شرعية ؟ للإجابة على هذا التساؤل لابد بداية أن نشير إلى أن الهجرة غير الشرعية عموماً تنجم عن مخالفة القوانين التي تنظم دخول وإقامة الأجانب و خروجهم ، ابتداء من دولتهم الأصل إلى دول العبور ثم المهاجر . وفيما يخص تعريف الهجرة غير الشرعية عموماً فإنه لا يخفى تعدد وجهات النظر في هذا الشأن من طرف الدول ، بل حسب اختلاف الأغراض و الأهداف التي ترمي إلى تحقيقها ، أضف إلى ذلك التداخل مع تسميات أخرى مع اختلاف الأسس التي تقام عليها ، كما يمكن أن نضيف عاملاً ثالثاً يتمثل في أن هذا النوع هو في الحقيقة من صنع القوانين سواء في دولة الأصل أو العبور أو المهاجر .<sup>3</sup> فهي مثلاً "المساس بالسيادة الإقليمية لدولة المهاجر بفعل قيام المهاجرين بالدخول أو التسلل أو الإقامة غير الشرعية بها ، بغية تحقيق منافع شخصية بالمخالفة للقوانين و النظم المعمول بها في شأن تأشيرات الدخول و الإقامة في دول المهاجر".<sup>4</sup> و بأنها "الهجرة التي تتم بطرق غير قانونية ، حيث يقوم المهاجرون بدخول دولة أخرى دون وثائق سفر أو موافقات و عبر طرق ووسائل غير قانونية".<sup>5</sup>

<sup>1</sup> . الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، ج 5 ، ص 65 .

<sup>2</sup> . من تلك الحقوق ، حق الطفل في التعبير و حرية الرأي ، و حقه في الحماية من الاستغلال بشقي صوره .

<sup>3</sup> . محمد عبد الحميد بوضيعة أبوصبع ، تجريم الهجرة غير الشرعية و الأفعال المرتبطة بها ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، مصر ، 2016 ، ص 12 .

<sup>4</sup> . حسن حسن الإمام ، مكافحة الهجرة غير الشرعية على ضوء المسؤولية الدولية و احكام القانون الدولي للبحار ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2014 ، ص 30 .

<sup>5</sup> . البشير الكوت ، ظاهرة الهجرة غير الشرعية في العلاقات الأوروبية الأفريقية ، مجلة دراسات ، صادرة عن المركز العالمي لدراسات و البحوث الكتاب الأخضر سابقاً ، طرابلس ، السنة الثامنة ، العدد 28 ، 2007 ، ص 52 .

و من ثم فإن أغلب التعريفات تتفق على مسلمة أن الهجرة غير الشرعية ، هي غير قانونية من ناحية الطريقة التي ينتهجها المهاجر في الانتقال إلى دول العبور أو دولة المهجر ، و أن دافعه في ذلك هو المنفعة الشخصية والحاجة المادية . أما المهاجر غير الشرعي، فإن الاتفاقية الدولية حول حماية حقوق المهاجرين لسنة 1990 ، قد عرفت في مادتها الأولى من القسم الأول فقرة أ " بأنهم الأشخاص الذين يعملون أو سيعملون أو قد عملوا في نشاط مأجور في دولة غير دولتهم"، و تضيف المادة 5 فقرة (أ) بأنه "يعتبر في وضعية قانونية المهاجرون و أفراد عائلاتهم إذا رخص لهم بالدخول و الإقامة و العمل في الدولة التي يمارس فيها العمل وفقا للنظام المعمول به في تلك الدولة ، و بما لا يتعارض مع الاتفاقيات الدولية التي تلتزم بها".<sup>1</sup>

ثم جاء تعريف المهاجر غير الشرعي سلبيا في الفقرة ب بالنص على أنه "يعتبر بدون وثائق و في وضعية غير قانونية كل من لا يشمل الشروط المنصوص عليها في الفقرة "أ" من هذه المادة ، و بالعودة إلى الفقرتين 2،3 يمكن أن يستنبط تعريفا للمهاجر غير الشرعي بأنه " يعتبر مهاجرا غير قانوني كل شخص دخل أو يقيم أو يقوم بنشاط مأجور في إقليم غير إقليم دولته و لا تكون بحوزته الوثائق اللازمة للدخول إلى تلك الدولة و لا الإقامة فيها و لا الوثائق اللازمة للعمل ".<sup>2</sup> أما المكتب الدولي للعمل BIT فإنه قد عرف المهاجر غير الشرعي بأنه "كل شخص يدخل أو يقيم أو يعمل خارج وطنه بدون حيازة الترخيصات القانونية اللازمة لذلك يعد مهاجرا غير شرعيا أو سري أو بدون وثائق أو في وضعية غير قانونية "<sup>3</sup> و بصورة أكثر وضوحا فإن منظمة العمل الدولية OIT قد عدّت أن "الهجرة السرية أو غير الشرعية هي التي يكون بموجبها المهاجرين مخالفين للشروط التي تحددها الاتفاقيات الدولية و القوانين الوطنية ، و على هذا الأساس فإنه يقصد بالمهاجرين غير القانونيين :

1. الأشخاص الذين يدخلون بطريقة غير قانونية إلى دولة الاستقبال و لا يسوّون وضعهم القانوني .
2. الأشخاص الذين يدخلون بطريقة غير قانونية إلى دولة الاستقبال و يمكنون هناك بعد انقضاء مدة الإقامة القانونية .

3. الأشخاص الذين يعملون بطريقة غير قانونية خلال إقامة مسموح بها قانونا ، و الذين رخص لهم العمل بموجب عقد ، ويخالفون هذا العقد سواء بتخطي المدة المحددة له ، أو بالقيام بعمل غير مرخص له بموجب العقد "<sup>4</sup>

<sup>1</sup> . محمد عبد الحميد بوضيعة أبوصبع، مرجع سابق |، ص 14 .

<sup>2</sup> . محمد عبد الحميد بوضيعة أبو صبع ، نفس المرجع ، ص 14 .

<sup>3</sup> . محمد عبد الحميد بوضيعة أبوصبع ، نفس المرجع ، نفس المكان .

<sup>4</sup> . محمد بوضيعة أبوصبع ، نفس المرجع، ص 15

و على صعيد القوانين الداخلية ، فإن القانون الليبي رقم 19 لسنة 2010 في مادته الثانية بشأن مكافحة الهجرة غير الشرعية قد نص على أنه "يعدّ من أعمال الهجرة غير المشروعة ما يأتي:

- أ. إدخال المهاجرين غير الشرعيين إلى البلاد أو إخراجهم منها بأية وسيلة .
- ب . نقل أو تسهيل نقل المهاجرين غير الشرعيين داخل البلاد مع العلم بعدم شرعية وجودهم بها .
- ج . إيواء المهاجرين غير الشرعيين أو إخراجهم أو إخفاؤهم بأية طريقة عن تتبع الجهات المختصة أو إخفاء معلومات عنهم لتمكينهم من الإقامة في البلاد أو الخروج منها .
- د . إعداد وثائق سفر أو هوية مزورة للمهاجرين أو توفيرها أو حيازتهم لها .
- هـ . تنظيم أو مساعدة أو توجيه أشخاص آخرين للقيام بأي فعل من الأفعال المنصوص عليها في الفقرة السابقة".<sup>1</sup>

وقد عرفت المادة الأولى من القانون نفسه المهاجر غير الشرعي بأنه "من تطبيق أحكام هذا القانون يعدّ مهاجراً غير شرعي كل من دخل ليبيا أو أقام بها بدون إذن أو تصريح من الجهات المختصة بقصد الاستقرار فيها أو العبور إلى دولة أخرى"<sup>2</sup>

**و خلاصة القول و حسب النصوص السابقة فإن ::** المهاجر غير الشرعي عموماً هو من يقوم بعبور حدود دولته أو أي دولة أخرى بشكل سري و من غير المنافذ المخصصة للعبور كالتسلل عبر الحدود البرية أو البحرية أو عندما يدخل دولة غير التي يحمل جنسيتها لفترة محدودة و يتجاوز هذه الفترة دون تمديد من الجهات المختصة .<sup>3</sup>

و من ثم فإن الطفل يهاجر بصورة غير شرعية شأنه شأن البالغين من ناحية اجتيازه للحدود دون وثائق رسمية ، يستوي أن يكون مصحوباً بأمره أو غير ذلك ، فذلك لا يغير من وضعه غير القانوني الذي ترتب على فعل الهجرة بصورة غير شرعية .

<sup>1</sup> . القانون رقم 19 لسنة 2010 بشأن مكافحة الهجرة غير الشرعية ، الجريدة الرسمية ، العدد 10 السنة العاشرة ، بتاريخ 2010/6/15 ، ص 400 .

<sup>2</sup> . الجريدة الرسمية ، نفس القانون ، نفس المكان .

<sup>3</sup> . محمد شعبان الدرهوي ، الهجرة غير الشرعية و مخاطرها الأمنية على ليبيا في ظل الاتفاقيات الدولية و القوانين الوطنية ، ط الأولى ، 2016 ، دار الفسيفساء ، ص 13 .

## المبحث الأول

### قواعد الحماية العامة للطفل المهاجر بصورة غير شرعية.

#### - تمهيد و تقسيم .

يعمل المجتمع الدولي على إقرار حقوق الإنسان و ضمان احترامها من قبل كافة الدول ، و خاصة بالنسبة لتلك الفئات التي تعاني وضعيات هشة ، فالمهاجر غير الشرعي عموما يصعب تحديد مركزه القانوني ، و الحصول على حقوقه نظرا لطبيعته المزوجة ، فهو من ناحية يعد مخالفا لقوانين دولته و دول العبور و دولة المهجر ، و من ناحية أخرى هو يستند في فعله ذلك إلى حقه في الحياة و البحث عن وضع معيشي أفضل معرضا نفسه و أسرته غالبا إلى أسوأ طرق الاستغلال ، الأمر الذي يتلاعب بوضعه القانوني و يؤثر سلبا على حقوقه ، فهو ضحية لعدة عوامل و انتهاك للقانون ؛ لذا يعدّ مذنباً<sup>1</sup>.

وحيث إن الطفل هو من الفئات الخاصة و المستضعفة ، فإن مسلكنا في هذا العمل يعتمد على أن الأطفال تشملهم الحماية الدولية لحقوق الإنسان مرتين ، مرة من خلال المواثيق المعنية بالحقوق ذات الطبيعة العامة ، كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان و العهدين الدوليين ، و مرة أخرى من خلال وثائق خاصة تفصل ما اشتملت عليه الشريعة الدولية من حقوق خاصة بالأطفال ، وذلك بهدف إضفاء المزيد من الحماية الدولية ، أضف إلى ذلك ما تفرضه خصوصية الحالة محل الدراسة ، و هي حالة أكثر حاجة للاهتمام ، خاصة عند ارتباطها بمرحلة الطفولة و تحول الطفل إلى مهاجر و بشكل غير قانوني . الأمر الذي يثير العديد من التساؤلات عن مدى الحماية الممنوحة له في القانون الدولي نطاقيها ؟ و قد رأينا تناول ذلك حسب التقسيم التالي :

المطلب الأول : . المواثيق الدولية العامة العالمية.

المطلب الثاني : . المواثيق الدولية العامة الإقليمية.

## المطلب الأول

### المواثيق الدولية العامة العالمية

الطفل بداية هو إنسان ، ما يعني أن حقوقه عامة و حقوق الطفل في الأحوال الخاصة كالطفل المهاجر هي جزء لا يتجزأ من حقوق الإنسان عامة ، فالقانون الدولي لحقوق الإنسان الذي هو "مجموعة القواعد و المبادئ المنصوص عليها في عدد من الإعلانات و المعاهدات الدولية التي تؤمن حقوق و حريات الأفراد و الشعوب في مواجهة الدول أساسا ، هي حقوق لصيقة بالإنسان و غير قابلة للتجزئة أو التنازل عنها ، و تلزم الدول بحمايتها من الاعتداء و الانتهاك"<sup>2</sup>

<sup>1</sup> . قوسم فضيلة ، الوضع القانوني للمهاجرين غير الشرعيين في الدولة المستقبلية ، ص 11 .

<sup>2</sup> . محمد نور فرحات ، تاريخ القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان ، دراسات في القانون الدولي الإنساني ، دار المستقبل العربي ، القاهرة ، 2005 ، ص 84.



و من المهم الإشارة هنا إلى أنه قد تم تناول حقوق الطفل في مرحلة سابقة عن حقوق الإنسان عامة ، من خلال إعلان جنيف لسنة 1924 ، ثم تكرر ذلك الاهتمام على مستوى النصوص في العديد من الاتفاقيات و المواثيق التي أبرمت بهذا الخصوص . و الطفل المهاجر بلا شك يستفيد بشكل أو بآخر من نطاق حماية حقوق الإنسان المنصوص عليها في الصكوك القانونية للقانون الدولي لحقوق الإنسان ، و إن كان هناك من تمييز لهذه الفئات فهو تمييز إيجابي . و عند البحث في حقوق الطفل المهاجر لابد من تصفح الوثائق الدولية العامة التي تناولت أوجه الحماية له بصفته إنسانا .

### أولا- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان :

يأتي في مقدمة المواثيق الدولية العامة العالمية لحقوق الإنسان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، حيث جاء في المادة الأولى من هذا الإعلان أنه " يولد جميع الناس أحراراً متساوين في الكرامة والحقوق ، و هم قد وهبوا العقل والوجدان ، و عليهم أن يعاملوا بعضهم بروح الإخاء" <sup>1</sup> . هذا النص و كافة مواد الإعلان الثلاثين تؤكد على حقوق الإنسان التي لا يجوز المساس بها أو انتهاكها ، وهي حقوق يكتسب بعضها منذ الولادة و بعضها الآخر قبل ذلك ، و من ثم فإن الطفل عموماً تشمله حماية هذا الإعلان و لو بصورة غير مباشرة ، حيث جاء في نص المادة 5/25 منه على أن "للأمومة و الطفولة حق في رعاية و مساعدة خاصتين و لجميع الأطفال حق التمتع بذات الحماية الاجتماعية سواء ولدوا في إطار الزواج أو خارج هذا الإطار" <sup>2</sup> . و فيما يخص حقوق الطفل المهاجر بصورة شرعية أو غير شرعية ، فإن الإعلان لم يتطرق إليها بصورة مباشرة، إلا إنه قد أكد في أكثر من مادة على احترام حق الإنسان عموماً في حرية التنقل و اختيار مكان إقامته وحقه في مغادرة أي بلد بما في ذلك بلده الأصلي و العودة إليه. <sup>3</sup> ورغم ما يثار حول عدم إلزامية الإعلان باعتباره مجرد توصية لا ترقى إلى مرتبة اتفاقية ملزمة بين الدول ، إلا أنه قد حاز على إجماع المجتمع الدولي ، لما يؤكد عليه من مبادئ تهدف إلى المساواة بين البشر في الكرامة و الحقوق الأساسية.

أما بشأن تقييم الحماية الواردة في الإعلان ، فإن مواده بشأن الطفل في جميع أحواله تظهر أنه قد أعطى عناية خاصة للأمومة و الطفولة ، وإن كان هناك من يرى أن اهتمامه بحقوق الطفل قد جاء قليلاً للغاية، بدرجة لا ترقى إلى ذلك الاهتمام الذي أعطاه المجتمع الدولي لحقوق الطفل قبل ذلك بنحو

<sup>1</sup> . مجموعة الوثائق الدولية ، الجزء الأول ، حقوق الإنسان ، الأمم المتحدة ، نيويورك ، 1993 ، ص 9 .

<sup>2</sup> . نص الإعلان تجده أيضاً في صكوك دولية ، مرجع سابق ، ص 9 .

<sup>3</sup> . نشير هنا إلى أن المواد 3 ، 6 ، 4 ، 16 ، ، 26 من الإعلان قد تطرقت إلى حقوق الطفل .

<sup>3</sup> . نص الاعلان في مجموعة صكوك دولية ، ص 9 .

أربعة و عشرين عاما ، عندما أقرت عصبة الأمم إعلان جنيف لحقوق الطفل عام 1924<sup>1</sup>، أمّا بالنسبة لهجرة الأطفال عموما أو بصورة غير شرعية فإنه لم يفرّد لها بنودا خاصة ، إنما تدخل ضمن الحماية الدولية العامة لحقوق الإنسان و حماية اللاجئين البالغين ، رغم أن الفترة التي ظهر فيها الإعلان كانت فترة كوارث وعقب حرب عالمية كان نتيجتها تشرد الملايين و اتجّاههم إلى المهجرة و اللجوء ، و مما لا شك فيه وجود أطفال بينهم<sup>2</sup>.

**تتفق الباحثة مع رأي جانب من الفقه في أن إشارة الإعلان إلى الطفولة في مادة واحدة ، يعد بداية حقيقية و قانونية لتأكيد وضع الأطفال في القانون الدولي المعاصر ، حيث منذ قيام الأمم المتحدة أصبح هناك اتجاه نحو الحقوق الخاصة للأفراد ، وأن الإعلان قد أرسى جملة من المبادئ لحقوق الإنسان بصفة عامة تتولى بعد ذلك الاتفاقيات الخاصة تفصيلها.**

### ثانيا . العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية لسنة 1966 :

أكد العهد و البروتوكول الملحق به على الحقوق و الحريات الأساسية للإنسان الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، و بالإضافة إلى الآليات الضرورية للتحقق من مدى التزام الدول الأطراف بتنفيذ التزاماتها ، و تناول حماية حقوق الطفل و التأكيد عليها في أكثر من موضع ، ففي المادة 5/6 نص على عدم جواز فرض حكم الموت على مرتكبي الجرائم الذين تقل أعمارهم عن ثماني عشرة سنة<sup>3</sup> . و في المادة (2/10 ، ب ) و الفقرة (3) أكد على ضرورة فصل المتهمين الأحداث البالغين و أن تتم إحالتهم إلى القضاء في أسرع وقت ممكن ، وأن يراعى في معاملتهم عامل السن بحيث يتبع نظام السجون أساليب يكون الهدف منها الإصلاح و التأهيل<sup>4</sup>.

أما فيما يخص حالة تعرض حياة الطفل للتشرد سواء على الصعيد الداخلي أو الخارجي ، فإن العهد و البروتوكول الملحق به قد ورد فيهما ذلك بصورة غير مباشرة ، بالإشارة إلى حق الفرد في التنقل و حماية هذا الحق من الانتهاك بشكل مباشر أو غير مباشر ، فمثلا نصت المادة 1/12 من العهد على أن "لكل فرد يوجد على نحو قانوني داخل إقليم دولة ما حق حرية التنقل و حرية اختيار مكان إقامته داخل هذا الإقليم"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> . ماهر جميل أبوخوات ، الحماية الدولية لحقوق الطفل ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة حلوان ، 2004 ، ص 27 .

<sup>2</sup> . - 20 ، p20 , 1993 , The United Nations Convention The rights of the child , Sharon Detric - 21

<sup>3</sup> . نص المادة 5/6 من الإعلان في مجموعة صكوك دولية ، مرجع سابق 1 - 9

<sup>4</sup> . نص المادة 2/10 ، ب و الفقرة 3 من العهد في مجموعة صكوك دولية .

<sup>5</sup> . نشير هنا إلى تناول عدة جوانب أخرى في المواد 1/14 ، 4/14 ، 4/18 و كذلك المادة 23 و المادة 24 اللتين تناولتا حقوق الطفل القاصر و الأسرة و حمايته من التمييز و حقه في الجنسية و التسجيل فور ولادته .

و في حالات التوتر و الاضطرابات وردت قيود على حرية التنقل وتمّ إخضاعها لمختلف القيود العامة ،  
فالمادة 3/12 قد تناولت ذلك بالنص على أن القيود المسموح بها هي القيود التي ينص عليها القانون و  
تكون ضرورية لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق  
الآخرين و حرياتهم ، و تكون متماشية مع الحقوق الأخرى المعترف بها في هذا العهد " .  
كما أضاف المصلحة العامة إلى المبررات الممكنة لفرض قيود على حرية التنقل ، و ينبغي في كل  
الحالات أن تكون القيود متناسبة مع ماهو ضروري <sup>1</sup>.

و تأتي أهمية تقرير هذا الحق بالنسبة للمشردين لما يعانونه غالبا من انتهاك لحقهم في حرية الحركة و  
التنقل إذا اضطروا للفرار ، و لذلك من الأهمية بمكان ضرورة احترام هذا الحق و التدقيق فيه ، وتفحص  
القيود التي تفرضها السلطات المحلية عليه بالاستناد إلى هذه المادة و تفاديا كلما أمكن ذلك .

**و ترى الباحثة:** أن العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية و البروتوكول الملحق به قد تطرق  
بشكل مباشر أحيانا و بشكل غير مباشر أحيانا أخرى إلى حماية الطفل في جميع ظروفه ، و الطفل  
المهاجر بصورة غير شرعية لا شك من تلك الظروف ، فالنصوص التي ناقشت حقوق الفرد عموما  
تسري على الطفل بوصفه إنسانا ، و إن كانت تشدد في مواضع أخرى على ضرورة تخصيص نمط  
الحماية عندما يكون المعني بها هو الطفل، و الحالة محل البحث بلا شك تأتي في مقدمتها كوضع إنساني  
يتطلب حماية سريعة وفاعلة.

### ثالثا \_ العهد الدولي للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية لسنة 1966 .<sup>2</sup>

في إطار حماية حقوق الطفل عموما في العهد جاء نص المادة العاشرة منه على النحو التالي "وجوب  
منح الأسرة حماية و مساعدة ممكنة ، إذ أنها الوحدة الاجتماعية الطبيعية و الأساسية في المجتمع ، خاصة  
بحكم تأسيسها و اثناء قيامها بمسؤولية رعاية و تثقيف الأطفال " <sup>3</sup>.

و من ثم فإن العهد يكون قد أعطى للطفل عموما و في جميع الظروف و الأحوال الاهتمام  
الكافي ، سواء في الوضع الاعتيادي أو في حالة الهجرة عموما أو الهجرة غير الشرعية ، فهو في وضع  
إنساني يجعله في حاجة ماسة للحصول على الحقوق الأساسية ، فالمشردين عموما يتعرضون إلى الحرمان  
من جملة حقوق منها على سبيل المثال فرص التعليم في دول العبور و دول المهجر ، و قد لا تتاح لهم  
أماكن كافية أو قد تكون الرسوم باهظة أو يمارس ضدهم التمييز عند تخصيص أماكن لهم في المؤسسات

<sup>1</sup> . نص المادة 3/12 من العهد .

<sup>2</sup> . النص الكامل للعهد في مجموعة صكوك دولية ، مرجع سابق ، ص 10 . 27 .

<sup>3</sup> . نص المادة 10 من العهد في مجموعة صكوك دولية .

التعليمية.<sup>1</sup>

و قد لاحظت الباحثة أن هذا الميثاق و العهد الخاص بالحقوق المدنية و السياسية و إعلان حقوق الإنسان لم تتم فيهم معالجة مسألة الهجرة تفصيلا و حقوق الطفل المهاجر على وجه الخصوص ، إنما اكتفت بالنص العام على حماية حقوق البالغين ، و إن كانت قد تمت الإشارة في بعض المواد إلى الحق في حرية التنقل و اللجوء ، رغم أن هذه المواثيق قد تعرضت لحقوق الطفل و حقوق الأسرة ذات الصلة بحقوق الطفل بشكل مفصل إلى حد ما ، و خاصة العهدين ، حيث انتقلا بحقوق الطفل من مرحلة التوصيات غير الملزمة إلى مرحلة الإلزام القانوني ، و يرى جانب من الفقه أن أغلب ماورد في العهدين من حقوق تنطبق على الأطفال باستثناء تلك الحقوق التي لا خلاف على أنها موجهة للكبار ، كالحق في الوظائف العامة.<sup>2</sup>

رابعا. اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية و المعاقبة عليها لسنة 1948.<sup>3</sup>

جاء النص في المادة الأولى من هذه الاتفاقية على أن " الدول الأطراف المتعاهدة تصادق على أن الإبادة الجماعية سواء في السلم أو في الحرب ، هي جريمة بمقتضى القانون الدولي ، و تتعهد هذه الدول بمنعها و المعاقبة عليها " . و عرفت الاتفاقية جريمة الإبادة الجماعية بأنها تلك الأفعال المرتكبة بقصد التدمير الكلي أو الجزئي لجماعة قومية أو إثنية أو دينية و حددتها بالأفعال الآتية:

1. قتل أعضاء الجماعة .

2. إخضاع الجماعة عمدا لظروف معيشية يراد بها تدميرها كليا أو جزئيا.

3. إلحاق أذى جسدي أو روحي بأعضاء من الجماعة .

4. فرض تدابير تستهدف الحيلولة دون إنجاب الأطفال داخل الجماعة

5. نقل الأطفال من الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> . الفصل الحادي عشر ، رصد و حماية حقوق الإنسان الخاصة بالعائدين و المشردين داخليا ، الأمم المتحدة ، ص 20 .

. جاء في الفقرة الثانية من المادة العاشرة النص على وجوب منح الأمهات عناية خاصة .... " و في الفقرة الثالثة " وجوب اتخاذ تدابير حماية و مساعدة خاصة ..... دون تمييز .... و حمايتهم من الاستغلال الاقتصادي و الاجتماعي و تجريم استخدامهم في أي عمل من شأنه افساد اخلاقهم أو الإضرار بصحتهم أو تهديد حياتهم بالخطر أو إلحاق الأذى بنموهم الطبيعي و على الدول أن تضع حدود للسن بحيث يجرم استخدام العمال من الأطفال بأجر و يعاقب عليه قانونا إذا كانوا دون السن " .

و جاء النص في المادة 12 منه على " حق كل انسان و خاصة الأطفال في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية و العقلية و بين التدابير التي يتعين على الدولة اتخاذها للوصول إلى هذا الحق ... " . و ناقشت المادة 13 حق التعليم لكل طفل و الزاميته في المراحل الأولى و حرية الشعائر الدينية .

<sup>2</sup> . المادة 3/2 من العهد .

<sup>3</sup> . نص الاتفاقية في مجموعة صكوك دولية .

<sup>4</sup> . انظر في ذلك : . فاطمة شحاتة أحمد زيدان ، مركز الطفل في القانون الدولي العام ، مرجع سابق ، ص 32 .

بمراجعة النصوص السابقة.

**ولاحظت الباحثة** أنها بلا شك تمس أوضاع الأطفال المهاجرين بصورة غير شرعية ، حيث تتعرض الجماعات المهاجرة هجرة غير شرعية إلى أصناف من انتهاكات حقوق الإنسان أثناء رحلة الموت تلك أو الاحتجاز في دول العبور أو المهجر ، و من خلال النص نرى أن الاتفاقية قد عاجلت جريمة الإبادة الجماعية بشكل عام دون تحديد لسن من ترتكب في حقه ، فالجماعة المشار إليها في النص ليس من الممكن أن تكون تدفقات المهاجرين غير الشرعيين بما فيهم الأطفال حال وقوعهم في قبضة مافيات الجريمة عبر الوطنية أو تجار البشر .

**وخلاصة القول** تؤدي بنا إلى مسلمة مفادها أن الحماية المترتبة على هذه الاتفاقية ينضوي تحتها بصورة مؤكدة الأطفال المهاجرين شرعيا و غير شرعيا ، و الفئة الثانية على وجه التخصيص ، فالأطفال يهاجرون مع أفراد أسرهم أو بمفردهم للبحث عن التعليم و العمل كما أنهم قد يجبرون على الهجرة قسرا .

**خامسا . الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لسنة 1965 .**

عرفت المادة الأولى من الاتفاقية التمييز العنصري بأنه أي تمييز أو استثناء أو تقييد أو تفضيل يقوم على أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الأثني ، و يستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الإنسان و الحريات الأساسية أو التمتع بها أو ممارستها على قدم المساواة في الميدان السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي أو في أي ميدان آخر من ميادين الحياة العامة . و تثار مسألة التمييز بالنسبة للمهاجر غير الشرعي عموما و الأطفال منهم تحديدا ، فيما يخص استيفاء الحقوق الأساسية للإنسان في دول العبور أو المهجر ، وبحث الدول على شجب التمييز العنصري و التعهد بانتهاج سياسة واضحة للقضاء عليه ، و تعزيز التفاهم بين الأجناس .....<sup>1</sup> ، إشارتنا إلى هذه الاتفاقية في معرض تأصيل أوجه الحماية العامة لحقوق الطفل المهاجر بصورة غير شرعية ، باعتباره أحد المبادئ الأساسية لاتفاقية حقوق الطفل و قانون اللجوء اللذين يدخل الطفل المهاجر تحت جزء من نطاق الحماية بهما ، فهو يعد أحد ركائز قانون اللجوء و إن كان هو أيضا لم يخص الطفل بأحكام خاصة ، ثم جاء تفصيله و كيفية تطبيق أحكامه في اتفاقية حقوق الطفل.<sup>2</sup>

و لا يفوتنا أن نشير هنا إلى أن هذه الاتفاقية تستبعد من انطباقها الأجانب عامة ، غير أنها قد أشارت في المادة 2/1 منها على عدم سريان الاتفاقية على أي تمييز أو استثناء أو تقييد أو تفضيل بين المواطنين و غير المواطنين من جانب أي دولة طرف فيها ، و إن كانت الفقرة الثالثة من نفس المادة قد حظرت تفسير أي حكم من أحكام هذه الاتفاقية بما ينطوي على أي مساس بالأحكام السارية في

<sup>1</sup> . نزار أيوب ، القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان ، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن ، سلسلة تقارير قانونية (32) ، فلسطين ، 2003 ص 41 .

<sup>2</sup> . نص اتفاقية حقوق الطفل (1989) UNGA.DOC.A/44/49\_

الدول الأطراف فيما يتعلق بالجنسية أو المواطنة أو التجنيس شرط خلو هذه الأحكام من أي تمييز ضد أي جنسية معينة.<sup>1</sup>

و ترى الباحثة أنه رغم صراحة النص في استبعاد الأجانب عامة من مجال انطباقها ، إلا أن للاتفاقية دورا كبيرا في حماية المشردين في دول المهجر أو العبور من الإجراءات التمييزية ، حيث أشارت لجنة مكافحة التمييز في أكثر من مناسبة على ضرورة قيام الدول بتضمين تقاريرها الدورية معلومات عن قوانينها التي تتعلق بالأجانب عامة و دعوة الدول إلى مراجعة قوانينها بالخصوص إذا ما تبين أن لها آثارا تمييزية.<sup>2</sup>

## المطلب الثاني

### المواثيق الدولية العامة الإقليمية .

تسعى الدول إلى تنظيم مسألة الهجرة غير الشرعية عموما على الصعيد الإقليمي من خلال الاتفاقيات و المؤتمرات والإعلانات الدولية ، و من أجل البحث في جوانب الحماية كان لابد من محاولة تفسير اتفاقيات حقوق الإنسان على النطاق الإقليمي ، حيث تناولت الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان و حرياته لسنة 1950 كافة الحقوق و الحريات الواردة في الوثائق الدولية لحقوق الإنسان الأخرى ، غير أنها لم تخصّ حقوق الأطفال المهاجرين شرعيا أو بطريقة غير شرعية بأحكام محددة، و إن كانت قد أشارت إلى الحقوق الأساسية المتعلقة بحقوق الإنسان في تكوين أسرة و الحياة الطبيعية و حق التنقل و اختيار مكان الإقامة . و بشكل تلقائي و غير مباشر فإن أحكامها و بروتوكولاتها الإضافية تسري على الطفل في أي حال كان بصفته إنسانا ، حيث حقوق الطفل جزء لا يتجزأ من حقوق الإنسان . و من المواثيق المهمة في الشأن الأوروبي ، الميثاق الاجتماعي الأوروبي ، الذي تميز عن غيره من المواثيق الدولية ذات العلاقة بأنه قد أفرد نصوصا خاصة بحقوق الطفل ، حيث اهتم بتوفير حماية خاصة للأطفال من جميع الأخطار المادية و المعنوية ، مثل حظر التشغيل دون السن القانونية و إلزامية التعليم و اختيار نوع التعليم و الحرفة المناسبة و ضرورة تدريب الأطفال من ذوي العاهات على ما يناسب إعاقاتهم من أعمال . غير أنه لم يتناول حقوق الطفل المهاجر إلا بصورة غير مباشرة في معرض تناوله

<sup>1</sup> . أمين أديب سلامة الهلوسة ، الحماية الدولية لطالب اللجوء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص 306 .

<sup>2</sup> . إمين أديب سلامة الهلوسة ، المرجع نفسه، الصفحة نفسها .

. نشير في الشأنداته إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 ، التي تناولت التمييز ضد المرأة و من ثم أطفالها باعتباره انتهاكا لحقوق الإنسان ، غير أنها لم تتطرق لحماية الطفل المهاجر بصورة غير شرعية ، فيما عدا نظام الحماية الاستثنائي للطفل المهاجر مصحوبا بوالديه ، فهو يكون تحت مظلة هذه الاتفاقية بشكل مباشر . انظر نص الاتفاقية في أعمال الأمم المتحدة في ميدان حقوق الإنسان ، المجلد الأول ، مرجع سابق ، ص 104 .

لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، و التأكيد على حق عدم التمييز و المطالبة بضرورة وجود حماية خاصة للأطفال في جميع الظروف.<sup>1</sup>

أما ميثاق الحقوق الأساسية الأوروبي لسنة 1992 ، فإنه قد تناول مجموعة أكبر من حقوق الإنسان ، كالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية ، حيث كان موضوع حقوق الإنسان ضمن أولوياته و أهدافه ، فمثلا جاء النص في المادة الخامسة منه على حظر الاتجار بالبشر ، و في المادة الثامنة عشر على الحق في اللجوء بالإحالة إلى اتفاقية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين لسنة 1951 ، و في المادة التاسعة عشر تناول بنود الحماية في حالة الفصل أو الترحيل أو التسليم ، بالنص على "1. حظر الترحيل الجماعي 2. لا يجوز فصلائي شخص أو إبعاده أو تسليمه إلى دولة إذا كان هناك خطر شديد بتعرضه لعقوبة الإعدام أو التعذيب أو المعاملة أو العقوبة غير الإنسانية المهينة " .<sup>2</sup>

كما تناول في المادة الحادية والعشرين منه حظر التمييز على جميع المستويات ، و أكد على حظر التمييز على أساس الجنسية . أما فيما يخص حقوق الطفل المهاجر غير شرعي فإنه قد أشار إليها ضمن حقوق الطفل بشكل عام ، فمثلا قد نصت المادة الرابعة و العشرين منه على " 1. أن يكون للأطفال الحق في الحماية والرعاية كما تتطلب مصلحتهم ، و يجوز لهم أن يعبروا عن وجهات نظرهم بحرية و تؤخذ وجهات النظر تلك في الاعتبار بشأن المسائل التي تخصهم وفقا لأعمارهم و نضجهم 2. في كافة الأفعال التي تتعلق بالأطفال ، سواء اتخذتها السلطات العامة أو المؤسسات الخاصة ، يجب أن تؤخذ مصالح الطفل في الاعتبار الأول ، و يكون لكل طفل الحق في الحفاظ على علاقة شخصية و اتصال مباشر مع والديه على نحو منتظم ما لم يكن ذلك يخالف مصلحته " .

كما حظر الميثاق عمالة الأطفال و تشغيلهم تحت أي ظرف ، بما في ذلك ظروف التشرد و الهجرة ، و ضرورة التقيّد بالسن المحددة للتشغيل و عدم استغلالهم في أي وضع كانوا ، و تناول في المادة الخامسة والأربعين منه حرية الحركة و الإقامة لمواطني الاتحاد في أقاليم الدول الأعضاء ، أما في حالة الأجانب فإنه قد قيد ذلك الحق بضرورة الوجود القانوني في إقليم أي دولة عضو في الاتحاد.

**و ترى الباحثة أن جملة النصوص السابقة هي حماية عامة لحقوق الإنسان ، و أن الطفل تشمله كل بنود الحماية العامة بصفته إنسانا و بصفته من فئة مستضعفة أولى بالحماية من البالغين ، و مراعاة ظرف الهجرة غير الشرعية في حالته هو ظرف مخفف جالبا للمصالح الفضلى دافعا للعقوبة ، و هو في جميع حالاته ضحية بسبب نقص الإدراك لديه.**<sup>3</sup>

<sup>1</sup> وائل علام ، الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان ، دار النهضة العربية ، سنة 1999 ، ص 111 .

<sup>2</sup> . أيمن أديب سلامة الهلوسة ، مرجع سابق ، ص 387 .

<sup>3</sup> . بسيوني محمد شريف ، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان ، المجلد الثاني ، دار الشروق ، القاهرة ، 2003 ، ص 220 .



و من الاتفاقيات المهمة ايضا معاهدة دبلن لسنة 2003 ، ذلك أن السبب الأساسي لإبرامها هو ما يجعلها وثيقة الصلة بحقوق المهاجرين غير بطريقة شرعية ، حيث أبرمت بين دول الاتحاد الأوروبي لتحديد المعايير و التدابير الواجب اتخاذها لبيان صلاحية هذه الدول للنظر في طلبات اللجوء المقدمة على أراضي الدول الأعضاء ، و لا يخفى علاقة الهجرة باللجوء ، فالطلبات التي ترفض كلاجئين يتحول أغلبها إلى مهاجرين غير شرعيين بغض النظر عن السن .

و قد تناولت الاتفاقية دراسة طلبات القاصرين غير المصحوبين بوالديهم ، و كان وجودهم لتقديم طلبات اللجوء بإحالتهم إلى الدولة التي يوجد فيها أحد أفراد أسرهم ، و تكون هي المسؤولة عن البت في طلباتهم ، و لعل حالة الوجود غير القانوني أكثر حاجة للاهتمام و البحث عن مصلحة القاصر في ظل عدم وجود ولي أمر له في دولة العبور أو المهرجر ، و إشارة النص على ضرورة البت في طلبه من الدولة التي توجد بها أسرته هو دليل على مراعاة المصالح الفضلى للطفل في جميع الأحوال سواء كان لجوءاً أم هجرة قانونية أم هجرة غير قانونية.<sup>1</sup>

وفي الإطار الأمريكي تناولت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لسنة 1996 في بعض أحكامها ما يخص حقوق الطفل، حيث جاء في الفقرة الرابعة و الخامسة من المادة الرابعة استثناء مرتكبي الجرائم دون الثانية عشرة من تطبيق أحكام الإعدام ، بينما نصت في المادة 5/5 منها على ضرورة عزل القاصرين خلال خضوعهم لإجراءات جزائية عن البالغين و أكدت على الإسراع في محاكمتهم أمام محاكم خاصة.<sup>2</sup>

و أكدت في المادة 20 منها على حق الجنسية ، و ضرورة أن يكون لكل شخص على أراضيها جنسية ، و لا يخفى أهمية هذا النص بالنسبة للأطفال المهاجرين بصورة غير شرعية الذين يولدون في دول العبور أو دول المهرجر ، و ما تثيره رابطة الجنسية في شأنهم من إشكاليات لا تدخل في نطاق البحث.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> . معاهدة دبلن 2003 ، مقالات ، الجمعية الكردية للدفاع عن حقوق الإنسان في النمسا ، 2014/11/11 على الرابط التالي :

— [WWW.gilgamish.org](http://WWW.gilgamish.org)

<sup>2</sup> . المادة 5/5 من المعاهدة على الرابط : [www.gilgamish.org](http://www.gilgamish.org)

<sup>3</sup> . تناولت الاتفاقية عدة جوانب لحقوق الطفل في أكثر من مادة منها مثلا المادة 4/12 في شأن الأوصياء على الأطفال و في المادة 13 حول حرية الرأي و الفكر كما تناولت المادة 4/17 و المادة 19 تدابير حماية الطفل الخاصة بالحياة الأسرية و أوضاع الأولاد الشرعيين و غير الشرعيين ، و كذلك المادة 18 التي أكدت على الحق في الاسم و كيفية ضمان هذا الحق .



و من الأحكام التي تتقاطع مع أوضاع المهاجرين بصورة غير شرعية بشكل أو آخر ما جاء في المادة 2/22 منها بشأن حرية التنقل و الإقامة و في الفقرة الثالثة من المادة نفسها تناولت اعتبارات الأمن القومي بالنص على ضرورة تقييد هذا الحق مراعاة للأمن القومي أو السلامة العامة أو النظام العام أو الأخلاق العامة أو الصحة العامة أو حقوق الآخرين أو حرياتهم. ومن النصوص ذات العلاقة بموضوعنا المادة الثامنة التي أشارت إلى حالة الطرد بالنسبة للأجنبي من ناحية عدم إعادته إلى بلده أو إلى أي بلد إذا كان ذلك سيعرض حياته أو حريته الشخصية للانتهاك لأي سبب كان ، و بذلك تكون قد أكدت على مبدأ عدم الإعادة إلى دولة الاضطهاد الذي يعدّ أحد أركان قانون اللجوء ، و الذي يتقاطع مع تنظيم أوضاع المهاجرين غير الشرعيين في بعض الجوانب و منعت عمليات الطرد الجماعي للأجانب دون تحديد أوضاعهم القانونية أو أسباب الطرد بالقول القاطع أو بمنع طرد الأجانب جماعيا .<sup>1</sup>

**تري الباحثة:** أن ما تناولته الاتفاقية بشأن حقوق الطفل عامة هي حقوق يفترض سريانها على الطفل في جميع الظروف ، حيث هي من الحقوق الأساسية للإنسان ، فما بالك والطفل في وضع هش ، فهو أحوج ما يكون إلى الحماية القانونية و المساعدة الإنسانية. كما أن مجمل النصوص الواردة في الاتفاقية يدخل الطفل في وضع المهاجر غير الشرعي في إطار حمايتها ، غير أن النصوص ذات العلاقة المذكورة آنفا سواء بالنسبة لحماية الطفولة أو ما يتعلق منها بشؤون الأجانب، تلامس بلا شك حقوق الطفل المهاجر و تشكل مخالفتها من قبل الدول الأطراف في الاتفاقية المعنية انتهاكا لحقوق الطفل والإنسان عامة .

و على الصعيد الإفريقي يعدّ الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب من أهم الوثائق الإقليمية التي اهتمت بحقوق الإنسان وحرياته ، حيث اشتمل إلى جانب الحقوق المدنية و السياسية على الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و كذلك الجيل الثالث من الحقوق مثل الحق في تقرير المصير و التطور الاجتماعي و الثقافي و الحق في السلام و الأمن .

أما بالنسبة للطفل فإن الميثاق قد أشار في المادة 18 منه إلى حماية الطفل في نطاق حماية الأسرة و في المادة 12 على حق التنقل و اختيار مكان الإقامة داخل دولة ما شريطة الالتزام بالقانون ، و في الفقرة الرابعة منها على أنه " لا يجوز الطرد الجماعي للأجانب ، و الطرد الجماعي هو الذي يستهدف مجموعات عرقية و دينية " .<sup>2</sup>

<sup>1</sup> . نص المادة الثامنة و التاسعة من الاتفاقية .

<sup>2</sup> . نص الميثاق في : علي سليمان فضل الله ، ماهية الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب ، المجلد الثاني ، دراسات حول الوثائق العالمية و الإقليمية ، إعداد: محمد شريف بسيوني ، محمد سعيد الدقاق ، عبد العظيم وزير ، دار العلم للملايين ، الطبعة الأولى ، 1989.

نشير هنا أن الميثاق قد تناول الحق في اللجوء في المادة 22 منه و أكد على مبدأ عدم التمييز ، الأمر الذي يستفيد منه المهاجر غير الشرعي عموما .

وترى الباحثة أن النص في المادة 12 على حق حرية التنقل و ربطه بالالتزام بالقانون يؤكد تجريم فعل الهجرة بالمخالفة للقانون ، و من ثم أضفت صفة المذنب على كل مرتكب للفعل من ناحية عبوره للحدود و دخوله إقليم دولة أخرى دون وثائق قانونية ، أما النص في الفقرة الرابعة من المادة نفسها على منع الطرد الجماعي للأجانب ، فإنه إلى حد ما قد يستفيد منه المهاجر غير الشرعي بصرف النظر عن السن ، بالطبع في حال قيام السلطات في دولة العبور أو المهجر بطردهم ، أضف إلى ذلك أن المهاجر غير الشرعي بغض النظر عن سنه يستفيد و لا شك من نصوص حماية اللاجئين بما في ذلك التأكيد على مبدأ عدم التمييز الذي جاء في نص المادة 22 . و على الصعيد العربي عموماً خص الميثاق العربي لحقوق الإنسان لسنة 1994 الطفل بعدة مواد منه ، و مثال ذلك المادة 12 منه التي جاء النص فيها واضحاً بعدم جواز تنفيذ حكم الإعدام فيمن يقل عمره عن ثماني عشرة سنة ، و أكد على الحق في التعليم ، و كذلك الاهتمام بالأسرة و ضرورة الحفاظ على وحدتها و تمتعها بالحماية ، و أن تكفل الدول للأسرة و الأمومة و الطفولة و الشيخوخة رعاية متميزة و حماية خاصة .<sup>1</sup>

كما تناول الميثاق حالة اللجوء عموماً و لم يخصص بنوداً للطفل و شدد على حظر الرق و الاتجار بالبشر و استغلال الأطفال في حالات السلم و الحرب ، كما تناول وضع الأطفال الجانحين و ضرورة كفالة عدم تعرضهم للأخطار و حقهم في نظام قضائي خاص ، و كذلك على الحق في التنقل و منع الإبعاد الجماعي ، و الحق في الجنسية بأن طالب الدول الأطراف أن تتخذ الإجراءات المناسبة من أجل تمكين الأطفال من اكتساب جنسية الأم و مراعاة مصلحة الطفل الفضلى في جميع الأحوال.<sup>2</sup>

**و خلاصة القول** تصل بنا إلى أن كافة النصوص التي تناولت الحقوق اللصيقة بالإنسان تمس بلا شك الطفل المهاجر بصورة غير شرعية ، وخاصة تلك التي تتعلق بالحماية من الإبعاد و الطرد الجماعي و حماية اللاجئين و الحق في التنقل و الحق في الحماية من الرق والاتجار بالبشر الذي يكون ضحيته غالباً من المهاجرين غير الشرعيين ، حيث يستغلهم مروجي هذا النوع من الإجرام بسبب وضعهم غير القانوني و خشيتهم من السلطات في أي دولة كانوا ، أي أن نصوص الحماية العامة قد كفلت حماية الإنسان عامة و الطفل بوجه خاص بوصفه إنساناً في أي ظرف كان ، سواء في وضعه الطبيعي داخل دولته أو كان مهاجراً أو نازحاً أو لاجئاً .. الخ ، لكن المشكلة في رأينا تكمن في التنفيذ و آلياته و ليس في المعايير.

<sup>1</sup> . المواد 15 ، 24 ، 33 من الميثاق .

<sup>2</sup> . المواد 10 ، 17 ، 26 ، 29 ، من الميثاق على الرابط : [www.hrlibrary.umn.edu](http://www.hrlibrary.umn.edu)

## المبحث الثاني

### قواعد الحماية الدولية الخاصة للطفل المهاجر بصورة غير شرعية

تحتاج حالة الأطفال المهاجرين بصورة غير شرعية إلى البحث في الاهتمام الدولي الخاص بتوفير الحماية القانونية والمساعدة الإنسانية التي هم في أمس الحاجة إليها بصفتهم أطفالاً ، و نظراً لخصوصية ظروفهم المتمثل في الهجرة غير الشرعية. سنحاول في الجزئية اللاحقة دراسة الاهتمام الحقوقي بالحالة محل البحث من خلال التشريعات الدولية الخاصة بالمهجرة و الطفل تحديداً ، و مدى فاعليتها في توفير الحماية و الرعاية له من خلال التقسيم التالي :

المطلب الأول : المواثيق الدولية الخاصة بحماية الطفل .

المطلب الثاني : المواثيق الدولية الخاصة بحماية المهاجرين .

### المطلب الأول

#### المواثيق الدولية الخاصة بحماية الطفل

أولاً . الوثائق العالمية .

**1. الإعلانات :** على غير المعتاد جاء الاهتمام الدولي بحقوق الطفل في المرتبة الأولى قبل حقوق الإنسان عامة ، فقد كانت البداية سنة 1924 الذي يعد الخطوة الدولية الأولى في مجال الاهتمام بالطفولة ، الذي تضمن في مبادئه الأساسية مفاهيم عميقة تحث الجميع رجالاً و نساءً في جميع الدول على الاعتراف بأنه يجب على الإنسانية أن تقدم للطفل خير ما عندها ، حيث افتتح مقدمته بضرورة التزام البشر بحماية الأطفال بصرف النظر عن كل الظروف و الاعتبارات .

**تري الباحثة أنه رغم ما يؤخذ على الإعلان من قصور و نقص فإنه يعدّ خطوة غير مسبقة في مجال حماية حقوق الطفل ، حيث ركز على مفاهيم كانت غائبة رغم أهميتها ، كحالة الطفل المتشرد ، و الطفل في أوقات الكوارث و الأزمات ، و شدد على ضرورة توفير الحماية و الرعاية بسرعة لمثل تلك الحالات ، و لعل التساؤل المنطقي هنا هو : ألا يقع الطفل المهاجر غير الشرعي ضمن هذه الحالات ولو بشكل غير مباشر ، و إلا فما الذي يجعل الطفل يعبر حدود دولته غير الكوارث و الأزمات و حالة التشرد.<sup>1</sup>**

تلا هذا الإعلان في سنة 1959 إعلان حقوق الطفل الذي تناولت ديباجته حقوق الإنسان و حرياته مؤكدة على حاجة الطفل إلى حماية و رعاية خاصتين بسبب عدم اكتمال نموه البدني و العقلي ، و ضرورة أن تعطي الإنسانية للطفل أفضل ما لديها و دعا كل الجهات المعنية إلى الاعتراف بهذه الحقوق

<sup>1</sup> . النص الكامل للإعلان في "حقوق الطفل" الوثائق الإقليمية و الدولية الأساسية ، إعداد و تقديم د. هيثم مناعي ، اللجنة العربية لحقوق الإنسان ، مركز الراهبة للتنمية الفكرية ، المؤسسة العربية الأوروبية للنشر "باريس" ، ط 1 / الأولى ، 2005 .

و السعي لضمان تنفيذها عن طريق تدابير تشريعية و غير تشريعية يتم اتخاذها تدريجيا وفقا لمبادئ هذا الإعلان.<sup>1</sup>

و لعل أهم ما جاء فيه مما يتعلق بالحالة محل البحث ما تناولته المبادئ العشرة للإعلان التي طالبت بحقوق الطفل في الظروف الاستثنائية و توفير الحماية الخاصة ، وقبل ذلك حقوقه الطبيعية كإنسان ، ابتداء من الحق في الحياة و الاسم و الجنسية ، حيث تثار هذه الحالة كثيرا بالنسبة للأطفال المهاجرين بصورة غير شرعية ، الذين يولدون في أوضاع كارثية من أمهات مهاجرات بصورة غير شرعية ، الأمر الذي يجعلهم عرضة للبقاء دون تسجيل و من ثم دون جنسية.<sup>2</sup>

كما أكد الإعلان على ضرورة أن يكون الطفل في كل الظروف بين أوائل المتمتعين بالحماية من القسوة والاستغلال الذي يتعرضون له في دول العبور أو دولة المهجر.<sup>3</sup>

و في سنة 1990 صدر الإعلان العالمي لبقاء الطفل وحمايته و نمائه ، الذي أكد المجتمعون فيه على رغبتهم و عزمهم الأكيد في العمل من أجل وضع حد لوفيات الأطفال ، و ضرورة التصدي للتحديات التي تواجه الطفولة ويعانيها ملايين الأطفال في العالم مما يعوق نشأتهم و نموهم الطبيعي ، وخاصة في الحالات الخاصة كالهجرة و النزوح والتشرد عموما ، مما يجعلهم معرضين للإهمال والقسوة و الاستغلال.<sup>4</sup>

حيث أكد في المادة العشرين منه الفقرة "ز" على ضرورة العمل على تخفيف محنة ملايين الأطفال الذين يعيشون في ظروف صعبة للغاية ، مثل ضحايا نظام الفصل العنصري و الاحتلال الأجنبي و اليتامى و أطفال الشوارع و أبناء العمال المهاجرين و الأطفال المشردين و ضحايا الكوارث .. الخ ، و في الفقرة "ي" من المادة نفسها طالب الدول بالتركيز على محاربة الفقر بصفته أحد أسباب الهجرة غير الشرعية في الدول النامية ، حيث هشاشة وضع الأطفال و احتياجاتهم الخاصة ، الأمر الذي يجعلها على رأس الأولويات من أجل تحقيق الأهداف سالفة الذكر فإن المجتمعون في القمة ذاتها قد وضعوا خطة عمل لتنفيذ مبادئ الإعلان و أهدافه، ظهرت نتائجها من خلال ما قامت به الجمعية العامة من رصد

<sup>1</sup>. إبراهيم العناني ، الحماية القانونية للطفل على المستوى الأوروبي ، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، العدد الأول ، السنة التاسعة و الثلاثون ، 1997.

<sup>2</sup>. منتصر سعيد حمودة ، حماية حقوق الطفل بين القانون الدولي العام و الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، 2010 ، ص 46 .

<sup>3</sup>. سلامة عبدالنواب عبدالحليم ، حماية الطفولة ، دراسة مقارنة في معايير العمل الدولية و العربية و قانون العمل ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ب . ت .

<sup>4</sup>. مؤيد سعد حمدون المولى ، المسؤولية الدولية عن انتهاك حقوق الطفل في ظل الاحتلال الحربي ، دار الكتب الوطنية ، مصر ، ب . ت .

للتقدم الحاصل في 30 سبتمبر 1996 ، حيث ظهر جليا أن الإعلان و الخطة قد شكلا معا حافزا رئيسا لتحسين أوضاع الأطفال في العالم .<sup>1</sup> بقراءة متفحصة لبنود هذا الإعلان نرى بلا شك اتجاه العمل الاتفاقي إلى إعطاء الظروف الاستثنائية و الخاصة للطفل اهتماما بدا واضحا ، حيث دخل ظرف هجرة الأطفال أعمال اللقاءات الدولية لما أصبح يثيره من قلق على المستوى الإقليمي و العالمي ، و لا يفوتنا هنا الإشارة إلى إعلان جدير بالأطفال الذي تم الاتفاق عليه سنة 2002 الذي شددت فيه الأطراف على ضرورة ضمان مستقبل أفضل للأطفال و السعي نحو تحقيق إنجازات أكثر عالمية لإنقاذ ملايين الأطفال من الفقر و الجوع و الاستغلال و الحرمان و اعتبارهم ضحايا في كل الظروف كالفقر و التهجير و الحروب .<sup>2</sup>

ورغم أن الإعلان و خطة العمل التابعة له ليسا معايير دولية اتفاقية ، فإنهما لقيتا قبولا و احتراماً على نطاق واسع ، وشكلا معا خطوة مهمة في نطاق حماية الأطفال في الأوضاع الخاصة و منها الهجرة غير الشرعية .

. **تقييم الإعلانات المتعلقة بحقوق الطفل** : الراجح فقها و قضاء و ما جرى عليه العمل الدولي ، أن الإعلانات تظل خالية من الآثار القانونية الملزمة ، فهي مجرد توصيات لا تلزم الدول بأحكامها قانونا ، فالدول الأطراف لا تعد مسؤولة مسؤولية دولية في حالة عدم الاستجابة لما جاء فيها في حالة خرقها أو انتهاكها ، و إن كانت لا تخلو من قيمة معنوية لكونها تتعلق بحقوق الإنسان و حقوق فئة الأطفال على وجه التحديد .

## 2 : الاتفاقيات

. **اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل سنة 1989.Crc** .<sup>3</sup> : اعترفت الاتفاقية في ديباجتها بأن هناك أطفالا يعيشون ظروفًا صعبة للغاية تحتاج إلى رعاية خاصة ، و أكدت على أهمية مراعاة تقاليد كل شعب و قيمه الثقافية لحماية الطفل من ترعرعه في ظروف سيئة ، و تنطبق احكام هذه الاتفاقية على الطفل الذي تم تعريفه في المادة الأولى منها ، ومن ثم فهي تنطبق على جميع الأطفال دون تمييز لأي سبب كان، و تشمل الحماية المنصوص عليها فيها جميع الجوانب المتعلقة بحقوق الطفل ، حيث لا يكاد يوجد جانب واحد مس حياة الطفل إلا و تطرقت إليه ، و على رأسها الأطفال في الأوضاع الصعبة ،

<sup>1</sup> . مخلد الطراونة ، حقوق الطفل " دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون الدولي و الشريعة الإسلامية و التشريعات الأردنية ، مجلة الحقوق ، العدد الثاني ، السنة السابعة و العشرون ، 2003 ، جامعة الكويت ، ص 276 ، 277 .

<sup>2</sup> . فاطمة شحاتة أحمد زيدان ، مرجع سابق ، ص 40 .

. نشير هنا إلى أن الدول الأطراف قد شجعت على وضع خطط عمل على المستوى القومي تحت مسمى "الأطفال الموجودون في ظروف صعبة للغاية " من أجل وضع أهداف الإعلان موضع التنفيذ

<sup>3</sup> . نص الاتفاقية في الوثيقة : UN.DOC.A144/44/1 \_

كالمعاقين و المشردين و المهاجرين واللاجئين و الجائحين ، و تضمنت نصوصا خاصة بحماية الأطفال من جميع صور الاستغلال<sup>1</sup>.

و فيما يخص الطفل المهاجر شرعيا أو بطريقة غير شرعية فإنها قد تناولت في المادة العاشرة منها ضرورة النظر في الطلبات التي يقدمها الطفل أو والداه لدخول دولة طرف أو مغادرتها بقصد جمع شمل الأسرة بطريقة إيجابية و إنسانية و سريعة ، و أن تتكفل الدول بالألا يترتب على تقديم هذا الطلب أي آثار ضارة على مقدم الطلب و أفراد أسرته ، و خصت بالذكر في الفقرة الثانية من المادة نفسها حالة الطفل الذي يقيم مع والديه في دولتين مختلفتين ، بضرورة الاحتفاظ بعلاقات منتظمة معهم ، و احترام حق الطفل و والديه في مغادرة أي بلد إلا في حالة تعارض ذلك مع ضرورات الأمن الوطني ، و شددت في المادة الحادية عشر منها على ضرورة اتخاذ الدول الأطراف تدابير لمكافحة نقل الأطفال إلى الخارج و عدم عودتهم بصورة غير مشروعة ، و تشجيع الدول الأطراف على عقد اتفاقات ثنائية أو متعددة الأطراف لتحقيق ذلك ، و عاجلت في المادة العشرين منها حالة الطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئته العائلية أو الذي لا يسمح له حفاظا على مصالحه الفضلى بالبقاء في تلك البيئة بالحق في حماية ومساعدة خاصة ، و توفير رعاية بديلة و اقترحت الفقرة الثالثة منها عدة صور للرعاية التي تحقق المصالح الفضلى للطفل. و في المادة الثانية والعشرين منها تناولت حالة لجوء الأطفال ، و هو المركز الذي يقترب من مركز المهاجر غير الشرعي ، وإن كان يختلف عنه في بعض الجوانب ، لعل أهمها هو شرعية اللجوء و عدم شرعية الهجرة بصورة غير قانونية ، و من الحالات التي تمسّ حقوق الطفل المهاجر بصورة غير شرعية ما جاء في نص المادة 37 منها ، و هي حالة الطفل المحروم من حريته لأي سبب كان ، و الهجرة غير الشرعية أحد أهم حالات ترك الوطن ، كحظر التعذيب و المعاملة القاسية للأطفال المسجونين و ضرورة مراعاة حقوق الإنسان عند احتجازه أو سجنه ، و أن يعامل بإنسانية و احترام للكرامة و حقه في الحصول على المساعدة القانونية. ومن المواد شديدة العلاقة بحالة الأطفال المهاجرين بصورة غير شرعية ، المادة 41 من الاتفاقية ، حيث أحالت إلى أي أحكام تكون أسرع إفضاء إلى أعمال حقوق الطفل ، يستوي في ذلك أن تكون قانون دولة طرف أو القانون الدولي الساري على تلك الدولة أو تقييم نظام حماية الاتفاقية .

وترى الباحثة أن الخلاصة من كل تلك النصوص سالف الذكر هو أن الاتفاقية قد غطت كل جوانب الحماية اللازمة للطفل ، و إن لم تذكر على وجه التخصيص حالة الطفل المهاجر بصورة غير شرعية ، غير أنها أحالت في ذلك إلى قانون المصالح الفضلى ، مما يعد قصورا في أحكام الاتفاقية

<sup>1</sup>. نص الاتفاقية في الوثيقة : \_UN.DOC.A144/44/1

لا اعتبارات عدة ، أهمها خصوصية حالة الطفل المهاجر بصورة غير شرعية الذي يعدّ وضعه أشد خطورة من أي وضع يقترب منه كالطفل اللاجئ مثلا ، من ناحية عدم وجود غطاء قانوني خاص يحميه و كذلك قيام حالة تعرضه للتجريم ، و تقييد الحرية و المعاملة المهينة و اللاإنسانية نتيجة وضعه غير القانوني ، و من ثم انتهاك حقوقه بحجة القانون في دول العبور أو دول المهجر ، فأبناء المهاجرين غير الشرعيين مثلا الذين يولدون في تلك الدول يتعرضون للحرمان من التسجيل و لا يحصلون على الجنسية أو الاسم ، رغم أن هذا الحق هو من الحقوق الأساسية للإنسان ، و مستمد من اتفاقية حقوق الطفل ، مما يفرض ضرورة الالتزام القانوني بتسجيل الطفل فوراً بعد ولادته ، و إن هذا الحق يتصل بوجه خاص بحقه في التعليم الابتدائي و الثانوي <sup>1</sup>.

أضف إلى ذلك أن القيود المفروضة من قبل دولة العبور و المهجر تحول دون وصول الأطفال المهاجرين إلى حقهم الدولي في التعليم ، مما يجعل تلك القيود بمثابة انتهاك صارخ لحقوق الإنسان الأمر الذي يدفع بهم إلى العمل و على وجه التحديد العمل في الاقتصاد غير الرسمي لدى التجار ، و كذلك امتهان التسول و العتالة وغيرها من فرص العمل المهينة و يضعهم تحت رحمة أصحاب الأعمال رهن الاستغلال ، نتيجة لعدم كفالة اللوائح و عمليات الرصد و التتبع لحالتهم ، و يزداد الوضع سوءاً عندما يكون الأطفال المنتقلون غير مصحوبين بذويهم ، حيث يتضاعف حجم المخاطر ، كالتمييز و العنف بكافة صوره ، كما يشكل الترحيل و الإعادة إلى الوطن في بعض الحالات انتهاكا لحقوقهم ، حيث ينبغي ألا يعاد الأطفال إلى وطنهم أو إلى حدود دولة أخرى إلا عند التأكد من أن ذلك يخدم مصلحتهم الفضلى ، مثل حالة جمع شمل الأسرة مراعاة لأحكام الاتفاقية وغيرها من الأصول القانونية الأخرى ، و إعمالا لتنظيم الاتفاقية لحالات تقييد الحرية التي يتعرض لها الأطفال المهاجرون بصورة غير شرعية أثناء فترات الاحتجاز الذي يسبق ترحيلهم الذي يعدّ مخالفا للقانون وهو تعسف في استخدامه بالمخالفة لكل بنود الحماية العامة و الخاصة بالأطفال عموما .

و من هنا ترى الباحثة أن العمل بمقتضى التنظيم القانوني لحماية الأطفال يوفر لهم إلى حد ما نطاق حماية ضد الانتهاكات العامة لحقوق الإنسان قد لا ترقى إلى مرتبة المنع و الحظر من قبل جهات الاختصاص في دول العبور و المهجر التي أصبحت تمارس أعمالها دون الأخذ في الاعتبار خصوصية حالة الأطفال أمام فراغ تشريعي خاص في الاتفاقية ينظم الوضع القانوني للأطفال المهاجرين بصورة غير شرعية .

<sup>1</sup>. قوسم فضيلة ، الوضع القانوني للمهاجرين غير شرعيين في الدولة المستقبلية، مرجع سابق ، ص 57 .



## - البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال و استغلال الأطفال في البغاء و المواد الإباحية لسنة 2000.<sup>1</sup>

تناول البروتوكول بشيء من التفصيل ما قد يتعرض له الأطفال من الاتجار الواسع النطاق و المنتشر في أوقات الظروف الصعبة التي يوجد فيها الأطفال و استخدام صيغة المنع و الحظر في نصوصه كافة لفداحة الجرم و خطورته ، و قد حدد أغراضه في بيع الأطفال من جانب شخص أو مجموعة أشخاص لقاء مكافأة مالية أو أي مقابل آخر ، أو أي سلوك خادش للحياء مع الأطفال، حيث أشارت المادة الرابعة منه إلى ضرورة اتخاذ الدول تدابير عاجلة لمكافحة الجرائم الواردة في الفقرة (1) من المادة الثالثة عند ارتكابها في إقليمها أو على متن سفينة أو طائرة مسجلة في تلك الدولة ، كما أشارت المادة الثامنة إلى ضرورة قيام الدول باتخاذ التدابير المناسبة لحماية حقوق و مصالح الأطفال ضحايا الممارسات المخظورة ، إلى جانب جملة من التفاصيل التي تهدف إلى صيانة حقوق هذه الفئة .

و في المادة التاسعة الفقرة (1) منها أشارت إلى اهتمام خاص بحماية الأطفال الذين هم عرضة بوجه خاص لهذه الممارسات ، و لعننا لا نجانب الصواب إذا عددنا الأطفال المهاجرين بصورة غير شرعية ضمن هذه الفئة.

وأشار في المادة 10 منه إلى تشجيع التصدي إلى الأسباب الجذرية لهذه الجرائم و تعزيز التعاون الدولي لمكافحةها ، و يشدد في المادة 12 منه على الدول بضرورة تقديم التقارير بالخصوص ، الأمر الذي يجعلها آلية للرقابة على مدى الالتزام بنصوص البروتوكول و تعزيزها ، و لا يخفى أن الطفل المهاجر بصورة غير شرعية يتعرض لمثل هذه الجرائم و الاستغلال بشتى صوره ، سواء في دولته الأصل أم في دول العبور أو المهجر ، و لكن هل تصل الصورة واضحة إلى لجنة حقوق الطفل من خلال تقارير الدول .

### - تقييم بنود الحماية الواردة في البروتوكول :

. يغطي البروتوكول جميع صور الاستغلال التي يتعرض لها الأطفال دون الثامنة عشر، و يجرم مرتكبيها ، و يطالب الدول بتقديم تقاريرها بالخصوص ، و لكن تظل حماية غير مباشرة للطفل المهاجر بصورة غير شرعية ، و أن كان البروتوكول قد ذكر في أكثر من مادة عبارة الأوضاع الصعبة و الظروف الخاصة ، و لعننا لا نبالغ إذا قلنا أن الهجرة غير الشرعية أرضية خصبة لمثل هذه الانتهاكات التي تطال هذه الفئة الضعيفة ، و مما يؤخذ على هذا البروتوكول عدم تناوله لحالة الأطفال في الأوضاع المشقة كالهجرة غير القانونية و اللجوء و التشرد ، وبصفة عامة الأوضاع التي تجعلهم صيدا سهلا للعصابات الإجرامية .

<sup>1</sup> . اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها رقم 263 في دورتها الرابعة و الخمسون بتاريخ 2000/5/25 و دخل حيز النفاذ في 2002/1/18 .



## ثانيا : الوثائق الإقليمية لحماية الطفل .

من أهم الوثائق التي تناولت حماية حقوق الطفل في النطاق الأوروبي ، الاتفاقية الأوروبية بشأن ممارسة حقوق الطفل لسنة 1996 ، حيث جاءت هذه الاتفاقية داعية إلى وضع صك قانوني لاستكمال اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لسنة 1989 ، و قد سبق أن أشرنا في موضع سابق إلى أنها ألزمت الدول الأطراف فيها باتخاذ جميع التدابير التشريعية و الإدارية اللازمة لوضع أحكامها موضع التنفيذ<sup>1</sup>.

مما يجعلها تتميز بأنها ركزت على الممارسة الإجرائية الفعلية لحقوق الطفل عامة وعلى وجه التحديد أمام القضاء و الجهات الإدارية ، فهي تهدف إلى تشجيع حقوق الطفل و منح الأطفال الذين لم يصلوا إلى سن الثامنة عشرة حقوقا إجرائية ، و إلزام الدول الأطراف بتحقيق المصالح المثلى للأطفال و السماح لهم بالمشاركة في المسائل التي تؤثر عليهم قبل اللجوء إلى القضاء<sup>2</sup>.

و على الصعيد الإفريقي دعا الميثاق الإفريقي لحقوق و رفاهية الطفل لسنة 1990 إلى ضرورة استعراض القواعد و الأحكام القانونية المتعلقة بحقوق الطفل و التركيز على الجوانب الأساسية في حياة الطفل و نموه و بقاءه كالصحة و التغذية والتعليم ، وإعطاء أهمية و أولوية للأطفال ممن هم في ظروف صعبة ، و بلا شك يعدّ المهاجرين بصورة غير شرعية من أهم تلك الفئات نتيجة هشاشة وضعهم القانوني في دول العبور و المهجر ، كما دعا إلى ضرورة اتخاذ التدابير الناجعة والسريعة بشأن الأطفال اللاجئين و المشردين عموما ، كحمايتهم من الفصل و التمييز العنصري و الاستغلال الجنسي و الرق و تهريب و اختطاف الأطفال<sup>3</sup>.

و حيث إن مشكلة الهجرة غير القانونية و تدفقات الأطفال المهاجرين بصورة غير شرعية في الغالب من دول إفريقيا، إذ يولدون في الطريق ، إما في دول العبور أو المهجر و يقعون غالبا تحت الممارسات القانونية للسلطات الأمنية في تلك الدول حيث يحرمون من الجنسية<sup>4</sup>. كما تناول حالة

<sup>1</sup>. النص الكامل للاتفاقية في : شريف بسيوني ، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان ، المجلد الثاني ، مرجع سابق ، ص 213 .

. نص المادة الرابعة من اتفاقية الأمم المتحدة 1989 في الوثيقة : UN.DOC.A144/44/1\_

<sup>2</sup>. نجوان السيد الجوهري ، مرجع سابق ، ص 251 .

<sup>3</sup>. نص الميثاق في وثيقة منظمة الوحدة الإفريقية CAB/LEG/153/Rev.2 July 1990

. يمكن الرجوع إلى : . السيد عوض عثمان ، حماية الضحايا و حرب عرقية ضارية ، مجلة الإنساني ، العدد 31 ، منشورات الصليب الأحمر ربيع 2005 ، ص 32 .

<sup>4</sup>. تناولت المادة 60 من الميثاق الحق في الجنسية بالتأكيد على اكتساب الطفل جنسية الدولة التي ولد على إقليمها إذا لم تمنح له جنسية أي دولة أخرى مما يجعل الطفل المهاجر بصورة غير شرعية مستفيدا من نطاق الحماية هناك .

الأطفال اللاجئين داعيا الدول الأطراف إلى اتخاذ كل الإجراءات المناسبة لضمان أن الطفل الذي يطلب وضع لاجئ أو الذي يعدّ لاجئاً وفقاً للقانون الدولي أو المحلي واجب التطبيق سواء كان يصاحبه أو لا يصاحبه والديه ، و تضمنت المادة نفسها ضرورة منح الحماية للطفل المحروم بصفة دائمة أو مؤقتة من الحماية الأسرية لأي سبب ، الأمر الذي يجعل الطفل المهاجر غير الشرعي مشمولاً بهذه المادة ، حيث جاء النص بأن تطبق أحكام هذه المادة مع مايلزم من تعديل على كافة الأطفال في وضع التشرّد.<sup>1</sup>

**وترى الباحثة** أن هذا الميثاق قد جاء حالياً من نصوص خاصة بهجرة الأطفال المهاجرين بصورة غير شرعية ، رغم أن المشكلة لها أصول إفريقية ، مما يشكل نقصاً في نظام الحماية ينبغي تداركه ، و إنأحكامه قد جاءت متفقة مع اتفاقية منظمة الأمم المتحدة لحقوق الطفل 1989 ، إنلم نقل أن بعض أحكامه جاءت تكراراً لنصوص الاتفاقية المعنية ، في حين أغفل معالجة قضايا شائكة و معقدة يعج بها واقع الطفل الإفريقي ، لعل أهمها هجرة الأطفال بصورة غير شرعية .<sup>2</sup> وعلى الصعيد العربي أكد ميثاق حقوق الطفل العربي لسنة 1983 على ضرورة السعي الحثيث إلى خلق مستقبل أفضل للطفل العربي من خلال الحماية التشريعية في كل دولة ، غير أنه لم يتعرض بصورة خاصة إلى الأوضاع الصعبة للأطفال كالتشرّد والهجرة غير الشرعية ، الأمر الذي يشكل انتقاداً كبيراً لنظام الحماية.

**و من هنا ترى الباحثة** أن الميثاق - و لا شك - يعدّ خطوة إلى الأمام في مجال حماية الطفولة ، غير أنه أغفل جملة من الجوانب ولعل أبرزها تحديده سن الطفولة بخمس عشرة سنة ، حيث نزل بالسن المحدد للحصول على الحماية عن المتعارف عليه دولياً ، كما يؤخذ على صياغة مواده الطابع التوجيهي والإرشادي أكثر من الإلزام القانوني ، الأمر الذي جعله يوصف بأنه خطة عمل إرشادية أو توجيهات ، أضف إلى ذلك افتقاره إلى آلية لمراقبة التنفيذ و المتابعة .<sup>3</sup>

<sup>1</sup> . نجوان السيد الجوهري ، مرجع سابق ، ص 287 .

. أشارت المادة 30 إلى حالة أطفال الأمهات السجينات و ضرورة توفير معاملة خاصة لهن . الأمر الذي يستفيد منه أطفال الأمهات المهاجرات بصورة غير شرعية المحتجزات في دول العبور أو المهجر .

<sup>2</sup> . نشير هنا أيضاً إلى الإعلان الإفريقي حول مستقبل الطفل لسنة 2001 الذي جاء حالياً أيضاً من أي بند يخص هجرة الأطفال بصورة غير شرعية ، و إن كان الأطراف قد جددوا تأكيدهم على السعي نحو تحقيق وضع أفضل بوضع خطة عمل واضحة وواقعية تتضمن خطوات قابلة للتنفيذ و جداول زمنية واضحة و إقامة شراكة حقيقية للعمل المشترك بين الحكومات الأفريقية و المجتمع المدني و الشباب و الأطفال و الأسر و المجتمعات المحلية و المجتمع الدولي من أجل تنفيذ و مراقبة هذه التعهدات .

. خطة العمل ، البند الأول في الإطار العام 10 p 2.2001 Rev . \_PANAF/FORUM/DOC.10

<sup>3</sup> . فاطمة شحاتة زيدان ، مرجع سابق ، ص 52 .

. نشير هنا إلى إعلان حقوق الطفل ورعايته في الإسلام لسنة 1994 الذي أشار إلى الأطفال في الأوضاع الخاصة و الاستثنائية دون إشارة مباشرة إلى الأطفال المهاجرين بصورة غير شرعية .. وكذلك الإطار العربي لحقوق الطفل لسنة 2001 ، الذي أشار إلى ضرورة تطوير الحماية القانونية و مراقبة تنفيذها و خاصة الأطفال في الظروف الصعبة .

. إعلان عمان عن استخدام الأطفال كجنود 2001 ، على الرابط [www.atfal.org](http://www.atfal.org)

و لا يفوتنا أن نشير هنا إلى خطة العمل العربية الثانية لسنة 2004 ، التي تناولت جملة من القضايا و الجوانب الخاصة بحماية حقوق الطفل في صورة مبادئ توجيهية عامة لكافة الأقطار العربية ، داعية كل الدول إلى اتخاذ تدابير و إجراءات تشريعية محلية ، بما يتناسب مع ظروفها و إمكانياتها و تشريعاتها ، و العمل على تعزيز وسائل الرقابة و أساليبها و المتابعة و التقييم لإجراءات تنفيذ الخطة و من خلال توفير أجهزة رصد ومتابعة وطنية و المشاركة في أجهزة الرصد و التقييم على المستوى العربي ، و من أهم الجوانب التي ركزت عليها الخطة إلى جانب الحقوق الأساسية للطفل ، أنها دعت إلى تأمين نظم قانونية خاصة بالأطفال الذين هم في نزاع مع القانون .<sup>1</sup>

ترى الباحثة هنا أن ماجاء في الخطة هو ما يحتاجه الطفل فعلا ، فالنصوص فيها كافية تجعل الإطار القانوني قريب إلى الاكتمال، غير أن المشكلة التي تواجه عملية محاصرتها و السيطرة عليها هي الآليات الفاعلة و التنفيذ المتقن .

## المطلب الثاني

### المواثيق الدولية الخاصة بحماية المهاجرين

يعمل المجتمع الدولي على إقرار حقوق الإنسان و ضمان احترامها من الدول كافة ، و خاصة بالنسبة للمشكلات التي تشكل قلقا دوليا ، حيث أن الهجرة غير الشرعية قد أصبحت ظاهرة عالمية تشكل تحديا حقيقيا نتيجة تداعياتها و أبعادها التي تمس الأمن الوطني للدول كافة ، و يزداد الأمر تعقيدا عندما يتعلق الأمر بهجرة الأطفال بصورة غير شرعية ، حيث تقع المسألة بين مخالفة قوانين دخول الأجانب خروجهم في القانون الداخلي للدول و النظام الدولي لحقوق الإنسان . سنتناول في الجزئية اللاحقة البحث في الوثائق الدولية للهجرة من أجل التوفيق بين الاعتبارين السابقين و تحديد إطار حماية الأطفال المهاجرين بصورة غير شرعية .

اولا : . الوثائق العالمية .

#### 1 . : الاتفاقية الدولية لحماية حقوق العمال المهاجرين و أفراد أسرهم .

اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذه الاتفاقية سنة 1990 ، و قد عاجلت هذه الاتفاقية كافة الجوانب القانونية لحقوق العمال المهاجرين و أفراد أسرهم بما فيهم الأطفال ، سواء كانت تلك الحقوق اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية أو مدنية ... الخ ، غير أن هذه الاتفاقية قد أغفلت

<sup>1</sup> . يمكن الرجوع إلى قرار مجلس الجامعة العربية رقم 278 الصادر عن قمة تونس في مايو 2004 ضمن خطة العمل العربية الثانية للطفولة ، 2004 ، 2015 ، قسم الطفولة جامعة الدول العربية .  
 . بنود الحماية في التفاصيل الكاملة للخطة ، قسم الطفولة بإدارة الأسرة و المرأة و الطفولة ، جامعة الدول العربية .

حقوق المهاجرين بصورة غير شرعية ، لعل السبب في ذلك يعود لحداثة ظاهرة الهجرة غير الشرعية في الفترة التي أبرمت فيها الاتفاقية .<sup>1</sup>

و أهم ماجاء فيها بخصوص الأطفال المهاجرين غير الشرعيين و إن كان بصورة غير مباشرة ، هو النص على احترام حقوق الإنسان رغم أنها لم تمنح حقوقا جديدة و إنما فقط تستهدف بنودها ضمان المساواة في المعاملة بين المهاجرين و الوطنيين من خلال تحديد مفهوم واسع للعامل المهاجر و تضمن له حماية متعددة الاتجاهات هو و أسرته ، فهي قد أعطت تعريفا للمهاجر في مادتها الأولى قد يستفيد منه المهاجر غير الشرعي إلى حد ما نتيجة لاتساع مضمون التعريف ، ثم قسمت حقوق العمال المهاجرين و أفراد أسرهم في القسم الثالث منها إلى ثلاث طوائف :

- حقوق كل العمال المهاجرين و أفراد أسرهم

- حقوق العمال المهاجرين و أفراد أسرهم الذين هم في وضع مشروع .

- حقوق طوائف خاصة من العمال المهاجرين و أفراد أسرهم ، و هم تحديدا عمال الحدود و العمال الموسميون و رجال البحر ....، و ميزت بين العمال المهاجرين في وضع قانوني و أولئك الذين هم في وضع غير قانوني ، و في المادة الرابعة منها جاء النص على عبارة "أعضاء الأسرة" و هي التي يدخل في نطاقها "الأشخاص الأزواج أو الزوجات و الأطفال و أي أشخاص آخرون على كاهل العامل و الذين يعترف بهم أعضاء للأسرة وفقا للتشريع المطبق و الاتفاقيات الثنائية أو متعددة الأطراف المطبقة بين الدول المعنية . أما فيما يخص الهجرة غير الشرعية عموما فإنها لم تعالجها بصورة مباشرة و واضحة ، أي أنها لم تعط العمال المهاجرين بصورة غير شرعية الاهتمام الكافي ، حيث اكتفت بالتمييز بين العامل الذي هو في وضع قانوني و غيره ممن هم في وضع غير قانوني و منحت الفئة الأخيرة الحد الأدنى من الحقوق الممنوحة للمهاجر غير الشرعي .<sup>2</sup>

- **تقييم الحماية الواردة في الاتفاقية** ، كما لاحظنا جاءت نصوص الاتفاقية عامة وفضفاضة فيما يخص الأطفال المهاجرين بصورة غير شرعية ، حيث يشكل وضعهم غير القانوني عقبة أمام سريان أحكام هذه الاتفاقية عليهم ، الأمر الذي يدعو للأسف فعلا ، أضف إلى ذلك عزوف أغلب الدول عن التصديق على هذه الاتفاقية يجعل الأمر أكثر تعقيدا ، حيث بعد القراءة القانونية و الاجتماعية لبنود الاتفاقية يتضح لنا أن الهدف الأول لهذه الاتفاقية هو محاربة استغلال المهاجرين و ما يرتكب

<sup>1</sup> . نشير هنا إلى امتناع اغلب الدول عن التصديق على هذه الاتفاقية و منهم ليبيا .

<sup>2</sup> . نشير هنا إلى أن الاتفاقية قد اقترحت آليات للمراقبة و الإلزام في نطاق حماية حقوق العامل المهاجر و أفراد أسرته ، حيث تأسست لجنة حماية حقوق كل العمال المهاجرين و أفراد عائلاتهم ، و يكمن دور هذه اللجنة المؤلفة من خبراء في فحص التقارير الوطنية التي توجهها الدول الأعضاء و المتعلقة بتطبيق المعاهدة ، حيث تقوم بإبداء الملاحظات والتعليقات للدولة المعنية ، ثم تقدم تقريرها سنويا إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة .

ضدهم من انتهاكات لهم و لأفراد أسرهم بما فيهم الأطفال سواء كانوا في وضع قانوني أو وضع غير قانوني .

## 2. اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية<sup>1</sup>.

تهدف هذه الاتفاقية إلى تعزيز التعاون الدولي لمنع الجريمة المنظمة و مكافحتها بمزيد من الفاعلية ، و حيث أن المهاجر غير الشرعي عموما يكتنف وضعه عدم القانونية أثناء وجوده خارج دولته الأصل سواء في الطريق حيث دول العبور أو عند وصوله إلى دولة المهرجر ، مما يجعله لقمة سائغة لمروجي الجريمة عبر الوطنية يستوي أن يكون بالغاً أو مراهقاً أو طفلاً . و مما لا شك فيه أن الحالة تكون أكثر حدة بالنسبة للأطفال ، حيث يتم استقطابهم من قبل تلك العصابات و استخدامهم في تنفيذ الجرائم ، أو أن يكونوا هم محلاً لها ، حيث يستغلون خوفهم و هشاشة وضعهم لتنفيذ أغراضهم، و قد جاء نطاق الاتفاقية شاملاً الجرائم ذات الطابع عبر الوطني و تكون ضالعة فيه جماعة إجرامية منظمة ، حيث عرفت بعد ذلك الجرم عبر الوطني بأنه الفعل الذي يرتكب في أكثر من دولة ، أو إذا ارتكب في دولة واحدة لكن بعض تفاصيله تمت في دولة أخرى مثل التخطيط أو الإعداد ، أو إذا ارتكب في دولة واحدة ولكن ضلعت في ارتكابه جماعة إجرامية منظمة تمارس أنشطة إجرامية في أكثر من دولة ، أو في حالة ما إذا ارتكب في دولة واحدة و لكن آثاره شديدة في دولة أخرى<sup>2</sup> . ثم عدت في المواد 5 ، 6 ، 8 أنواع تلك الجرائم<sup>3</sup>.

وترى الباحثة بعد تفحص نصوص الاتفاقية أنها جعلت المساهمة في نقل الأطفال المهاجرين بصورة غير شرعية لغرض المنفعة المالية يعد من الجرائم التي تدخل في نطاق هذه الاتفاقية ، بصفتها جرائم عابرة للحدود و مخالفة للقوانين سواء اقترنت عملية نقلهم بأي جرم آخر كاستغلالهم أو بيعهم أو استخدامهم أو ممارسة العنف ضدهم ، أو اقتصار الفعل على مجرد تسهيل نقلهم دون وثائق إلى دول أخرى . و من ثم فإن نطاق الحماية و التجريم المنصوص عليه في الاتفاقية يشمل جريمة نقل الأطفال دون الثامنة عشرة عبر الحدود الدولية دون وثائق رسمية و بشكل غير قانوني مما يعرضهم للخطر بكافة صوره .

## 3. بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر و البحر و الجو .

جاء بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر و البحر مكملاً لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة عبر الوطنية ، حيث جرم تهريب المهاجرين و عدّ الفعل جريمة عبر وطنية<sup>4</sup> . فهي ترتبط

<sup>1</sup> . اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية ، قرار الجمعية العامة رقم 55/55/25 a/res/55/55 بتاريخ 15/11/2000

<sup>2</sup> . المادة 3 من الاتفاقية في الوثيقة : A/RES/55/25

<sup>3</sup> . على الرابط : WWW.UNODC.ORG

<sup>4</sup> . محمد شعبان الدهوي ، المهجرة غير الشرعية و مخاطرها على ليبيا ، مرجع سابق ، ص 37 .

بأكثر من دولة "الدولة المصدر ودول العبور و دولة المهجر" ، و مايميز هذا البروتوكول هو تركيزه على الجانب الإنساني عند تناوله لحقوق المهاجرين غير الشرعيين ، الأمر الذي يخدم اتجاهات بحثنا فيما يتعلق بحقوق الطفل المهاجر بصورة غير شرعية ، حيث حددت المادة الخامسة منه موقف البروتوكول من المهاجرين غير الشرعيين بصفتهم ضحايا للسلوك الإجرامي الوارد في المادة السادسة من البروتوكول ، وإنهم معرضون للملاحقة الجنائية ، فقد أطلقت يد المشرع الوطني لكل دولة طرف في البروتوكول لاتخاذ ما يلزم من تدابير تشريعية لتجريم تهريب المهاجرين أو تسهيل تهريبهم أو تسهيل بقاء المهاجر غير الشرعي ، و كذلك المطالبة بتجريم الشروع و المساهمة في الجريمة ، و النص على أن ليس في البروتوكول ما يمنع أي طرف من اتخاذ تدابير ضد أي شخص يعد سلوكه جرماً بمقتضى قانونها الداخلي . و من ثم فإن البروتوكول قد تناول حماية حقوق المهاجرين ، و ركز على ضرورة محاربة أنشطة جماعات الجريمة المنظمة ، وعدم اعتبار المهاجرين مجرمين بل يجب معاملتهم معاملة إنسانية ، و أنهم لا يتحملون المسؤولية الجنائية ، أي لا يجوز أن يكونوا عرضة للمتابعة الجنائية لأنهم كانوا هدفاً للسلوك المبين في المادة السادسة<sup>1</sup>.

و قد أكدت هذه المادة في الفقرة الثالثة منها ، البند "أ" على ضرورة إعطاء الاهتمام لمعاملة المهاجرين معاملة إنسانية و حظر استغلالهم ، بالنص على "3. تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية و تدابير أخرى لاعتبار أي ظروف : أ. تعرض للخطر أو يرجح أن تعرض للخطر حياة أو سلامة المهاجرين المعنيين ، ب. تستتبع معاملة أولئك المهاجرين معاملة لا إنسانية أو مهينة بما في ذلك لغرض استغلالهم". كما تناولت المادة السابقة منع و قمع تهريب المهاجرين عن طريق البحر ، وفقاً لأحكام قانون البحار الدولي ، و في المادة التاسعة بينت الشروط الوقائية الخاصة بقيام دولة طرف باتخاذ تدابير اتجاه سفينة يشتبه مساهمتها في تهريب مهاجرين عن طريق البحر ، وفقاً للمادة الثامنة من البروتوكول ، و من تلك التدابير الوقائية ، كفالة سلامة الأشخاص الموجودين عليها و معاملتهم معاملة إنسانية و المحافظة على السفينة و عدم تعريضها للخطر . و تناولت المادة العاشرة من البروتوكول آلية تبادل المعلومات بين الدول الأطراف في شأن تهريب المهاجرين ، و ما يتعلق بصحة و سلامة وثائق السفر أو الهوية أو ما يتصل بذلك من إساءة استعمالها ووسائل إخفاء الأشخاص و أساليب نقلهم ، و تزوير وثائق السفر أو الهوية أو استنساخها أو حيازتها بصورة غير مشروعة ، وأكدت على ذلك من خلال المواد "11 ، 12 ، 13" . و في ذات الإطار الساعي إلى حماية حقوق المهاجرين ، جاءت المادة الرابعة عشر منه لتؤكد ضرورة توفير التدريب المتخصص لموظفي الهجرة و غيرهم من الموظفين المختصين في مجال منع السلوك الإجرامي و المعاملة اللاإنسانية للمهاجرين ، الذين يستهدفهم ذلك

<sup>1</sup> . فضيلة قوسم ، الوضع القانوني للمهاجرين هجرة غير شرعية في الدولة المستقبلية ، مرجع سابق، ص 24 .،

السلوك و احترام حقوقهم . و فيما يخص تجفيف منابع والقضاء على أسباب هذه الظاهرة ، فإن المادة الخامسة عشر من البروتوكول قد تناولت ما يعرف بتدابير المنع ، من خلال النص في الفقرة الثالثة من هذه المادة على ضرورة تعزيز البرامج الإنمائية و التعاون على الصعيد الوطني و الإقليمي و الدولي ، و مراقبة الواقع الاجتماعي و الاقتصادي للهجرة ، و إعطاء اهتمام خاص للمناطق الضعيفة اقتصاديا و اجتماعيا من أجل مكافحة الأسباب الاجتماعية و الاقتصادية الجذرية لتهريب المهاجرين مثل الفقر و التخلف .<sup>1</sup>

و تناولت المادة السادسة عشرة تدابير الحماية و المساعدة لمنع تهريب المهاجرين و حماية حقوق الأشخاص الذين يكونون هدفا للتهريب ، و على وجه التخصيص تناولت الفقرة الرابعة من المادة نفسها التأكيد على حقوق الفئات الضعيفة من المهاجرين ، بالنص على ضرورة إعطاء الاهتمام للاحتياجات الخاصة للنساء و الأطفال . و نتيجة لما تشكله عملية إعادة المهاجرين إلى دولهم أو دول أخرى من مخاطر إنسانية وأبعاد قانونية ، خاصة في حالة المهاجرين الأطفال ، فإن المادة الثانية عشرة تحدد طرق إعادة المهاجرين المهريين و ضرورة تعاون الدولة التي يعد من مواطنيها حتى لا يكون ضحية لشبكات التهريب و مروجي الجريمة المنظمة ، و اتخاذ مايلزم للحفاظ على سلامة المعنيين و كرامتهم ، وأن هذه المادة لا تمس الحقوق المكفولة لهم بموجب أي قانون داخلي . وجاء نص المادة التاسعة عشرة من البروتوكول مؤكدا على حقوق المهاجرين بالنص على أنه ليس في البروتوكول ما " 1 . يمس بسائر الحقوق و الالتزامات والمسؤوليات للدول و الأفراد بمقتضى القانون الدولي ، بما في ذلك القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان ، وخاصة اتفاقية عام 1951 (3) و بروتوكول 1967 (4) الخاصين بأوضاع اللاجئين حيثما انطبقا ، و مبدأ عدم الإعادة القسرية الواردة فيهما . 2 . تفسر و تطبق التدابير المبينة في هذا البروتوكول على نحو لا ينطوي على تمييز تجاه الأشخاص بسبب كونهم هدفا لسلوك مبین في المادة 6 من هذا البروتوكول، بحيث يكون متسقا مع مبادئ عدم التمييز المعترف بها دوليا .<sup>2</sup>

**- تقييم أوجه الحماية في بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر و البحر و الجو :**

ترى الباحثة أنه من خلال نصوص الحماية التي تم استعراضها ، و فيما يخص الأطفال المهاجرين بصورة غير شرعية ، فإن البروتوكول قد خص الطفل بالنص في المادة 16 الفقرة الرابعة منها ، ضرورة إعطاء الاهتمام لفئة الأطفال المهاجرين ، و اعتبارهم من الفئات الضعيفة و الأكثر تعرضا للاستغلال و انتهاك حقوقهم . رغم أن صياغة النص جاءت مقتضبة و غير موسعة ، إلا أنه يظل أفضل من لا شيء

<sup>1</sup> . نص المادة 15 من البروتوكول

<sup>2</sup> . وثيقة الأمم المتحدة A/RES/55/25

. الأمم المتحدة ، مجموعة المعاهدات ، المجلد 596 ، الأرقام 8638 . 8640



، خصوصا و أن البروتوكول قد عالج موضوع تهريب المهاجرين بصفة خاصة باعتباره من الجرائم التي تساعد على تفاقم ظاهرة الهجرة غير الشرعية ، حيث أكد في أكثر من موضوع على ضرورة إيلاء حقوق المهاجرين حماية خاصة ، و منع معاملتهم معاملة لاإنسانية باعتبارهم محلا لجريمة تهريب المهاجرين .و من ثم نرى أن الأخذ بهذه النصوص و السعي الجاد لوضعها موضع التنفيذ من قبل الجهات المختصة في الدول الأطراف ، سواء أكانت دول أصل أم عبور أم مهجر يخفف بلا شك من تبعات ما يسببه وجودهم غير القانوني في الدول المعنية ، و في الوقت ذاته يعطي لمسألة حقوق الإنسان مكانتها و اعتبارها.

**4 . : بروتوكول منع و قمع و معاقبة الاتجار بالأشخاص و خاصة النساء و الأطفال .** جاء هذا البروتوكول مكملا أيضا لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، بهدف منع و مكافحة الاتجار بالأشخاص ، مع إعطاء اهتمام خاص بالنساء و الأطفال .وحسب نص المادة الثالثة منه فيما يتعلق بالمقصود من مصطلح "الاتجار بالأشخاص" بأنه " تجنيد أشخاص أو نقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة استضعاف ، أو بإعطاء مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال ، و يشمل الاستغلال كحد أدنى ، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو السخرة أو الخدمة قسرا أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء " . و في الفقرة ج من المادة نفسها منه نص على أنه " يعتبر تجنيد طفل أو نقله أو إيواؤه أو استقباله لغرض الاستغلال "اتجارا بالأشخاص" حتى إذا لم ينطو على استعمال أي من الوسائل المبينة في الفقرة الفرعية (أ) من هذه المادة . و في الفقرة (د) أكد على أنه يقصد بتعبير طفل كل شخص دون الثامنة عشرة. بمراجعة النص أعلاه نجد أن حالة الطفل المهاجر غير الشرعي تدخل بشكل مؤكد تحت حماية هذا البروتوكول ، حيث يعدّ الطفل في هذه الحالة لقمة سائغة لمجرمي الاتجار بالبشر ، فالرضا في هذه الحالة و حسب الفقرة (ب) من نص المادة الثالثة لا محل له هنا ، فالطفل المهاجر بصورة غير شرعية لا يدرك خطورة و غموض رحلة الموت هذه ، مما يجعله محلا للحماية الواردة في نصوص هذا البروتوكول .و قد تناول البروتوكول في المادة السادسة منه تفاصيل الحماية تحت مسمى مساعدة ضحايا الاتجار بالأشخاص و حمايتهم بالحث على ضرورة تضمين القوانين الداخلية للدول الأطراف على تدابير وإجراءات قانونية لتجريم الاتجار بالبشر و خاصة النساء و الأطفال منهم ، بإعطاء اعتبار كافٍ لسن و الضحايا أنواعهم واحتياجاتهم الخاصة ، بما في ذلك السكن اللائق و التعليم و الرعاية ، و أن تسعى كل دولة إلى توفير السلامة البدنية لهم أثناء وجودهم على إقليمها. و في المادة الثامنة منه تناول مسألة إعادة الضحايا إلى أوطانهم و إعطاء الاهتمام الواجب لسلامتهم ، وفي الاتجاه نفسه جاء نص المادة التاسعة مركزا على حقوق ضحايا هذه الجريمة من النساء و الأطفال و



حمايتهم من معاودة إيدائهم ، و اتخاذ كل الوسائل لتخفيف وطأة العوامل التي تجعلهم مستضعفين ، مثل الفقر و انعدام تكافؤ الفرص و ضرورة اعتماد تدابير تشريعية أو تدابير أخرى مثل التدابير التعليمية أو الاجتماعية أو الثقافية ، و ركزت المادة العاشرة على جانب مهم من جوانب تعرض المهاجر غير الشرعي لجريمة الاتجار بالبشر ، من خلال الفقرة الثانية من هذه المادة ، التي ركزت على الأفراد الذين يعبرون حدودا دولية أو يشعرون في عبورها بوثائق سفر مزورة او وثائق لأشخاص آخرين ، و أنواع تلك الوثائق والوسائل و الأساليب التي تستخدمها الجماعات الإجرامية لتحقيق أغراضها ، و التشديد عند العمل على تحديد تلك الفئات مراعاة حقوق الضحايا بالاستناد إلى حقوق الإنسان الأساسية و المسائل الحساسة فيما يتعلق بالأطفال و نوع الجنس. مع الإشارة إلى أن كل بنود الحماية في هذا البروتوكول لا تمس بأي حقوق وقائية قد يكتسبها الضحايا بمقتضى القانون الدولي والقانون الدولي الإنساني و اتفاقية عام 1951 و بروتوكولها الملحق بها لسنة 1967 الخاصين بوضع اللاجئين<sup>1</sup>.

**. تقييم أوجه الحماية الواردة في البروتوكول :** حرص البروتوكول في ديباجته على إقرار دولية جريمة الاتجار بالأشخاص ، حيث لا يمكن للدولة بمفردها مكافحتها ، الأمر الذي يتطلب نهجا دوليا و هذا النهج يتمثل في تضامن ثلاث دول يتم فيها ارتكاب هذه الجريمة و لها مراكز قانونية ، تبدأ من دولة المنشأ إلى دولة العبور و حتى الوصول إلى دولة المهجر التي تسعى المهاجر الصغير إلى الوصول إليها ، مما

<sup>1</sup> . نص المادة 10 من وثيقة الأمم المتحدة A/RES/55/25

\_\_ الأمم المتحدة ، مجموعة المعاهدات ، المجلد 189 ، الرقم 2545 و المجلد رقم 606 ، 8791 .

- نشير هنا إلى أن الطفل المهاجر قد يستفيد في بعض الحالات من نطاق الحماية الوارد في اتفاقية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين لسنة 1951 و البروتوكول الملحق بها ، و لكن هناك بعض النصوص التي تناولت بعض الأوضاع التي تتقاطع فيها الهجرة غير الشرعية مع اللجوء ، حيث المادة 31 من الاتفاقية قد تحدثت عن وجود اللاجئين بصورة غير مشروعة في دولة أخرى غير الدولة التي منحت اللجوء ، من ناحية ألا تفرض عليه عقوبات جزائية بسبب دخوله غير القانوني ، و أن يقدم نفسه دون إبطاء للسلطات لكن مع بيان السبب لذلك الدخول ، و لكن لا يخفى ما يشككه ذلك من تضيق على اللاجئين من جهة أن الدول قد تعامله على انه مهاجر غير شرعي و من ثم لن يستفيد من أحكام هذه الاتفاقية ومن جهة أخرى إذا استطاع أن يتقدم بطلب اللجوء فإنه يصبح من الصعب عليه تقديم دليل على وجوده غير الشرعي و يطلق يد السلطات بسبب عدم وجود مبررات كافية لإثبات وجوده غير القانوني و في نفس الوقت قد يعاني اللاجئ في بلده من الاضطهاد الذي اشترطته الاتفاقية لمنح اللجوء ، مما يجعل الحماية التي تقدمها الدول للمهاجر و اللاجئ غير كافية حيث يعاني المهاجرون و طالبو اللجوء من صعوبة في الحصول على اللجوء و من ظروف استقبال و احتجاز سيئة . يمكن الرجوع إلى : عبدالسلام الفلاح عمر ، مرجع سابق ، ص 53 . ونص الاتفاقية في مجموعة الوثائق الدولية و الإقليمية المتعلقة باللاجئين ، الجزء الثاني ، 1995 ، المفوضية العليا لشؤون اللاجئين .

\_\_ UNCHR, Refugee protection : Aguide to international Refugee Law , (UNCHR , NY 2000 ),P8 .

يجعل المسؤولية تضامنية لمكافحةها و إنقاذ الأطفال من الوقوع ضحية لمرتكبيها رغم وضعهم القانوني المش في دول العبور و المهجر ، أي أن النصوص تعد كافية إلى حد ما كإطار للتجريم و إضفاء الحماية حيث تناولو لكن الأمر يحتاج إلى آليات فاعلة و تضامن دولي .

**ثانيا : الوثائق الإقليمية :** تناولت العديد من الوثائق الإقليمية مسألة الهجرة غير الشرعية عموما ؛ لأنها أصبحت تمس الجماعة الدولية كافة و المجموعات الإقليمية ، و كانت محور نقاشات دائمة في المؤتمرات و الندوات و البيانات ، و نشير هنا إلى إعلان لاهاي لسنة 2004 ، في الدورة السابعة والخمسين ، البند 104 من جدول الأعمال ، في تقرير مفوض الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين و المسائل المتعلقة باللاجئين و العائدين و المشردين و المسائل الإنسانية ، و الذي تناول أغلب المسائل المترتبة على الهجرة و السياسة الأوروبية حول الهجرة خلال السنوات الخمس القادمة ، و تناول في أحد بنوده تشديد الرقابة على الهجرة غير الشرعية عبر اعتماد أنظمة رقمية في وثائق السفر و التأشيرات و جوازات السفر و رخص الإقامة ، و تكثيف التعاون الأمني و تبادل التعاون بين دول الاتحاد في هذا الشأن ، و تمكين أجهزة الشرطة الأمنية الأوروبية من ممارسة دور مركزي لمكافحة الهجرة غير الشرعية . كما أن المرصد الأورومتوسطي قد أعرب عن خيسته في شأن القرارات التي صدرت عن مجلس أوروبا يومي 24 . 25 أكتوبر 2013 ، الذي ناقش مسألة المهاجرين غير الشرعيين ، غير أنه تعامل مع الظاهرة بشدة ، حيث رفضت أغلب الدول الأوروبية اقتراح المستشار النمساوي بشأن تعديل اتفاقية دبلن 2 ، حيث اكتفى المجلس بالدعوة إلى تعزيز الرقابة على الأنشطة في البحر المتوسط لمنع حدوث المزيد من المآسي ، و فرض نظام مراقبة جديد "EUROUSUR" ، الأمر الذي ضيق الخناق على قوارب الهجرة غير الشرعية .<sup>1</sup> و نشير هنا إلى دعوة مقرر الأمم المتحدة الخاص المعني بحقوق المهاجرين فرانسوا كريو دول الاتحاد الأوروبي إلى عدم تجريم الدخول و الوجود غير الشرعي و الامتناع عن احتجاز المهاجرين و مكافحة الهجرة غير الشرعية بتوسيع أنظمة الهجرة الشرعية و تسهيلها .<sup>2</sup> وفي الإقليم العربي صدر إعلان عن جامعة الدول العربية حول الهجرة و تحديدا حول ضحايا الهجرة غير الشرعية في البحر المتوسط الصادر عن القطاع الاجتماعي إدارة السياسات السكانية و المغتربين و الهجرة في الفترة 27 \_ 28 أبريل 2015 الذي نوقشت فيه مخاطر الهجرة غير الشرعية عموما التي تفاقمت و نتج عنها حوادث كثيرة أودت بحياة الكثيرين و كان من بينهم أطفال ، حيث طالب المجتمعون المجتمع الدولي و بالأخص دول الاتحاد الأوروبي بضرورة العمل على إيجاد حل سريع و شامل من خلال ضرورة

<sup>1</sup> . EUROPEAN COUNCEL , Brussel , 24/25 october 2013 , conclusion .  
para 46 – 47

<sup>2</sup> -Human Rights watch , EU: Improve MIGRANT Rescue , offer Refugee  
.october 23, 2013 .

تسهيل الهجرة الشرعية ، و اتباع سياسة تنموية تعالج الأسباب الجذرية للهجرة غير الشرعية و عدم التركيز على المنظور الأمني ، و إهمال حقوق الإنسان في الحركة و التنقل ، كما ركزوا على أن تدفقات الهجرة غير النظامية تضم في الغالب مهاجرين قسريين من الأطفال و النساء مما يحتم مراعاة الظروف المختلفة لهذه الفئات الضعيفة .ومن خلال هذين المثالين الاقليميين في شأن هجرة الأطفال بصورة غير شرعية نجد أن إشارتهما لم تكن دقيقة و محددة وواضحة ، إنما في إطار دعوة عامة.

### الخاتمة

تشهد السنوات الأخيرة تفاقم ظاهرة الهجرة غير الشرعية ، و تعدد أشكالها و مخاطرها و أبعادها ، و خاصة في الدول التي تعاني تدنيًا في مستوى المعيشة أو الحروب و الكوارث عامة ، حيث يسعى المهاجر - يستوي في ذلك أن تكون هجرته شرعية أو غير شرعية - إلى البحث عن الأمان و تحسين دخله و نمط حياته .

إن الهجرة غير الشرعية نتيجة لما تسببه من قلق دولي على المستويين المحلي و العالمي ، دعت الضرورة إلى دراستها و تقنينها ، لما تلقيه من تبعات و مخاطر تطل المهاجر نفسه و الأمن القومي للدول التي تمتد إليه قوافل المهاجرين ، من ناحية هشاشة الوضع القانوني للمهاجر غير الشرعي و من ناحية أخرى ما يجلبه من مشاكل لا حصر لها ، و تصبح المشكلة أكثر تعقيدا و خطورة عندما يكون المهاجر بصورة غير شرعية طفلا مصحوبا بوالديه أو أسرته أو وحيدا ، الأمر الذي يشكل وضعًا متعدد المخاطر والتبعات ، تبدأ من أنه يعدّ لقمة سائغة لمروجي الجريمة عبر الوطنية و محلا لكافة أشكال الاستغلال و انتهاك كرامته الإنسانية .

تناولنا في هذا البحث المواثيق الدولية ذات العلاقة في محاولة لتقييم مدى فاعليتها و كذلك مدى حاجة الطفل المهاجر بصورة غير شرعية لمواثيق خاصة ، و إن الحماية العامة قد لا تعطي نتائج حماية كافية و فاعلة في حالته ، و قد توصلنا من خلال البحث في تلك المواثيق إلى جملة من النتائج و التوصيات نسردها لاحقًا .

### - أولا :النتائج

- إن ظاهرة الهجرة غير الشرعية في ازدياد و تفاقم ، حيث تعددت أشكالها و مخاطرها و تبعاتها .
- إن الهجرة غير الشرعية بالنسبة للأطفال هي تصرف غير محسوب العواقب ، و له انعكاساته النفسية و الجسدية و المادية بالغة الخطورة عليهم ، تبدأ من شعورهم بعدم الأمان و العزلة الاجتماعية و النفسية إلى مشكلة الهوية و الوضع غير القانوني ، مما يضعهم ضحية لمختلف المخاطر .
- حجم الظاهرة و أبعادها أصبح متفجرا تشكل قلقا دوليا متناميا ، نتيجة كثرة الحوادث التي سببها السفر غير القانوني .
- اعتماد العصابات و مروجي تهريب البشر على تهريب المهاجرين بصورة غير شرعية في تجارتهم الإجرامية

- تنامي الإجراءات المشددة من قبل الدول ضد تدفقات الهجرة غير الشرعية بما فيهم الأطفال .  
- تعرض الأطفال المهاجرين بصورة غير شرعية إلى شتى صور الانتهاكات بسبب هشاشة وضعهم القانوني .

- مواجهة الأطفال المهاجرين بصورة غير شرعية لعقبات في المجتمعات الجديدة تبدأ من ظروف استقبالهم السيئة و الاحتجاز طويل المدة و احتمالات إعادتهم إلى الدول التي غادروها رغم ما قد ينتظرهم فيها .  
- اختفاء الجانب الإنساني في تعامل الدول سواء كانت دول العبور أو المتهجر مع تدفقات الهجرة غير الشرعية دون سن الثامنة عشر .

- عدم كفاية الحماية العامة للأطفال المهاجرين بصورة غير شرعية .  
- إن نصوص الحماية العامة و غير المباشرة تعد ناقصة مهما كانت وافية ، نتيجة لخصوصية حالة الطفل المهاجر بصورة غير شرعية، و حاجته إلى تنظيم قانوني دولي و داخلي متخصص .

#### - ثانيا : التوصيات

- النظر بعين الإنسانية إلى تدفقات الأطفال بصورة غير شرعية ، لخصوصية الحالة و غياب الإدراك و العقلانية في سعيهم نحو المجهول .  
- ضرورة تغليب صورة الضحية على الأطفال المهاجرين بصورة غير شرعية لعدة أسباب أهمها عامل السن و الإدراك .  
- يجب أن تعدّ هجرة الأطفال بصورة غير شرعية مشكلة إنسانية تحتاج الاحتواء و العلاج أكثر من العقوبة .

- العمل على إبرام اتفاقية خاصة بالأطفال المهاجرين بصورة غير شرعية تضم بنود حماية كافية و شاملة لكل جوانب الظاهرة ، ذلك أنها أكثر حاجة للحماية القانونية و المساعدة الإنسانية من هجرة البالغين .  
- التأكيد على ضرورة إيجاد حماية خاصة للأطفال في الأوضاع الصعبة و خاصة المهاجرين بصورة غير شرعية ، حيث تبين من الموثائق محل الدراسة رغم تغطيتها لجوانب عديدة ذات علاقة بالطفل المهاجر ، إلا أنها تظل حماية عامة و غير مباشرة .

- التأكيد على ضرورة وجود آليات خاصة بهجرة الأطفال بطريقة غير شرعية، لتفعيل بنود الحماية محليا و دوليا ، حيث أن وضعهم غير القانوني يحتم حمايتهم في أسرع وقت .  
- ضرورة اعتماد آليات رقابة و تنفيذ تتعامل مع هذه الفئة على نحو أكثر دقة و أوسع نطاق من ناحية الحماية ، مدعم بالمختصين النفسيين و التربويين الذين يكونون على دراية و خبرة في التعامل مع الأطفال .

- التأكيد الدولي على ضرورة تحسين إجراءات الحجز و الاستقبال بالنسبة للمهاجر غير الشرعي في حال كونه طفلا ، أكثر منها بالنسبة للبالغين، و ضرورة تهيئة نظام أكثر إنسانية حتى تسوية وضعهم .

- التأكيد الدولي على محاربة العديد من مظاهر الاضطهاد و التمييز التي تمارس ضد الأطفال المهاجرين بصورة غير شرعية ، وتمكينهم من التعايش السلمي و الاجتماعي و الإنساني في بيئة إنسانية تراعى فيها هشاشة وضعهم الإنساني و القانوني.
- تشديد إجراءات مواجهة المهربين و العصابات و التنظيمات التي تنظم المهجرات غير الشرعية أو التي تساعد في عمليات تهريب البشر .
- ضرورة الاهتمام بإنشاء مراكز و أبحاث الهجرة في الدول التي يتم منها تهريب البشر ، من أجل مكافحة الجريمة .
- التأكيد على الدول بضرورة العمل على تحديد و تطوير التشريعات الداخلية المتعلقة بهجرة الأطفال بصورة غير شرعية .
- التوعية عن طريق الإعلام ووسائل التواصل الاجتماعي بمخاطر هجرة الأطفال بطريقة غير شرعية ، بتوضيح ما قد يترتب عنها من بيع و استرقاق واستخدام أو انتهاكات متعددة الصور قد تمارس ضدهم و تضعهم في وضع أصعب من وضعهم الذي يفرون منه .

### المراجع

#### أولا - القرآن الكريم و السنة النبوية .

#### ثانيا - الكتب و الرسائل الجامعية

1. أيمن أديب سلامة الهلوسة ، الحماية الدولية لطالب اللجوء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1983 .
2. بسيوني محمد شريف ، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان ، المجلد الثاني ، دار الشروق ، القاهرة ، 2003 .
5. حسن حسن الإمام ، مكافحة الهجرة غير الشرعية على ضوء المسؤولية الدولية و أحكام القانون الدولي للبحار ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2014 .
3. زكريا حسين عزمي ، من نظرية الحرب إلى نظرية النزاع المسلح مع دراسة خاصة بحماية المدنيين في النزاع المسلح ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1978 .
- 14 - سلامة عبدالنواب عبدالحليم ، حماية الطفولة ، دراسة مقارنة في معايير العمل الدولية و العربية و قانون العمل ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ب . ت .
1. عبدالعزيز مخيمر عبد الهادي ، حماية الطفولة في القانون الدولي و الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، 1991 .
2. فاطمة شحاتة أحمد زيدان ، مركز الطفل في القانون الدولي العام ، رسالة دكتوراه غير منشورة ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، 2003 .

7. قوسم فضيلة ، الوضع القانوني للمهاجرين غير الشرعيين في الدولة المستقبلية ، رسالة ماجستير ، جامعة عنابة ، الجزائر . ب. ت .
  9. ماهر جميل أبوخوات ، الحماية الدولية لحقوق الطفل ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة حلوان ، 2004 .
  - 6 . محمد شعبان الدهويي ، الهجرة غير الشرعية و مخاطرها الأمنية على ليبيا في ظل الاتفاقيات الدولية و القوانين الوطنية ، ط الأولى، دار الفسيفساء ، 2016.
  4. محمد عبد الحميد بوضيعة أبوصبح، تجريم الهجرة غير الشرعية و الأفعال المرتبطة بها ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، مصر ، 2016 .
  8. محمد نور فرحات ، تاريخ القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان ، دراسات في القانون الدولي الإنساني ، دار المستقبل العربي ، القاهرة ، 2005 .
  - 13- منتصر سعيد حمودة ، حماية حقوق الطفل بين القانون الدولي العام و الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، 2010 .
  - 15 - مؤيد سعد حمدون المولى ، المسؤولية الدولية عن انتهاك حقوق الطفل في ظل الاحتلال الحربي ، دار الكتب الوطنية ، مصر، ب . ت .
  - 16 . نجوان السيد أحمد الجوهري ، الحماية الدولية للطفل ، رسالة دكتوراه غير منشورة ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، 2010 .
  - 17 وائل علام ، الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان ، دار النهضة العربية ، سنة 1999 .
- ثالثا : المقالات و المجلات العلمية .**
- 1- إبراهيم العناني ، الحماية القانونية للطفل على المستوى الأوروبي ، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، العدد الأول ، السنة التاسعة و الثلاثون ، 1997.
  2. البشير الكوت ، ظاهرة الهجرة غير الشرعية في العلاقات الأوروبية الأفريقية ، مجلة دراسات ، صادرة عن المركز العالمي لدراسات و أبحاث الكتاب الأخضر سابقا ، طرابلس ، السنة الثامنة ، العدد 28 ، 2007 .
  - 3 . السيد عوض عثمان ، حماية الضحايا و حرب عرقية ضاربة ، مجلة الإنساني ، العدد 31 ، منشورات الصليب الأحمر ربيع 2005 .
  - 4- مخلد الطراونة ، حقوق الطفل " دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون الدولي و الشريعة الإسلامية و التشريعات الأردنية ، مجلة الحقوق ، العدد الثاني ، السنة السابعة و العشرون ، 2003 ، جامعة الكويت .

5. نزار أيوب ، القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان ،الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن ، سلسلة تقارير قانونية (32) ، فلسطين ، 2003.
- 6- هيثم مناعي، حقوق الطفل " الوثائق الإقليمية و الدولية الأساسية " ، اللجنة العربية لحقوق الإنسان ، مركز اليازة للتنمية الفكرية ، المؤسسة العربية الأوروبية للنشر "باريس" ، ط 1/الأولى ، 2005 .
- رابعا : الوثائق و الاتفاقيات و الإعلانات و التعليقات و القوانين و القرارات .
1. الأمم المتحدة ، مجموعة المعاهدات ، المجلد 596 ، الأرقام 8638 . 8640 .
2. الأمم المتحدة ، مجموعة المعاهدات ، المجلد 189 ، الرقم 2545 و المجلد رقم 606 ، 8791 .
3. الإطار العربي لحقوق الطفل ، الأمانة العامة ، الإدارة العامة للشؤون الاجتماعية و الثقافية ، إدارة الطفولة ، 2001 .
3. التعليق العام رقم 21 :المادة 10 "المعاملة الإنسانية للأشخاص المحرومين من حريتهم ، المعتمد من اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في دورتها الرابعة و الأربعين لسنة 1992 في : . -
- Ibid,pp184,185,par13
5. الفصل الحادي عشر ، رصد و حماية حقوق الإنسان الخاصة بالعائدين و المشردين داخليا .
6. القانون رقم 19 لسنة 2010 بشأن مكافحة الهجرة غير الشرعية ، الجريدة الرسمية ، العدد 10 السنة العاشرة ، بتاريخ 2010/6/15 .
7. قرار مجلس الجامعة العربية رقم 278 الصادر عن قمة تونس في مايو 2004 ضمن خطة العمل العربية الثانية للطفولة ، 2004 ، 2015 ، قسم الطفولة جامعة الدول العربية .
- 8- ميثاق حقوق الطفل العربي ، جامعة الدول العربية ، الأمانة العامة ، الإدارة العامة للشؤون الاجتماعية و الثقافية ، إدارة التنمية الاجتماعية و الثقافية .
9. مجموعة الوثائق الدولية ، الجزء الأول ، حقوق الإنسان ، الأمم المتحدة ، نيويورك ، 1993
10. معاهدة دبلن 2003 .
11. نص اتفاقية حقوق الطفل (1989) UNGA.DOC.A/44/49 \_
- 1125 U.N.T.S (Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August, 1949 , June 8, 1977 .
- . -Basic working text As adopted by 1980 ,E/CN . 4/1349,P2.
- UN.DOC.A/44/49/C 1989
- .\_UN.DOC.A144/44/1
- \_CAB/LEG/153/Rev.2 july 1990
- \_PANAF/FORUM/DOC.10 Rev . 2.2001 p 10

\_A/RES/55/25

\_UNCHR, Refugee protection : Aguide to international  
Refugee Law , (UNCHER , NY 2000 ),P8 .

EUROPEAN COUNCEL ,Brussel ,24/25 october 2013  
,conclusion ,para 46 – 47.

-Human Rights watch ,EU:Improve MIGRANT Rescue , offer  
Refugee .october 23,2013 .

- خامسا : المواقع الالكترونية .

[www.gilgamish.org](http://www.gilgamish.org)

[www.hrlibrary.umn.ed](http://www.hrlibrary.umn.ed)

[www.atfal.org](http://www.atfal.org)

[www.unodc.org](http://www.unodc.org)

سادسا : مراجع أجنبية .

Sharon Detric, The United Nations Convention The reights of 1  
-the child , 1993 , p20 – 21



الأسُس القانونية لمسؤولية المنظمات الدولية

طارق نصر الدعيكي

كلية القانون – جامعة بني وليد

### المقدمة:

بعد أن استقر مبدأ مسؤولية المنظمات الدولية كصورة من صور المسؤولية الدولية، أصبح هناك خلاف فقهي حول الأسس الذي تستند عليها هذه المسؤولية. فالأسس القانونية لأي نظام أو مسألة معينة هو تأطير ذلك النظام أو تلك المسألة بقواعد قانونية، وبهذا الخصوص فقد ذهب بعض الفقهاء<sup>(1)</sup> إلى اعتبار أن أساس المسؤولية ومصدرها هما مصطلحان مترادفان يعبران عن معنى واحد في القانون، في حين يميز البعض الآخر بين الاصطلاحين، فمصدر المسؤولية يعنى السبب الذي يلزم الشخص بتعويض الضرر الحاصل للغير، ويرجعون مصدرها إلى إرادة المشرع المعبر بقواعد تشريعية تلزم المسؤول بالتعويض، وأساس المسؤولية في رأيهم يعنى السبب الذي من أجله يضع القانون عبء تعويض الضرر الحاصل على عاتق شخص معين، ويمكن معرفة هذا السبب بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية للتشريع أو من مذكرات تفسيرية أو مناقشات واضعي القانون، ومهما يكن من أمر فإن العلاقة بين الشخص الذي يتحمل عبء المسؤولية والضرر الحاصل هي التي يطلق عليها في الاصطلاح القانوني أساس المسؤولية إذ بدون تحقق هذه الصلة بين المسؤول وبين المتضرر لا يصح القول بأننا أمام حالة من حالات المسؤولية<sup>(2)</sup>.

### أهمية الموضوع:

تزداد أهمية المنظمات الدولية يوماً بعد يوم حيث نجد توسعاً كبيراً في دور ونشاطات هذه المنظمات، وبالنظر لتوسع هذه النشاطات وتنوع اختصاصاتها فإنها تتحمل التزامات وتكون مسؤولة عن الضرر الذي يلحق بالغير سواء أكان من رعايا دولة معينة أو من موظفي منظمة دولية أخرى، وهنا تكمن أهمية الموضوع بتحديد الأسس التي تستند عليها هذه المسؤولية.

### الهدف من الموضوع

تبيان الأسس القانونية التي تستند عليها مسؤولية المنظمات الدولية ودراستها من حيث الأفكار المطروحة لإيجاد تلك الأسس وتبريرها، بدءاً بالنظريات التقليدية وحتى الوصول إلى النظريات الحديثة في هذا المجال.

### إشكالية الموضوع:

هذا الموضوع يطرح سؤالاً يتمحور حول الأسس القانونية لمسؤولية المنظمات الدولية؟

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، دار النهضة، القاهرة، 1966، ص 17.

(2) جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عناصر الضرر، مطابع جامعة الموصل، بغداد، 1984، ص 232.

**فرضية الموضوع:**

تقتضي الإجابة عن هذه الإشكالية التعرض إلى الأسس القانونية التي تتعلق بمسؤولية المنظمات الدولية، ويمكن دراسة هذه الأسس من خلال:

المبحث الأول: الأسس التقليدية لمسؤولية المنظمات الدولية

المبحث الثاني: الأسس الحديثة لمسؤولية المنظمات الدولية

**المبحث الأول: الأسس التقليدية لمسؤولية المنظمات الدولية**

هناك نظريات رئيسية، استُمدت كلها من القانون الداخلي للدول، وتمّ تطويرها بما يتناسب مع أوضاع المسؤولية لأشخاص القانون الدولي، وهي نظرية المسؤولية الجماعية التي سادت المجتمعات في العصور الوسطى ونظرية الخطأ التي يعود لها الفضل في تبرير معظم حالات المسؤولية الدولية ومنها مسؤولية المنظمات الدولية. ووفقاً لما ذكر، سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين.

**المطلب الأول: نظرية المسؤولية الجماعية**

تقوم المسؤولية في العصور الوسطى على أساس فكرة المسؤولية الجماعية المتمثلة في التضامن المفترض بين كافة الأفراد المكونين للجماعة التي صدر الفعل الضار من أحد أعضائها.

ووفقاً لهذه النظرية نجد أن هناك من يلتزم بتعويض الأضرار وراء من قام بفعل الضرر، أو إلى جانبه، والتزامه هذا لا يستند إلى الخطأ، بل يقوم على أساس التزام الجماعة بتحمل تبعية التصرفات الضارة لأفرادها، ويعني هذا أن هناك علاقة قائمة بين أفراد هذه المجموعة التي يشكل التزامها بالتعويض عنهم نوعاً من أنواع المسؤولية تُسمى بالمسؤولية الجماعية، وهذا يعني أنه إذا صدر فعل من أحد أفراد الجماعة وسبب ضرراً لفرد آخر من جماعة أخرى تصبح الجماعة التي ينتمي إليها الفرد المرتكب للعمل الضار مسؤولة نحو المتضرر عن تعويض بسبب التصرف الضار لأحد أعضائها<sup>(1)</sup>.

ويتم التعويض للمتضرر عن طريق لجوئه إلى سلطات دولته للحصول على خطاب معين يخوله الحق في مطالبة أي شخص يحمل نفس جنسية الشخص محدث الضرر ويتصادف وجوده في إقليم دولة الشخص المتضرر. والتساؤل الذي يمكن طرحه هل يمكن تأسيس مسؤولية المنظمات الدولية عن أخطاء موظفيها على اعتبار أن المنظمة الدولية هي شخص معنوي والعاملين بها هم أعضاء فيها؟

ويلاحظ من تتبع وتقصي هذه النظرية، أنها قد عرفت في دول أوروبا منذ بداية العصور الوسطى، وظلت مطبقة في هذه الدول حتى نهاية القرن السابع عشر، حيث هجرت تماماً منذ ذلك الحين، بعد أن

(1) محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي، القاعدة الدولية، ج1، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1972، ص 438.

استشعرت الدول مدى الظلم الذي يترتب على الأخذ بها. وقد وُجّه انتقاد لهذه النظرية في أنها تُنزل الجزاء على شخص لم يرتكب أي فعل يستحق العقوبة، غير أنه يعتبر فرداً من أفراد الجماعة التي ارتكب أحد أفرادها الفعل الضار مما أدى إلى ترك هذا الأساس لما يحتويه من ظلم.

### المطلب الثاني: نظرية الخطأ

يرى الفقه التقليدي أن الواقعة التي تثير المسؤولية الدولية يجب أن تكون خطأ، سواءً أكان متعمداً أو مجرد إهمال أو أن يأخذ شكلاً إيجابياً كالقيام بأعمال يحظر القانون الدولي القيام بها أو شكلاً سلبياً كالامتناع عن أداء واجب يلزم القيام به طبقاً لأحكام القانون، كإهمال الدولة التي يتواجد موظفو المنظمة الدولية على إقليمها في حمايتهم وضمان أمنهم وسلامتهم.

وفي هذا يقول طروسيوس: إن أصحاب السلطة العليا لا يمكن اعتبارهم مسؤولين إلا إذا ارتكبوا خطأ من جانبهم وهو لا يخرج عن فرضين: أولهما: أن الأمير لم يمنع بعض التصرفات فأصبح بذلك شريكاً فيها، ثانيهما: أن الأمير لم يوقع العقاب على من أتى التصرفات وبذلك يكون قد أجاز تصرفهم<sup>(1)</sup>.

إن شخص القانون الدولي لا يمكن أن يعتبر مسؤولاً، ما لم يكن ثمة خطأ منسوب إليه أو للأشخاص التابعين له، وبالتالي فلا تترتب المسؤولية إلا إذا صدر من شخص آخر من أشخاص القانون الدولي، ويترتب على قيام المسؤولية الدولية على هذا النحو الالتزام بإصلاح الأضرار إن كان ذلك ممكناً، أو دفع تعويض كاف عنها .

وعلى ذلك فإن مناط المسؤولية هو ارتكاب الشخص الدولي لفعل غير مشروع يترتب عليه إلحاق ضرر بشخص آخر. وهذا الفعل غير المشروع متعمداً أو يكون مجرد إهمال غير متعمد، كما قد يأخذ شكلاً إيجابياً يتمثل في القيام بأعمال يحظر القانون الدولي العمل بها، أو شكلاً سلبياً يبدأ في الامتناع عن أداء واجب يلزم القيام به طبقاً لأحكام هذا القانون.

وقد وُجّه انتقاد وجدل لهذه النظرية في الفقه الدولي، خلافاً لما يذهب إليه جانب من الفقه العربي<sup>(2)</sup>، ومن المؤيدين لنظرية الخطأ في الفقه العربي الدكتور حامد سلطان، حيث يرى أن هناك تفرقة بين نظرية الخطأ كأساس للمسؤولية الدولية، ونظرية المخاطر التي تصلح كأساس للمسؤولية في بعض التشريعات الداخلية. فالخطأ شرط أساسي لوجود المسؤولية الدولية، أما نظرية المخاطر فلا تستوجب هذه المسؤولية، وقد استدل على ذلك برأي القاضي عبد الحميد بدوي المخالف في قضية مضيق كورفو،

<sup>(1)</sup>Pual Reuter, La responsabilite Internationale, faculte de droit de paris, 1955-1956, p.16.

<sup>(2)</sup> حامد سلطان، عائشة راتب، صلاح عامر، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص306.

وهو الرأي الذي ألحق بحكم محكمة العدل الدولية الصادر بتاريخ 9 أبريل 1949 والذي جاء به "أن القانون الدولي لا يعرف المسؤولية الموضوعية التي تقوم على فكرة نظرية المخاطر التي اعتمدها بعض التشريعات الداخلية"<sup>(1)</sup>. إلا أن ذلك لم يحل دون أن تحتفظ نظرية الخطأ بمكانها المميز كأساس من الأسس التي تقوم عليها المسؤولية الدولية.

## 1- عناصر الخطأ الدولي:

- أ- العنصر الشخصي: يتمثل في السلوك الذي يجب عدم إسناده إلى فرد أو إلى مجموعة من الأفراد بل للشخص الدولي.
- أوضح الفقيه "Anzilotti"، أن مصطلح الإسناد ليس له معنى آخر سوى المعنى العام أي: اشتراط إلحاق الفعل الخاطئ أو الامتناع عن فعل أوجبه القانون إلى شخص الفاعل، وهو يعتبر أن فكرة الإسناد في القانون الدولي تتطابق مع فكرة الإسناد للقوانين الداخلية للدول.
- ب- العنصر الموضوعي: ويتمثل في تقصير الشخص الدولي في الوفاء بالالتزام الملقى على عاتقه وفقاً لقواعد القانون الدولي<sup>(2)</sup>.

## 2- الحكم على أخطاء موظفي المنظمة الدولية:

- إنّ موظفي المنظمة الدولية أيّا كانت مراتبهم، يمكن أن يتسببوا في مسؤولية المنظمة إذا كان سلوكهم منافياً لأحكام القانون الدولي أو القانون الداخلي للمنظمة، في الحالات التالية:
- أ- قد تتفق تصرفات الموظف مع كل من القانون الدولي والقانون الداخلي للمنظمة، وهي لا تثير المسؤولية سواء كان في القانون الدولي أو القانون الداخلي حتى وإن أضرت بالغير.
- ب- في حالة مخالفة أفعال الموظف لقواعد القانون الداخلي فإنها لا تعتبر مخالفة للقانون الدولي، وهنا تقوم المسؤولية الداخلية دون المسؤولية الدولية للموظف.
- ج- أن يتفق فعل الموظف مع أحكام القانون الداخلي لكنه يعتبر مخالفاً لأحكام القانون الدولي، وهنا المسؤولية الدولية للمنظمة الدولية وحدها هي التي تُثار، ويعني هذا أن معيار المسؤولية الدولية معيار موضوعي، أي إننا لا نستطيع القول أن الموظف قد أخطأ طالما أنه قد تصرف وفقاً لأحكام القانون الداخلي، ومع ذلك فإن الشخص الدولي يُسأل طبقاً لأحكام القانون الدولي، ذلك لأن الفعل
- د- هنا يكون مستقلاً عن فكرة الخطأ.

(1) موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة من محكمة العدل الدولية، قضية مضيق كورفو، 1949، مرجع سابق ذكره.

(2) رشاد عارف يوسف السيد، المسؤولية الدولية عن أضرار الحرب العربية الإسرائيلية، دار الفرقان، عمان، 1984، ص 49.

هـ- أن يكون تصرف الموظف مخالفاً للقانون الدولي والقانون الداخلي في نفس الوقت، وفي هذه الحالة يوجد اتفاق على ضرورة تقرير مسؤولية المنظمة الدولية عن تصرفات موظفيها الضارة بالغير. وهذا يعني أن المسؤولية قد تأسست على ركيزة ذاتية أو أساس ذاتي بعيداً عن نظرية الخطأ الكلاسيكية<sup>(1)</sup>. إن قيام المنظمة الدولية بممارسة الرقابة على تصرفات منتسبيها بغية عدم انحرافهم عن السلوك الذي تقرره أحكام القانون الدولي له أهمية كبيرة في تقليل مدى الأضرار التي تصيب الغير والتي تكلف المنظمة أيضاً مبالغ مالية طائلة من خلال التزامها بدفع التعويضات للمتضررين. وهناك العديد من القضايا الدولية التي تم الفصل فيها على أساس نظرية الخطأ، أهمها قضية مضيق "كورفو" والحكم الصادر في 9 أبريل 1949، والآراء المخالفة التي صدرت عن القاضي عبد الحميد بدوي، وتمسكه بهذه الفكرة كأساس لفصل النزاع حيث جاء في النص "أن القانون الدولي لا يعرف المسؤولية الموضوعية التي تقوم على فكرة نظرية المخاطر التي اعتمدتها بعض التشريعات الداخلية."<sup>(2)</sup>

### المبحث الثاني: الأسس الحديثة لمسؤولية المنظمات الدولية

على الرغم من استقرار الفقه والقضاء الدوليين في الأخذ بالنظريات التقليدية وتأسيس المسؤولية الدولية عليه، فإن ما أحدثته التطور في شتى المجالات أدى إلى صعوبة بل واستحالة اللجوء أحياناً إلى النظريات التقليدية للمسؤولية، مما دفع الفقهاء إلى البحث عن أساس جديد للمسؤولية الدولية يخرج عن هذه المفاهيم، وتبني فكرة المسؤولية بدون خطأ أو المسؤولية المطلقة. وكذلك نظرية مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، وسوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين.

#### المطلب الأول: نظرية المخاطر

بدأ البحث عن أساس جديد للمسؤولية الدولية كي يساير الأوضاع والمتغيرات الجديدة وقد أدى ذلك إلى اتجاه القوانين الداخلية في عديد من الدول إلى إقامة المسؤولية المدنية في بعض الأحيان، دون الحاجة لإثبات وقوع خطأ من المسؤول وهو ما عرف بالمسؤولية المطلقة "نظرية المخاطر". ومفهوم النظرية وفقاً للأنظمة القانونية الداخلية هي مسؤولية الشخص الذي يحدث فعله مخاطر في المجتمع وأضرار ناتجة عنه سواء ارتكب خطأ أو إهمالاً أو لم يرتكبه والتزم بالاستقامة في تصرفاته، فيما يقوم معناها الفلسفي على أساس أن الإنسان ليس إلا عابراً على الأرض، لذا فإن عليه واجب تجاه جيله والأجيال القادمة بأن لا يمارس نشاطات خطيرة تمس بحقوقهم، أما ما يتضمنه تطبيق أحكام نظرية

(1) محمد سامي عبد الحميد، مرجع سابق ذكره، ص 441.

(2) موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة من محكمة العدل الدولية، قضية مضيق كورفو، 1949، مرجع سابق ذكره.

المخاطر في مجال القانون الدولي العام بالدرجة الأولى، عدّها وسيلة لحماية الأشخاص الدوليين الآخرين من العواقب الضارة لبعض الأنشطة الخطرة التي استدعت الاحتياجات الإنسانية الماسة والمتجددة إبقاءها خارج نطاق اللامشروعية الدولية، والعمل على استمرارها ودعمها لزيادة فاعليتها بالنظر لما تحقّقه من نفع عام<sup>(1)</sup>.

وهذا التوجه الجديد لنظام المسؤولية وتأسيس مسؤولية المنظمات الدولية عليه، قد ساد ظهور أفكار وتيارات قانونية، منها تيار المذهب المادي في القانون الذي يعطي الأولوية للمظهر الخارجي للإرادة ولا يعتد بالإرادة الباطنية في ذاتها التي لا تقوم إلا في ضمير الفاعل، ولا تقوم بين ذمة مالية وأخرى، فهذا المذهب لا يجد في الالتزام رابطة شخصية كما كان معروفاً في القانون الروماني، وإنما يرجح محل الالتزام على أشخاصه، فيصبح الالتزام بذلك عنصراً مالياً أكثر من كونه علاقة شخصية، الأمر الذي يعطي محل الالتزام قيمة مالية مستقلة عن شخص الدائن والمدين ويمكن أن ترد عليه كافة التصرفات القانونية التي ترد على الحق العيني، وقد نشأ هذا المذهب في ألمانيا، وساهم الفقهاء جيرك وكولهر في تأسيسه، ولا يقتصر هذا المذهب على ألمانيا وحدها بل حاول الفقيه سالي الدفاع عنه في فرنسا ولكنه لم ينجح بسبب تأثر القانون الفرنسي بالقانون الروماني القديم تأثراً كبيراً<sup>(2)</sup>.

لقد ساهم المذهب المادي في تعزيز النظرية الموضوعية وهجر نظرية الخطأ وتعويض المتضرر بمجرد وقوع الضرر؛ لأن المسؤولية القانونية وفقاً لهذا المذهب تهدف إلى إعادة التوازن بين ذمتين إحداها بسبب إثراء الأخرى دون الأخذ بعين الاعتبار سلوك المتسبب في الضرر.

وما ذهب إليه من جهة أخرى تيار المدرسة الوضعية بزعماء المدرسة الإيطالية، فأنصار هذا المذهب يؤكدون وجوب فرض العقاب على الجاني بالقياس إلى ما لهذا الجرم من خطورة على المجتمع دون النظر إلى الشخص الجاني أو ظروفه، أي أنهم يعتدون بالجريمة دون شخص الجرم، وإن المنطق يقضي في مجال المسؤولية المدنية قيامها على أساس الضرر بعيداً عن عنصر الخطأ.

وكذلك المدرسة التاريخية التي تعد من أهم مدارس تفسير القانون، إذ تعتمد في تفسيرها للنصوص القانونية البحث عن الإرادة المحتملة للمشرع وقت وضعه للنص القانوني لو أنه واجه تنظيم ما استحدثت من معاملات وعوامل واقعية ظهرت عند التفسير أي أن النص القانوني لدى هذه المدرسة يتمتع بحياة خاصة مستقلة عن إرادة واضعيه بمجرد صدوره ويخضع في تفسيره لكل التطورات التي تحدث داخل الجماعة، حيث ترى أن القانون يتطور مع ظروف وأفكار العصر مسائراً لمقتضياته ومحققاً لمصالحه

(1) رياض يلدا لوشانا، المسؤولية الدولية عن أنشطة الفضاء الخارجي، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة بغداد، 1991، ص 111.

(2) عبد المجيد الحكيم، الموجز في القانون المدني، مصادر الالتزام، مطبعة النديم، بغداد، 1977، ص 602.

المتغيرة، ووفقاً لهذا فإن تأسيس المسؤولية المدنية على الخطأ يعني الرجوع إلى الفترة التي كانت تختلط فيها المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية، وبعد أن استقلت المسؤوليتان فلم يبق محال للتمسك بالخطأ كأساس للمسؤولية في الوقت الذي تتقدم فيه الصناعات وتنتشر فيه الآلات الميكانيكية الخطرة، إذ أن القانون تخلقه البيئة الاجتماعية وفق مقتضياتها<sup>(1)</sup>.

كما أن النزعة الاشتراكية في القانون صارت تقيم المسؤولية في الكثير من الأحوال على أساس الضرر دون النظر إلى وجود الخطأ أو عدمه، لأن التعويض عن الأضرار وفقاً لهذه النزعة تعود إلى كونها تعتبر حقوق الأفراد وظائف تخدم مصلحة المجموعة فيكون من الواجب أن يلقي على عاتق المجموعة عبء تعويض الأضرار التي تصيب الأفراد طالما كانت الغاية من منح الحقوق للأفراد تحقيق الخير والرفاهية لمصلحة الجماعة.<sup>(2)</sup>

وأخيراً تستند النظرية الموضوعية في المسؤولية إلى مبادئ الأخلاق والعدالة التي توجب على المتسبب في الضرر تعويض المتضرر نتيجة فعله غير المشروع، وإن لم يكن هناك خطأ من جانبه، فليس من العدل في شيء أن يتحمل المتضرر عبء الضرر، وإنما توجب العدالة هنا أن يتحمل المتسبب في الضرر عبء التعويض عنه، وألا يُترك للحظ فرصة التحكم في الموقف<sup>(3)</sup>.

أما مفهوم المسؤولية المطلقة فإنه يتلخص في إلقاء تبعية المسؤولية على الشخص الدولي الذي يمارس نشاطاً مشروعاً متسماً بالخطورة بمجرد نسبة الضرر الحادث إليه، ودون اشتراط حصول خطأ أو إهمال من جانبه، استناداً إلى أن من يمارس نشاطاً شديداً الخطورة يتعين عليه أن يتحمل مسؤولية المخاطر الناتجة عن هذا النشاط الخطير. ويضاف إلى ذلك أنه في نظام المسؤولية المبنية على نظرية المخاطر القانون الدولي، ومسيرته مع التطورات الحديثة التي شهدتها مفهوم المسؤولية الدولية بشكل عام، فهو لم يعد مقتصرًا على الوظيفة العلاجية التي ترتبها القواعد الدولية على انتهاك أحكامها والمتمثلة بوجه خاص في جبر أو إصلاح الأضرار الواقعة، وإنما اتسع ليشمل وظيفة أخرى أكثر أهمية ذات طابع وقائي تسعى بالأساس إلى منع وقوع الخسائر والأضرار أو التقليل من فرص حدوثها أو على الأقل التخفيف من نتائجها وآثارها إلى أدنى حد ممكن، وذلك بوضع نظام قانوني اتفاقي لمواجهة أي أضرار أو خسائر، والتعويض عنها بالقدر المعقول.

(1) محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد 1982، ص 175.

(2) حسن علي الذنون، المسؤولية المادية نظرية تحمل التبعية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مصر، عدد خاص، 1984، ص 21-56.

(3) عبد الحميد الشواربي، عز الدين الديناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 282.



إنّ المسؤولية الدولية القائمة على أساس نظرية المخاطر، هي مسؤولية ذات طابع وقائي قوامها العلاقة السببية بين المخاطر المستحدثة والنشاط المشروع للشخص الدولي المصدر.

أما الالتزامان الرئيسيان المفروضان بموجب هذه المسؤولية بشقيها الوقائي والعلاجي - فهما في الواقع التزامان أصليان، تترتب على الإخلال بهما التزامات تبعية في إطار القواعد القانونية، سواءً تعلقَت هذه الالتزامات التبعية بالقيام فوراً بتنفيذ الالتزام الوقائي المنتهك السابق على وقوع الأضرار، أو المرافق لها ويتمثل هنا بالواجب الوقائي العام وما قد يكتمل معه من التزامات أخرى بتنفيذ الالتزام العلاجي التالي على حدوث الأضرار والمتمثل بإصلاحها أو تعويضها<sup>(1)</sup>.

إن نظام المسؤولية المبنية على نظرية المخاطر يعد المعيار الأنسب والأكثر ملائمة للتطبيق في مجال ممارسة المنظمات الدولية لأنشطتها الخطرة المشروعة التي تهدد بوقوع أضرار يصعب أو يستحيل أحياناً إصلاحها سواء بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوعها أو بتعويضها مالياً، ذلك أن الاختصار على الالتزامات الثانوية المطبقة في مجال قواعد المسؤولية التقليدية الهادفة إلى جبر مثل هذه الأضرار عند حدوثها، لا يعد كافياً لمنعها أو الوقاية منها أو حتى التخفيف من آثارها الضارة.

ومن كل ذلك نستنتج أن فكرة المسؤولية المطلقة قد تم تبنيها من قبل القوانين المدنية للدول كما طبقتها المحاكم هناك، مما يدل ذلك على استقرار هذه الفكرة تشريعاً وقضاءً في الأنظمة القانونية المختلفة.

### المطلب الثاني: نظرية مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه

إنّ قاعدة مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، تجدد لها مجالا في نطاق القانون الدولي، وفي مجال العلاقات التي يظهر فيها نشاط المنظمات الدولية، وهو النشاط الذي قد يتم في صورة أعمال أو تصرفات غير مشروعة يأتيها موظفوها، وينجم عنها أضرار تلحق بالغير، وهذا يؤدي بالضرورة إلى قيام مسؤولية المنظمة الدولية، وتحملها تبعة الآثار والنتائج الناتجة عن تلك الأعمال والتصرفات.

وهذه المسؤولية لا تعتبر مسؤولية ذاتية عن خطأ شخصي وقع من المنظمة الدولية، وإنما تقوم مسؤولية المنظمة الدولية في هذه الحالة على أساس الخطأ الحاصل من الغير وهو الموظف التابع لها، وبذلك تكون متضامنة مع تابعها ومسؤولة قبل الغير المتضرر عن أفعال تابعها غير المشروعة<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> صلاح هاشم، المسؤولية الدولية عن المساس بسلامة البيئة البحرية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1991، ص 136.

<sup>(2)</sup> جمال طه ندا، مسؤولية المنظمات الدولية في مجال الوظيفة الدولية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1987، ص 81.

## 1- شروط نظرية مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه:

تتحقق المسؤولية بقيام علاقة تبعية بين منظمة دولية متبوع، وموظف دوليتابع، وبارتكاب الموظف الدولي حال تأدية وظيفته أو بسببها فعلا غير مشروع يحدث ضررا بالغير.

### أ- علاقة التبعية:

تتحقق علاقة التبعية إذا كان للمنظمة الدولية على الموظف الدولي سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه، فقوم هذه العلاقة، سلطة تتمثل في حق المنظمة الدولية في توجيه الموظف الدولي ومراقبته، والتزام الموظف بالانصياع للمنظمة الدولية في ذلك التوجيه وبالاتثال لها في هذه الرقابة.

فيشترط لقيام هذه العلاقة تحقق وجود السلطة الفعلية للمنظمة الدولية في رقابة موظفيها وتوجيههم والإشراف عليهم، وأكثر ما تنشأ علاقة التبعية في نطاق الوظيفة الدولية عن عقد الاستخدام، ولكن هذا لا يمنع من قيام هذه العلاقة على أساس نظم ولوائح التوظيف الخاصة بموظفي المنظمة الدولية. والعبرة في وجود علاقة التبعية بتحقيق السلطة الفعلية للمنظمة الدولية في الإشراف والتوجيه والرقابة على الموظف الدولي وقت ارتكاب الخطأ الذي يضر بالغير والذي يترتب ويعقد مسؤولية المنظمة الدولية في هذه الحالة.

### ب- خطأ الموظف الدولي في حالة تأديته وظيفته أو بسببها:

إذا قامت علاقة التبعية بين المنظمة الدولية والموظف الدولي على النحو المتقدم، فإن مسؤولية المنظمة الدولية تتحقق متى ارتكب الموظف خطأ أضر بالغير حال تأدية وظيفته أو بسببها فيشترط:

#### الشرط الأول- خطأ يرتكبه الموظف الدولي يضر بالغير:

لكي تقوم مسؤولية المنظمة الدولية يجب أن تتحقق مسؤولية الموظف الدولي أولاً، باعتبار أن المسؤولية الأولى فرع عن الثانية.

وحتى تقوم مسؤولية الموظف الدولي، يجب أن يثبت خطأ من جانبه، وأن يترتب علذلك ضرر يلحق بالغير، وأن تقوم علاقة السببية بين ذلك الخطأ وهذا الضرر. فيجب على المتضرر عند رجوعه على المنظمة الدولية أن يثبت خطأ الموظف التابع لها.

#### الشرط الثاني- وقوع الخطأ من الموظف الدولي حال تأدية الوظيفة أو بسببها:

من غير المتصور أن تقوم مسؤولية المنظمة الدولية، على وجه مطلق عن كل خطأ يرتكبه الموظف التابع لها، بل لابد أن توجد صلة بين العمل الذي يؤديه الموظف الدولي لمصلحة المنظمة الدولية وما ارتكبه من الخطأ أضر بالغير.

وتقتصر هذه الصلة على الخطأ الذي يرتكبه الموظف الدولي حال تأدية وظيفته أو بسببها، فهذا هو المعيار أو الضابط الذي يربط مسؤولية المنظمة الدولية بعمل الموظف التابع لها، ويبرر في الوقت ذاته هذه المسؤولية.

### ج- الخطأ في حال تأدية الوظيفة:

لا يقصد بارتكاب الخطأ في حال تأدية الوظيفة، مجرد الظرف الزماني والمكاني فقط، أي ارتكاب الموظف الدولي للخطأ في مكان العمل وزمانه بل المقصود هو أن يقع الخطأ من الموظف وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته.

### د- الخطأ بسبب الوظيفة:

يحدث أن يرتكب الموظف الدولي الخطأ وهو لا يؤدي عملاً من أعمال وظيفته، ولكن الوظيفة تكون هي السبب في ارتكابه لهذا الخطأ. فتكون المنظمة الدولية مسؤولة عنه في هذه الحالة، لأن هناك علاقة وثيقة بين الخطأ والوظيفة، إذ كانت الوظيفة هي السبب المباشر للخطأ. وتجرّد الإشارة إلى أن الخطأ الذي يوصف بأنه بسبب الوظيفة وفقاً لما هو مستقر عليه في فقه القانون الداخلي، هو ذلك الخطأ الذي لم يكن ليستطيع التابع الموظف الدولي ارتكابه، أو لم يكن ليفكر في ارتكابه لولا الوظيفة<sup>(1)</sup>. والمثال على ذلك عندما يتفق سائق السيارة التابعة لا إحدى المنظمات الدولية مع صديق له على أن يأخذ السيارة بغير علم المنظمة، وبدون إذن منها، وذلك للتنزه بها معاً أو لقضاء أمر شخصي لهما، ويرتكب السائق خطأً يترتب عليه إصابة صديقه بضرر معين فهنا لا تعتبر المنظمة صاحبة السيارة مسؤولاً عن خطأ السائق الذي يعمل موظفاً لديها، طالما أن المصاب كان يعلم أن السائق باصطحابه له على هذا النحو، قد خالف واجبات وظيفته<sup>(2)</sup>.

## 2- أحكام نظرية مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه:

هناك أحكام تختص بنظرية مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه تتمثل في مدى إمكان دفع المنظمة الدولية لمسؤوليتها، وكذلك في قيام مسؤولية المنظمة الدولية إلى جانب مسؤولية الموظف الدولي.

### أ- مدى إمكان دفع المنظمة الدولية لمسؤوليتها:

لا سبيل للمنظمة الدولية، إذا ما توافرت الشروط اللازمة لقيام مسؤوليتها أن تدفع أو تنفى هذه المسؤولية عن نفسها، بإثبات أنها لم ترتكب خطأً أو بإثبات أن الضرر كان واقعاً لا محالة ولو قامت

(1) جمال طه ندا، مرجع سابق ذكره، ص 88-89.

(2) سليمان مرقص، مشاركة المتضرر للتابع في ارتكاب الخطأ مع علمه بتجاوز التابع لحدود وواجبات وظيفته، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، العدد 31، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 180.

بواجبها في اختيار الموظف التابع لها ورقابته وتوجيهه، أي بإقامة الدليل على أنه كان يستحيل عليها منع الفعل غير المشروع الذي صدر من تابعها.

ويلاحظ أن مسؤولية المنظمة الدولية لا تقوم إلا إذا تحققت مسؤولية الموظف الدولي الذي يتبعها فإذا انتفت مسؤولية الموظف نفسه، انتفت كذلك مسؤولية المنظمة، ويحدث ذلك عندما يثبت أن الموظف الدولي قد ارتكب الفعل غير المشروع وهو في حالة عدم تمييز بغير خطأ منه، أو إذا انتفت علاقة السببية بين خطأ الموظف وبين الضرر، بإثبات وتحقيق السبب الأجنبي الذي نتج عنه ذلك الضرر. غير أنه لا يمكن القول في هذه الحالات، بأن المنظمة الدولية قد دفعت المسؤولية عن نفسها بعد أن توافرت شروطها، إذ الصحيح هو أن مسؤوليتها لم تتحقق ولم تقم أصلاً، لعدم توافر أحد شروطها، وهو شرط تحقق مسؤولية الموظف الدولي. أما إذا توافرت الشروط مسؤولية المنظمة الدولية، ومنها شرط تحقق مسؤولية التابع فلا سبيل للمنظمة الدولية إلى دفع المسؤولية عن نفسها.

#### ب- قيام مسؤولية المنظمة الدولية إلى جانب مسؤولية الموظف الدولي:

إن مسؤولية المنظمة الدولية إنما تقوم، استناداً، وتبعاً، لمسؤولية الموظف الدولي وهي المسؤولية الأصلية، فالفعل غير المشروع الذي أضر بالغير، لأمر قد صدر من الموظف الدولي بعد أن ثبت توافر أركان المسؤولية جميعها في حقه.

ويبنى على ذلك أن يكون هناك مسئولان عن تعويض الضرر الذي أصاب المضرور، الموظف الدولي والمنظمة الدولية، والمتضرر يكون له الخيار إما أن يرجع على الموظف، وإما أن يرجع على المنظمة، وإما أن يرجع عليهما معاً لأنهما متضامنان أمامه في إلزامها بتعويض الضرر.<sup>(1)</sup>

فإذا أثر المتضرر الرجوع على الموظف الدولي، واقتضى منه التعويض المستحق، فلا يملك الموظف الرجوع على المنظمة الدولية، لا بكل ما دفعه ولا ببعضه بحسب الأحوال، ذلك أن مسؤولية المنظمة الدولية لم تتقرر إلا لمصلحة المتضرر وحده ومن أجل ضمان حصوله على حقه، وبالتالي فلا يجوز للموظف الدولي أن يستفيد من ذلك.

وكذلك فإنه إذا ما رجع المتضرر على المنظمة الدولية، فللمنظمة أن ترجع بما دفعته على الموظف الدولي تابعها، ولا يستطيع الأخير أن يحتج أيضاً على المنظمة الدولية بأن المسؤولية عن الضرر الذي أحدثه للغير تقع على عاتق المنظمة، لأن هذه المسؤولية لم تتقرر إلا لصالح المتضرر، وبالتالي فلا يملك الموظف الذي أحدث الضرر الاحتجاج بها.<sup>(2)</sup>

<sup>(1)</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ نشر، ص 147.

<sup>(2)</sup> جمال طه ندا، مرجع سابق ذكره، ص 91.

والتساؤل الذي يثار بعد استعراض هذه الأسس جميعها يكمن في تحديد أي منها يصلح أساساً لمسؤولية المنظمات الدولية عن أعمالها و أعمال الموظفين التابعين لها؟  
من كل ما تم عرضه نلاحظ وفي رأي الشخصي: أن نظرية المخاطر كأساس للمسؤولية الدولية أكثر ملائمة مع التطور التكنولوجي لأن إثبات عدم شرعية الفعل المقترف يستعصي غالباً عن الإثبات مما يسهل التملص من المسؤولية بحجج يصعب دحضها.

### الخاتمة

من خلال هذا البحث توصلت إلى النتائج التالية:

- 1- نجد في أسس المسؤولية المتمثلة بالمسؤولية التضامنية ونظرية الخطأ ونظرية المخاطر ونظرية مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه أفكاراً لا يمكن تفصيل إحداها على الأخرى، لأن لكل منها مجال تطبيق مغاير ومختلف عن الأخرى، وبمعنى آخر أن لكل نظرية يمكن أن تفسر حالة معينة من حالات مسؤولية المنظمات الدولية، ويتعذر اعتبار أي منها بمفردها أساساً صالحاً لهذه المسؤولية وفي جميع حالاتها، ومن هذا المنطلق قد توصلت النتائج الآتية.
- 2- إن نظرية المسؤولية الجماعية تقوم على أساس التزام الجماعة بتحمل تبعية التصرفات الضارة لأفرادها.
- 3- إن فكرة نظرية الخطأ تعد أساساً لمسؤولية المنظمات الدولية، في حال إثبات هذا الخطأ.
- 4- نظرية المخاطر تستند عليها المسؤولية عن الأنشطة الخطرة المشروعة فقط، أما الأنشطة الأخرى غير الخطرة فلا تدخل في مجال تطبيق هذه النظرية.
- 5- إن نظرية مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه لا تعتبر مسؤولية ذاتية عن خطأ شخصي وقع من المنظمة الدولية، وإنما تقوم على أساس الخطأ الحاصل من الغير وهو الموظف التابع لها.
- 6- إن من مصلحة المنظمات الدولية والدول النامية أو الأقل نمواً المطالبة بالتشديد من قواعد المسؤولية الدولية وذلك بتأسيسها على فكرة المخاطر، وتبني المسؤولية الموضوعية في مجال التعامل بالأنشطة الخطرة التي تحتكرها إلى حد بعيد الدول المتقدمة، والدعوى إلى ضرورة عقد المعاهدات والاتفاقيات الدولية في هذا الخصوص.

## المصادر والمراجع

- 1- جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عناصر الضرر، مطابع جامعة الموصل، بغداد، 1984.
- 2- جمال طه ندا، مسؤولية المنظمات الدولية في مجال الوظيفة الدولية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1987.
- 3- حامد سلطان، عائشة راتب، صلاح عامر، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.
- 4- رشاد عارف السيد، المسؤولية الدولية عن أضرار الحرب العربية الإسرائيلية، دار الفرقان، عمان، 1984.
- 5- صلاح هاشم، المسؤولية الدولية عن المساس بسلامة البيئة البحرية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1991.
- 6- عبد الحميد الشواربي، عز الدين الديناصورى، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- 7- عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، دار النهضة، القاهرة، 1966.
- 8- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ نشر.
- 9- عبد المجيد الحكيم، الموجز في القانون المدني، مصادر الالتزام، مطبعة الندم، بغداد، 1977.
- 10- محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1972.
- 11- محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد، 1982.

## الرسائل العلمية:

- 12- رياض يلدا لوشانا، المسؤولية الدولية عن أنشطة الفضاء الخارجي، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة بغداد، 1991.
- 13- صلاح هاشم، المسؤولية الدولية عن المساس بسلامة البيئة البحرية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1991.

## البحوث:

14- حسن علي الذنون، المسؤولية المادية نظرية تحمل التبعية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مصر، عدد خاص، 1984

15- سليمان مرقص، مشاركة المتضرر للتابع في ارتكاب الخطأ مع علمه بتجاوز التابع لحدود وواجبات وظيفته، بحث منشور بمجلة القانون والإقتصاد، العدد 31، القاهرة، بدون سنة نشر.  
الأحكام الدولية:

16- موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة من محكمة العدل الدولية، قضية مضيق كورفو، 1949.

المصادر الإنجليزية:

-PuaI Reuter, La responsabilite International, faculte de droit de paris, 1955-1956