

مجلة دراسات قانونية



إبريل. 2020م

العدد: السادس والعشرون

مجلة دورية مُحكمة متخصصة

تُعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية

تصدر ثلاث مرات في السنة عن كلية القانون - جامعة بنغازي

في هذا العدد:

- الطلاق المعلق على شرط.
- المتاجرة في الآثار بين الحظر والتقييد «دراسة قانونية».
- إلغاء النص الجنائي الموضوعي لعدم الدستورية «الأسباب والآثار».
- المُختَصَرُ في بعض أحكام كورونا المُنتَشِرُ.
- أحكام الترقية في الوظيفة العامة «دراسة في ضوء نصوص قانون علاقات العمل رقم 12 لسنة 2010م».

مجلة دراسات

قانونية

مجلة دورية محكمة متخصصة

تعنى بالبحوث والدراسات القانونية

والقضائية

تصدر ثلاث مرات في السنة

عن كلية القانون – جامعة بنغازي

د. سلوى فوزي الدغيلي- عميد كلية القانون

المشرف العام للمجلة.

هيئة تحرير المجلة:

**أ.د. سعد خليفة العبار- رئيس هيئة
تحرير المجلة.**

**د. ماشاء الله عثمان الزوي – مدير
تحرير المجلة.**

د. عبد اللطيف عبد الحميد ماضي.

أ. أحمد جمعة القبائلي.

أ. صابر فائز الورفلي.

قواعد النشر بالمجلة

- ❖ أصالة العمل المقدم من حيث فكرته ومنهجيته إعداده وأن يكون قد أعد وفقاً للمعايير والضوابط المنهجية الشكلية والموضوعية المتعارف عليها في الدراسات الأكاديمية الحديثة.
- ❖ ألا يكون العمل المقدم قد سبق نشره أو قدم للنشر في أي مطبوعة أخرى أو مستلاً من دراسة أو بحث أو رسالة أو أطروحة سابقة.
- ❖ تخضع الأعمال المقدمة للنشر للتقويم السري من قبل خبراء وأكفاء من المتخصصين في مجال العمل المقدم للنشر ويعاد العمل لمعهده في حال طلب تعديله أو تنقيحه.
- ❖ تحفظ المجلة بحقوقها في تحديد أولوية النشر. بحسب خطة النشر المتبعة في المجلة وأهمية العمل المقدم والظروف والمناسبات ذات العلاقة بتخصص المجلة.
- ❖ يجب أن يحمل العمل اسم معده ويرفق به ملخص موجز عن سيرته الذاتية وجهة عمله وما سبق له نشر من دراسات وبحوث.
- ❖ تخضع الأعمال المقدمة للنشر للقواعد القانونية الخاصة بالمسؤولية الأدبية والملكية الفكرية وما تضمنته هذه الأعمال يعير فقط آراء وأفكار كتابها ولا يعكس البيئة في موقف أو توجه للمجلة.
- ❖ يقدم العمل من نسختين، مصحوبة بقرص مدمج (CD) ولا تلتزم المجلة بإعادة أي عمل قدم لها سواء نشر أو لم ينشر، وفي حالة نشره بالمجلة لا يجوز لمقدمة إعادة نشره في أي مطبوعة أخرى.
- ❖ يفضل ألا يزيد حجم العمل على (30) صفحة بما في ذلك الهوامش وقائمة المصادر والصور ووسائل الإيضاح المرفقة.
- ❖ ترتيب المصادر التقائياً في نهاية البحث بحسب أسم الشهرة للمؤلف: كما يلي مثلاً: سراج (محمد أحمد) : ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، ط1990، م دار الثقافة، القاهرة، ويشار للمصدر باختصار في هوامش البحث، هكذا: سراج:ص105، فإن كان للمؤلف أكثر من مصدر استعمله الباحث فيقرن باسم شهرته اسم الكتاب.
- ❖ أن يتضمن البحث المستخلص بالعربية والانجليزية لا يزيد عدد كلماتها عن 150 كلمة.
- ❖ أن يحتوي على الكلمات المفتاحية.

تنبيهه: البحوث والدراسات التي تنشر بهذه المجلة يعبر عن رأي كاتبها فحسب، وليس بالضرورة أن تكون معبرة عن رأي المجلة.

المراسلات تُقدم باسم رئيس هيئة التحرير على

العناوين الآتي:

كلية القانون / جامعة بنغازي.

مبنى الإدارة بكلية القانون / جامعة بنغازي.

Email: Saadkhhh@yahoo.fr.

Email: Law@benghazi.edu.ly.

Telephone: +218 (61) 222 9029.

Website :Law.benghazi.edu.ly.

مجلة دراسات قانونية كلية القانون- جامعة

Facebook: بنغازي

(ثبت المحتويات)

توطئة العدد:

- 13..... افتتاحية العدد.

أ.د. سعد خليفة العبار.

أولاً. البحوث والدراسات:

- 17..... الطلاق المعلق على شرط.

أ.د. سعد خليفة العبار + د. مصطفى عبد الفتاح العريبي.

- 63..... المتاجرة في الآثار بين الحضر والتقييد " دراسة قانونية".

د. فرج سليمان حمودة.

- 99..... إلغاء النص الجنائي الموضوعي لعدم الدستورية "الاسباب والآثار".

د. طارق محمد الجملي.

- 157..... المُختَصَرُ في بعض أحكام كورونا المُنتَشِرُ.

د. معتز عبد الوهاب بالعجول.



العدد 26

مجلة دراسات قانونية

• أحكام الترقية في الوظيفة العامة " دراسة في ضوء نصوص قانون علاقات

العمل رقم 12 لسنة 2010م".....201

د. عبد اللطيف عبد الحميد ماضي.

ثانياً. المرفقات ::

• نموذج مشاركة بالمجلة.....237

• نموذج خاص بتقديم المقترحات والملاحظات.....239

(افتتاحية العدد)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، خلق اللوح والقلم، وخلق الخلق من عدم ودبر الأرزاق والآجال بالمقادير وحكم، وجمل الليل بالانجوم في الظلم والصلاة والسلام على خير البرية، سيدنا ونبينا وإمامنا محمد بن عبد الله اللهم إنا نشهد أنه قد بلغ الأمانة، وأدى الرسالة كما أمرته، وتركنا على المحجة البيضاء، ليلها كنهارها، لا يزيغ عنها إلا هالك، وعلى صحبه الأخيار الأطهار وآل بيته الأبرار ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين أعطر سلام وأفضل صلاة، وبعد:

فها هي مجلة دراسات قانونية تواصل مسيرتها، رغم ما تكابده من صعاب ذكرنا للقارئ الكريم طرفا منها في إعدادنا السابقة، وزادت اليوم بما اجتاح العالم من وباء، عطل سبل الحياة والتواصل، ومع هذا فالمجلة أبت التوقف عن الصدور، وها هي اليوم تتحف القارئ الكريم بعددها هذا حاملة إليه فيه مائدة من البحوث العلمية الرصينة، تناولت جوانب من العلوم الشرعية والفنون القانونية، من دراسة تتعلق بأحكام الطلاق المعلق، وهو صيغة من الفرقة بين الزوجين كثير استعمالها، وتشعبت الأقوال الفقهية والتوجهات القانونية في بيان حكمها، إلى دراسة تناولت موضوع المتاجرة في الآثار كونه تعديا على تراث الأمة، في هذا الزمن الذي كثير فيه التعدي عليها، فبينت أحكامه وضوابطه، إلى بحث جد رصين عرض لمسألة قانونية شائكة، فقلبها من جوانبها، تناول فيه الباحث مسألة إلغاء النص الجنائي لعدم دستوريته، عارضا أسباب الإلغاء وآثاره، وعرضت دراسة

أخرى لجوانب مما يتعلق بما استجد من نوازل فقهية لما حل بالعالم من جائحة الكورونا، مما كثر التساؤل عن حكمه الشرعي، أما البحث الأخير فقد تناول أحكام الترقية في قانون علاقات العمل في ليبيا.

وهيئة التحرير إذ تقدم هذا العدد للقارئ الكريم تأمل منه أن يشملها بكرمه في التغاضي عما به من هفوات، وتكون جد شاكرة له لو نهبها إليه كما تتقدم بجزيل الشكر السادة الباحث الذين تشرفت المجلة بنشر اسهاماتهم البحثية، وتعددهم بأن تكون المجلة مفتوحة على الدوام لأعمالهم العلمية، كما تدعو السادة الباحث في العلوم الشرعية والقانونية للإسهام في الأعداد القادمة بما يجودون عليه للمجلة من دراسات في الفنون الشرعية والقانونية.

نسأل المولى عز وجل في علاه أن يمن علينا بكرمه، وأن يشملنا بعفوه ورحمته، وأن يزيح عن كاهل أهل الإسلام ما يعانونه من ضيق وقنوط، إنه على ما يشاء قدير، إنه نعم المولى ونعم النصير، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

أ.د. سعد خليفة العبار
رئيس هيئة تحرير المجلة

أولاً: البحوث

والدراسات

الطلاق المعلق على شرط

أ.د. سعد خليفة العبار (1) د. مصطفى عبد الفتاح العربي (2)

divorce suspended on a condition

Dr. Mostafa A Al-Oribi

Dr. Saad Khalifa Al-abbar

ملخص البحث

يهدف هذا البحث إلى دراسة مسألة: (الطلاق المعلق على شرط) لبيان حكمه الشرعي والقانوني؛ لأنه الأكثر وقوعاً في الحياة العملية، ويقرر أنه لم يرد في مسألة الطلاق المعلق نص قاطع، أو إجماع بشأنها في أي عصر على قول واحد، فهي مسألة اجتهادية، تركت لاجتهاد علماء كل عصر، بحسب ما يتبين لهم من مصلحة عامة في ذلك، بحسب كثرة الوقائع والظروف وأحوال الزوجين.

Abstract

This research aims to study the question: (divorce suspended on a condition) to explain its legal and legal ruling, because it is the most occurring in practical life, and it is decided that in the era of suspended divorce there was no conclusive text, or consensus on it in any age on one saying, it is a matter of judgment. It was left to the diligence of scholars of every age, according to what is clear to them of a general interest in that, according to the numerous facts, circumstances and conditions of the spouses.

الكلمات المفتاحية: طلاق معلق- شرط- طلاق منجز- زوج- زوجة- أحوال شخصية.

¹ - عضو هيئة التدريس بقسم الشريعة الإسلامية بكلية القانون بجامعة بنغازي.

² - عضو هيئة التدريس بقسم الدراسات الإسلامية بكلية الآداب بجامعة بنغازي.

المقدمة

أ. تمهيد يهدف إلى وضع المشكلة في إطارها العام:

شرع الله الزواج مودة بين الزوجين وسكناً، فعظم شأنه وفخم أمره، فهو سنة الله في خلقه، يتحقق من خلاله الخلافة والعمارة في الأرض، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً﴾⁽³⁾، وقد جاء شرع الله للزواج تلبية لاحتياجات البشر المشروعة الجسدية والنفسية، وهو سنة الرسول ﷺ، بل هو مباح بكثرة العدد بالتناكح يوم القيامة ولكن الوجع قد يعترى هذه الرابطة التي أباحها الله، فلا بد إذا من خلاص، فجعل الله الطلاق غنى وسعة، فقال تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾⁽⁴⁾.

وقد جاء ذكر الطلاق وأحكامه ثلاث عشرة مرة في القرآن الكريم، بل جاءت سورة كاملة باسمه، وقد رفع تعالى الإثم عن فاعله؛ لمسييس الحاجة إليه، ولكن الإباحة ليست على إطلاقها؛ لأن دفع المفسد هو القاضي في تشريعه؛ لفساد العلاقة بين الزوجين، وتعذر الإصلاح بينهما، فكان الطلاق ملاذاً من زوجية موسومة بالنفرة والضعينة، ما يمنعهما من الاستمتاع بابتداء علاقة أخرى استجابة لحاجاتهما الجسدية وفي الوقت نفسه اتخذت الشريعة تدابير للحد من الطلاق بوضع قيود، سواء أكانت في عدد الطلقات، أم في وقته ولفظه ونيته.

ب. تحديد مشكلة البحث:

لاشك أن تعليق الطلاق موضوع تباينت فيه آراء العلماء واختلفت، والحاجة إلى بيان حكمه في زماننا زادت وألحت، بسبب شيوع وقوعه وتعدد صيغه، ولجهل أزواج كثر لحكمه شرعاً، وعدم إدراكهم لخطورته، وربما يبدو الطلاق المعلق أكثر

³ - سورة النساء: الآية 1.

⁴ - سورة النساء: الآية 130.

صور الطلاق وقوعا في الحياة العامة، إذ قلما يخلو منه مجلس أو جدال أو معاملة تجارية، فهذا يحلف بالطلاق ليؤكد صدق قوله، وذاك يهدد غيره بالطلاق بأذى يوقعه به، إن فعل كذا أو لم يفعل كذا، وهذا تاجر يحلف بالطلاق أن بضاعته جيدة لا غش فيها، وذاك يعزم على زوجته أن تفعل كذا، أو يهددها بإيقاع الطلاق إن لم تفعل كذا وهذا يتخذ من الحلف بالطلاق عادة تجري على لسانه، كلما حدث غيره، وهكذا.

وهذا الطلاق المعلق؛ لأنه الأكثر وقوعا، فإن مسيس الحاجة إلى بيان حكمه الشرعي والقانوني، فهل نقول بوقوعه فنهدم أسرة بسبب زوج حلف بالطلاق على أمر لا علاقة له بالزوجية، ولم يبدر من زوجته ما يستدعي منه ايقاعه؟ أم لا نقول بوقوعه ونبيح للزوج الاستهتار بأمر الطلاق، فيردد لفظه كلما عن له؟

لقد صور العلامة محمد أبو زهرة الحال في هذه المسألة بقوله: "الناس يحلفون بالطلاق في أنفه الأمور وأكبرها، فعمت بهذا البلوى، حتى صاروا في حرج شديد فإنهم بين أن يستهينوا بالمحرمات فيجتروحوها، فيعيشوا بين أزواجهم عيشة يعتقدون حرمتها، وبين أن يحرّموا أزواجهم عليهم إذا وصل العدد إلى الثلاث، ويحتالوا للتحليل، وفي كل هذا مفاسد؛ فكان لا بد من علاج، وفي الفقه الإسلامي متسع لذلك"⁽⁵⁾.

ج. أسئلة البحث:

1. ما مشروعية الطلاق المعلق؟
2. ما أقسام الطلاق المعلق؟ وما يترتب على تنوع أقسامه؟
3. ما أنواع الشرط الذي يعلق عليه الطلاق؟
4. وما الآثار المترتبة عليه، وما حكمه شرعا وقانونا؟

⁵ - الأحوال الشخصية: ص 301.

د. خطة البحث:

جاء هذا البحث في مطالب أربعة، تماشياً مع أسئلته، نعرض في أولها لبيان ماهية الطلاق المعلق في اللغة والاصطلاح مع التعرّيج على أنواعه، وفي ثانيها نتناول شروط الطلاق المعلق وأثاره، وفي الثالث نبين حكمه الشرعي بحسب الأقوال الفقهية وبعد عرض أدلتها ومناقشتها نخلص إلى ما نرجحه منها، ونخصص الأخير لبحث المسألة من ناحيتها القانونية، بعرض ما جنت إليه التشريعات العربية فيها من قول لنختم البحث ببعض مما انتهينا إليه من نتائج وتوصيات، ونحن إذ نكتب هذا نسأل الله العون والسداد والتوفيق، إنه على ما يشاء قدير.

المطلب الأول

ماهية الطلاق المعلق

الأمر يوجب قبل التعرض لأحكام الطلاق المعلق بيان مفهومه، وهذا يقتضي منا بيان معنى التركيب "الطلاق- المعلق"، كل لفظ منه على انفراد في اللغة والاصطلاح، وبيان معناه التركيبي بعد ذلك، ثم تناول ما جرى عليه أهل العلم فيه من تقسيم لأصنافه، تمهيدا لبيان حكمها شرعا وقانونا في المطالب التالية.

ماهية الطلاق:

الطلاق لغة حل الوثاق وإزالة القيد، مشتق من الإطلاق، وهو الإرسال والترك، يقال: ناقة طلق أي حرة غير مقيدة، تركت ترعى حيث تشاء⁽⁶⁾، جاء في تاج العروس: "طلاق المرأة يكون بمعنيين: أحدهما حل عقدة النكاح، والآخر بمعنى الترك والإرسال⁽⁷⁾، وجاء في معجم مقاييس اللغة: الطاء واللام والقاف أصل

⁶ - النسفي: ص144، القونوي: ص155.

⁷ - المرتضى الزبيدي: ج26، ص91.

صحيح، يدل على التخلية والإرسال، ومنه قولهم: امرأة طالق إذا طلقها زوجها وناقاة طالق إذا أرسلت ترعى حيث شاءت⁽⁸⁾.

وأصل الطلاق التخلية من الوثاق، يقال: أطلقت البعير من عقاله وطلقته، فهو طالق، ومنه استعير طلقت المرأة أي خليتها، فهي طالق⁽⁹⁾، وقد ورد هذا كثيرا في الكتاب الكريم، ومنه قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁽¹⁰⁾، وقوله: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾⁽¹¹⁾.

وبهذا فطلاق النساء لغة لمعنيين، أحدهما حل عقدة النكاح، والآخر بمعنى التخلية والإرسال، حيث يقال للإنسان إذا أعتق طليق، أي صار حرا، وأطلق الناقاة من عقاله وطلقها إذا فكه، وأطلقه من السجن أو الأسر فهو طليق ومطلق، والطلاق والتطليق حل العقد⁽¹²⁾.

ولم يخرج تعريف الطلاق في الاصطلاح عن معناه اللغوي، حيث قال ابن أبي الفتح البعلي الحنبلي: "الطلاق شرعا حل قيد النكاح، وهو راجع إلى معناه لغة، لأنه من حُل قيد نكاحها فقد حُلِّيت"⁽¹³⁾، وبناء على هذا عرفه الأقدمون بأنه "حل قيد النكاح"⁽¹⁴⁾، وعرفه بعض المعاصرين بتعريف أكثر تفصيلا فقال هو "رفع قيد النكاح في الحال أو في المال بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو ما في معناها"⁽¹⁵⁾.

وهذا التعريف اللغوي والاصطلاحي للطلاق يشمل صورته كافة، سواء كان قد أوقعه الزوج، وهو ما ينبغي قصر اصطلاح الطلاق عليه، أم تطليقا أوقعه

⁸ - ابن فارس: ج3، ص420.

⁹ - الراغب الأصفهاني: ص523.

¹⁰ - سورة البقرة: الآية 230.

¹¹ - سورة الطلاق: الآية 1.

¹² - ابن منظور: ج10، ص226-231.

¹³ - ابن أبي الفتح البعلي: ص333.

¹⁴ - ابن قاضي شهبة: ج3، ص217، البهوتي: كشف القناع، ج5، ص232، ابن عابدين: ج3، ص226، الشوكاني: السيل الجرار،

ص400، ابن حجر: فتح الباري، ج9، ص346، ابن حزم: ج9، ص358، ابن قدامة المقدسي: المغني، ج8، ص234.

¹⁵ - أبو زهرة: ص279.

القاضي حكما منه في دعوى رفعت إليه بسبب عدم إنفاق، أو غيبة أو حبس زوج أو أسرته، أو بسبب ضرر أوقعه أحد الزوجين بالآخر، أو لإساءته عشرة شريكه في الحياة الزوجية، أو لعيب بأحدهما أخل بمقصود الزواج وغاياته، أو لإيلاء أو هجر أو لعان، أو ظهار، أم هو فسخ للعقد لأسباب نص عليها الفقهاء على سبيل الحصر بعضها مقارن للعقد، وبعضها طراً عليه بعد إبرامه، أم هو خُلْعٌ وقع إنهاءً للعقد باتفاق الزوجين، مقابل عوض يأخذه الزوج من زوجته.

ولكن الحق يقتضي قصر الطلاق على ما أوقعه الزوج بإرادته المنفردة وهذا ما نعنيه هنا، وذلك ليس لأن تلك الصور من الفرقة بين الزوجين قد خصت باصطلاحات، وليس لأن الطلاق المعلق هو الأكثر وقوعاً في الحياة العملية، وإنما لأن غيره يوقعه القاضي بحكم منه فاصل في النزاع، يحق لمن لم يرتضيه الاعتراض عليه بسلوك ما يخوله له القانون من طرق طعن، كما أن كل صور الفرقة بين الزوجين، بخلاف ما يقع منها بإرادة الزوج المنفردة، لا يصح تعليقها بالشرط، بما في ذلك الخلع، فإنه لو وقع معلقاً كان وعداً به وليس خلعاً.

الحكم الشرعي للطلاق:

الطلاق مشروع، ثبتت مشروعيته بالكتاب الكريم والسنة والاجماع، فمن أدلة مشروعيته من الكتاب قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁽¹⁶⁾، وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾⁽¹⁷⁾، وقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾⁽¹⁸⁾، ولم يكتف الكتاب الكريم ببيان مشروعية الطلاق، بل بيّن كذلك شيئاً من آثاره من رجعة

¹⁶ - سورة البقرة: الآية 229.

¹⁷ - سورة البقرة: الآية 231.

¹⁸ - سورة البقرة: الآية 236.

وسكنى وعدة ورضاع ونفقة، وحدد عدد مرات وقوعه، وغير ذلك من أحكامه، مما يدل على أصل مشروعيته، فلو لم يكن الطلاق مشروعاً، ما بين القرآن أحكامه الفرعية.

ومن السنة النبوية مما يدل على مشروعية الطلاق ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته، وهي حائض، فذكر عمر رضي الله عنه ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم، فتغيظ منه رسول الله صلى الله عليه وسلم، ثم قال: "مُر عبد الله فليراجعها، ثم يمسكها حتى تطهر، ثم تحيض فتطهر، فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها طاهراً قبل أن يمسها، فتلك العدة التي أمره الله عز وجل"⁽¹⁹⁾، ومنها قوله صلى الله عليه وسلم: "ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق"⁽²⁰⁾، وعن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها⁽²¹⁾، وقد وردت أكثر أحكام الطلاق في السنة الشريفة، حتى أن مجال الاجتهاد بصدد هو أضيق منه من غيره من الأبواب الفقهية، ولو لم يكن الطلاق مشروعاً لما بين صلى الله عليه وسلم كل هذه الأحكام له.

ولا أدل على مشروعية الطلاق من أنه لم يخل أي من المدونات الحديثية من صحاح وسنن وموطآت ومسانيد وأجزاء ومصنفات وغيرها من تخصيص كتاب أو باب فيها، يُجمع فيه ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن صحابته وبعض التابعين من أحاديث وأثار تتعلق بأحكام الطلاق.

وقد أجمع علماء الأمة على مشروعية الطلاق، ولم يثبت عن أحدهم قول ولو كان شاذاً أو مرجوحاً أو ضعيف النسبة إليه، خلاف ذلك. قال العلامة المالكي ابن رشد: "أجمع المسلمون على أن الطلاق يقع إذا كان بنية ولفظ صريح"⁽²²⁾

¹⁹- صحيح البخاري: كتاب الطلاق، باب سورة الطلاق، حديث رقم 4908، صحيح مسلم: كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، حديث رقم 1471.

²⁰- سنن أبي داود: كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق، حديث رقم 2177.

²¹- سنن ابن ماجه: كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، حديث رقم 2016.

²²- ج 2، ص 74.

وقال ابن عابدين الفقيه الحنفي: "الأمة من الصحابة والتابعين وأئمة السلف من أبي حنيفة والشافعي وأصحابهما أجمعت على أن طلاق المكف واقع"⁽²³⁾.

ماهية تعليق الطلاق:

التعليق مشتق من الفعل علّق، بتشديد اللام، يقال: علّق الشيء تعليقا إذا جعله معلقا⁽²⁴⁾، وعلق الشيء بالشيء؛ أي أناطه به، ومنه المعلقة من النساء، وهي تلك التي لم ينصفها زوجها، ولم يُخل سبيلها، فتركها لا هي أيّم، ولا هي ذات بعل وبهذا المعنى وردت المعلقة في قوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾⁽²⁵⁾.

وفي الاصطلاح يراد بالتعليق ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى⁽²⁶⁾، فالتعليق هو ترتيب وقوع أمر على حصول أمر آخر في المستقبل بأداة من أدوات الشرط أو ما في معناها، وهو ليس خاصا بالطلاق، فهو يقع فيه ويقع في غيره، من أمثله في غير الطلاق قول أحدهم: إن لم تسدد لي الدين فسأفعل كذا"، ومن أمثله في الطلاق قول الرجل لزوجته: "إن ولدت بنتا فأنت طالق" ونظير هذا⁽²⁷⁾.

والتعليق في المعاملات في أصله مشروع، ومع هذا فإنه لا يجوز في الزواج، لأنه يصير النكاح خطبة، وهي وعد بالزواج وليست زواجا، فلا يترتب عندئذ عليها آثار عقد الزواج، بينما يعد الطلاق من التصرفات الجائز تعليقها بالشرط⁽²⁸⁾، ومع أنه لم يرد في تجويزه نص صريح، لكن الأصول والقواعد الفقهية

²³- ج3، ص229.

²⁴- الرازي: ص216، المرتضى الزبيدي: ج26، ص200.

²⁵- سورة النساء: الآية 129.

²⁶- ابن نجيم: ج4، ص2.

²⁷- ابن قيم الجوزية: ج4، ص74، البيهوتي: كشف القناع، ج5، ص285.

²⁸- ابن نجيم: ج4، ص2، ابن رشد: ج3، ص100، ابن قدامة: الكافي ج3، ص126، الزركشي: ج1، ص375.

تقره، قال الزركشي: "ما يقبل التعليق على الشرط، ولا يقبل الشرط، هو الطلاق"⁽²⁹⁾، وقال ابن قدامة: "يصح تعليق الطلاق بشرط، كدخول الدار ومجيء زيد ودخول سنة، فإن علقه بشرط تعلق به"⁽³⁰⁾.

وعند النظر في المدونات الفقهية نجدها تزخر بذكر المسائل الفرعية والتطبيقات لتعليق الطلاق، وبيان أحكامها، وأحيانا افتراض مسائلها، ومن أمثلتها التعليق على الحمل أو الحيض أو الولادة أو الخروج من المنزل أو على زيارة أحد الأبوين أو الإخوة، ولم يقتصر الأمر على بيان حكم التعليق على ما هو محتمل الحدوث في المستقبل بل طال حتى ما هو نادر ومستحيل الحدوث في المستقبل كخروج الشمس من مغربها، أو عودة ميت إلى الحياة، وما شابه هذا.

أقسام الطلاق بالنظر لصيغته:

أيا كانت الصيغة التي صدر بها الطلاق عن الزوج، سواء كانت لفظاً أم كتابة أم إشارة، فإنه يمكن تقسيم الطلاق إلى أقسام ثلاثة، بحسب اقتران الصيغة بشرط أو إضافتها إلى زمن مستقبل أو عدم ذلك، وبناء على هذا فالطلاق يكون منجزاً أو مضاف الصيغة أو ذا صيغة معلقة.

وتكون صيغة الطلاق منجزة إذا قصد به إيقاع الطلاق فوراً، وذلك بأن خلت صيغته من الإضافة إلى زمن مستقبل، وخلت أيضاً من التعليق على حصول أمر في المستقبل، كقول الزوج لزوجته: أنت طالق، أو لقد طلقتك، ولا علاقة هنا لوقت إيقاع الطلاق، سواء وقع قبل الدخول أم وقع بعده، وسواء كان الطلاق رجعياً أم بانناً بينونة صغرى أو كبرى، والأصل أن هذا الطلاق المنجز الصيغة يقع حالاً وبمجرد التلفظ به، وتترتب عليه آثاره بحسب ما كان رجعياً أم بانناً، وقع قبل الدخول أم بعده، بشرط أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق، والمرأة محلاً

²⁹- الزركشي: ج1، ص375.

³⁰- الكافي في فقه الإمام أحمد: ج3، ص126.

لوقوعه⁽³¹⁾، فالطلاق المنجز ينعقد سبباً للفرقة في الحال، ويعقبه أثره دون تراخٍ، ما دام مستوفياً لشروطه، ولهذا إذا قال لها: أنت طالق، طلقت للحال، وبدأت عدتها. وتكون صيغة الطلاق مضافة عند إضافتها إلى زمن مستقبل، وذلك إذا كانت مقرونة بوقت مستقبل، يقصد الزوج وقوع الطلاق عند حلوله، كما لو قال لزوجته: أنت طالق غداً، أو الخميس القادم، أو بعد شهر، أو رمضان القادم، وهكذا، سواء كان هذا الطلاق صدرت صيغته قبل الدخول أم بعده، وساء كان رجعيًا أم بائنًا وحكم هذا الصنف من الطلاق أنه لا يقع في الحال، وإنما في الوقت الذي أضيف إليه، وذلك بشرط أن تكون المرأة محلاً لوقوع الطلاق عليها عند حلول الوقت الذي أضيف إليه، وأن يكون الزوج أهلاً لإيقاعه عند صدوره⁽³²⁾.

وتكون صيغة الطلاق معلقة إذا رتب الزوج وقوع الطلاق على حصول أمر في المستقبل، كما لو قال لزوجته: إن ولدت بنتاً فأنت طالق، أو إن خرجت من البيت دون علمي فأنت طالق، أو عليّ الطلاق سأفعل كذا أو لن أفعل كذا⁽³³⁾.

أقسام الطلاق المعلق:

الطلاق المعلق ليس صنفاً واحداً، بل إنه ينقسم بحسب صيغته التي صدرت عن الزوج إلى أصناف ثلاثة، فهو قد يكون قسماً، وقد يكون شرطياً، وقد يحتل النوعين معاً.

فالطلاق المعلق القسمي هو ذلك الذي يريد فيه الزوج حمل زوجته على فعل أمر أو ترك أمر أو تصديقها له في خير ما أو تكذيبه، ومن أمثله قوله لها: إن كلمت فلانا فأنت طالق، قاصداً بهذا منعها من تكليمه⁽³⁴⁾. قال النووي: صورته: "ما

³¹- ابن جزى: ص 153، الرملي: ج 6، ص 450، الكاساني: ج 3، ص 129.

³²- الكاساني: ج 3، ص 132، ابن جزى: ص 153.

³³- ابن القيم: ج 4، ص 74، البيهوتي: كشف القناع، ج 5، ص 284.

³⁴- ابن القيم: ج 4، ص 74، آل سالم: ص 37.

تعلق به حث أو منع أو تحقيق خبر⁽³⁵⁾، كأن يقول لزوجته: إن خرجت من المنزل فأنت طالق، قاصداً منعها لا إيقاع الطلاق، أو أن يقول البائع للمشتري: عليّ الطلاق أن ثمنها كذا، قاصداً تصديق المشتري له، لا إيقاع الطلاق⁽³⁶⁾.

بينما الطلاق المعلق الشرطي هو ذلك الذي يقصد منه الزوج إيقاع الطلاق عند تحقق الشرط الذي علقه عليه، كما لو قال الزوج لزوجته: إن طلع القمر الليلة فأنت طالق، أو قال: إن أمطرت السماء اليوم فأنت طالق، وهو بهذا يقصد وقوع الطلاق عند طلوع القمر في تلك الليلة، أو عند نزول المطر في ذلك اليوم⁽³⁷⁾.

أما الطلاق المعلق المحتمل للنوعين معا فهو ما احتملت صيغته أن يكون قسما، وأن يكون في ذات الآن شرطيا، فهو يحتمل أن يكون التعليق فيه شرطا محضا، ويحتمل أن يكون يمينا محضا، والمعول عليه في هذا هو نية الزوج، فلو قال لزوجته: إن خرجت من البيت فأنت طالق، فهذا يحتمل أنه أراد بهذا أن يكون التعليق شرطيا، ويكون معنى قوله هذا عندئذ: إن خرجت من البيت فسيقع عليك الطلاق، ويحتمل أيضا أنه لم يقصد إيقاع الطلاق، وإنما أراد منعها من الخروج فقط، وبهذا فقوله يراد به عندئذ اليمين لا الطلاق، لأن هذا ما قصده الزوج من قوله⁽³⁸⁾.

أما من حيث ذكر أداة التعليق في صيغة الطلاق فهو نوعان، فالتعليق يكون لفظيا إذا ذكرت فيه أداة الشرط صراحة، كقول الزوج: إن سافرت مع أخيك فأنت طالق، أو قوله: إن خرجت من المنزل دون إذني فأنت طالق، ويكون التعليق معنويا إذا لم تذكر فيه أداة الشرط، وإنما فهم التعليق من معنى العبارة، كقول الزوج: عليّ

³⁵- النووي: روضة الطالبين، ج1، ص110.

³⁶- آل سالم: 38.

³⁷- ابن القيم: ج4، ص74، آل سالم: ص37.

³⁸- السرخسي: ج6، ص127، ابن جزري: ص153، ابن قدامة: الكافي، ج3، ص126، النووي: المجموع، ج17، ص152.

الطلاق سأفعل كذا، أو عليّ الطلاق لن أفعل كذا، ومعناه أن زوجتي طالق إن فعلت كذا، أو إن لم أفعله.

أنواع الشرط الذي يعلق عليه الطلاق:

الشرط الذي يعلق الزوج الطلاق على وقوعه قد يكون أمرا اختياريًا، وقد يكون أمرا غير اختياري⁽³⁹⁾، فهو يكون أمرا اختياريًا إذا كان يمكن فعله والامتناع عن فعله، وهو على أصناف ثلاث بحسب من يُحتمل منه فعله وعدم فعله، فقد يكون من أفعال الزوج الاختيارية، كقوله للدائن: إن لم أسدد لك الدين غدا فزوجتي طالق أو قوله: إن لم أقتل فلانا فزوجتي طالق، وقد يكون الأمر الاختياري من أفعال الزوجة، كقوله لزوجته: إن ذهبت لبيت أهلك اليوم فأنت طالق، أو إن خرجت من البيت دون علمي فأنت طالق، أو إن لم تبرئيني من مؤخر صدائك فأنت طالق، وقد يكون هذا الأمر من أفعال غير الزوجين، سواء كان قريبا لهما أم لا تربطه بهما أي علاقة قرابة، ومن أمثاله قول الزوج: إن زارتنا أمك فأنت طالق، أو يخاطب صديقا له بقوله: إن لم تبق للغداء معنا فزوجتي طالق.

وقد يكون الشرط المعلق عليه الطلاق أمرا غير اختياري، لا إرادة لأحد في فعله، ولا في الامتناع عنه، كما في قول الزوج لزوجته: إن ولدتني بنتا فأنت طالق، أو إن لم تمطر الليلة فأنت طالق.

فإن كان الشرط الذي علق عليه الطلاق من أفعال الزوج أو الزوجة الاختيارية سمي ما صدر عن الزوج طلاقا معلقا، وسمي أيضا يمينا، لأن كليهما يفيد حمل النفس على فعل المحلوف عليه أو تركه بحسب العبارة التي تضمنتها صيغة الطلاق، وبهذا يكون هذا الطلاق المعلق من حيث المعنى كما لو حلف بالله تعالى، أما لو كان المعلق عليه الطلاق فعلا لغير الزوجين، أو كان أمرا غير اختياري، كولادة الأنثى وسقوط المطر، سمي طلاقا معلقا فقط، ولم يسم يمينا، لأنه

³⁹ - الزحيلي: ج7، ص444-445.

لا يفيد من حيث معناه حمل النفس على فعل ذلك الأمر أو الامتناع عنه، وهو بهذا لا يشبه الحلف بالله تعالى⁽⁴⁰⁾.

المطلب الثاني

شروط التعليق وآثاره

نظرا للترابط بين شروط التعليق وما يترتب عليه من آثار على الزوجية فسنتناولهما معا في هذا المطلب بالبيان، مع ملاحظة أن اختلال أو تخلف شرط من شروط التعليق أو أكثر لا يترتب عليه تعليق الطلاق، ولما كانت هذه الشروط مختلفا فيها فإن حكم التعليق سيختلف بحسب المذاهب والأقوال الفقهية، كما أن عدم توافر كل شروط التعليق لا يعني عدم وقوع الطلاق بالمرة، فقد لا يقع الطلاق معلقا ولكنه يقع حالا منجزا.

شروط تعليق الطلاق:

يشترط لقيام التعليق، وترتيب آثاره عليه جملة من الشروط، على خلاف بين العلماء في بعضها، ولكنها في المجمل إن تخلف واحد منها أو أكثر فلا يقع التعليق، وبالتالي يعتبر الكلام لغوا، فلا يقع الطلاق أصلا، وقد يعتبر في أحوال الطلاق منجزا، فيقع حالا، ولا عبرة في هذه الحالة بصيغة التعليق، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1- أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق عند صدور التعليق منه، وذلك بأن يكون بالغا عاقلا، غير مخطئ فيما صدر عنه من صيغة للتعليق، وغير مكره على إيقاعها، فلا يصح التعليق من صبي ولا مجنون ولا نائم ولا مخطئ ولا مكره ولا مغمى عليه ولا سكران⁽⁴¹⁾.

⁴⁰ - الجروشي والعبار: ص223.

⁴¹ - الصاوي: ج2، ص124، الشريبي الخطيب: ج4، ص455.

ولكن لا يشترط استمرار تمتع الزوج بالأهلية إلى حين حصول الشرط المعلق عليه الطلاق، فلو تخلفت بعد أن كانت متوافرة صح التعليق ووقع الطلاق ولا يمكن تصور تخلف أي من عناصر الأهلية بعد توافره إلا العقل، فلو قال لها: إن خرجت من البيت فأنت طالق، وهو متمتع بقواه العقلية، ثم أصيب مجنون، فخرجت، وقع الطلاق، وهذا بخلاف ما لو علق طلاقها وهو مجنون، ثم عاد إليه عقله بعد ذلك، فإنها إن خرجت من البيت عندئذ لا تطلق، لأن قوله وهو مجنون يعد لغوا، لا يرتب أي أثر (42).

2- أن يكون الشرط المعلق عليه الطلاق معدوما عند التعليق، ويحتمل الوجود وعدمه في المستقبل، وبهذا لو كان الشرط موجوداً حقيقةً عند التعليق اعتبر الطلاق منجزاً، وعندئذ يقع الطلاق في الحال، ويعد الطلاق منجزاً ولو كانت الصيغة في ظاهرها معلقة، ومثال هذا ما لو قال لزوجته: إن كان أبوك حياً فأنت طالق، أو قال لها: إن كانت أمك في بيتنا فأنت طالق، وكان ذلك الأب حياً، وتلك الأم في بيت الزوجين، فعندئذ يقع الطلاق منجزاً حال إيقاعه، ولا يعتد بهذا التعليق الصوري، ويكون الشرط عندئذ لغواً، وكذلك الأمر لو قال لها: أنت طالق إن شاء الله، لأنه تعليق على أمر مستحيل، إذ الوقوف على مشيئة الله جل وعلا متعذر ولهذا لا يقع الطلاق بهذه الصيغة.

وبهذا قال الأحناف والشافعية والظاهرية، وهو قول لعطاء بن أبي رباح فقيه المدينة، وإبراهيم النخعي فقيه أهل الرأي في العراق (43)، في حين يرى المالكية والحنابلة وابن سيرين أن الطلاق المعلق على مشيئة الله يقع (44)، ويبدو لنا أن الأمر في المسألة يعود لقصد الزوج، فإن أراد بقوله هذا وقوع الطلاق عليها بهذه الصفة

⁴² - الشريبي الخطيب: ج4، ص455.

⁴³ - المرغيناني: ج1، ص254، النووي: روضة الطالبين، ج8، ص69، ابن حزم: ج10، ص217، أبو يوسف القاضي: ص136-138، الأنصاري: ج3، ص294.

⁴⁴ - ابن رشد: ج2، ص59، المرادوي: ج9، ص104، أبو يوسف القاضي: ص136، العبدري: ج4، ص79.

طلقت، وإن أراد به حقيقة التعليق على مشيئة مستقبلة لم يقع به الطلاق، وهذا ما اختاره العلامة ابن تيمية⁽⁴⁵⁾.

ولا يقع الطلاق إذا كان الشرط المعلق عليه مستحيل التحقق، كقوله: إن أمطرت السماء ذهباً فأنت طالق، أو قال لزوجته: إن جاءتنا أمك زائرة فأنت طالق وأما قد ماتت منذ سنوات، فهذه الصيغ من التعليق ونظائرها لا تقبل التحقق في المستقبل، ولا في الحال، ولهذا لا يعتد بتعليقها، ولا يقع بها طلاق، وإلى هذا ذهب الحنفية، أما أبو يوسف فقيه الأحناف والمالكية فإنهم وإن اعتبروا التعليق كالحنفية لكنهم جعلوا الصيغة منجزة، وبهذا يقع بها الطلاق في الحال، وبذات القولين قال الشافعية والحنابلة⁽⁴⁶⁾.

3- عدم الفصل بين الشرط المعلق عليه الطلاق وجوابه، بالسكوت فترة بين الجملتين، بحيث يزول الترابط بينهما، فلا يلحظ السامع أن الثانية جواب للأولى كما لو سكت مدة طويلة حتى انقطع الرابط بين الشرط والجواب، لدرجة أن السامع اعتقد أن المتحدث دخل في موضوع آخر، لا علاقة له بالشرط، أو تكلم الزوج بكلام لا علاقة له بالطلاق، وبصورة أوضح أن يكون المجلس الذي وقع فيه شرط التعليق هو ذاته الذي وقع فيه جواب ذلك الشرط، فإنه حدث تفرق في المجلس حقيقة أو حكماً فلا يقع التعليق، ويكون الطلاق في هذه الحال منجزاً، لا اكتمال معنى الجملة المفيدة للطلاق بجملة الشرط، ومثال هذا ما لو قال لها: أنت طالق، وسكت طويلاً، ثم قال: إن جاءنا فلان، أو قال لها: أنت طالق، ثم أمرها بتقديم طعام الغداء له، وبعد تناوله قال: إن جاءنا فلان.

⁴⁵ - المرادوي: ج9، ص104.

⁴⁶ - ابن نجيم: ج3، ص3، ابن عابدين: ج3، ص342، النووي: المجموع، ج17، ص153-211، الدسوقي: ج2، ص394، الدردير: ج2، ص390، الرملي: ج7، ص43، ابن قدامة: المغني، ج8، ص385، الهيثمي: ج8، ص135.

والفيصل في اعتبار المجلس متفرقا أم لا، أي في اعتبار الفاصل بين الشرط المعلق عليه الطلاق والجواب، هو عرف الناس وعاداتهم في الكلام والتخاطب ومع هذا فقد اعتبر بعض أهل العلم كل فاصل، أيا كان، طبيعيا أو من فعل المتحدث، قاطعا للتعليق، ولو كان اضطراريا، كسكته للتنفس أو سعال غلبه، أو انقطاع صوت لضيق في التنفس، بل حتى لو كان سببه فأفة أو ثقل في اللسان⁽⁴⁷⁾ وهذا تعنت في الفهم، وإفراط في التمسك بالشكلية، يصعب قبوله.

4- ذهب بعض أهل العلم على ما سنعرض له عند بيان الحكم الشرعي للطلاق المعلق من حيث وقوعه وعدمه، إلى أن الطلاق المعلق لا يقع إلا إذا قصد الزوج بتعليقه له الطلاق، فإن قصد غير ذلك، كمنع المرأة من القيام بأمر ما، أو إجبارها على القيام به، أو مجازاتها وعقابها، فإنه لا يقع معلقا بل منجزا، يقع حال صدوره، ومن هذا ما لو قال عندما خاطبته بقولها: يا سفيه أو يا لئيم، فرد عليها: إن كنت كذلك فأنت طالق، قاصدا إغاضتها بالطلاق، كما أغاضته بالإهانة، فإن الطلاق يقع منجزا لا معلقا، ما لم يثبت أنه أراد به التعليق، فعندئذ يكون طلاقه معلقا⁽⁴⁸⁾ وبناء عليه لو قالت له: يا خسيس، فقال لها: إن كنت كذلك فأنت طالق؛ يريد معاقبتها، لا تعليق الطلاق على تحقق الخساسة فيه، فإن الطلاق هنا يقع منجزاً سواء أكان الزوج خسيساً أم لا، فإن أراد التعليق لا المجازاة تعلق الطلاق.

5- أن يكون التعليق بذكر أداة من الأدوات التي تفيده لغة عند التعليق، كـ "إن وإذا ومتى وأي ومن وكما والفاء"⁽⁴⁹⁾، وما جرى مجراها في اللغة الفصحى ولهجات العوام، إذ لا بد أن يفهم الشرط من جملته ليحدث أثره، واستعمال أي من هذه الأدوات يفيد لغة دون حاجة لذكر ذلك، ولهذا

⁴⁷ - ابن نجيم: ج 4، ص 3، ابن حجر: تحفة المحتاج، ج 8، ص 61، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج 3، ص 101، الخرشي: ج 3،

ص 55.

⁴⁸ - ابن نجيم: ج 4، ص 3، ابن عابدين: ج 3، ص 343، الخطيب الشربيني: ج 4، ص 535، ابن مفلح: ج 6، ص 360.

⁴⁹ - ابن قدامة: المغني، ج 7، ص 342.

لو قال لزوجته: إن فعلت كذا فأنت طالق، أفاد هذا تعليق طلاقها على قيامها بذلك الفعل، ولكن ليس من الضروري ذكر أداة من أدوات التعليق ليحصل التعليق بها، لأن التعليق قد يكون معنوياً، أي مفهوماً من معنى العبارة التي صدرت عن الزوج، وذلك كما لو قال: عليّ الطلاق سأفعل كذا، ومعنى هذا القول: يلزمني الطلاق إن لم أفعل كذا، وهذا تعليق صحيح من حيث المعنى، مع أن من صدر عنه لم يذكر فيه رابطة⁽⁵⁰⁾.

6- ذكر الأمر المعلق عليه الطلاق عند التعليق، فإن لم يذكر الزوج شيئاً مفهوماً عند التعليق عُذ قوله لغوا، ومثال هذا أن يقول لزوجته: أنت طالق إن... دون اكمال العبارة، أو يقول لها: أنت طالق إن جاءنا... ولم يحدد هذا القادم، أهو زيد أم غيره، وهذا ما رجحه جمهور العلماء بمن فيهم الحنفية، حيث اعتبروا الكلام لغواً، وبهذا لا يقع به لا طلاق معلق ولا حال، أما محمد بن الحسن الشيباني الفقيه الحنفي فقد رأى أنه طالما لم يصدر تعليق من الزوج للعبارة فهي إذاً على الأصل من الطلاق، وهو أنه منجز، ولذا فهذه المرأة تطلق في الحال⁽⁵¹⁾.

7- حصول التعليق للطلاق ووجود الأمر المعلق والمرأة محل لوقوع الطلاق عليها، وهذا يقتضي قيام الزوجية حقيقة أو حكماً عند حصول التعليق، وذلك بأن تكون المرأة المعلق طلاقها زوجةً حقيقةً أو في عدة من طلاق رجعي⁽⁵²⁾، وأيضاً عند تحقق الشرط المعلق عليه الطلاق، وهذا يبدو شرطاً متفقاً عليه وفق ما قرره ابن رشد الفقيه المالكي عندما قال: العلماء "اتفقوا على أن الطلاق يقع على النساء

⁵⁰- ابن عابدين: ج3، ص342، الشوكاني: السيل الجرار، ص406، الخطيب الشربيني: ج4، ص508، النووي: المجموع، ج17،

ص154، ابن مفلح: المبدع، ج6، ص358، الخرشي: ج4، ص52.

⁵¹- ابن نجيم: ج4، ص3، عليش: ج4، ص149، البهوتي: كشف القناع، ج5، ص286، ابن حجر: تحفة المحتاج، ج8، ص13.

⁵²- الدسوقي: ج2، ص370.

اللاتي في عصمة أزواجهن، أو أن تنقضي عددهن في الطلاق الرجعي، وأنه لا يقع على الأجنبيات"⁽⁵³⁾.

وبناء على هذا الشرط لا يقع الطلاق المعلق إذا لم تكن المرأة زوجة لمن أوقعه أثناء صدور التعليق منه، كما لو قال لامرأة أجنبية: إن كلمت فلانا فأنت طالق، وتزوجها بعد مدة، فإن الطلاق لا يقع عليها، ولو كلمت فلانا هذا، ولو قال لزوجته: إن كلمت فلانا فأنت طالق، ثم طلقها في اليوم التالي، وبعد انتهاء عدتها كلمته، فلا تقع عليها طلاقة أخرى غير التي أوقعها الزوج، لأنها وقت حصول الشرط لم تكن محلا للطلاق.

أما لو طلقها في عدتها فالحكم يختلف بحسب نوع العدة، فإن كانت في عدتها من طلاق رجعي، وقال لها في أثناءها: إن خرجت من البيت دون إذني فأنت طالق وقع عليها الطلاق، لأنها تعد زوجة حكما أثناء عدتها، فإن كان الطلاق بائنا بينونة كبرى فلا يقع عليها الطلاق بحال أثناء عدتها منه، لأن الزوج يملك ثلاث، وقد أوقعها، فإن اعتبرت الطلاقة المعلقة واقعة صارت رابعة، وهذا لا يجوز، أما لو كانت العدة من طلاق بائن بينونة صغرى، وأوقع الزوج طلاقا معلقا في أثناءها، فلا يقع عليها الطلاق المعلق عند الجمهور، ولو تحقق الشرط المعلق عليه الطلاق أثناء العدة، لأن الطلاق البائن بينونة صغرى يقطع رابطة الزوجية بمجرد صدوره وعند الأحناف يقع عليها الطلاق المعلق في عدة الطلاق البائن بينونة صغرى، لأن هذا الصنف من الطلاق لا يقطع الزوجية إلا بعد انتهاء العدة.

وهذا الشرط يعني أن الأصل عدم جواز تعليق طلاق الأجنبيات، كما لو قال لامرأة لا علاقة تربطه بها، وليست معتمدة له من طلاق رجعي: أنت طالق أو قال: إن نكحت فلانة فهي طالق، فمن ناحية عقلية لا يمكن تصور تطليق امرأة إلا بعد الزواج بها، لأن الطلاق أثر من آثار الزواج، كونه حل لعقدة النكاح، وبينه

⁵³ - ج3، ص103.

وبين هذه الأجنبية لا عقدة نكاح وُجِدَت ليقع حلها، ومع هذا ففي المسألة تفصيل وبحسبه تشعبت أقوال الفقهاء إلى ثلاثة مذاهب، هي:

المذهب الأول: وهو قول كثير من الصحابة والتابعين، وبه قال الشافعية والحنابلة والظاهرية، وهو أن طلاق الأجنبية لا يقع أصلاً، سواء كان حالاً أم معلقاً، وسواء عم المطلق الطلاق بأن قال: كل أجنبية أتزوجها فهي طالق، أو خصص امرأة بالطلاق، بأن وجهه لها بعينها، كأن قال لفاطمة، والتي ليست زوجة له لا حقيقة ولا حكماً: أنت طالق، أو قال لها: إن تزوجتك فأنت طالق⁽⁵⁴⁾، وقد استدل من قال بهذا المذهب بما يلي:

- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾⁽⁵⁵⁾، ووجه الدلالة أن الله تعالى شرع الطلاق بعد النكاح، ولم يجعله قبله، فلو جعله كذلك لقال: إذا طلقتم المؤمنات ثم نكحتموهن⁽⁵⁶⁾، ويؤكد هذا الفهم قول ابن عباس رضي الله عنهما: "جعل الله الطلاق بعد النكاح"⁽⁵⁷⁾.

- ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنهم أن رسول الله ﷺ قال: "لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك، ولا طلاق له فيما لا يملك"⁽⁵⁸⁾، وعن هذا الحديث الشريف قال الترمذي بعد أن أخرجه: حديث عبد الله بن عمرو حديث حسن صحيح، وهو أحسن شيء روي في هذا الباب، وهو قول أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم⁽⁵⁹⁾.

⁵⁴ - الخطيب الشربيني: ج 5، ص 475، ابن قدامة: الكافي، ج 3، ص 138، ابن حزم: ج 9، ص 466، ابن أبي شيبة: ج 4، ص 63،

البهوتي: كشاف القناع، ج 5، ص 285، النووي: روضة الطالبين، ج 8، ص 68، المرداوي: ج 9، ص 59،

⁵⁵ - سورة الأحزاب: الآية 49.

⁵⁶ - ابن حزم: ج 10، ص 205.

⁵⁷ - ابن حجر: فتح الباري، ج 9، ص 381.

⁵⁸ - مسند أحمد بن حنبل: ج 2، ص 189، حديث رقم 9769، سنن ابن ماجه: كتاب الطلاق، باب لا طلاق قبل النكاح، حديث رقم

2047.

⁵⁹ - سنن الترمذي: كتاب الطلاق واللعان، باب لا طلاق قبل النكاح، حديث رقم 1181.

- ما أخرجه البخاري معلقا عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: "جعل الله الطلاق بعد النكاح"⁽⁶⁰⁾.

- ما روي أن رجلا سأل علي بن أبي طالب عليه السلام قائلا: لقد قلت: "إن تزوجت فلانة فهي طالق، فرد عليه علي عليه السلام بأنه "ليس بشيء"⁽⁶¹⁾.

- ما ثبت عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أنها قالت: "لا طلاق إلا بعد نكاح"⁽⁶²⁾.

وجماع هذه الأدلة يعارض القول بعدم جواز تعليق طلاق الأجنبية، لعدم جواز تطبيقها أصلا، فالطلاق ما شرع إلا للخلاص من زوجية لم يعد استمرارها يجدي نفعاً، وحيث لا زوجية ولا عقدة لتحل فلا طلاق إذا، إذ لما كان الطلاق حل لعقدة النكاح، فلا يتصور فك عقدة قبل عقدها، كما أنه لما لم يتحقق هنا سبب الطلاق فلا يتصور تجويز إيقاعه شرعا، لأن ولاية القائل على المرأة منتفية أصلا.

ولا يمكن هنا التشغيب على هذا المذهب بالقول أن حديث عمرو بن شعيب غير مشهور، وأنه لو ثبت فإن معناه يكون "لا طلاق قبل نكاح، أي قبل وطء" فيكون النكاح هنا بمعنى الوطء، لأن النكاح حقيقة في الوطء⁽⁶³⁾، ولكن هذا فهم ما أهون رده، لأنه تعالى أجاز وبنص قرآني صريح الطلاق قبل الدخول، أي قبل الوطء، بقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾⁽⁶⁴⁾، فيكون النكاح في هذه الآية بمعنى العقد لا الوطء، لأنه لا وطء قد وقع قبل الدخول.

⁶⁰ - صحيح البخاري: كتاب الطلاق، باب لا طلاق قبل النكاح.

⁶¹ - عبد الرزاق: كتاب الطلاق، باب الطلاق قبل النكاح، ج 6، ص 417، حديث رقم 11454.

⁶² - ابن أبي شيبة: ج 4، ص 63.

⁶³ - السرخسي: ج 6، ص 98.

⁶⁴ - سورة البقرة: الآية 236.

المذهب الثاني: وقد روي عن عمر رضي الله عنه، وإن ضعف البعض هذه الرواية كما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه، وبه قال عثمان البتي وابن شهاب الزهري ومكحول وإليه ذهب أبو حنيفة، وهو أحد قولي الشيعة الزيدية، وقول للحنابلة، وحاصله وقوع الطلاق في حال وقوع الشرط، سواء عم الرجل بطلاقه كل النساء، أم خص منهن طائفة أو امرأة بعينها⁽⁶⁵⁾، وقد استدل أصحاب هذا المذهب بما يلي:

- ما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أن رجلا أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقال: لقد قلت: كل امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثا، فقال له عمر رضي الله عنه: فهو كما قلت⁽⁶⁶⁾.

- ما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق والظهار يجوز إضافته إلى الملك، سواء عمّ أم خصّ، فلو قال أحدهم لامرأة: "كلما تزوجتك فأنت طالق"، فإن الطلاق يقع عليها كلما تزوج بها، لأن لفظ كلما يقتضي تكرار جوابه بتكرار شرطه، فكلما تكرر الشرط (أي الزواج)، تكرر بالتبعية الجزاء (أي الطلاق)⁽⁶⁷⁾.

- هذا الطلاق لن يقع في الحال، لأن الرجل لم يقصد وقوعه إلا مؤجلا ولأنه لا محل له في الحال ليقع عليه، فقوله: "أنت طالق" لتلك المرأة التي لا زوجية تربطه بها، ليس تطليقا لها في الحال، لأن من صدرت عنه هذه الصيغة يريد إيقاع الطلاق عند تحقق الشرط الذي علقه عليه، وهذا الشرط هو زواجه بها، وبذا يكون قوله لغوا إن لم يتزوج بها، ويقع عليها الطلاق إن تحقق شرطه، وهو الزواج بها⁽⁶⁸⁾.

⁶⁵ - عبد الرزاق: ج 6، ص 421، ابن عابدين: ج 3، ص 344، الشوكاني: نيل الأوطار، ج 6، ص 285، الزيلعي: ج 2، ص 231، ابن عبد البر: ج 6، ص 188، أبو يوسف القاضي: ص 137، المرادوي: ج 9، ص 59.

⁶⁶ - عبد الرزاق: كتاب الطلاق، باب الطلاق قبل النكاح، حديث رقم 11474.

⁶⁷ - السرخسي: ج 6، ص 96.

⁶⁸ - الكاساني: ج 3، ص 132.

المذهب الثالث: وبه قال بعض فقهاء أهل الرأي في العراق، ومنهم إبراهيم النخعي وحماد بن أبي سليمان، كما قال به ابن أبي ليلى والليث بن سعد والأوزاعي وإليه ذهب فقهاء المالكية، وفيه ميز من قال به بين حالتين من التعليق، فإذا عم كل النساء، كما لو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، اعتبر قوله لغواً، ولم يرتب طلاقاً، لا حالاً ولا معلقاً، وإذا خص بالتعليق امرأة بعينها، أو نساء أسرة أو عشيرة أو بلدة أو قبيلة بعينها، كما لو قال: إن تزوجت عائشة فهي طالق، أو قال: كل امرأة أتزوجها من بني فلان أو من بلدة كذا، أو امرأة مصرية أتزوجها فهي طالق، وقع الطلاق إذا تزوج ممن خصها بالتعليق⁽⁶⁹⁾، وقد استدل هؤلاء العلماء لما ذهبوا إليه من رأي بما يلي:

- ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه لما سئل عن من قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، قال: "إذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شيء عليه"⁽⁷⁰⁾.

- هذا التمييز بين الحالتين يوجب الأخذ بالاستحسان المبني على المصلحة لأنه لو عم كل النساء انغلق أمامه باب الزواج بالكلية، ولم يعد له من سبيل إلى النكاح الحلال، وهذا فيه من المشقة والعنت ما نعلم، فكأنه بقوله هذا قد حرم على نفسه الزواج، وهذا لا يجوز شرعاً، وصار فعله هذا كنذر المعصية، ومن المعلوم أن نذر المعصية يجب عدم الوفاء به، فكذلك هذا، أما لو خص امرأة أو طائفة من النساء بالتعليق لزمه الطلاق، لأنه يمكنه الزواج بأخرى، ولأن قوله هذا لا يوقعه في حرج⁽⁷¹⁾.

وبعد هذا العرض لأدلة كل مذهب يبدو لنا أن الراجح في المسألة هو قول الشافعية ومن وافقهم، والقاضي بعدم وقوع طلاق المرأة الأجنبية في حال تعليقه قبل

⁶⁹ - مالك بن أنس: المدونة الكبرى، ج2، ص72، عبد الرزاق: ج6، ص419، ابن عبد البر: ج6، ص185، النسوي: ج2، ص372-373.

⁷⁰ - مالك بن أنس: الموطأ، كتاب الطلاق، باب ما جاء في يمين الرجل بطلاق ما لم ينكح، ج2، ص126.

⁷¹ - ابن رشد: ج3، ص104.

الزواج بها، وذلك لقوة أدلته، ولاعتماده على النص الثابت من السنة الشريفة بخلاف غيره الذي استند على أدلة عقلية، لا يجوز تقديمها على النقل، كما أن هذا المذهب هو ما قال به أكثر أهل العلم من صحابة وتابعين، بحسب ما نقله البخاري عن جملة منهم في باب لا طلاق قبل النكاح، حيث ذكر أنه روي عن علي وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وأبي بكر بن عبد الرحمن وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة وأبان بن عثمان بن عفان وعلي بن الحسين بن علي بن أبي طالب والقاضي شريح وعطاء بن أبي رباح وسعيد بن جبير وجابر بن زيد ونافع بن جبير ومحمد بن كعب وسليمان بن يسار والقاسم بن عبد الرحمن والشعبي⁽⁷²⁾.

ويقوي ترجيح هذا المذهب ما روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أنه قال: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: "لا طلاق لمن لم يملك، ولا عتاق لمن لم يملك"⁽⁷³⁾، فهذه الروايات يعضد بعضها بعضاً، فتنقوى بمجموعها، مما يرجح الاحتجاج بها، وهذا ما قرره العلامة الشوكاني عندما قال: "لا يخفى عليك أن مثل هذه الروايات التي سقناها في الباب من طريق أولئك الجماعة من الصحابة مما لا يشك منصف أنها صالحة بمجموعها للاحتجاج"⁽⁷⁴⁾.

وهذا الرأي هو ما مال إليه العلامة ابن حجر عندما قال: "الطلاق حقٌ ملكٌ الزوج؛ فله أن ينجزه ويؤجله، وأن يعلقه بشرط، وأن يجعله بيد غيره؛ كما يتصرف المالك في ملكه، فإذا لم يكن زوجاً فأى شيء ملك حتى يتصرف"⁽⁷⁵⁾، ورجحه الشوكاني علامة اليمن بقوله: "والحق أنه لا يصح الطلاق قبل النكاح مطلقاً للأحاديث المذكورة في الباب"⁽⁷⁶⁾.

⁷² - صحيح البخاري: كتاب الطلاق، باب لا طلاق قبل النكاح.

⁷³ - الحاكم النيسابوري: كتاب الطلاق، باب لا طلاق لمن لم يملك، ج2، ص222، حديث رقم 2819.

⁷⁴ - الشوكاني: نيل الأوطار، ج6، ص285.

⁷⁵ - فتح الباري: ج9، ص381.

⁷⁶ - نيل الأوطار: ج7، ص38.

آثار تعليق الطلاق:

لا يعني تعليق الطلاق على شرط وقوعه في الحال حتى عند من قال بوقوعه من العلماء، فهو لا يقع عندهم إلا بعد تحقق الشرط، وبهذا فالحياة الزوجية تستمر وتنتج آثارها إلى حين تحقق الشرط المعلق عليه الطلاق، ومع هذا فالتعليق ينجم عنه جملة من الآثار، تتمثل في:

- استمرار الحياة الزوجية كما كانت قبل التعليق، حيث يستمر حل الوطاء بين الزوجين، ويجب على الزوج الانفاق على زوجته، وعلى الزوجة طاعته وفق ما هو واجب شرعاً، وله عليها القوامة، حيث يستمر عقد الزوجية في ترتيب آثاره كما لو لم يصدر الطلاق المعلق، إلى أن يقع الشرط الذي علق عليه، فعن إبراهيم النخعي أنه سئل عن رجل قال لامرأته: هي طالق إلى سنة، فقال: هي امرأته، يستمتع بها إلى سنة، وهذه الفتوى سبق أن نسبت إلى ابن عباس رضي الله عنهما، وبها قال عطاء بن أبي رباح وجابر بن زيد⁽⁷⁷⁾، قال العلامة النووي في هذا: "لا يحرم الوطاء قبل وجود الشرط ووقوع الطلاق"⁽⁷⁸⁾.

- لا يحق للزوج الرجوع عن طلاقه المعلق بعد تلفظه به، أي كان الشرط الذي علقه عليه، معلوم الحصول كان أو محتمله، لأنه لا يجوز الرجوع في الطلاق بعد التلفظ به، فالطلاق المعلق كاليمين، وكما لا يجوز الرجوع في اليمين بعد صدوره فكذلك الطلاق المعلق، ولما كان الرجوع لا يجوز في الطلاق المنجز فكذلك المعلق، فإن كان الشرط معلوم التحقق كان الطلاق منجزاً، وبهذا فإنه يقع حال صدوره، وإن كان الشرط محتمل التحقق كان الطلاق معلقاً⁽⁷⁹⁾، وسيأتي بيان حكم وقوعه شرعاً في المطلب التالي.

⁷⁷ - سنن البيهقي: كتاب الطلاق والخلع، باب الطلاق بالوقت والفعل، حديث رقم 15091.

⁷⁸ - روضة الطالبين: ج8، ص114.

⁷⁹ - النووي: روضة الطالبين، ج8، ص114.

وهذا هو قول جمهور العلماء من شافعية وحنابلة وغيرهم، ولا يعارض هذا إلا رواية عن ابن حنبل، اختارها ابن تيمية⁽⁸⁰⁾.

- عند من قال من العلماء بوقوع الطلاق المعلق فإنه يقع بمجرد تحقق الشرط الذي علقه عليه الزوج دونما حاجة إلى التلفظ به مرة أخرى عند تحقق الشرط⁽⁸¹⁾.

- عند من قال به من العلماء لا يقع الطلاق المعلق إلا إذا ثبت تحقق الشرط الذي علق عليه، ولا يقع في حال عدم التيقن من حصوله، ليس فقط لأن القاعدة والأصل أن الأحكام تبني على اليقين لا الشك، وإنما لأن الزواج الثابت باليقين لا يزيله الشك بوجود الشرط الطارئ عليه. قال ابن جزى متحدثاً عن الطلاق المعلق: "أن يُعَلَّقَ بأمر يمكن أن يكون، ويمكن ألا يكون، كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق وكذلك إن كلمت زيدا، أو إن قدم فلان من سفره، فهذا إن وقع الشرط وقع الطلاق، وإلا لم يقع اتفاقاً"⁽⁸²⁾.

المطلب الثالث

الحكم الشرعي للطلاق المعلق

اختلف العلماء في حكم وقوع الطلاق المعلق على شرط على ثلاثة أقوال، ذهب أولها إلى وقوعه بمجرد وقوع الشرط المعلق عليه، وثانيها إلى عدم وقوع الطلاق المعلق ولو وقع الشرط، وثالثها إلى التفصيل في المسألة، فيقع في حال قصد الزوج به الطلاق، ولا يقع إذا قصد الزوج به اليمين، وفيما يلي تفصيل لهذه الأقوال وعرض أدلتها.

⁸⁰ - الأنصاري: ج3، ص301، المرادوي: ج9، ص60.

⁸¹ - ابن جزى: ص153.

⁸² - المصدر السابق: الموضوع نفسه.

القول الأول: وإليه ذهب جمهور الفقهاء من أهل المذاهب السنية الأربعة وحاصله وقوع الطلاق المعلق على شرط بمجرد وقوع ذلك الشرط، أيا كان قصد الزوج، سواء قصد حث المرأة على الفعل أو الترك أو حث نفسه أو حث غيره سواء كان ذلك الغير ذا صلة قرابة بالزوجين أو بأحدهما، أم كان أجنبيا عنهما وسواء قصد الزوج ايقاع الطلاق أم لا، وسواء كان الشرط المعلق عليه الطلاق فعلا للزوج أو الزوجة أو غيرهما، أو حتى لو كان أمرا سماويا، كسقوط المطر أو شروق الشمس⁽⁸³⁾.

وبهذا جاءت أقوال رجال المذاهب السنية الأربعة، فمن الحنفية قال الكاساني: "لو قال لامرأته: أنت طالق إن كانت السماء فوقنا، أو قال: أنت طالق إن كان هذا نهارا، أو كان هذا ليلا، وهما في الليل أو في النهار، يقع الطلاق للحال، لأن هذا تحقيق، وليس بتعليق بشرط"⁽⁸⁴⁾، ومن المالكية قال ابن جزي: "أن يعلق (الطلاق) بأمر يمكن أن يكون، ويمكن ألا يكون، كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق، وكذلك إن كلمت زيدا، أو إن قديم فلان من سفره، فهذا إن وقع الشرط وقع الطلاق، وإلا لم يقع اتفاقا"⁽⁸⁵⁾، ومن الشافعية قال النووي: "إذا علق الطلاق بشرط لا يستحيل، كدخول الدار ومجيء الشهر، تعلق به، فإذا وجد الشرط وقع، وإذا لم يوجد لم يقع"⁽⁸⁶⁾، ومن الحنابلة قال ابن قدامة المقدسي: "يصح تعليق الطلاق بشرط، كدخول الدار ومجيء زيد ودخول السنة، فإن علقه بشرط تعلق به، فمتى وجد الشرط وقع، وإن لم يوجد لم يقع"⁽⁸⁷⁾.

⁸³ - السرخسي: ج6، ص127، ابن جزي: ص153، ابن قدامة: الكافي، ج3، ص126، النووي: المجموع، ج17، ص152، الحطاب: ج4، ص67، البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج3، ص172، الحصري: ص400، الكوثري: ص55.

⁸⁴ - ج3، ص132.

⁸⁵ - ص153.

⁸⁶ - المجموع: ج17، ص152.

⁸⁷ - الكافي: ج3، ص126.

وقد استدل الجمهور لقولهم بوقوع الطلاق المعلق على شرط في كل أحوال حصول الشرط، متى تحقق الأمر المعلق عليه الطلاق، سواء كان فعلا للزوج أم الزوجة أم غيرهما، أو كان أمرا طبيعيا، لا دخل لهما ولا لغيرهما فيه، وسواء قصد الزوج تخويف الزوجة، أو حمل نفسه أو الزوجة أو غيرها على فعل شيء أو تركه، أو لم يقصد شيئا من ذلك، بما يلي:

1- اطلاق آيات الطلاق، إذ جاءت ألفاظها على إطلاقها دون أن تميز بين طلاق وطلاق، وهي بهذا تشمل الطلاق المعلق على شرط كما تشمل الطلاق المنجز والطلاق المضاف إلى زمن مستقبل، ومن هذه الآيات قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾⁽⁸⁸⁾، فقد وردت هذه الآية مطلقة وغير مقيدة بنوع من الطلاق دون نوع، وإنما فوضت أمر إيقاعه إلى الزوج، وبذا يكون للزوج أن يوقع الطلاق بصيغة منجزة أو مضافا إلى زمن مستقبل، وله أيضا أن يعلقه على شرط، سواء كان معلقا على وجه اليمين أو غيره، فكل طلاق يوقعه الزوج يقع، سواء كان منجزا أم معلقا أم مضافا⁽⁸⁹⁾، وقد أوجب عن هذا بأن الآيات الكريمة جاءت لبيان أحكام الطلاق من حيث عدده ومن يوقعه، ولم تأت لبيان كيفية من حيث التنجيز والتعليق حتى يتمسك بإطلاقها.

2- ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: "المسلمون على شروطهم"⁽⁹⁰⁾، والتعليق شرط، فوجب الالتزام به.

3- فتاوى بعض الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين، والتي قضت بوقوع الطلاق المعلق إذا تحقق شرطه، ولم يخالفهم أحد في هذا، فيكون ذلك اجماعا منهم على وقوع الطلاق المعلق، ومنها ما أخرجه البخاري في صحيحه معلقا عن نافع

⁸⁸- سورة الطلاق: الآية 1.

⁸⁹- الزحيلي: ج9، ص421.

⁹⁰- صحيح البخاري: كتاب الإجارة، باب أجرة السمسة، حديث رقم 2153.

أنه سأل ابن عمر رضي الله عنهما عن رجل طلق امرأته البتة إن خرجت، فقال ابن عمر: إن خرجت فقد بُنِّت منه، وإن لم تخرج فليس بشيء⁽⁹¹⁾، وما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال في رجل قال لامرأته: إن فعلت كذا وكذا فهي طالق، فتفعله قال: هي واحدة (أي طلقة واحدة)، وهو أحق بها⁽⁹²⁾، أي له مراجعتها، لأن هذه الطلقة وقعت رجعية، ومنها ما رواه البيهقي أيضاً عن أبي الزناد عن أبيه أن فقهاء المدينة السبعة كانوا يقولون: أيما رجل يقول لامرأته: أنت طالق إن خرجت إلى الليل، فخرجت؛ طلقت امرأته⁽⁹³⁾، وقد أجيب بأن هذا محمول على ما إذا قصد وقوع الطلاق عند حصول الشرط لا الحلف، جمعاً بينه وبين الآثار التي ستأتي، قال ابن القيم: "أما من يفصل بين القسم المحض والتعليق الذي يقصد به الوقوع؛ فإنه يقول بالآثار المروية عن الصحابة كلها في هذا الباب، فإنهم صح عنهم الإفتاء بالوقوع في صور، وصح عنهم عدم الوقوع في صور، والصواب ما أفتوا به في النوعين، ولا يؤخذ ببعض فتاويهم ويترك بعضها"⁽⁹⁴⁾.

4- الطلاق كالتعق، فكل منهما يجوز تعليقه بالشرط، ولما كان العتق إذا علق على شرط وقع بوجوده، ولم يقع قبل وجوده، فكذلك الطلاق⁽⁹⁵⁾.

5- الطلاق شرع للحاجة، والحاجة قد تدعو الزوج إلى تنجيز الطلاق، وقد تدعو إلى تعليق الطلاق⁽⁹⁶⁾، فقد لا يرضى الزوج عن بعض التصرفات التي تصدر عن زوجته، فيأمرها بتركها، فترفض، وهو لا يرغب في طلاقها، ولكنه لا يرتضي

⁹¹ - المصدر السابق: كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق وغيره، حديث رقم 4967.

⁹² - سنن البيهقي: كتاب الطلاق والخلع، باب الطلاق بالوقت والفعل، حديث رقم 15090.

⁹³ - المصدر السابق: ذات الكتاب والباب، رقم 14870.

⁹⁴ - ج3، ص54.

⁹⁵ - النووي: المجموع، ج17، ص152.

⁹⁶ - الزحيلي: ج7، ص449.

منها هذا التصرف، فيعلق الطلاق على فعلها ما يكره، وعندئذ إما أن تترك ذلك التصرف، أو يقع عليها الطلاق، فتكون هي الجانية على نفسها⁽⁹⁷⁾.

القول الثاني: وبه قال الظاهرية والشيعة الإمامية، وحاصله أن الطلاق المعلق لا يقع أصلاً، سواء كان على وجه اليمين أو لم يكن، أي سواء كان من أفعال الزوج أو الزوجة الاختيارية، أم كان فعلاً اختيارياً لغير الزوجين، أو كان فعلاً غير اختياري، ولا تلزم عند الحنث فيه كفارة يمين، ولو كان يمينا، لأن الطلاق عند هذا الفريق من الفقهاء لا يقع إلا مجرداً من الشرط والصفة والإضافة إلى زمن مستقبل⁽⁹⁸⁾، قال ابن حزم في هذا معلناً كعادته عن ظاهره: "لم يأت قرآن ولا سنة بوقوع الطلاق بذلك (أي الطلاق المعلق على شرط)، وقد علمنا الله الطلاق على المدخول بها، وفي غير المدخول بها، وليس هذا (أي الطلاق المعلق) فيما علمنا"⁽⁹⁹⁾.

وقد استدل من ذهب إلى القول بعدم وقوع الطلاق المعلق على شرط بأنه في القول به قول بما لم يرد في الكتاب الكريم، ولا في السنة المطهرة، وهذا فيه تعدٍ على حدود الله، والله جل في علاه يقول: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾⁽¹⁰⁰⁾، كما أن كل طلاق لا يقع حين ايقاعه في الحال، فمن المحال أن يقع بعد ذلك حين لم يوقعه الزوج فيه⁽¹⁰¹⁾، كما أن تعليق الطلاق يمين، واليمين بغير الله تعالى لا تجوز، لقوله ﷺ: "من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت"⁽¹⁰²⁾، لأن تقوية

⁹⁷ - الجروشي والعبار: ص 226.

⁹⁸ - ابن تيمية: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج 33، ص 188، الطوسي: ج 4، ص 457، الحلي: ج 3، ص 585.

⁹⁹ - ج 9، ص 479.

¹⁰⁰ - سورة الطلاق: الآية 1.

¹⁰¹ - ابن حزم: ج 9، ص 479.

¹⁰² - صحيح البخاري: كتاب الأيمان والنذور، باب لا تحلفوا بأبائكم، حديث رقم 6270.

العزائم على فعل شيء أو تركه، وتأكيد صحة الأخبار إنما سبيله الحلف بالله عز وجل، واستعمال الطلاق في ذلك هو انحراف به عن غايته وما شرع له. ويرد على هذا المذهب بأن الطلاق المعلق ليس يمينا أصلا حتى تسري عليه أحكامها، هو فقط يشبه اليمين، لأن في كليهما حمل على فعل شيء أو تركه وبالتالي لا يدخل ضمن الحديث النبوي المذكور، ولا يكون بالتبعية باطلا، فالطلاق المعلق لا يسمى يمينا لا لغة ولا شرعا، وإطلاق اليمين عليه هو على سبيل المجاز لا الحقيقة، لإفادته ما تفيد اليمين، وهو الحث على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر (103).

القول الثالث: وبه قال أمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام، وتابعه فيه شريح القاضي وطاوس وعكرمة، وهو قول الحسن وأبي ثور، وإليه ذهب ابن تيمية وتلميذه ابن القيم⁽¹⁰⁴⁾، وفيه تقرر التفصيل في المسألة، فلا يقع الطلاق المعلق إذا قصد منه اليمين، وإنما تجب الكفارة عند وقوع المحلوف عليه، باعتبار ذلك حنثا في اليمين، كما لو قال الزوج لزوجته: إن خرجت من البيت اليوم فأنت طالق فخرجت، وجبت عليه كفارة الحنث في اليمين الواردة نصا في قوله عز وجل: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ﴾⁽¹⁰⁵⁾، أما لو قصد الزوج بتعليقه للطلاق وقوعه عند حصول الشرط، فإنه يقع بمجرد حصول ما علقه عليه من شرط.

¹⁰³ - الجروشي والعبار: ص226.

¹⁰⁴ - ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ج33، ص127، ص198، ابن قدامة: المغني، ج7، ص333، ابن قيم الجوزية: ج3، ص54.

¹⁰⁵ - سورة المائدة: الآية 89.

وهذا ما بينه العلامة ابن تيمية بقوله: "الحالف يكره وقوع الجزاء، وإن وجدت الصفة، كقول المسلم: إن فعلت كذا فأنا يهودي أو نصراني، فهو يكره الكفر وإن وجدت الصفة، وهكذا الحلف بالإسلام لو قال الذمي: إن فعلت كذا فأنا مسلم والحالف بالنذر والحرام والظهار والطلاق والعتاق إذا قال: إن فعلت كذا فعلي الحج، وعبيدي أحرار، ونسائي طوالق، ومالي صدقة، فهو يكره هذه اللوازم، وإن وُجد الشرط، وإنما علقها ليمنع نفسه من الشرط، لا لقصد وقوعها، وإذا وُجد الشرط فالتعليق الذي قصد به الايقاع من باب الايقاع، والذي قصد به اليمين من باب اليمين"⁽¹⁰⁶⁾، والظاهر هنا أن ابن تيمية أعاد المسألة إلى قصد الزوج من عبارته فإن قصد بتعليقه الطلاق وقع طلاقاً، وإن قصد بالتعليق اليمين وقع يمينا.

وقال ابن قيم الجوزية: "قال أمير المؤمنين علي كرم الله وجهه وشريح وطاووس: لا يلزم من ذلك شيء، ولا يُقضى بالطلاق على من حلف بحنث، ولا يُعرف لعلي في ذلك مخالف من الصحابة، هذا لفظه بعينه، فهذه فتوى أصحاب رسول الله ﷺ في الحلف بالعتق والطلاق، وقد قدمنا فتاويهم في وقوع الطلاق المعلق بالشرط، ولا تعارض بين ذلك، فإن الحالف لم يقصد وقوع الطلاق، وإنما قصد منع نفسه بالحلف مما لا يريد وقوعه"⁽¹⁰⁷⁾.

وقد استدل هؤلاء العلماء على قولهم بهذا التفصيل بين نوعي الطلاق المعلق بجملة من الأدلة الشرعية، وهي:

- الفيصل في المسألة هو الرجوع لنية الحالف، لقوله ﷺ: "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى"⁽¹⁰⁸⁾، والحالف لم يقصد وقوع الطلاق، ولم تتجه نيته إليه، وإنما قصد أمراً آخر، لعله منع نفسه بالحلف مما لا يريد وقوعه، أو

¹⁰⁶ - ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، ج3، ص247.

¹⁰⁷ - ج3، ص51.

¹⁰⁸ - صحيح البخاري: كتاب بدء الوحي، باب بدء الوحي، حديث رقم 1.

تخويف الزوجة، أو منعها من القيام بأمر، أو إجبارها على القيام به، وما شاكل هذا مما لا تظهر منه نية الزوج ايقاع الطلاق، ولهذا ففعل الزوج يأخذ حكم اليمين وتجب لهذا الكفارة بالحنث فيه⁽¹⁰⁹⁾.

- ما روي عن أبي رافع قال: قالت لي مولاتي ليلي ابنة العجماء: كل مملوك لها حر، وكل مال لها هدي، وهي يهودية ونصرانية إن لم تطلق زوجتك، أو تفرق بينك وبينها، قال أبو رافع: فأنتيت زينب ابنة أم سلمة رضي الله عنها، وكانت إذا ذكرت امرأة بفقته ذكرت زينب، قال: فجاءت معي إليها، فقالت: يهودية ونصرانية؟ خلّي بين الرجل وامرأته، قال: فكأنها لم تقبل ذلك، قال: فأنتيت حفصة رضي الله عنها، فأرسلت معي إليها، فقلت: يا أم المؤمنين، إنها قالت: كل مملوك لها حر، وكل مال لها هدي، وهي يهودية ونصرانية، قال أبو رافع: قالت حفصة: يهودية ونصرانية؟ خلّي بين الرجل وامرأته، فكأنها أبت، فأنتيت عبد الله بن عمر، فانطلق معي إليها، فلم سلّم عرفت صوته، فقال: أمن حجارة أنت، أم من حديد، أم من أي شيء أنت؟ أفتنتك زينب، وأفتنتك أم المؤمنين، فلم تقبلي منهما، قالت: يا أبا عبد الرحمن، إنها قالت: كل مملوك لها حر، وكل مال لها هدي، وهي يهودية ونصرانية، قال: يهودية ونصرانية؟ كّفري عن يمينك، وخلّي بين الرجل وامرأته⁽¹¹⁰⁾.

ويرد على هذا المذهب في خصوص عدم وقوع الطلاق المعلق إذا كان على وجه اليمين بما سبق به الرد على أصحاب المذهب الثاني⁽¹¹¹⁾، كما أن التمييز بين صورتَي الطلاق المعلق، وتقسيمه إلى ما وقع على وجه اليمين، وما وقع على غير وجهه، ليس له أساس لا من اللغة، ولا من الشرع، فبطل ما بني عليه من حكم.

¹⁰⁹ - اعلام الموقعين: ج3، ص52، مجموع فتاوى ابن تيمية: ج33، ص145،

¹¹⁰ - عبد الرزاق: كتاب الأيمان والنذور، باب من قال مالي في سبيل الله، رقم 16000، وسنن البيهقي: كتاب الأيمان، باب من جعل شيئاً من ماله صدقة، رقم 20043.

¹¹¹ - الجروشي والعبار: ص227.

وبعد عرض أدلة كل مذهب ومناقشتها، وقبل ترجيح قول منها، فقد تبين لنا أن أغلب الفقه المعاصر تردد بسبب تشابك الأدلة وتعارضها- في القطع بحكم في المسألة، وتشعب قوله فيها إلى مذهبين، أولها توجه للعمل بما رجحه ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، وحكم بوقوع الطلاق المعلق إذا كان على غير وجه اليمين، وبعدم وقوعه إذا كان على وجه اليمين، على أن يلزم الزوج الحانث بكفارة يمين⁽¹¹²⁾ وعمدة هؤلاء في الترجيح أن المرجع في الطلاق هو قصد الزوج ونيته، فإن قصد وقوعه بحصول الشرط ألزم به، وإن قصد الحلف دون وقوع الطلاق لم يلزم به ولو تحقق الشرط، لأنه حلف على شيء، وحنث في يمينه، وعندئذ تلزمه كفارة يمين.

وسند هؤلاء فيما رجحوه آثار رويت عن بعض الصحابة، تقرر منها إيقاع الطلاق في حال دون حال، وفق ما تبين من هذا المذهب، بحسب ما قصده الزوج من تعليقه للطلاق على شرط، فإن قصد الطلاق عند تحقق الشرط وقع طلاقه، وإن لم يقصد الطلاق، وأراد بما قال شيئاً غيره، لم يقع الطلاق بحصول الشرط، ولزمته لحنثه في يمينه كفارة يمين.

أما الجانب الآخر من الفقه المعاصر فقد توجه نحو ما رآه الظاهرية ومن أزرهم في قولهم، وقضى بعدم وقوع الطلاق المعلق في كل أحواله، سواء كان على وجه اليمين، أم لم يكن، وسواء قصد به الزوج الطلاق، أو لم يقصده، بل قصد شيئاً غيره، كتخويف الزوجة، أو إجبارها على تصرف ما، أو منعها منه⁽¹¹³⁾، وسندهم فيما ذهبوا إليه ليس رجحان أدلة المذهب الظاهري ومن قال بقوله، وإنما واقع الحياة والحرص على دفع الطلاق ما أمكن، فقد رجحوا هذا المذهب لما لاحظوه من

¹¹² - أبو زهرة: ص301، الدويش: ج20، ص86، عبد الرحمن العمراني: هل يحتسب الطلاق المعلق على شرط؟ مجلة الوعي الإسلامي، تصدر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية، العدد 493، بتاريخ 2006/12/23م.

¹¹³ - شاکر: ص77.

توالي الحوادث بتفريق الأسر وتشتيت الأطفال دونما ذنب، إلا كلمة صدرت عن الزوج في شأن لا علاقة له بالزوجين، ولا بأطفالهما، وعلى حين غفلة من الزوجة والتي قد لا تعلم بالطلاق إلا بعد حين، وهذا لاشك فيه من الفساد على المجتمع ما فيه، مما يدعو للعمل بهذا المذهب، والقائل بعدم وقوع الطلاق المعلق في كل حالاته، حفاظا على كيان الأسرة من الانهيار، وعدم حل رابطة الزوجية إلا بسبب يقتضي ذلك، وصونا للطلاق عن العبث واللغو به، لأن الحالف بالطلاق أو المعلق له على أمر ما يفعله أو يتركه شخص معين، لا يدري هو ولا الزوجة متى يحصل الطلاق، لارتباط وقوعه، ومن ثم مدى استمرار الحياة الزوجية، بالقيام بعمل ما أو بالامتناع عنه، من قبل شخص غيرهما، وهذا شأن خارج عن إرادة الزوجين، بل ربما لا يعلمان به، ومن ثم بوقوع الطلاق إلا بعد أمد طويل، وربما لا يعلمانه أصلا⁽¹¹⁴⁾.

وبالنظر في كل ما عرضناه من مذاهب وأدلتها يمكننا الانتهاء إلى ما يلي:

- المسألة تبدو لنا اجتهادية، إذ لم يرد فيها نص قاطع لا من الكتاب الكريم ولا من السنة النبوية الشريفة، ولم يجمع العلماء بشأنها في أي عصر على قول واحد.
- قليلة هي اجتهادات الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين في بيان حكم هذه المسألة، وهي اجتهادات فردية، لا يمكن بناء حكم عام عليها، لاسيما أن في بعضها ضعفا، وفي بعضها تناقضا، إذ قد يروى عن ذات الصحابي قولان متعارضان، مما يدل على أن حكمها يكون بما يناسب الحال والظروف، وأنه ليس لها حكم عام ينظمها.

¹¹⁴ - الجروشي والعبار: ص227.

- من هذا ننتهي إلى أن المسألة تركت لاجتهاد علماء كل عصر، بحسب ما يتبين لهم من مصلحة عامة في ذلك، بحسب كثرة وقوعها وقتها، وبحسب ظروف المجتمع وأحوال الزوجين، ويكون هذا بالتخير من الأقوال الفقهية أنسبها وأليقها بحال الزوجين، والأولى بحال المجتمع، وبالنظر لكثرة وقوع الحلف بالطلاق وتعليقه نرى أن الأنسب لعصرنا هو الفتوى بعد وقوع الطلاق المعلق، دون أن يحول هذا دون تعزير من يسرف في إيقاعه، صونا للزوجية من العبث.

ومما يقوي هذا القول أن المسألة اجتهادية؛ وأنه قول لعدد معتبر من أهل العلم، وأن اختيار أيسر الأقوال فيها وأرفقها هو اختيار على وفق هدي رسول الله ﷺ الذي كان إذا خُير بين أمرين أخذ أيسرهما ما لم يكن إثماً، يضاف لهذا أنه اختيار متوافق مع مقاصد الطلاق في الشريعة، والتي لم تجعله وسيلة لتأكيد الأيمان أو تأديب الزوج، وإنما هو فقط سبيل لفك الرابطة الزوجية حيثما كان ضرر استمرارها أكبر من قطعها.

المطلب الرابع

حكم الطلاق المعلق في القانون

تعددت اتجاهات مشرعي القوانين الوضعية للأحوال الشخصية في البلاد العربية بشأن حكم هذه المسألة، بحسب ما رجحه كل مشرع منها من مذهب فتراوحت أحكام الطلاق المعلق في نصوصها بين اعتباره واقعا في كل حالاته وفق ما قرره جمهور العلماء، وبين عدم اعتباره واقعا في كل حالاته، وفق ما قرره الظاهرية ومن معهم، وبين التمييز بين حالتيه بحسب قصد الزوج من طلاقه، عند تحقق الشرط الذي علقه عليه، وعدم قصده ذلك، وفق ما قرره ابن تيمية وابن القيم وبهذا فإن الاتجاهات القانونية تفرعت إلى ثلاث، هي:

الأول: وقوع الطلاق المعلق، سواء كان على وجه اليمين، أو لم يكن، وسواء قصد الزوج بالتعليق الطلاق أم قصد به شيئاً آخر، وهذا الاتجاه لم يقل به إلا قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان، أخذاً بقول الجمهور، مع أن السائد في تلك السلطنة هو المذهب الإباضي، حيث نص في المادة 85 منه أنه: "يقع الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه".

والظاهر أنه كان يكفي المشرع العُماني النص على وقوع الطلاق وفق ما قصده الزوج، ولكنه جاء بهذا النص تأكيداً منه على وقوع الطلاق المعلق عند حصول الشرط، ولكن المشرع العماني في المقابل استبعد أكثر صور الطلاق المعلق وقوعاً، وجاء نصه صريحاً بعدم وقوع الطلاق بها، وذلك عندما نص المادة 86 منه على أنه: "لا يقع الطلاق بالحنث بيمين الطلاق، أو الحرام".

الثاني: عدم وقوع الطلاق المعلق، أي كان قصد الزوج، ولو تحقق الشرط الذي علقه عليه، وهذا عمل برأي الظاهرية ومن لف لفهم، وبهذا أخذ قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959م، حيث نصت المادة 36 منه على أنه: "لا يقع الطلاق غير المنجز أو المشروط أو المستعمل بصيغة اليمين"، ومدونة الأحوال الشخصية المغربية في المادة 93 منها، بقولها: "الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع"، وقانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984م عندما نص في المادة 105 منه على أنه: "يشترط في الطلاق أن يكون منجزاً".

وقد عللت المذكرة التوضيحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي اختيار العمل بهذا القول بأن "الشرط الذي يعلق عليه الطلاق، لا فرق بين أن يكون ذنباً تقتضيه الزوجة، وبين أن يكون طاعة منها، وقد يكون التعليق على فعل شخص آخر... وعلى هذا كثرت حوادث الفرقة والشقاق من دون ذنب، على حين غفلة من الزوجات الصالحات المطيعات، والزوجة في هذه الحال أحب إلى زوجها، وإن تقوية العزائم على الفعل أو الترك، ومثلها تأكيد الأخبار، إنما طريقها في الإسلام

هو الحلف بالله، واستخدام الطلاق لذلك هو انحراف عن غايته وما شرع له، ولو كان اليمين بالطلاق تعليقاً أو تنجزاً في صورة التعليق مما هو أكثر دورانياً في هذه الأيام".

الثالث: والقاضي بوقوع الطلاق إذا قصد الزوج ذلك، وعدم وقوعه إذا كان على وجه اليمين، ولم يقصد الزوج الطلاق، وبه أخذت جل القوانين العربية حيث أخذ به قانون الأحوال الشخصية السوري، إذ نصت المادة 90 من المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر سنة 1953م على أنه: "لا يقع الطلاق غير المنجز إذا لم يقصد به إلا الحث على فعل شيء أو المنع منه، أو استعمل استعمال القسم لتأكيد الإخبار لا غير"، وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي في المادة 103 منه بقوله: "1- لا يقع الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه إلا إذا قصد به الطلاق. 2- لا يقع الطلاق بالحنث بيمين الطلاق أو الحرام إلا إذا قصد به الطلاق".

وكذلك المشرع الأردني في المادة 78/أ من قانون الأحوال الشخصية رقم 1 لسنة 2010م، بقوله: "لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه"، ولكن المشرع الأردني استدرك على الاطلاق الظاهر من معنى هذا النص بتفاصيل ذكرها في نصوص لاحقة، حيث نص في المادة 88 أن "تعليق الطلاق بالشرط صحيح، ورجوع الزوج عنه غير مقبول"، ونص في المادة 90 على أن "اليمين بلفظ عليّ الطلاق وعليّ الحرام وأمثالهما لا يقع الطلاق بهما، ما لم تتضمن صيغة الطلاق مخاطبة الزوجة، أو إضافته إليها، وبنية إيقاع الطلاق".

وبذات التوجه أخذ قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم 20 لسنة 1992م والمعدل بالقانون رقم 27 لسنة 1998م، وبالقانون رقم 24 لسنة 1999م وبالقانون رقم 34 لسنة 2003م، حيث جاء في المادة 65 منه ما نصه: "الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه يقع بوقوع شرطه الذي علق عليه"، ونصت المادة

66 منه على أنه: "لا يقع الطلاق بالحنث بيمين الطلاق أو الحرام، ويلزمه الكفارة إن لم ينو الطلاق".

وهؤلاء كلهم تبع لقانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1922م المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985م، عندما نص في المادة الثانية منه على أنه: "لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير" حيث لم يجعل المشرع المصري كل تعليق يمين، بل إنه قسم التعليق إلى قسمين:

قسم قصد فيه الزوج ربط الطلاق بحادثة معينة، لو وقعت لوقع الطلاق، وهو قاصد إليه؛ كأن يعلق طلاقها على قبولها مالا تفندي به نفسها، أو يعلق طلاقها على رضا أبيها به، أو نحو ذلك مما يتضح فيه قصد الزوج ربط وقوع الطلاق بشرط معين، ففي هذه الحالة يقع الطلاق، وقسم لم يقصد به الزوج ربط الطلاق بفعل أو قول ربطاً حقيقياً صحيحاً، بل قصد به إما:

- الحمل على فعل شيء معين؛ سواء كان مقصوده حمل زوجته أو غيرها عليه.
- قصد المنع من فعل معين أو قول؛ سواء كان هذا الفعل أو القول منها، أو من غيرها.

- قصد به توثيق امتناعه عن فعل؛ كأن يقول: إن لم أفلح عن تعاطي الدخان فزوجتي طالق؛ فهذه الصور وأمثالها لا يقع فيها الطلاق.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في هذا المقام ما نصه: "التعليق إن كان غرض المتكلم به التخويف، أو الحمل على فعل شيء، أو تركه، وهو يكره حصول الطلاق، ولا وطر له فيه، كان في معنى اليمين في الطلاق، وإن كان يقصد به حصول الطلاق عند حصول الشرط؛ لأنه لا يريد المقام مع زوجته عند حصوله، لم يكن في معنى اليمين، واليمين في الطلاق وما في معناه لاغ، أما باقي الأقسام فيقع فيها الطلاق. وقد أخذ في إلغاء اليمين في الطلاق برأي متقدمي الحنفية وبعض

متأخريهم، وهذا موافق لرأي الإمام علي وشريح وداود وأصحابه وطائفة من الشافعية والمالكية، وأخذ في إلغاء المعلق الذي في معنى اليمين برأي الإمام علي وشريح وعطاء والحكم بن عتيبة وداود وأصحابه وابن حزم".

وبذات التوجه أخذ المشرع الليبي في القانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن أحكام الزواج والطلاق وآثارهما، لأسباب عدة منها تفشي استعمال صيغة الطلاق المعلق في غير ما شرع له، وحرصا على استمرار الحياة الزوجية، ولتلافي مضار التفريق بين الزوجين لأسباب تافهة، وقد لا تعلمها الزوجة، ولا يمكن أن نستبعد هنا أيضا سنة المشرع الليبي في تقليد المشرع المصري فيما ينحو إليه، ولهذا نص في المادة 33/ب منه على أنه "لا يقع الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه"، ونص في الفقرة ج من ذات المادة على أنه "لا يقع الطلاق في الحنث بيمين الطلاق أو الحرام".

وحيث إنه لا مطعن على المشرع الوضعي عند تخيره لحكم من بين ما اختلف فيه الفقهاء، وحيث إن المسألة اجتهادية، لم تحسم بنص قاطع الدلالة، لا من الكتاب، ولا من السنة، مما يعني تركها لاجتهادات علماء كل عصر بحسب ما يتبين لهم من مصلحة في ذلك، فإننا نرى أن ما ذهب إليه المشرع الليبي لا يخالف الحق وإن كان ينبغي دعم توجهه بعقاب من يستهتر بأسرته، ويزعزع استقرارها بالتعسف في التلفظ بالطلاق، بحيث يكون ذلك بعقابه بما يكفل ردعه عن غيه.

الخاتمة

يمكن أن نخلص من هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج، تتمثل في:

1. الشرط الذي يعلق الزوج الطلاق على وقوعه قد يكون أمرا اختياريًا، وقد يكون أمرا غير اختياري، فإن كان الشرط من أفعال الزوج أو الزوجة الاختيارية سمي ما صدر عن الزوج طلاقًا معلقًا، وسمي أيضًا يمينا، لأن كليهما يفيد حمل النفس على فعل المحلوف عليه أو تركه، بحسب العبارة التي تضمنتها صيغة الطلاق، وبهذا يكون هذا الطلاق المعلق من حيث المعنى كما لو حلف بالله، أما لو كان المعلق عليه الطلاق فعلا لغير الزوجين، أو كان أمرا غير اختياري، سمي طلاقًا معلقًا فقط، ولم يسم يمينا، لأنه لا يفيد من حيث معناه حمل النفس على فعل ذلك الأمر أو الامتناع عنه، وهو بهذا لا يشبه الحلف بالله.

2. يشترط لقيام التعليق، وترتيب آثاره عليه جملة من الشروط، على خلاف بين العلماء في بعضها، ولكنها في المجمل إن تخلف واحد منها أو أكثر لا يقع التعليق وبالتالي يعتبر الكلام لغوا، فلا يقع الطلاق أصلا، وقد يعتبر في أحوال الطلاق منجزا، فيقع حالا، ولا عبرة في هذه الحالة بصيغة التعليق.

3. لا يعني تعليق الطلاق على شرط وقوعه في الحال، حتى عند من قال بوقوعه من العلماء، وبهذا فالحياة الزوجية تستمر، وتنتج آثارها إلى حين تحقق الشرط المعلق عليه الطلاق.

4. لا يحق للزوج الرجوع عن طلاقه المعلق بعد تلفظه به، أيًا كان الشرط الذي علقه عليه، لأنه لا يجوز الرجوع في الطلاق بعد التلفظ به، فالطلاق المعلق في هذا كاليمين، وكما لا يجوز الرجوع في اليمين بعد صدوره، فكذلك الطلاق المعلق، ولما كان الرجوع لا يجوز في الطلاق المنجز فكذلك المعلق، فإن كان الشرط معلوم التحقق كان الطلاق منجزا، وبهذا فإنه يقع حال صدوره، وإن كان الشرط محتمل التحقق كان الطلاق معلقا.

5. اختلف العلماء في حكم وقوع الطلاق المعلق على شرط على ثلاثة أقوال، ذهب أولها إلى وقوعه بمجرد وقوع الشرط المعلق عليه، وذهب ثانيها إلى عدم وقوع الطلاق المعلق، ولو وقع الشرط، وذهب ثالثها إلى التفصيل في المسألة، فيقع في حال قصد الزوج به الطلاق، ولا يقع إذا قصد الزوج به اليمين.

6. لم يرد في مسألة الطلاق المعلق نص قاطع، لا من الكتاب، ولا من السنة، ولم يجمع العلماء بشأنها في أي عصر على قول واحد، فهي مسألة اجتهادية، قليلة هي اجتهادات الصحابة في بيان حكم هذه المسألة، بل هي اجتهادات فردية، لا يمكن بناء حكم عام عليها، لاسيما أن في بعضها ضعفا، وفي بعضها تناقضا، إذ قد يروى عن ذات الصحابي قولان متعارضان، مما يدل على أن حكمها يكون بما يناسب الحال والظروف، وأنه ليس لها حكم عام ينظمها.

7. تعددت اتجاهات مشرعي القوانين الوضعية للأحوال الشخصية في البلاد العربية بشأن حكم هذه المسألة، بحسب ما رجحه كل منها من مذهب، فتراوحت بين اعتباره واقعا في كل حالاته، وفق ما قرره جمهور العلماء، وبين عدم اعتباره واقعا في كل حالاته، وفق ما قرره الظاهرية ومن معهم، وبين التمييز بين حالتيه بحسب قصد الزوج من طلاقه، عند تحقق الشرط الذي علقه عليه، وعدم قصده ذلك، وفق ما قرره ابن تيمية وابن القيم.

8. المسألة تركت لاجتهاد علماء كل عصر، بحسب ما يتبين لهم من مصلحة عامة في ذلك، بحسب كثرة وقوعها وقتلها، وبحسب ظروف المجتمع وأحوال الزوجين، ويكون هذا بالتخير من الأقوال الفقهية لأنسبها وأليقها بحال الزوجين، وللأولى بحال المجتمع، وبالنظر لكثرة وقوع الحلف بالطلاق وتعليقه نرى أن الأنسب لعصرنا هو الفتوى بعدم وقوع الطلاق المعلق، دون أن يحول هذا دون تعزيز من يسرف في إيقاعه، صونا للزوجية من العبث.

المصادر

- الأنصاري (زكريا): أسنى المطالب في شرح روض الطالب، تحقيق: محمد محمد تامر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م.
- البخاري (محمد بن إسماعيل الجعفي): صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير الناصر، ط1، دار طوق النجاة، 1422هـ.
- البهوتي (منصور بن يونس):
شرح منتهى الإرادات، ط2، عالم الكتب، بيروت، 1996م.
كشف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، 1983م.
- الترمذي (محمد بن عيسى): سنن الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ابن تيمية (أحمد بن عبد الحلیم):
الفتاوى الكبرى، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1987م.
مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، 1997م.
- الجروشي (سليمان) والعبار (سعد): شرح قانون الأحوال الشخصية الليبي، ط3، 2017م، منشورات جامعة البحر المتوسط الدولية، بنغازي.
- ابن جزى (محمد بن أحمد): القوانين الفقهية، تحقيق: عبد الله المنشاوي، دار الحديث، القاهرة، 2005م.
- الحاكم النيسابوري (محمد بن عبد الله): المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990م.
- ابن حجر (أحمد بن علي العسقلاني): فتح الباري شرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة، بيروت.
- ابن حزم (علي بن أحمد): المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت.

- الحصري (أبو بكر بن محمد الحسيني): كفاية الأختار في حل غاية الاختصار، تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، ط1، دار الخير، دمشق، 1994م.
- الخطاب (محمد بن عبد الرحمن): مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط2، دار الفكر، بيروت.
- ابن حنبل (أحمد): مسند الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة، مصر.
- الحلي (جعفر بن الحسن): شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ط2، دار الإيمان، إيران، 1409هـ.
- الخرخشي (محمد بن عبد الله): شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت.
- أبو داود (سليمان بن الأشعث): سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر.
- الدردير (أحمد): الشرح الكبير، تحقيق: محمد عليش، بيروت، دار الفكر.
- الدسوقي (محمد عرفة): حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت.
- الدويش (أحمد بن عبد الرازق): فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، الرياض.
- الرازي (محمد بن أبي بكر): مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، ط5، المكتبة العصرية- الدار النموذجية، بيروت- صيدا، 1999م.
- الراغب الأصفهاني (الحسين بن محمد): المفردات في غريب القرآن، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، ط1، دار القلم، دمشق، دار الشامية، بيروت، 1412هـ.
- ابن رشد (محمد بن أحمد): بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: فريد الجندي، دار الحديث، القاهرة، 2004م.
- الزحيلي (وهبة): الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دار الفكر، دمشق، 2002م.
- الزركشي (محمد بن عبد الله بن بهادر): المنثور في القواعد الفقهية، ط2، وزارة الأوقاف الكويتية.

- أبو زهرة (محمد): الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط3، 1957م.
- الزيلعي (عثمان بن علي): تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ط1، المطبعة الأميرية، القاهرة.
- آل سالم (طارق بن أنور): الواضح في أحكام الطلاق، دار الإيمان، الإسكندرية.
- السرخسي (محمد بن أحمد بن سهل): المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1993م
- شاكر (أحمد محمد): نظام الطلاق في الإسلام، مكتبة السنة، القاهرة.
- الشربيني الخطيب (محمد بن أحمد): مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994م.
- الشوكاني (محمد بن علي):
السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ط1، دار ابن حزم.
- نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار، دار الجيل، بيروت، 1973م.
- ابن أبي شيبه (عبد الله بن محمد): المصنف، تحقيق: حمد الجمعة ومحمد اللحيان، ط1، دار الرشد، السعودية، 2004م.
- الصاوي (أحمد): بلغة السالك لأقرب المسالك، تحقيق: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995م.
- الطوسي (محمد بن الحسين): الخلاف، مؤسسة النشر الإسلامي، إيران، 1407هـ.
- ابن عابدين (محمد أمين): رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، 2000م.
- العبدري (محمد بن يوسف): التاج والإكليل لمختصر خليل، ط2، دار الفكر، بيروت، 1398هـ.
- ابن عبد البر (يوسف بن عمر النمري القرطبي): الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، تحقيق: سالم محمد عطا ومحمد علي معوض، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ-2000م.

- عبد الرزاق بن همام الصنعاني: مصنف عبد الرزاق، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، 1403هـ.
- العمراني (عبد الرحمن): هل يحتسب الطلاق المعلق على شرط؟ مجلة الوعي الإسلامي، تصدر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية، العدد 493، بتاريخ 2006/12/23م.
- ابن فارس (أحمد بن زكريا): معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، ط1، دار الجيل، بيروت، 1991م.
- ابن أبي الفتح البعلي (محمد): المطلع على أبواب المقنع، تحقيق: محمد بشير الأدلبي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1981م.
- ابن قاضي شهبه (محمد بن أبي بكر): بداية المحتاج في شرح المنهاج، ط1، دار المنهاج، جدة، 2011م.
- ابن قدامة (عبد الله بن أحمد المقدسي):
 المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ط1، دار الفكر، بيروت، 1405هـ.
 الكافي في فقه الإمام أحمد، ط1، دار الكتب العلمية، 1994م.
- القونوني (قاسم بن عبد الله بن أمير علي): أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق: أحمد عبد الرازق الكبيسي، ط1، دار الوفاء، جدة، 1406هـ.
- ابن قيم الجوزية (محمد بن أبي بكر): إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، 1973هـ.
- الكاساني (علاء الدين): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1982م.
- الكوثري (محمد زاهد): الإشفاق في أحكام الطلاق، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة.
- ابن ماجه (محمد بن يزيد القزويني): سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت.

- مالك بن أنس بن مالك الأصبحي:
 المدونة الكبرى برواية سحنون بن سعيد التتوخي، ط1، دار الكتب العلمية،
 1994م.
- الموطأ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، مصر.
- المرداوي (علي بن سليمان): الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد
 حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- المرغيناني (علي بن أبي بكر): الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية.
- مسلم بن الحجاج القشيري: صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء
 التراث العربي، بيروت.
- المرتضي الزبيدي (محمد الحسيني): تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية.
- ابن منظور (محمد بن مكرم): لسان العرب، ط3، دار صادر، بيروت، 1994م.
- ابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم): البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، دار الكتاب
 الإسلامي.
- النسفي (عمر بن محمد): طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، تحقيق: خالد العك، دار
 النفائس، عمان، 1995م.
- النووي (يحيى بن شرف):
 روضة الطالبين وعمدة المفتين، ط2، المكتبة الإسلامي، بيروت، 1405هـ.
- المجموع شرح المذهب، دار الفكر.
- الهيثمي (أحمد بن محمد بن حجر): تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية
 الكبرى، مصر، 1983م.
- أبو يوسف (يعقوب بن إبراهيم): كتاب الآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، 1355هـ.

المتاجرة في الآثار بين الحظر والتقييد

دراسة قانونية

Trade in antiquities between prohibition and restriction

Legal study

د. فرج سليمان حموده⁽¹⁾.

Dr. Faraj Soliman Hamouda

ملخص البحث

يمكن تصور أشكال متعددة للمتاجرة بالآثار، أبرزها شراء القطع الأثرية من أجل إعادة بيعها، أو القيام بأنشطة التنقيب ثم المتاجرة فيما يعثر عليه، أو بواسطة شغل المواقع الأثرية لإقامة محال بداخلها، وهذه الأعمال تنطوي على مخاطر جسيمة، تهدد الموروث الثقافي للأمة، وبخاصة في زمن الحروب وما يصاحبها من اختلال في الأمن؛ ولهذا فالمتاجرة تعد من حيث الأصل محظورة بموجب القانون الداخلي (قانون الآثار رقم 3 لسنة 1995م) والاتفاقيات الدولية التي تعد ليبيا طرفاً فيها.

بالمقابل، يلاحظ أن القانون المذكور لم يجرم المتاجرة بالآثار إلا على سبيل الأصل، تاركا المجال لاستثناءات تخول مصلحة الآثار -وفق شروط معينة- أن ترخص للأشخاص بامتلاك بعض القطع الأثرية، ومن ثم إدخالها دائرة التداول التجاري، أو أن ترخص لهم بشغل المواقع الأثرية وإقامة أنشطة بداخلها.

وهكذا تناول هذا البحث مختلف الإشكاليات التي يثيرها القانون المذكور في مجال المتاجرة بالآثار، وقد تم تقسيمه إلى مطلبين: الطبيعة القانونية للآثار، ومدى جواز المتاجرة في الآثار.

Abstract

Multiple forms of antiquities trading can be envisaged, the most important of which is the purchase of artifacts for resale, the management of exploration activities and the trading of what is found, or by leasing archaeological sites. These actions impose grave dangers on the cultural heritage of the nation, especially in times of war. For this reason, trading is -in principle- prohibited according to the internal law and the international agreements.

On the other hand, it is noted that the law criminalizes trade in antiquities only as a general principle, including some exceptions that allow the Antiquities Authority to authorize individuals to own and trade antiquities, or to authorize them to rent archaeological sites in order to establish activities on them.

Thus, I will study in this research the problems raised by the law in the field of antiquities trading, in two paragraphs: the legal nature of antiquities, and the restrictions imposed on the trade in antiquities.

كلمات مفتاحية: متاجرة، آثار، مصلحة الآثار، مباني تاريخية، آثار منقولة.

¹ - عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة طرابلس.

المقدمة

يعد الحق في ممارسة الأنشطة التجارية من الحقوق الأساسية التي يكفلها القانون للمواطن⁽²⁾، وقد ورد النص على ذلك صراحة في المادة السابعة من القانون التجاري⁽³⁾ التي وفقا لها "يجوز لمن بلغت سنه ثماني عشرة سنة كاملة أن يقوم بمزاولة النشاط التجاري، ما لم يتطلب تشريع آخر أهلية أعلى"⁽⁴⁾.

فالأصل أن لكل من امتلك أهلية الأداء ببلوغه سن الثامنة عشر الحق في ممارسة الأنشطة التجارية، ما لم يمنع من ذلك لاعتبارات تتعلق بأهلية الجواب، كأن يكون موظفا عموميا، أو يصدر في حقه حكم بالإفلاس، أو بالعقاب المتضمن حرمانه من الحقوق المدنية⁽⁵⁾، كما أن لمن امتلك هذه الأهلية أن يختار النشاط التجاري الذي يتمشى ورغباته، ولا يقيد في ذلك سوى ما ينص القانون على إخراج من دائرة التعامل.

ويثير هذا الحق تساؤلا يتعلق بمدى جواز وروده على الآثار والممتلكات الثقافية التي تعكس هوية وتاريخ الشعوب⁽⁶⁾، فهذه الموروثات، بالرغم من كونها

² - يكفل القانون هذا الحق للأجانب أيضا، (المادة 2/9 تجاري)، كما نظم حق الأجانب في التجارة والاستثمار على نحو موسع بموجب التشريعات الخاصة بالاستثمار. أنظر في هذا الشأن سليمان: ص 128 وما يليها.

³ - أنظر هذا القانون في الجريدة الرسمية، عدد خاص، 2010/8/21م، ص 10، ص 726

⁴ - بل إن ممارسة الأشخاص للعمل التجاري يعد حقا دستوريا، تحرص الدول على التأكيد عليه في قوانينها الأساسية، أنظر على سبيل المثال: المادة 28 من الدستور المصري الصادر سنة 2014م، والتي نصت على أن "الأنشطة الاقتصادية الإنتاجية والخدمية والمعلوماتية مقومات أساسية للاقتصاد الوطني، وتلتزم الدولة بحمايتها، وزيادة تنافسيتها، وتوفير المناخ الجاذب للاستثمار، وتعمل على زيادة الإنتاج، وتشجيع التصدير، وتنظيم الاستيراد. وتولى الدولة اهتماماً خاصاً بالمشروعات المتوسطة والصغيرة ومتناهية الصغر في كافة المجالات، وتعمل على تنظيم القطاع غير الرسمي وتأهيله". ولا توجد نصوص مماثلة له في الوثائق الدستور الليبية المتعاقبة.

⁵ - أنظر في ذلك، الأزهرى: ص 153 وما يليها.

⁶ - لارتباط الآثار بماضي الشعوب وحضاراتها، كثيرا ما تضيف عليها الدول حماية دستورية بموجب قوانينها الأساسية، ولكن لا نجد ذلك صدى في الدستور الليبي لسنة 1951م، ولا في الإعلان الدستوري لسنة 2011م، وإنما يمكن الاستئناس بنص من مسودة مشروع الدستور الليبي -بالرغم من أن لم تر النور بعد- وهو حكم المادة 29 الذي يقضي بأن "تلتزم الدولة بحماية الآثار والمدن والمناطق التاريخية، ورعايتها وإعادة تأهيلها، والتنقيب عنها، ويحظر الاعتداء عليها أو المتاجرة بها أو إهداؤها، وتتخذ ما يلزم لاسترداد ما استولي عليه منها. وتكفل الدولة حماية المخطوطات والوثائق والمسكوكات التاريخية، وتعمل على صيانتها والمحافظة

محاطة بحماية دولية وداخلية دستورية وعادية⁽⁷⁾، يمكن تصور وقوع المتاجرة فيها بعدة طرق، أبرزها الطريق التقليدي، وهو الشراء من أجل إعادة البيع، والذي يعد وفقا لصريح المادة 1/409 عملا تجاريا، وقد يتحقق أيضا عن طريق شغل الأماكن محالا تجارية، مما يثير السؤال: هل يسمح القانون بذلك أم لا؟ قبل الإجابة عن هذا السؤال في الفقرة الثانية ينبغي التمهيد في فقرة أولى بدراسة الطبيعة القانونية للأثار، ومدى اعتبار هذا الموروث من الأموال المنقولة أو العقارية، ومدى اعتباره من الأموال الخاصة أو العامة.

عليها، ويحظر الاعتداء عليها والعبث بها. وفي جميع الأحوال لا تسقط الجرائم المتعلقة بها بالتقدم. وفي حال اعتبار إحدى الممتلكات الخاصة ذات طبيعة أثرية تخضع علاقة أصحاب الشأن مع الدولة لقانون خاص بضمن حقوقهم المشروعة". أنظر أيضا نص المادة 49 من الدستور المصري الصادر سنة 2014م، والذي يقضي بأن "تلتزم الدولة بحماية الآثار والحفاظ عليها، ورعاية مناطقها، وصيانتها، وترميمها، واسترداد ما استولى عليه منها، وتنظيم التنقيب عنها والإشراف عليه. ويحظر إهداء أو مبادلة أي شيء منها، والاعتداء عليها والاتجار فيها جريمة لا تسقط بالتقدم".

⁷ بوصفها تمثل التراث الثقافي للإنسانية جمعاء، تتمتع الآثار أيضا بحماية دولية، تستمد من الاتفاقيات الدولية التي أبرمت تحت مظلة الأمم المتحدة ومنظمة اليونسكو، ويمكن الإشارة في هذا الشأن إلى اتفاقية لاهي لسنة 1954م بشأن حماية الأعيان الثقافية في حالة النزاع المسلح، والإعلان العالمي لمبادئ التعاون الثقافي الدولي سنة 1966م، واتفاقية لندن عام 1969م بشأن حماية التراث الحضاري، والتي عقدت تحت لواء منظمة مجلس أوروبا في 1969/5/6م، واتفاقية باريس لحظر استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة، الصادرة بتاريخ 1970/11/14م.

كما نشأت العديد من المراكز والمنظمات الدولية المعنية بحماية الممتلكات الثقافية للإنسان، من ذلك منظمة اليونسكو UNESCO، ومقرها باريس، أنشئت في العام 1945م وتعد من أهم الهيئات الدولية المعنية بحماية التراث الإنساني في العام، والمجلس الدولي للمتاحف، (إيكوم) (ICOM)، وهو مؤسسة دولية غير حكومية، أسستها اليونسكو سنة 1946م، والمركز الدولي لدراسة وحفظ وترميم التراث الثقافي L'ICCROM، الذي انشأ سنة 1956م من طرف منظمة اليونسكو، والوكالة الفرانكفونية: ACCT وهي تمارس دورا محوريا بين مختلف الإدارات الفرنكوفونية، وتعمل على تنسيق برامج متعددة ذات صلة مباشرة وغير مباشرة بالتراث، ومركز التراث العالمي لسنة 1992م الذي تأسس بمبادرة اليونسكو، والميثاق الأمريكي Pocte Rocrich بإنشاء نظام قانوني لحماية التراث الثقافي سنة 1935م، وميثاق البندقية لسنة 1964م بشأن الحفاظ على المعالم التاريخية الذي انعقد بمدينة البندقية تحت رعاية اليونسكو، واتفاقية حماية التراث الثقافي المغمور بالمياه لسنة 2001م، التي اعتمدت بدورها من قبل اليونسكو.

وعلى المستوى العربي والإسلامي: المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم (إليكسو) (ALECSO) ومقرها تونس، وقد أنشئت بمبادرة جامعة الدول العربية سنة 1945م، والمنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة (إيسيسكو) (ISESCO) التي تأسست في فاس في عام 1982م، ومقرها الرباط، وغيرها الكثير. أنظر، الهياجي: بحث منشور على الموقع الانترنت:

https://cta.ksu.edu.sa/sites/cta.ksu.edu.sa/files/imce_images/_ysr_lhyjy_-_dwr_lmnmzt_ldwly_wlqlymy.pdf

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للآثار

يتطلب البحث في الطبيعة القانونية للآثار التعرض ابتداء لتحديد ماهية المال

الأثري.

أولاً- ماهية الآثار:

نحرص في هذا الإطار على التقيد بالتعريفات المنصوص عليها في قانون حماية الآثار والمتاحف والمدن القديمة والمباني التاريخية الليبي رقم 3 الصادر بتاريخ 24 يوليو 1995م⁽⁸⁾، فبعد تطور تاريخي تضمن سلسلة من التشريعات، خضعت الآثار والمباني التاريخية في ليبيا لأحكام هذا القانون⁽⁹⁾، الذي احتوى في مادته الأولى على عدة تعريفات، فوفقاً لها: "في تطبيق أحكام هذا القانون، يقصد بالكلمات والعبارات المبينة فيما بعد المعاني المبينة قرين كل منها، ما لم يدل سياق النص على خلاف ذلك:

- الأثر والآثار: كل ما أنشأه الإنسان أو أنتجه مما له علاقة بالتراث الإنساني ويرجع عهده إلى أكثر من مائة عام.

- الآثار العقارية: هي بقايا المدن والتلال العقارية والقلاع والحصون والأسوار والمساجد والمدارس والأبنية الدينية والمقابر والكهوف، سواء كانت في باطن الأرض "أو" على سطحها "أو"⁽¹⁰⁾ تحت المياه الإقليمية، وكذلك المعالم ذات الطابع المعياري المميز، والمواقع والشواهد التاريخية التي تتصل بجهد الليبيين وكفاحهم وتجاربهم، وترتبط بالتاريخ السياسي والثقافي والاجتماعي للبلاد.

⁸ - منشور في الجريدة الرسمية، ع19، س33، ص638.

⁹ - سنطلق عليه في هذا البحث قانون الآثار، أو القانون رقم 3 لسنة 1995م.

¹⁰ - تستوجب قواعد اللغة العربية استعمال أداة العطف "أم" بدلا من "أو"، وذلك لأنها جاءت في معرض العطف للتسوية لا للتخيير.

- **الآثار المنقولة:** وهي المنقولات الأثرية التي صنعت لتكون بطبيعتها منفصلة عن الآثار العقارية، ويمكن تحويلها من مكانها دون تلف، مثل التماثيل والفسيفساء وقطع الفخار والزجاج والمسكوكات القديمة والنقوش، وكذلك بعض الصناعات التقليدية وتعتبر الآثار المنقولة آثارا عقارية إذا كانت مخصصة لأثر عقاري، كأجزاء منه أو مكملات له، أو زخارف فيه.

كما نصت هذه المادة على مفاهيم أثرية أخرى تضمنها بالتنظيم والحماية القانون رقم 3 لسنة 1995م بشأن حماية الآثار، تتمثل في ما أطلقت عليه تسمية مجموعة التاريخ الطبيعي، والمتاحف، والوثائق، والمدن القديمة والأحياء والمدن التاريخية ووفقا لها فإن:

- **مجموعة التاريخ الطبيعي:** هي كل ما له علاقة بالسلالات البشرية والحيوانية والنباتية والصخور والأحجار والمعادن ذات الصفة الجمالية المتحفية، وكذلك التكوينات الجيولوجية ذات الخصائص الطبيعية والسياحية.

- **المتاحف:** هي المؤسسات العلمية والثقافية المميزة التي هدفها حفظ وتوثيق وعرض التراث الإنساني والطبيعي والتطور العلمي والفني ونشر المعرفة والتوعية بين الجماهير.

- **الوثائق:** هي النصوص المكتوبة والمنقوشة على أية مادة أو عنصر، مثل الحجر والفخار، والجلود والمعادن والعظام ... مما يرتبط بحضارة الإنسان وتجاربه وتشمل الأشرطة الممغنطة والمصورة والمخطوطات والوثائق والحجج والمعدات والخرائط والفرمانات والقرارات والمطبوعات وغيرها من المستندات والأوراق التي مضى عليها خمسون سنة.

- **المدن القديمة والأحياء والمدن التاريخية:** هي الكيان المعماري المتجانس والتمايز المستقل أو المتكامل ضمن حدود متعارف عليها، أو داخل أسوار تحيط به، وتشمل المساكن والمدارس والأسواق والشوارع والحدائق وكافة المعالم

والشواهد والآثار داخل الأحياء والمدن القديمة، مما مضى على إنشائها مائة عام فأكثر، أو التي شهدت حدثا تاريخيا هاما، ولو لم تمض عليها هذه المدة".
وهكذا يتضح أن القانون رقم 3 لسنة 1995م بشأن الآثار نوع المعايير المعتمدة في تحديد الملكية الأثرية؛ حيث يوجد ضابط بسيط، يستند إلى أساس زمني، عرف الآثار بأنها كل ما أنشأه أو أنتجه الإنسان القديم، وله قيمة تراثية تمتد لأكثر من مائة سنة، بصرف النظر عن طبيعته العقارية أم المنقولة⁽¹¹⁾، والملاحظ أن هذا المعيار يجعل من الآثار قيمة متحركة مع مرور الزمن، فيمكن أن تدخل الأشياء التي أوجدها الإنسان، ولها قيمة تراثية⁽¹²⁾ في نطاق الموروث الأثري للأمة

¹¹- نرى بأن هذا التحديد الزمني منتقد، بالنظر إلى قصر المدة التي اعتمدها معيارا لإضفاء الصفة الأثرية على الشيء، فمرور أكثر من قرن على هذا الشيء لا يعني أنه اكتسب قيمة تاريخية، وبخاصة خلال هذا الزمن الذي طغت فيه التقنية على مختلف مظاهر الحياة، وعلى المؤسسات الإنتاجية، بما فيها الزراعية والحرفية، وعلى طرق البناء، إذ لا تتغير أساليب الحياة وطرق الإنتاج خلال هذه المدة القصيرة على نحو يصير الأشياء القديمة أشياء أثرية.

وبالنظر إلى التشريعات المقارنة، نلاحظ وجود تفاوتات كبيرا بينها في هذا الشأن، فقانون حماية الآثار المصري رقم 117 لسنة 1983م، المعدل بالقانون رقم 3 لسنة 2010م، اعتمد في مادته الأولى ضابطا مشابها بنصه على أنه "في تطبيق هذا القانون يعد أثرا كل عقار أو منقول متى توفرت فيه الشروط الآتية: 1- أن يكون نتاجا للحضارة المصرية أو الحضارات المتعاقبة، أو نتاجا للفنون أو العلوم أو الآداب أو الأديان التي قامت على أرض مصر منذ عصور ما قبل التاريخ وحتى ما قبل مائة عام"، وعرف قانون الآثار والتراث العراقي رقم 55 لسنة 2002م الآثار في مادته السابعة بأنها "الأموال المنقولة وغير المنقولة التي بناها أو صنعها أو نحتها أو كتبها أو رسمها أو صورها الإنسان، ولا يقل عمرها عن مائتي عام"، وكذلك نص قانون الآثار السوري على مدة مساوية (200 سنة) بموجب المادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم 222 لسنة 1963م، وعرف قانون الآثار الأردني رقم 21 لسنة 1988م المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 2004م الأثر بأنه "أي شيء منقول أو غير منقول أنشأه أو صنعه أو خطه أو نقشه أو بناه أو اكتشفه أو عدله إنسان قبل سنة 1750 ميلادية"، وحدد قانون الآثار السوداني الصادر عام 1952م المدة بما قبل سنة 1822م، وبقايا الحيوانات بما قبل سنة 1340 هجرية، أما قانون الآثار الفرنسي رقم 17 لسنة 2004م فأثر النأي بنفسه عن هذا الضابط الزمني التحكيمي للمال الأثري، حيث نص في المادة الأولى منه على تحديد الأثر بأنه "الأموال العقارية أو المنقولة المملوكة ملكية عامة أو خاصة، والتي لها قيمة تاريخية أو فنية أو حضارية أو جمالية أو علمية".

¹²- يشترط في المال الأثري أن يتضمن قيمة تراثية أو فنية، تتأتى من أهميته التاريخية، باعتباره مظهرا من مظاهر الحضارات المختلفة التي قامت على أرض البلاد، أو كانت لها صلة تاريخية بها، ولا يتحقق تقدير هذه القيمة إلا بتوفر حد أدنى من المعلومات عن الأصل التاريخي للمال الأثري وبيئته التقليدية، ولذلك لا يكفي لاعتبار المال المنقول أو العقاري مالا أثريا أن تمضي عليه مائة سنة، إذا كان مجردا من القيمة الحضارية، كالحرب المتهالكة والأشياء البالية؛ وفي ذلك قضت المادة الأولى من قانون الآثار المصري رقم 117 لسنة 1983م بأن الأثر هو: "كل عقار أو منقول أنتجته الحضارات المختلفة أو الحديثة من الفنون أو العصور أو الأديان، من عصر ما قبل التاريخ وخلال العصور التاريخية المتعاقبة حتى ما قبل مائة عام، متى كانت له قيمة أو أهمية أثرية، باعتباره

فور مرور ما يزيد على المائة عام على إنشائها، ولهذا تتزايد موروثات الشعوب بشكل مستمر طالما اكتسبت مواصفات معينة تضي عليها صبغة تاريخية.

إلى جانب هذا المعيار البسيط توجد معايير أخرى تختلف باختلاف المال الأثري، فيمكن أن يطلق وصف الآثار على الأموال العقارية على النحو الوارد في الفقرة الثانية، وعلى الأموال المنقولة على التوصيف الوارد في الفقرة الثالثة، كما يمكن أن يشمل الوصف كذلك الوثائق التاريخية (كالمدونات الفقهية القديمة، والأحكام القضائية المنتمية إلى الحقب التاريخية المتعاقبة، والوثائق ذات القيمة الدينية والأدبية، أي كانت المادة التي نقشت أو كتبت عليها)، وأيضا كل ما له علاقة بالسلالات البشرية والحيوانية والنباتية والصخور والأحجار والمعادن ذات الصفة الجمالية المتحفية (كالمومياء وبقايا الحيوانات القديمة لاسيما المنقرضة، ومخلفات الإنسان القديم كالأواني الحجرية والسيوف).

وبجانب هذا التحديد القانوني للأموال الأثرية، نصت المادة الرابعة من قانون الآثار على ضابط احتياطي، يمثل استثناء عليه، بموجبه "تتولى الجهة المختصة تحديد ما يعد أثرا عقاريا أو أثرا منقولاً أو وثيقة، وتسجيل ما ترى تسجيله منها بوصفه ممتلكا ثقافيا ومالا عاما، حيث يجوز لمصلحة الآثار والمباني التاريخية استنادا إلى هذا الحكم أن تضي الصفة الأثرية على أي مال منقول أو عقاري، ترى ضرورة حمايته بوصفه جزءا من الموروث الثقافي الليبي، ولو لم تمض عليه مائة عام، ومن قبيل ذلك بعض الزوايا الصوفية، والوثائق الخاصة بالأفراد الذين

مظهرا من مظاهر الحضارات المختلفة التي قامت على أرض مصر، أو كانت لها صلة تاريخية بها، وكذلك رفات السلالات البشرية والكائنات المعاصرة لها".

كما نصت المادة الأولى من اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حال النزاعات المسلحة لسنة 1954م على هذا الشرط في معرض تعريفها للآثار والممتلكات الثقافية بقولها: هي "الممتلكات المنقولة أو الثابتة ذات القيمة الكبرى لتراث الشعوب الثقافي، كالمباني المعمارية أو الفنية منها أو التاريخية، الديني منها أو الدنيوي، والأماكن الأثرية، ومجموعة المباني التي تكتسب بتجمعها قيمة تاريخية أو فنية، والتحف الفنية والمخطوطات والكتب والأشياء الأخرى ذات القيمة الفنية والتاريخية والأثرية، وكذلك المجموعات العلمية ومجموعات الكتب المهمة والمحفوظات ومنسوخات الممتلكات السابق ذكرها".

ينتازلون عنها لهذه المصلحة، كالبيوع القديمة، وسندات الملكية العقارية، والآليات والمعدات العسكرية التي تضررت أو أسرت في حرب وقعت على التراب الليبي (13).

ومن جانب آخر، يلاحظ أن القانون المذكور تبني في تقسيمه للآثار نفس المعايير المعتمدة في القانون المدني في التفرقة بين العقار والمنقول (المادة 82 مدني⁽¹⁴⁾) وبناء عليه يجوز أن ترد الآثار على مال عقاري، من قبيل المباني التاريخية التي يتجاوز عمرها المائة سنة، والتي يمكن أن تتمثل في مجرد صرح منعزل، كمعبد إسلامي أو غير إسلامي، أو كهف أو خندق تحت الأرض، ويمكن أن تتمثل في مدينة أثرية أو بقاياها، كمدن لبدية وشحات وصبراتة وأويا.

¹³ - على المستوى الفقهي عرفت الآثار بأنها: "كل ما تركه الإنسان القديم من أدوات خلفها، أو كهوف أو قصور عاش فيها، أو معابد نشأ عليها، أو حلي أو قلاند تزين بها، أو نذور تقرب بها، أو كتابات أو أسلحة استخدمها أو رسوم أو فنون خلدها"، أنظر، أوجي، ص55. وعرف بعض علماء الآثار الأثر بأنه: "المنشأ الذي له قيمة معمارية وتاريخية، وعمره أكثر من مائة عام"، ينظر، أمين، ص138.

أما على مستوى التشريعات المقارنة، فقد عرف قانون الآثار المصري رقم 117 لسنة 1983م الأثر في المادة الأولى منه بأنه: "كل عقار أو منقول أنتجته الحضارات المختلفة أو الحديثة من الفنون أو العصور أو الأديان، من عصر ما قبل التاريخ وخلال العصور التاريخية المتعاقبة حتى ما قبل مائة عام، متى كانت له قيمة أو أهمية أثرية، باعتباره مظهرا من مظاهر الحضارات المختلفة التي قامت على أرض مصر، أو كانت لها صلة تاريخية بها، وكذلك رفات السلالات البشرية والكائنات المعاصرة لها".

وعلى مستوى القانون الدولي أطلقت اتفاقية لاهاي (بشأن حماية التراث الثقافي الصادرة بتاريخ 14 مايو 1954م) على الآثار مصطلح الممتلكات الثقافية، وعرفت بها بأنها: "الممتلكات المنقولة والثابتة ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي، كالمباني والأماكن الأثرية والمخطوطات والكتب، وكل الأشياء ذات القيمة التاريخية والأثرية، وكذلك المباني المخصصة لحماية الممتلكات الثقافية نفسها، كالمتاحف ودور الكتب ومخازن المحفوظات وغيرها ذات العلاقة، والتي تتطلب بموجب الاتفاقيات الدولية الاحترام والحماية المتواصلة وقت السلم ووقت الحرب، وعدم تعريضها للتلف والتدمير وتحريم سرقتها ونهبها أو تبيدها". أنظر تفاصيل في عمرو: ص178-185.

¹⁴ - تنص المادة 82 مدني على أن "1- كل شيء مستقر بحيزه، ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف، فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول. 2- ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله". أنظر في تفسير هذا النص، السنهوري، ص11. أنظر في التفرقة بين المنقول والعقار بطبيعته والعقار بالتخصيص أيضا أعبوده: ص231.

وقد تحدثت المادة المذكورة كذلك عن العقار الأثري بالتخصيص، بنصها في الفقرة الثالثة على أن تعتبر الآثار المنقولة آثارا عقارية، إذا كانت مخصصة لأثر عقاري كأجزاء منه أم مكملات له أم زخارف فيه، ومن قبيل ذلك المعدات التي تحتويها المباني والمدن الأثرية، مما كان يستعمله الإنسان القديم فيها، كأدوات الزراعة والري وأواني الطهي.

أما بقايا المدن الأثرية المتمثلة في قطع الأحجار والرخام المنفصلة عن هذه المدن بسبب عامل الزمن والظواهر الطبيعية وغير الطبيعية، كالزلازل وأعمال التخريب فلا تعد عقارات بالتخصيص، وإنما تحتفظ بحكمها كأثار عقارية بطبيعتها. أما الآثار المنقولة، فتشمل سائر المنقولات التي صنعت لتكون منفصلة عن الآثار العقارية -بمعنى ليست آثارا عقارية بالتخصيص- وتحمل قيمة تاريخية، تتأتى من مرور أكثر من مائة سنة على إيجادها؛ فهذا الضابط الزمني يعد لازما لكل ما يمكن تصنيفه بالمال الأثري.

وقد أشارت الفقرتان (ب)، (د) من المادة الثامنة إلى صورتين خاصتين للآثار المنقولة، تتمثلان في الوثائق التاريخية والصناعات التاريخية ذات الطابع الأثري ويمكن أن يضاف إليهما كذلك كل ما يعد منقولا، ويحمل في طياته الصبغة الأثرية بحكم انتمائه إلى حقبة يتجاوز عمرها المائة سنة، وذلك كالنقود الورقية والمعدنية الموجودة فعلا، أو التي يتم اكتشافها، والأسلحة البيضاء والنارية، والتماثيل وأجزائها، والأواني الفخارية أو الخزفية، والمومياء، وغيرها من الهياكل البشرية أو الحيوانية المتحجرة..... إلخ.

ثانيا- التكييف القانوني للأموال الأثرية:

حسنت هذا التكييف المادة الخامسة من قانون الآثار رقم 3 لسنة 1995م، والتي وفقا لها: "تعتبر مالا عاما جميع الآثار العقارية والمنقولة والوثائق، سواء كانت في باطن الأرض، أو على سطحها، أو كانت تحت المياه الإقليمية، باستثناء ما هو مسجل بأسماء الأفراد والهيئات بمقتضى أحكام التشريعات المعمول بها قبل صدور هذا القانون".

وقد أعيد التأكيد على هذه الطبيعة في نصوص أخرى متفرقة من نفس القانون، من ذلك المادة السادسة والعشرين، والتي وفقا لها "جميع الآثار التي يكتشفها المرخص له بالحفائر تكون ملكا للدولة"، والمادة السابعة والعشرين التي يقضي نصها بأن "تعد ملكا للدولة كل المتاحف العامة ومحتوياتها الموجودة بالجماهيرية"⁽¹⁵⁾.

كما تضمنت المادة الخامسة والثلاثون حكما يخص المدن القديمة والأحياء والمباني التاريخية، وفقا له: "تعتبر المدن القديمة والأحياء والمباني التاريخية بكل معالمها وشواهدا وآثارها ممتلكات ثقافية تاريخية إنسانية، لا يجوز التصرف فيها بأي وجه من الوجوه، إلا عن طريق الجهة المختصة، وتحدد اللائحة التنفيذية الشروط المتعلقة بذلك".

وعلى هذا الأساس تعد الآثار -أيا كانت عقارية أم منقولة أم عقارية بالتخصيص- مالا عاما⁽¹⁶⁾، يسري عليها ما يسري على المال العام من أحكام

¹⁵ - استبدلت تسمية "الجماهيرية" بتسمية "ليبيا" بموجب المادة 34 الإعلان الدستوري الصادر في 2011/8/3م، أنظر الجريدة الرسمية، العدد الأول الصادر بتاريخ 2012/2/9م، ص11.

¹⁶ - يعرف المال العام بأنه "المال المخصص للمنفعة العامة، وهو في جوهره دومين حماية ليس مملوكا، تحوزه الدولة باسم الجمهور ولمصلحته، فالدولة فيه وكالة عن الجمهور في الحفظ والصيانة"، أنظر، شحاته: ص585؛ مسكوني: ص418.

قانونية⁽¹⁷⁾، أبرزها نص الفقرة الثانية من المادة 87 من القانون المدني، والذي وفقا له لا يجوز التصرف في الأموال العامة أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم⁽¹⁸⁾.

وبالنظر إلى طابعها التراثي المرتبط بحضارة الشعب الليبي، تعد الآثار أموالا عامة ذات طبيعة خاصة، فهي تحظى بحصانة قانونية، تتجاوز في قيمتها حصانة الأموال العامة، إذ من المعلوم أن هذه الأخيرة يمكن أن تفقد صفتها العامة بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة بمقتضى مرسوم أو قانون، أو بالفعل، أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت للمنفعة العامة⁽¹⁹⁾، في حين أن الآثار بوصفها أموالا عامة لا يمكن أن تفقد صفتها هذه، لأن القانون يمنع الدولة، متى ما تملكها، من إعادة التصرف فيها، كما أن غرضها المتجسد في توثيق تاريخ وهوية الشعوب لا يمكن أن ينقضي، ولهذا تبقى هذه الآثار في الأماكن المخصصة لها من متاحف

17- أنظر في مفهوم المال العام، مدني: ص 323 وما بعدها.

18- تطبيقا لهذه الحكم قضت المحكمة العليا بأن "مفاد نص المادة 87-1، 2 من القانون المدني أن الأموال المذكورة فيه، سواء كانت ثابتة أم منقولة، ومنها المبالغ النقدية، لا يجوز الحجز عليها طالما هي مخصصة للمنفعة العامة، كما يحظر التصرف فيها، أو تملكها بالتقادم، بمعنى أن المشرع جعل التخصيص للمنفعة العامة معيارا للتمييز بين الأموال العامة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية، وبين أموالها الخاصة، ورتب على كل منهما أحكاما خاصة، حيث أوجب في الأولى فرض الحماية القانونية، وذلك بحظر التصرف في تلك الأموال، أو الحجز عليها، أو تملكها بالتقادم، بخلاف الثانية فإن الأموال تنزل منزلة أموال الأفراد التي يجري عليها كافة الإجراءات القانونية، مثل الشركات التجارية التابعة للدولة وما على غرارها"، ط م 97/35، ج 16/6/1991م، س ع م 1/2/28، ص 100.

أنظر كذلك لنفس المحكمة: ط م 12/18 ق، ج 29/2/1972م، س ع م 8/3، ص 76، وقد جاء في هذا الحكم "أن الأموال العامة في القانون المدني تشمل العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، وتكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم (م 87 مدني)"، أنظر أيضا، ط م 88/20 ق، ج 22/6/1975م، س ع م 12/2، ص 83: إن المستفاد من نص المادة 87 من القانون المدني أن المال لا يعتبر من الأموال العامة إلا إذا كان ملكا للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، ومخصصا لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم، وإذا كان صندوق التوفير لا يعتبر من الأشخاص الاعتبارية العامة، لأن أمواله ليست مخصصة لمنفعة عامة، ولم تكن من أملاك الهيئات أو المؤسسات العامة التي ألت حقوقها من الحكومة الإيطالية إلى الدولة الليبية بموجب الاتفاقية المبرمة في 22-10-56م، فإن العقارات التي يملكها صندوق التوفير لا تعد من الأموال العامة، ويجوز التصرف فيها، والحجز عليها، وتملكها بالتقادم".

19- هذا ما نصت عليه صراحة المادة 88 مدني بقولها: "تفقد الأموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة، وينتهي التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم، أو بالفعل، أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة".

ومواقع ومدن تاريخية، يتقاطر عليها السياح والخبراء لاستكشافها وإقامة البحوث والدراسات عليها.

ولكن، بالرغم من الطبيعة العامة للأموال الأثرية، يتضمن قانون الآثار الليبي نصوصا تدعوا إلى التساؤل مفاده: هل تجوز المتاجرة -استثناء- في هذه الأموال؟

المطلب الثاني

مدى جواز المتاجرة في الآثار

يمكن القول أن التطور التاريخي للتشريعات المنظمة للآثار في ليبيا يكشف اللثام عن وجود قدر من المرونة في مجال المتاجرة بالآثار، فأول قانون أختص بتنظيم الآثار في ليبيا تمثل في المرسوم الملكي الصادر في 22 سبتمبر 1953م (القانون رقم 11 لسنة 1953م بشأن الآثار والأماكن الأثرية والمتاحف)⁽²⁰⁾، الذي أكد في نصوص متفرقة على جواز المتاجرة في المقتنيات الأثرية، والتصرف فيها وتصديرها للخارج متى ما حصل الشخص على ترخيص بذلك من المراقب، ولكن طرأت تعديلات كثيرة على هذا القانون، تطرقت إلى حظر المتاجرة في الآثار والتصرف فيها، باستثناء تلك المملوكة للأفراد.

من جانب آخر، يمكن للتجارة أن تأخذ صورا أخرى غير الشراء من أجل إعادة البيع، حيث ذكرت المادة 409 تجاري خمسة وعشرين بندا، اعتبرتها أعمالا

²⁰ - منشور في الجريدة الرسمية، ع8، س1953م، ص83. وتطبيقا لهذا النص ذهبت المحكمة العليا في حكم لها -43/32ق، ج1987/2/23م، س ع م1-25/2، ص134- إلى التأكيد على أنه "من المقرر قانونا أن الأموال العامة تفقد صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة، وينتهي التخصيص بمقتضى قانون أو قرار، أو بالفعل، أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة، وكان نطاق الحماية القانونية الذي نصت عليه المادة 87 من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم 138-70م، والمتمثل في عدم جواز التصرف أو الحجز أو التملك بالتقادم، إنما ينصرف إلى الأموال العامة دون غيرها، وهى تلك الأموال المتمثلة في العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل، أو بمقتضى قانون أو قرار من الجهة المختصة".

تجارية بنص القانون، وتأسيسا على هذا، نتناول في فقرة أولى الأصل العام في عدم جواز المتاجرة بالآثار، ثم نتناول في الفقرة الثانية ما يرد على هذا الأصل العام من استثناءات.

أولا- الأصل العام في عدم جواز المتاجرة بالآثار

يأخذ حظر الاتجار بالآثار في القانون الليبي مظهرين: الأول عدم جواز التصرف في الآثار تصرفا ناقلا للملكية، والثاني عدم جواز التنقيب عن الآثار.

1- عدم جواز التصرف في الآثار:

خلصنا في الفقرة السابقة إلى إضفاء المشرع لصفة المال العام صراحة على الآثار وهذا الأمر يفضي إلى نتائج مهمة، أبرزها عدم جواز التصرف في الآثار تصرفا ناقلا للملكية، وعدم جواز تملكها بالتقادم، وإن تحققت شروطه، وعدم جواز الحجز عليها جزرا تحفظيا أم تنفيذيا، إداريا أم قضائيا.

بل إن الآثار تتجاوز في أهميتها أهمية المال العام لتحظى بطبيعة خاصة، تستمدّها من كونها تراثا إنسانيا يحمل هوية الأمة الليبية، ولهذا فإنها لا يمكن أن تفقد صفة المال العام بالتخصيص، ولا يمكن أن تكون محلا لأية مداولات بين الأشخاص وإنما تبقى محفوظة في الأماكن المخصصة لها.

وبذلك كان من البديهي أن يمنع القانون من أن تكون الآثار محلا للاتجار من قبل الأفراد، ولا أن تكون محلا للتصرف فيها بمقابل أم بدونه، ويرتب بالتالي البطلان المطلق على أية مخالفة لهذا المنع، إلى جانب ما يفرضه من عقوبات جنائية⁽²¹⁾.

ولا يحتاج الأمر إلى نص صريح على التحريم عندما يأخذ الاتجار في الآثار صورة الشراء والبيع لأغراض المضاربة بدون إذن الجهة المختصة، حيث أن

²¹- لاحظنا أن مسودة مشروع الدستور الليبي المعتمدة من هيئة صياغة مشروع الدستور بتاريخ 29 يوليو 2017م تضمنت نصا صريحا يقضي بحظر الاتجار في الآثار، وهو نص المادة 29 المعنون بـ"حماية الآثار والمخطوطات".

اعتبار هذا الإرث الثقافي أموالاً عامة ينفي إمكانية تملكه من قبل الأفراد والجهات الخاصة، وإعادة التصرف فيه لأغراض المضاربة على الربح، ويستبعد من ثم خضوعه لأحكام الاستيلاء كما نظمها القانون المدني، واعتبرها من أسباب اكتساب حق الملكية (المادة 874 مدني)⁽²²⁾.

ورغم ذلك تضمن القانون رقم 3 لسنة 1995م نصوصاً متفرقة في هذا الخصوص، من ذلك ما قضت به الفقرة (ب) من المادة الثامنة من عدم جواز تصدير الوثائق أو المتاجرة فيها، وما نصت عليه المادة 33 من حظر المتاجرة في الآثار المنقولة، فيما عدا الآثار التي تعطي الجهة المختصة شهادة بإمكان التصرف فيها، وما نصت المادة السابعة والثلاثون من حظر "تخصيص أو استخدام المباني التاريخية بالمدن القديمة والأحياء التاريخية لأغراض السكن، أو مزاوله الأنشطة الاقتصادية العامة أو الخاصة، إلا وفقاً للشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

كما تضمن هذا القانون نصوصاً جنائية تعاقب كل من تسبب بشكل مباشر في استغلال أي عقار أثري أو تاريخي لغرض تجاري أو حرفي أو سكني، بدون إذن رسمي صادر له من الجهة المختصة (المادة 35)⁽²³⁾.

²² - وفقاً لهذه المادة "من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه، ملكه"، فاعتبار الآثار مالا عاما يستبعد اعتبارها لا مالك لها. أنظر في ذلك، الصدة: ص299، حيث ذكر المؤلف كلاماً يتعلق بالآثار، حيث جاء عنه "إذا كانت الآثار منقولات فإنها لا تعتبر كنوزاً، كما أنها لا تخضع لأحكام الاستيلاء، وإذا كانت عقارات فإن حق المالك لا يشملها، فهي في الحالتين تخضع لأحكام خاصة".

²³ - على مستوى القانون الدولي أيضاً نصت المادة الثالثة من اتفاقية باريس لحظر استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة الصادرة بتاريخ 1970/11/14م على أنه: "يعتبر عملاً غير مشروع استيراد أو تصدير أو نقل ملكية الممتلكات الثقافية خلافاً للأحكام التي اعتمدها الدول الأطراف بموجب هذه الاتفاقية". كما نصت المادة 11 من هذه الاتفاقية على حكم آخر يتعلق بالظروف الاستثنائية، وفقاً له: "يعتبر عملاً غير مشروع تصدير الممتلكات الثقافية ونقل ملكيتها عنوة، كنتيجة مباشرة أو غير مباشرة لاحتلال دولة أجنبية لبلاد ما".

2- عدم جواز التنقيب عن الحفائر الأثرية:

حرم قانون الآثار رقم 3 لسنة 1995م التنقيب على ما أطلق عليها الحفائر الأثرية والتي عرفها في المادة الأولى منه "بالحفريات المنهجية التي تستهدف العثور على آثار عقارية أو ثابتة، عن طريق حفر الأرض منهجياً، أو دراسة سطحها دراسة علمية، أو البحث في مجاري المياه والطبقات السفلى من البحيرات والخلجان وفي أعماق المياه الإقليمية".

ويقصد بالتنقيب في هذا الإطار عمليات البحث المنهجية عن القطع والمواقع الأثرية التي يقوم بها الأفراد والهيئات، عن طريق الحفر ووسائل الاستكشاف، سواء على سطح الأرض، أم في جوفها، أم في المياه الإقليمية، وذلك بقصد امتلاكها والمتاجرة فيها.

وفي حكم عام نصت المادة الثانية والعشرون من القانون المذكور على أنه "يحظر على غير المرخص لهم محاولة البحث لغرض الحصول على الآثار المنقولة أو تجميعها أو اقتنائها أو التصرف فيها"⁽²⁴⁾.

وعلى الرغم من أن هذا النص جاء متعلقاً بالمنقولات الأثرية، فإنه يمكن القول بتحريم التنقيب على الأموال الأثرية عموماً، استناداً إلى حكم آخر، وهو نص المادة الخامسة والعشرين من نفس القانون، الذي وفقاً له: "لا يجوز لأحد أن يقوم

²⁴- أنظر من التشريعات المقارنة: المادة 15 من قانون الآثار الأردني التي تقضي بأنه "على الرغم مما ورد في أي قانون آخر، يحظر على أي شخص طبيعي أو معنوي القيام بأية حفريات في المواقع الأثرية بحثاً عن الدفائن الذهبية أو أية دفائن أخرى"، كما نصت المادة 16/ب من نفس القانون على أنه "مع مراعاة أحكام الفقرة أ من هذه المادة، يحظر على أي شخص طبيعي أو معنوي التنقيب عن الآثار في أي مكان في المملكة، حتى وإن كان مملوكاً". ونصت المادة 32 من قانون الآثار المصري على أنه "لا يجوز للغير مباشرة أعمال البحث أو التنقيب عن الآثار إلا تحت الإشراف المباشر للهيئة عن طريق من تندبه لهذا الغرض من الخبراء والفنيين، وفقاً لشروط الترخيص الصادر منها". ونصت المادة 29 من قانون الآثار العراقي على أن "تختص السلطة الأثرية بالقيام بأعمال التنقيب عن الآثار في العراق، ولها أن تجيز للهيئات العلمية والعلماء والجامعات والمعاهد العراقية والعربية والأجنبية التنقيب عن الآثار بعد تأكد السلطة الإدارية من مقدرتها وكفاءتها العلمية والمالية"، ووفقاً للمادة 35 من نفس القانون "تكون الآثار المكتشفة أثناء التنقيب من الأموال العامة، وكذلك المعلومات المتحصلة من نتائج التنقيب، بما في ذلك الصور والخرائط والمخطوطات التي لا يجوز التصرف بها أو نشرها داخل العراق أو خارجه إلا بموافقة السلطة الأثرية التحريرية".

بحفائر أثرية بدون ترخيص من الجهة المختصة، ولو كان مالكا للمكان الذي تجرى فيه الحفائر. ولا يرخص بإجراء الحفائر الأثرية إلا لعلماء الآثار وللبعثات الأثرية التي تؤلفها الجمعيات والمعاهد والمؤسسات العلمية، وفق الشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية".

كما نصت المادة السادسة من هذا القانون على حكم خاص بمالك الأرض أو المنتفع بها أو مستغلها الذي يمتنع عليه القيام بأعمال البحث والتنقيب عن الآثار وفقا له "لا تكسب مالكا أو المنتفع بها أو مستغلها بأي وجه حق الحفر والبحث عن الآثار فيها، أو التصرف في الآثار الموجودة في باطنها، أو على سطحها، إلا وفقا لأحكام هذا القانون".

وتأسيسا عليه، لا يجوز للأفراد ولا للجهات غير المذكورة في النص الأخير القيام بأعمال البحث والتنقيب عن الآثار، تحت أي غاية، ولو كانت حسنة، تتمثل في تسليم الأشياء المكتشفة إلى مصلحة الآثار، وأي إخلال بهذا الحظر يوقع المخالف تحت طائلة العقوبة المنصوص عليها في المادة الحادية والخمسين، وهي الحبس والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف دينار، ولا تتجاوز العشرين ألفا، أو بإحدى العقوبتين⁽²⁵⁾، مع الحكم بمصادرة المضبوطات محل الجريمة.

²⁵ - لا شك في أن هذه العقوبات تفتقر إلى عنصر الردع بنوعيه العام والخاص، فمن المعلوم أن عقوبة الحبس على إطلاقها بهذا الشكل تقتصر في حدها الأدنى على الإيقاف لمدة أربع وعشرين ساعة، ولا تتجاوز في حدها الأقصى الثلاث سنوات (المادة 30 عقوبات)، كما يمكن للقاضي أن يحكم بها مع وقف التنفيذ، إذا لم تتجاوز العقوبة المقررة مدة سنة (المادة 112 عقوبات)، هذا إلى جانب أن نص المادة 51 المذكور أعلاه يجيز للقاضي الخيرة بين الحبس والغرامة، مما يطرح السؤال: ماذا تعني هذه العقوبات مقارنة بحجم المخاطر التي تتهدد موروثنا الثقافي بسبب التنقيب الجائر عن الآثار.

وبذلك تتعارض هذه النصوص مع أحكام الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بحماية الموروث الثقافي الإنساني، التي توجب على الدول أن تفرض في قوانينها عقوبات وتدابير رادعة ضد من ينقبون عن الآثار خارج القانون (المادة 3 من اتفاقية لاهي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح، والمادة 15 من البروتوكول الثاني للاتفاقية المذكور، والمادة 12 من اتفاقية باريس بشأن منع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة). أنظر أحكام التشريعات المقارنة مثلا: المادة 26 من قانون الآثار الأردني التي حددت عقوبة التنقيب غير المرخص به عن الآثار بالحبس مدة لا تقل عن سنة، وبغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار، وبما يتناسب مع قيمة الأثر، والمادة 94 من قانون الآثار الجزائري التي وفقا لها "يعاقب بغرامة مالية يتراوح مبلغها بين عشرة آلاف دينار جزائري ومائة ألف دينار جزائري، وبالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات، دون المساس بأي تعويض عن الأضرار، كل من

أما الجهات التي يسمح لها بالبحث والتنقيب عن الآثار فهي فقط تلك المنصوص عليها في المادة الخامسة والعشرين، والمتمثلة في علماء الآثار والبعثات الأثرية التي تولفها الجمعيات والمعاهد والمؤسسات العلمية، ولا يكون التنقيب لأغراض تجارية، وإنما بحثية صرفة، وإذا أفضى التنقيب عن اكتشاف لقي أثرية فإنها تكون وفقا لنص المادة السادسة والعشرين ملكا للدولة، ولا يحق للمرخص له سوى أخذ نسخ جصية أو ما شابهها للآثار المكتشفة، على ألا يضر ذلك بهذه الآثار أو أخذ بعض الصور والرسومات والخرائط اللازمة للآثار المكتشفة. وعليه، فإن هذه الأحكام تستبعد أية إمكانية للاستثمار التجاري في مجال البحث والتنقيب عن الآثار، ولو بترخيص من الجهة المختصة.

ثانيا- الاستثناء: جواز المتاجرة في الآثار:

من مطالعة نصوص القانون رقم 3 لسنة 1995م ولائحته التنفيذية يتبين أن الحظر الذي تضمنه على المتاجرة في الأموال الأثرية العقارية والمنقولة لم يكن مطلقا وإنما ترد عليه بعض الاستثناءات المقيدة، تستند إلى اعتبارات تاريخية أو واقعية، تتعلق باستغلال المواقع الأثرية فيما يعود بالنفع العام والخاص، ويمكن لهذه المتاجرة أن تأخذ صورتين: إما الاستغلال المباشر للمال الأثري، وإما الاستفادة التجارية من هذا المال بشكل غير مباشر.

1- الاستغلال الاقتصادي المباشر للمال الأثري:

من خلال استقراء النصوص المذكورة نتبين وجود نوعين من الاستغلال الاقتصادي المباشر للآثار، الأول بناء على إذن من الجهة المختصة ممثلة في مصلحة الآثار والثاني إذا كانت الآثار في حيازة شخص أو مؤسسة أو مسجلة باسمه قبل صدور هذا القانون.

يرتكب المخالفات الآتية: 1- إجراء الأبحاث الأثرية دون ترخيص من الوزير المكلف بالتقافة، 2- عدم التصريح بالمكتشفات الفجائية، 3- عدم التصريح بالأشياء المكتشفة أثناء الأبحاث الأثرية المرخص بها وعدم تسليمها للدولة".

أ- المتاجرة في الآثار بناء على إذن من مصلحة الآثار والمباني التاريخية:

يتصور وقوع المتاجرة في الآثار عندما يحصل شخص على ترخيص من الجهة المختصة -مصلحة للآثار- بامتلاك أشياء أثرية، عثر عليها بمناسبة قيامه بحفريات عرضية (غير ممنهجة) داخل أراضيه، ثم يظفر عقب ذلك بترخيص آخر، يجيز له التصرف بالبيع في هذه الأشياء، فتدخل عندئذ هذه الأشياء فعليا في دائرة التداول التجاري.

وفي هذا الإطار يمكن الاستشهاد بنص المادة الحادية عشرة من قانون الآثار الذي تناول بالتنظيم حالة اكتشاف أحد الأشخاص أثراً عقارياً أو منقولاً، أو علمه باكتشافه أثناء القيام بأعمال حفر أو بناء أو بأية أعمال أخرى⁽²⁶⁾، حيث أوجب عليه هذا النص أن يبلغ عنه الجهة المختصة، أو أقرب مركز للأمن أو للشرطة، خلال خمسة أيام على الأكثر، وعلى المركز حماية موقع الأثر، والمبادرة فوراً إلى إبلاغ الجهة المختصة، ممثلة في مصلحة الآثار، والتي لها الحق في الحصول على الأثر المكتشف مقابل تعويض عادل، تدفعه لمكتشفه، يتناسب وما تكبده من نفقات وفق القواعد والأسس التي تحددها اللائحة التنفيذية، وأما إذا رأت مصلحة الآثار عدم الاحتفاظ بالآثر المكتشف لاعتبارات تقدرها، فعليها أن تسلمه عندئذ لمكتشفه، وأن تعطيه شهادة تثبت ملكيته له.

ويستفاد من هذا الحكم أن قانون الآثار يسمح بصريح العبارة لمصلحة الآثار بأن تتنازل عما يتم اكتشافه من منقولات أو عقارات أثرية للأشخاص الذين

²⁶- على الرغم من أن هذا النص لم يشترط في أعمال الحفر أو البناء والأعمال الأخرى ألا تكون بدافع التنقيب عن الآثار، إلا أن ذلك مسلم به استناداً إلى عموم نص المادة الثانية والعشرين من نفس القانون، والذي وفقاً له "يحظر على غير المرخص لهم محاولة البحث لغرض الحصول على الآثار المنقولة أو تجميعها أو اقتنائها أو التصرف فيها". وقد كان نص المادة 30 من قانون الآثار السابق رقم 2 لسنة 1983م (الملغي بموجب القانون الحالي) أوضح في عبارته عندما قضى بأن "على كل من اكتشف أثراً منقولاً، بطريق الصدفة، أو علم باكتشافه، أن يبلغ عنه المصلحة، أو أقرب مركز للأمن، خلال خمسة أيام على الأكثر، وعلى مركز الأمن المبادرة بإبلاغ المصلحة بذلك...". فبين هذا النص أن اكتشاف الأثر المنقول يتم بطريق الصدفة.

اكتشفوها وأن تعطيهم شهادة بذلك، تفيد ملكيتهم لها، ومن الملاحظ أن هذه الشهادة يمكن أن ترد على الأموال الأثرية، أيا كانت عقارية أم منقولة، ويأتي هذا على الرغم من خطورتها، المتمثلة في احتمالات فقدان الدولة لسيادتها على هذه الأموال نتيجة هلاكها بالتداول أو بالهدم أو التهريب إلى الخارج، وبخاصة في أعقاب الصراعات المسلحة، وما يتخللها من ضعف وهشاشة السلطات العامة⁽²⁷⁾.

وهنا يطرح السؤال حول طبيعة الملكية التي يستمدها مكتشف الآثار من شهادة التملك الممنوحة له من مصلحة الآثار، وهل هي ملكية كاملة، تخوله التصرف في الأموال الأثرية التي يحوزها من دون قيد أو شرط، أم هي ملكية مقيدة؟

بالنظر إلى باقي نصوص القانون رقم 3 لسنة 1995م ولائحته التنفيذية يمكن التأكيد على أن لهذه الملكية خصوصيات، تفردتها عن الملكية بمفهومها التقليدي فالمادة الرابعة عشرة من القانون المذكور تقضي بأنه: "لا يجوز لأصحاب الآثار العقارية أو المنقولة المسجلة إصلاحها، أو ترميمها، أو التصرف فيها بأي نوع من التصرفات، قبل الحصول على موافقة الجهة المختصة، ويكون للجهة المختصة حق الأولوية في شراء الآثار المذكورة".

وبذلك يتضح أن التملك الذي يجيزه نص المادة الرابعة عشرة يقترن في سائر الأحوال بشرط المنع من التصرف إلا بموافقة الجهة المختصة، وأن هذا

²⁷- قارن الحكم في بعض التشريعات الأجنبية، من ذلك نص المادة 64 من قانون الآثار الجزائري رقم 4 لسنة 1998م الذي وفقا له "لا يجوز أن تكون الممتلكات الثقافية الأثرية موضوع صفقات تجارية، إذا كانت هذه الممتلكات ناجمة عن حفريات مبرمجة أو غير مبرمجة، أو اكتشافات عارضة قديمة أو حديثة في التراب أو في المياه الداخلية أو الإقليمية الوطنية". أنظر أيضا المادة السابعة من قانون الآثار المصري رقم 117 لسنة 1983م، والتي نصت على أنه "اعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون يحظر الاتجار في الآثار، ويمنح التجار الحاليين مهلة قدرها سنة لترتيب أوضاعهم، وتصريف الآثار الموجودة لديهم، ويعتبرون بالنسبة لما يتبقى لديهم من آثار بعد هذه المدة في حكم الحائزين، ويسرى عليهم الأحكام المتعلقة بحياسة الآثار والمنصوص عليها في هذا القانون"، ونصت المادة الثامنة من نفس القانون على أنه "فيما عدا حالات التملك، أو الحياسة القائمة وقت العمل بهذا القانون، أو التي تنشأ وفقاً لأحكامه، يحظر اعتباراً من تاريخ العمل به حياسة أي أثر".

الشرط يستند إلى صريح القانون، وليس إلى شهادة التمليك، مما يعني أن إغفال ذكره في هذه الشهادة لا يعني تحرر المرخص له من حكمه⁽²⁸⁾.

كما يلاحظ إلى جانب ذلك، أن هذا النص منح للجهة المختصة - مصلحة للآثار - حق أولوية (أو "شفعة" إن صح التعبير) في شراء المال الأثري، تتقدم بمقتضاه على سائر الأشخاص، بل إن نص المادة الخامسة عشرة أجاز بقرار من "اللجنة الشعبية العامة" (مجلس الوزراء حالياً) نقل ملكية الآثار العقارية المسجلة باسم الغير للدولة، وذلك في مقابل تعويض، تحدد أسسه وقواعده اللائحة التنفيذية.

كما نصت المادة العشرون على منع نقل الآثار المنقولة المسجلة باسم الغير من مكان إلى آخر، أو نقل المكررات أو قوالب القطع الفريدة للعرض الدائم من مكان إلى آخر، أو صنع قوالب أو نسخ نماذج للآثار المنقولة المسجلة، بدون تصريح من الجهة المختصة، ووفق الضوابط والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية.

كل هذا يؤكد على أن الصلاحيات التي يتمتع بها الأشخاص المرخص لهم بامتلاك القطع والمباني الأثرية مقيدة في أضيق نطاق، مقارنة بالسلطات التقليدية لصاحب الحق العيني على الشيء، كما نصت عليها المادة 811 من القانون المدني بقولها: "لمالك الشيء وحده، في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه".

²⁸- أنظر في شرط المنع من التصرف وفقاً للقواعد العامة، المزوغى: ص 81، حيث قال في هذا الخصوص: "هذه القوانين والمراسيم واللوائح - التي تفرض القيود القانونية على حق الملكية - من الكثرة بحيث يخطئها الحصر، وتكاد دراستها تقتصر على سرد نصوص وردت في تشريعات مختلفة، بحيث تكفي قراءة النصوص لمعرفة أحكامها". وبرز جانب آخر من الفقه (مرسي، ص 233) عدة معايير لهذه القيود، يذكر من بينها "القيود المقررة لحفظ الثروة الأهلية وإيمانها"، مثل القيود الخاصة بحماية الآثار التاريخية. أنظر أيضاً الزريقي: ص 37.

ويتضح وجه التقييد أكثر إذا عرفنا أن نص المادة السادسة عشرة من قانون الآثار حدد الغرض من الملكية الأثرية العقارية المسندة إلى صاحبها بموجب شهادة التملك وحصره في الاستعمالات السياحية أو التاريخية أو العلمية، إذ وفقا له: "لا يجوز بغير تصريح كتابي من الجهة المختصة إجراء تحويل أو تغيير في الآثار العقارية المسجلة المملوكة لغير الدولة، أو استعمالها في غير الأغراض السياحية أو التاريخية أو العلمية"⁽²⁹⁾.

وتدعو هذه القيود على حق الملكية المقرر على المال الأثري المنقول والعقاري إلى التساؤل عن مدى إمكان المتاجرة في هذا المال، وفقا لضابط التصريح المسبق من الجهة المختصة، فهل يخول هذا التصريح -بالتصرف في المال الأثري، وفقا لنص المادة الرابعة عشرة- السماح بدخول هذا المال إلى دائرة التداول التجاري؟

يوجد في هذا الشأن حكرمان، لا يخلو التوفيق بينهما من صعوبة، الأول جاءت به المادة الرابعة عشرة من قانون الآثار، والثاني ورد النص عليه في المادة الثالثة والعشرين من نفس القانون، فوفقا لنص المادة الرابعة عشرة: "لا يجوز لأصحاب الآثار العقارية والمنقولة المسجلة إصلاحها أو ترميمها أو التصرف فيها بأي نوع من التصرفات، قبل الحصول على موافقة الجهة المختصة، ويكون للجهة المختصة حق الأولوية في شراء الآثار المذكورة"، وهذا الحكم يمكن أن يفيد بمفهوم المخالفة جواز أن تسمح الجهة المختصة ممثلة في مصلحة الآثار لأصحاب الآثار المنقولة أو العقارية بالتصرف فيها، وهي تتمتع حينئذ بحق أولوية في شرائها.

ولكن هذا الحكم لم يبين طبيعة التصرف المسموح بإجرائه من قبل صاحب المال وما إذا كان تصرفا ماديا، يرد على الكيان المادي للمال الأثري، أم قانونيا

²⁹- ولا يبدو هذا التقييد متعارضا مع أحكام القانون المدني الذي يقضي بدوره بوجوب أن يراعي المالك في استعمال حقه ما تقضي به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة (المادة 815).

يستهدف نقل ملكية هذا المال، أو ترتيب حقوق عينية أو شخصية عليه، وما إذا كان يقتصر على الأموال المنقولة، أم يشمل أيضا الأموال العقارية. ويفيد هذا العموم في الصياغة بأن الأمر متروك برمته لمصلحة الآثار، تقدره وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة، بحسبان أن الآثار أموال عامة.

بالمقابل، نصت المادة الثالثة والعشرون في فقرتها الأولى على حكم آخر يتعلق بالمتاجرة في الآثار المنقولة، والذي يصدر عن ملاكها الحاصلين على شهادة بالتصرف فيها، حيث وفقا لها "يحظر الاتجار في الآثار المنقولة، وذلك فيما عدا الآثار التي تعطي الجهة المختصة شهادة بإمكان التصرف فيها"، ويستفاد من هذا الحكم أن حظر الاتجار في الآثار المنقولة يقتصر على تلك التي لم يحصل حائزوها على شهادة من مصلحة الآثار، تخولهم حق التصرف فيها، أما من حصل على هذه الشهادة، فيجوز له المتاجرة في المنقول الأثري محلها، حيث يتضمن الإذن له بالتصرف في هذا المال إذنا له بالمتاجرة فيه.

ويثير هذا الحكم باقتصاره على إباحة المتاجرة في الأثر المنقول بالوصف المتقدم تساؤلا يتعلق بالأثر العقاري المرخص لصاحبه بالتصرف فيه وفقا لنص المادة الرابعة عشرة، وما إذا كان هذا الترخيص بالتصرف يتضمن في فحواه إذنا بالمتاجرة؟

الظاهر أن المشرع باقتصاره النص على تنظيم المتاجرة في الآثار على الآثار المنقولة دون العقارية أراد تفادي ما يمكن أن ينجم على المتاجرة في الآثار العقارية من مخاطر، تتمثل في احتمالات تغيير معالمها وأوجه استعمالها، سواء بتفكيك أجزائها، أم بهدمها واندثار كيانها، كما أن الترخيص بالتصرف في هذه الآثار المنصوص عليه في المادة الرابعة عشرة، لا يقصد به الإذن بالمتاجرة فيها، وإنما مجرد نقل ملكيتها، أو ترتيب حقوق عينية أو شخصية عليها، تحت رقابة

مصلحة الآثار التي تلتزم بالتحقق من انتفاء قصد الاتجار لدى الشخص عند منحه الترخيص بالتصرف⁽³⁰⁾.

ب- المتاجرة في الآثار المكتشفة قبل صدور القانون رقم 3 لسنة 1995م:

كانت التشريعات السابقة على صدور القانون رقم 3 لسنة 1995م بشأن الآثار تجيز للأفراد امتلاك المقتنيات الأثرية التي يعثرون عليها، ومن ذلك المرسوم الملكي الصادر في 22 سبتمبر 1953م، والذي يعد أول وثيقة تشريعية تعنى بحماية الإرث الثقافي الليبي، حيث نص في مادته الثامنة على مقاسمة المكتشفات الأثرية مع المرخص له بالتنقيب، وسمح لهذا الأخير بالتصرف فيها، كما تضمن نصوصاً أخرى تجيز المتاجرة في المقتنيات الأثرية، والتصرف فيها، وتصديرها إلى الخارج، متى ما حصل الشخص على ترخيص بذلك من الجهة المختصة.

كما سارت التشريعات التالية لهذا المرسوم على ذات المنوال بإجازتها التصرف بالمتاجرة في المقتنيات الأثرية المرخص بامتلاكها، ومن ذلك القانون رقم 40 لسنة 1968م⁽³¹⁾، (الذي ألغى المرسوم المذكور) في شأن الآثار، والذي أجاز التصرف في الأموال الأثرية المملوكة للأفراد أو الهيئات قبل صدوره، أو كانت من نصيب بعثات الحفائر الأثرية وفقاً لأحكامه.

³⁰- تجدر الإشارة إلى أن التنظيم القانوني للمتاجرة في العقارات تم بموجب المادة 3/409 من القانون التجاري، والتي وفقاً لها "تعد أعمالاً تجارية: شراء أو بيع العقار لغرض التجارة"، حيث عد المشرع التصرفات التي ترد على العقار والمرتبطة بغرض تجاري من الأعمال التجارية، قاصراً مجالها على العمليات الخاصة بالبيع والشراء بقصد تحقيق هذا الغرض، فتستبعد بالتالي عمليات التأجير كشراء العقارات من أجل تأجيرها، والحصول على دخل ثابت. أنظر في ذلك، الأزهرى: ص108.

وتأسيساً على ذلك، فإن حظر المتاجرة في الآثار العقارية يقتصر على الفرضية التي يتصور فيها وقوع المتاجرة بالعقارات عموماً، ألا وهي البيع والشراء بقصد المضاربة على الربح، فتستبعد بالتالي التصرفات الأخرى التي لا يمكن أن يقع عليها وصف التجارية، كالشراء لغرض الكراء أو لإقامة منتج سياحي، وكذلك البيع المجرى من قصد المتاجرة، والتأجير.

أما إذا اتصل بيع أو شراء العقار الأثري بسلسلة من المضاربات التجارية العقارية، فإنه يكون محظوراً، فلا يجوز لمصلحة الآثار الترخيص بهذا النوع من التعاقدات، ويقتضي ذلك التحقق ابتداءً من أن البائع أو المشتري للمال الأثري العقاري لا يحترف الاتجار في العقارات، حيث يشكل هذا الاحتراف قرينة على أن المعاملة تمت لأغراض تجارية.

³¹- الجريدة الرسمية: ع38، س1968، ص14.

ثم صدر القانون رقم 2 لسنة 1983م⁽³²⁾ (والذي ألغى القانون رقم 40 لسنة 1968م) بشأن الآثار والمتاحف والوثائق، والذي تضمن بدوره أحكاما مشابهة حيث نص في مادته الحادية والأربعين على جواز أن تقرر مصلحة الآثار احتفاظ الهواة والتجار السابقين، واحتفاظ خلفهم من بعدهم، بما لديهم من آثار حصلوا عليها قبل صدور هذا القانون، على أن تسجل بأسماء حائزيها مع صورها وأوصافها وأجاز هذا الحكم أيضا لمصلحة الآثار أن ترخص لهؤلاء بالتصرف في هذه الممتلكات الأثرية.

وهكذا يتضح أن هذه القوانين المتعاقبة اتسمت بمرونة كبيرة حيال امتلاك الأفراد والمؤسسات الخاصة للآثار، فأجازت لهم التصرف فيما تحت أيديهم منها تصرف المالك في ملكه، وقد كان طبيعيا أن يعترف قانون الآثار الحالي (رقم 3 لسنة 1995م) بهذه الحقوق المكتسبة من أصحابها قبل صدوره، مضميا عليها قدرا من الإحاطة القانونية؛ فقد نصت المادة التاسعة عشرة من هذا القانون على إلزام كل من يحوز أثرا قبل العمل بأحكامه بأن يخطر به مصلحة الآثار، خلال ستة أشهر من بدء نفاذ هذا القانون، ولهذه المصلحة أن تعيد الأثر إلى مالكه أو حائزه بعد تسجيله وأن تمنحه شهادة بإمكان التصرف فيه، أو أن تحتفظ به بعد دفع التعويض على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية.

وبذلك يكون هذا النص قد فرض التزاما على حائزي أو ملاك الأموال الأثرية قبل العمل بالقانون رقم 3 لسنة 1995م بالإفصاح عنها لدى مصلحة الآثار، والتي لها الحق في إعادتها له، ومنحه شهادة بإمكان التصرف فيها، أو أن تحتفظ بها، بعد أن تدفع له التعويض وفق أحكام اللائحة التنفيذية⁽³³⁾.

³²- الجريدة الرسمية: ع18، س1983، ص710.

³³- نظمت المادة 32 من اللائحة المذكورة كيفية تقدير التعويض عن تملك الدولة للآثار بشكل عام، فنصت على أن: "تتولى الجهة المختصة في حالة رغبتها الاحتفاظ بالأثر المكتشف دفع التعويض وفقا للضوابط والأسس الآتية:

1- ألا يقل التعويض عما تكبده المكتشف من نفقات.

وعليه فإن بمنحه هذه الشهادة، يكون مالك الأثر المكتشف قبل صدور هذا القانون خاضعا لذات الأحكام الواردة في نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة والعشرين المتعلقة بالمتاجرة في الأثر المنقول، حيث يعتبر الترخيص له بالتصرف فيما تحت يده من منقولات أثرية بمثابة ترخيص له بالمتاجرة، وأما إذا كان الأثر المرخص له بالتصرف فيه عقاريا، فإن ذلك يحول دون إمكانية المتاجرة فيه.

غير أنه، وبالمقابل، لم يقتصر قانون الآثار رقم 3 لسنة 1995م في تنظيمه للتصرف في المقتنيات الأثرية المملوكة قبل صدوره للأفراد على نص المادة المذكورة (المادة 19)، وإنما أورد حكما آخر، يبدو مغايرا يتعلق بالهواة والتجار الحائزين لآثار سابقة على تاريخ نفاذه، حيث نصت عليه المادة الثالثة والعشرين على أنه: "يتم التصرف فيما يوجد من الآثار المنقولة في حيازة الهواة والتجار السابقين لتاريخ نفاذ هذا القانون بإحدى الوسيلتين الآتيتين:

1- أيلولتها إلى الدولة مقابل تعويض عادل يدفع لحائزها وفقا لما تحدده اللائحة التنفيذية.

2- استمرار حيازتها من قبل صاحبها وخلفه من بعده، على أن تسجل باسم الحائز في سجل خاص لدى الجهة المختصة في صورها وأوصافها".

ويسري هذا النص على من أسماهم القانون بالهواة والتجار السابقين على صدور القانون رقم 3 لسنة 1995م بشأن الآثار، والظاهر أن مجال انطباقه يقتصر على

2- القيمة السوقية للأثر المكتشف بغض النظر عن قيمته التاريخية والأثرية.

3- تقدر قيمة الأراضي التي يكتشف بها آثار عقارية على أساس قيمة مثيلاتها بنفس المنطقة.

4- إذا كان الأثر المكتشف أو المبلغ عنه من المعادن الثمينة كالذهب والفضة والأحجار الكريمة، يمنح المكتشف مكافأة مالية، لا تقل عن قيمة مادة الأثر في السوق، بغض النظر عن قدمه أو صنعه أو قيمته التاريخية".

وبذلك فإن هذه الأحكام لم تأخذ في الحسبان عند تقدير التعويض على نزع حيازة الأشياء الأثرية المكتشفة من أصحابها القيمة التاريخية والتراثية لهذه الأشياء، وإنما اقتصررت في ذلك على قيمتها السوقية التي تنتج عن مادتها، وعمما ما تكبده مكتشفها من نفقات، وهي لا تشجع بالتالي مكتشفي الآثار على تسليمها للدولة، لاسيما إذا تمثلت في تماثيل أو منحوتات أو رسومات حجرية أو أواني أو معدات تفتقر إلى في مادتها إلى أية قيمة ذاتية.

الأشخاص الذين يحوزون آثارا منقولة خلال المدة السابقة على تاريخ صدور قانون الآثار المذكور، ممن لم يحصلوا بشأنها على شهادة بالملكية من مصلحة الآثار وفقا لنص المادة التاسعة عشرة من هذا القانون، لأنهم لم يقوموا بإخطار تلك المصلحة خلال الأجل القانوني (سنة أشهر من بدء نفاذ هذا القانون)، هؤلاء ليس أمامهم سوى الاحتفاظ بهذه الأشياء في حوزتهم، لأنها لا تنتقل منهم إلى الغير إلا بالميراث، وأما إذا أرادوا التصرف فيها فلا يكون ذلك ممكنا إلا للدولة، مقابل تعويض عادل، تحدده اللائحة التنفيذية⁽³⁴⁾.

2- الاستغلال الاقتصادي غير المباشر للمواقع الأثرية:

يتحقق هذا النوع من الاستغلال الاقتصادي بواسطة إقامة مواقع تجارية داخل نطاق المدن والمراكز الأثرية ذات الجذب السياحي، وذلك بهدف الاستفادة من مرتاديه، كأن تقام بها بعض المقاهي أو الملاهي أو النزل أو المكتبات، فينتفع أصحاب هذه المحال تجاريا بشكل غير مباشر من المواقع الأثرية⁽³⁵⁾، وتنتفع مؤسسة الآثار

³⁴- قارن حكم المادة 41 من قانون الآثار رقم 2 لسنة 1983م، والذي وفقا له "أ- يحظر الاتجار في الآثار المنقولة، وذلك فيما عدا الآثار التي تعطي مصلحة الآثار شهادة بإمكان التصرف فيها، وفقا للمادتين الثلاثين والثلاثين، ويصفي ما يوجد من الآثار المنقولة في حيازة الهواة والتجار السابقين على تاريخ نفاذ هذا القانون، وذلك بإحدى الويلتين الآتيتين:

1- أيلولتها إلى الدولة مقابل تعويض مناسب يدفع لحائزها، ويكون تقديره عند عدم الاتفاق عليه وفقا للمادة الثالثة والثلاثين.
2- استمرار حيازتها من قبل صاحبها وخلفه من بعده، على أن تسجل باسم الحائز في سجل خاص لدى المصلحة مع صورها وأوصافها.

ب- ولا يجوز التصرف فيها أو نقلها أو ترميمها إلا بأذن من المصلحة، ووفق أحكام هذا القانون، وتكون هذه الآثار خاضعة لرقابة المصلحة من حين لآخر للتأكد من سلامتها وعدم التصرف فيها".

ويلاحظ أن هذا النص أجاز للهواة والتجار السابقين الذي يحتفظون في حوزتهم بمقتنيات أثرية، والذين تقرر مصلحة الآثار استمرار حيازتهم لهذه المقتنيات، أن يتصرفوا فيها بعد حصولهم على إذن بذلك من المصلحة المذكورة.

³⁵- يكون هذا الانتفاع، الذي يقوم به أصحاب المحال المقامة داخل نطاق المدن والمراكز الأثرية، على حساب مصلحة الآثار؛ وذلك لأن من يتقاطرون على تلك المحال ليسوا زبائن خاصين بها، وإنما هم سياح يأتون لقضاء أوقاتهم بالمواقع الأثرية، فهم في حقيقة الأمر زبائن لهذه المواقع، ولذلك لا يتمتع المنتفعون بشغل الأماكن الأثرية بالحماية القانونية التي تمنحها الملكية التجارية لصاحب المحل التجاري، وفقا لقواعد القانون التجاري (المادة 468 وما يليها)؛ لأن هذه الملكية تتطلب انتماء الزبائن للمحل التجاري، وليس لعناصر جذب أجنبية عن هذا المحل، ولكن على الرغم من ذلك لا يشكل انتفاع المرخص لهم بهذه المواقع إثراء بلا سبب على حساب

بدورها من الرسوم التي يقوم هؤلاء بدفعها إليها، وأيضا من القيمة المضافة التي تكتسبها المواقع الأثرية بإقامة هذه الأنشطة⁽³⁶⁾.

والسؤال هنا يطرح حول جواز الترخيص للأفراد والجهات الخاصة والعامّة باستغلال المواقع الأثرية بواسطة إقامة أنشطة تجارية داخل نطاقها.

يمكن في هذا الإطار تصور نوعين من الاستغلال الاقتصادي للمواقع الأثرية: فإما أن يتحقق هذا الاستغلال عن طريق الشغل المباشر للمباني الأثرية كأن تقام أكشاك أو مقاهي أو متاجر داخل المباني أو المعالم الأثرية، وهذا يتصور في حالة المدن الأثرية، كمدينة غدامس ومدينة السرايا بطرابلس، وأيضا بداخل المتاحف والمعالم التاريخية، وقد يتحقق الاستغلال الاقتصادي للمدن والمواقع الأثرية دون أن يصل إلى شغل المباني، وذلك على نحو أن تقام أكشاك خشبية أو مباني، تقام بداخلها بعض الصناعات الحرفية، أو بعض صور التجارة، وعليه نتناول حكم القانون في الحالتين، وذلك كما يلي:

أ- الاستغلال الاقتصادي عن طريق شغل المباني الأثرية شغلا مباشرا:

في حكم عام نصت المادة السابعة والثلاثون من قانون الآثار رقم 3 لسنة 1995م على أنه "يحظر تخصيص أو استخدام المباني التاريخية بالمدن القديمة والأحياء التاريخية لأغراض السكن، أو مزاولة الأنشطة الاقتصادية العامة أو الخاصة، إلا وفقا للشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون"، وقد حددت المادة 18 من

مصلحة الآثار، وإنما هو انتفاع مشروع، يستند إلى الترخيص الذي منحه لهم هذه المؤسسة. أنظر مزيدا من التفاصيل حول مفهوم الملكية التجارية، الأزهرى: ص290.

³⁶- يختلف انتفاع مصلحة الآثار في هذه الحالة عن انتفاعها المتمثل في عائدات الرسوم التي تجبها من السياح والزوار للمتاحف والمدن الأثرية، فهذه العائدات لا يذهب جميع ريعها إلى مصلحة الآثار، حيث يوجد حكم في قانون نظام الإدارة المحلية رقم 59 لسنة 2012م يقضي بتخصيص عوائد المتاحف للبلدية التي توجد هذه المتاحف في نطاقها الجغرافي (المادة 51).

أما عن تحديد قيمة رسوم دخول المتاحف والمواقع والمدن الأثرية، والفئات التي تعفى من هذا الرسم، فيتم وفقا لنص المادة العاشرة بقرار من "اللجنة الشعبية العامة" (رئاسة الوزراء حاليا)، بناء على اقتراح اللجنة الشعبية العامة النوعية (وزارة السياحة)، بالاتفاق مع مصلحة الآثار.

اللائحة التنفيذية لهذا القانون شروط تخصيص أو استخدام المباني التاريخية للانتفاع بها لغرض مزاولة الأنشطة الاقتصادية، فيما يلي:

- 1- أن يكون المتقدم مواطناً ليبيا.
 - 2- أن يتقدم راغب التخصيص بطلب كتابي للجهة المختصة، مبيناً رغبته في الانتفاع بال عقار المحدد، وأن يتقدم بالشهادة الحرفية المطلوب التخصيص لمزاومتها.
 - 3- إثبات عدم ملكيته لأي عقار يزاول فيه أي نشاط اقتصادي من الجهة المختصة بذلك.
 - 4- أن يتعهد باستعمال العقار لمزاولة النشاط الاقتصادي، بحسب تصنيف المناطق والترخيص الممنوح له.
 - 5- أن يلتزم بإجراء الصيانة الدورية والضرورية للعقار، تحت إشراف الجهة المختصة.
 - 6- ألا تشكل مزاولة النشاط الاقتصادي أي خطر على صحة وسلامة البيئة، أو بما تحدته الآلات والمعدات المستخدمة من اهتزازات أو ضغوط في أرضية المباني بما يؤدي إلى ضرر بالبنية التحتية.
- كما نصت هذه اللائحة على بعض الأنشطة التي حظرت ممارستها داخل المواقع الأثرية، ولذلك لخطورتها على سلامة هذه المواقع، أو لما تسببه من تشويه لجمالها وتلويث لأجوائها، وهي تتمثل في: تصنيع وتخزين المواد الكيماوية، صيانة المركبات الآلية والمحركات الثقيلة، الطباعة الآلية بأنواعها، محطات تعبئة الوقود وتعبئة اسطوانات الغاز، الأفران العالية الحرارة، تخزين وتوزيع الألعاب النارية تخزين وتوزيع الأخشاب، السلخانات والمدابع الآلية.
- وبهذا لا يجوز لمصلحة الآثار أن ترخص للأفراد والجهات العامة والخاصة بمزاولة أي نوع من الأنشطة المذكورة داخل المباني التاريخية بالمدن القديمة

والأحياء التاريخية، لاعتبارات تتعلق بسلامة هذه المباني، والمحافظة على المظهر العام داخل المدن الأثرية.

غير أن الأسلوب الذي اعتمده المشرع في تعداد الأنشطة المحظورة لم يكن موفقا من وجهة نظرنا، وذلك بالنظر إلى ما ينطوي عليه من تحديد وحصر، إذ كان ينبغي أن يأتي المنع في عبارة مرنة، تجعله يسري على كل نشاط من شأنه الإضرار بالمواقع الأثرية، بأية صورة كانت، وأن تذكر الحالات الواردة في النص على سبيل المثال لا الحصر.

كما تضمنت اللائحة المذكورة أيضا بعض المواقع التي يمنح الترخيص باستغلالها استغلالا اقتصاديا، حيث نصت المادة عشرون على أنه "يحظر تخصيص أو استخدام المباني التاريخية الآتية بالمدن والأحياء التاريخية لغرض السكن أو مزاوله أي نشاط اقتصادي، وهي: المباني الدينية، مباني الخدمات الصحية التاريخية، مقار القنصليات الأجنبية القديمة، مقار المحاكم الشرعية التاريخية القلاع والأسوار والأبراج والحصون والرباطات، المسارح التاريخية، حرم الأسوار والنصب التذكارية، الكهوف والمغارات التاريخية، المباني وبقايا المعالم ذات العلاقة بتاريخ جهاد العرب الليبيين عبر الفترات التاريخية المتعاقبة".

وعليه، فإنه وفيما عدا هذه الأنشطة المحظورة والمباني المستبعدة، يجوز لمصلحة الآثار، إن توفرت الشروط المنصوص عليها في المادة 18 المذكورة، أن تقوم بالترخيص للأفراد والجهات باستخدام المباني التاريخية بالمدن والأحياء الأثرية في مزاوله الأنشطة الاقتصادية العامة والخاصة، وذلك مقابل رسوم تتولى هي تحديدها استنادا إلى حكم المادة 3/25 من اللائحة التنفيذية لقانون الآثار⁽³⁷⁾.

³⁷- وفقا لنص هذه المادة "تتولى الجهة المختصة تحصيل الرسوم على ما يلي: ... 3- تخصيص العقارات لغرض السكنى أو مزاوله النشاط الاقتصادي"، أما تحديد الرسوم فيتم وفقا لعجز المادة 25 بقرار من اللجنة الشعبية العامة "مجلس الوزراء حاليا"، بناء على عرض من الجهة المختصة. ويقصد بالجهة المختصة وفقا لنص المادة 9/2 من اللائحة المذكورة "مصلحة الآثار فيما يختص بحماية الآثار والمتاحف والوثائق".

وتتمتع المصلحة بسلطة تقديرية واسعة في منحها الإذن بالتخصيص، تستمدّها من التزامها بالحرص على سلامة المدن والأحياء الأثرية (المادة التاسعة من قانون الآثار)⁽³⁸⁾، وهي لا ترخص عادة إلا بمزاولة أنشطة حرفية وتجارية، تضيّط طابعا جماليا على تلك المدن والأحياء، أو يكون من شأنها توفير وسائل الراحة والاستجمام لمرتاديها، وذلك كالقيام ببعض الصناعات التقليدية المرتبطة بالتراث المحلي، أو بإنشاء مقاهي، أو محلات عطور، أو ملاهي، أو أكشاك لبيع المنتجات المحلية كالعسل والأجبان، أو لبيع الكتب أو الصور أو الطوابع البريدية. وتستبعد المصلحة بالتالي الأنشطة التي لا تتلاءم وطبيعة المكان، ولو لم يكن منصوصا على منعها في اللائحة المذكورة، وقد أوجبت المادة التاسعة عشرة من اللائحة التنفيذية لقانون الآثار على من خصص له عقار أثري لغرض مزاولة نشاط اقتصادي (استنادا إلى المادة 37 من القانون) أن يباشر في صيانة وترميم أو تجهيز العقار خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، ويكون الترخيص ملغيا في حالة انقضاء هذه المدة دون القيام بهذه الأعمال⁽³⁹⁾.

هذا وقد أجاز قانون الآثار في المادة الثانية والأربعين منه إعفاء الحرفيين الذين يزاولون الفنون الإبداعية والتاريخية وإنتاج المقتنيات الشعبية بالمدن القديمة والأحياء والمباني التاريخية من دفع رسوم مقابل الانتفاع بعقاراتهم ورسوم استخراج وتجديد تراخيصهم الحرفية، وذلك طيلة مدة مزاولتهم للحرفة، ويصدر بتحديد فئات الحرف المعفاة وقواعد الإعفاء قرار من اللجنة الشعبية العامة. ويهدف المشرع من هذا الإعفاء إلى تشجيع أصحاب الحرف، نظرا لبساطة نشاطاتهم، ولما تضفيه على المواقع الأثرية من قيمة مضافة، تعزز من جذب السياح، حيث ترتبط هذه الحرف عادة بالمووروث الثقافي والشعبي للمجتمع الذي يحتضن هذه المواقع.

³⁸- وفقا لهذه المادة: "تتخذ الجهة المختصة التدابير اللازمة لحماية الآثار في وقتي السلم والحرب، بالاتفاق مع الجهات ذات العلاقة".

³⁹- نصت المادة 54 من قانون الآثار رقم 3 لسنة 1995م على إخضاع من يتسبب بشكل مباشر في استغلال أي عقار أثري أو تاريخي لغرض تجاري أو حرفي أو سكني بدون إذن صادر له من الجهة المختصة، لعقوبة الحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر، وبغرامة لا تقل عن ألفي دينار ليبي، أو بإحدى هاتين العقوبتين. وتفيد صياغة هذا النص باستعمالها عبارة "من يتسبب" سريان حكمه على مسؤولي أو موظفي مصلحة الآثار الذين يتواطؤون مع الغير بتكبيره من هذا الاستغلال دون ترخيص، كما توقع على هذا الغير نفسه.

ب- الاستغلال الاقتصادي بواسطة إنشاءات داخل نطاق المدن والأحياء الأثرية: من الممكن أن يحصل الانتفاع الاقتصادي بالمدن والمواقع الأثرية دون أن يصل الأمر حد شغل أو استخدام المباني الأثرية والتاريخية بشكل مباشر، ويحدث هذا عن طريق إقامة بعض الأنشطة الحرفية أو التجارية من خلال إنشاءات خشبية، أو عربات متنقلة، أو مبان مستحدثة في الأراضي الفضاء داخل نطاق المدن والأحياء الأثرية والتاريخية، ومن الوارد أن تتم إقامة وتجهيز هذه الإنشاءات من قبل مصلحة الآثار نفسها، بغرض تأجيرها، أو يتم ذلك من قبل الأشخاص المأذون لهم من هذه المؤسسة بالاستغلال الاقتصادي⁽⁴⁰⁾.

ولما كان من المسلم به في مجال القانون العام أن لجهة الإدارة أن تقوم بمنح التراخيص الإدارية للأفراد للانتفاع بالمال العام فيما خصص له، وأنه لا يسري على هذه التراخيص حكم المادة 2/87 مدني الذي يمنع التصرف في المال العام لأنها تقتصر على مجرد الإذن باستغلال الأماكن الشاغرة، لمدد محددة بموجب الترخيص، كما أنها غير ملزمة للجهة المانحة للترخيص، فلها في سائر الأحوال أن تقوم بإلغائها، ولو قبل حلول أجلها، وتأمراً أصحابها بإزالة ما أقاموه من إنشاءات متى ما تبين لها وجه المصلحة العامة في ذلك.

وعليه فإنه يترجح القول بجواز أن تأذن مصلحة الآثار للأفراد والجهات الاعتبارية بالانتفاع بالمدن والمواقع الأثرية، مادام ذلك لا يتصل بشكل مباشر

⁴⁰- وفي سائر الأحوال إذا استدعي إقامة الأنشطة الاقتصادية إجراء حفريات أو مبان داخل نطاق المدن والأحياء الأثرية المستهدفة، فإن نص المادة الثانية والعشرين من اللائحة التنفيذية لقانون الآثار يستوجب ضرورة صدور ترخيص بذلك من الجهة المختصة، بعد استيفاء جملة من الشروط تتمثل في:

- 1- القيام بأعمال المسح والتوثيق الهندسي والتصوير الثابت والمتحرك للمبنى أو الأرض الفضاء أو المعلم أو الشاهد.
- 2- القيام بالدراسة التاريخية للمبنى أو المعلم أو الشاهد.
- 3- القيام بأعمال المسح الاجتماعي، إذا كان موضوع الأعمال المشار إليها كاملاً.
- 4- إعداد الدراسة الهندسية.

بالمبنى الأثري ولا يشوه المظهر العام للمدينة أو الحي، ولا يعرقل حركة من يرتادونه من السياح وفرق الأبحاث⁽⁴¹⁾.

ومما يعزز هذا القول ما نص عليه قرار مجلس الوزراء لسنة 2015م بشأن إصدار الهيكل التنظيمي واختصاصات مصلحة الآثار الليبية في المادة الحادية عشرة من استحداث مكتب الاستثمار التابع للمصلحة، الذي أسندت إليه عدة اختصاصات تتمثل في الآتي:

- 1- دراسة واقتراح برامج ومشاريع الاستثمار بالمناطق الأثرية التابعة للمصلحة والمنسجمة مع قوانين حماية المواقع الأثرية.
- 2- استقبال برامج الاستثمار في المناطق الأثرية مع المستثمرين المحليين والأجانب، وتقييم مدى مطابقتها للمعايير التي تحددها مصلحة الآثار في هذا الجانب.
- 3- التنسيق مع الجهات ذات العلاقة ببرامج الاستثمار، وإبرام العقود مع مؤسسات الدولة الليبية فيما يتعلق بالمواقع الليبية التابعة لمصلحة الآثار.

⁴¹- ولكن إذا تطلب هذا التخصيص إقامة مباني أو منشآت ثابتة، فإن الجهة المختصة -مصلحة الآثار- تكون ملزمة بمراعاة حكم

المادة السادسة والعشرين باتخاذ الإجراءات الآتية:

1- حصر الأراضي الفضاء في المدن القديمة والأحياء التاريخية.

2- عمل مجسمات للتأكد من خلو الأراضي الفضاء من أي آثار قد توجد في باطنها.

الخاتمة

يتضح مما تقدم أن المتاجرة بالآثار ممنوعة من حيث الأصل، مع وجود بعض الاستثناءات، ترتبط في جوهرها بالإذن المسبق من الجهة المختصة، ممثلة في مصلحة الآثار، ويجري في هذا الإطار التمييز بين الآثار العقارية والآثار المنقولة، فلا يجوز للأفراد ولا للجهات العامة والخاصة المتاجرة مطلقاً في الأموال الأثرية العقارية؛ لما يترتب على ذلك من مخاطر تعرضها للهلاك والتلف، وهو جائز في حالات معينة وبضوابط صارمة، عندما يتعلق الأمر بالآثار المنقولة التي يكتشف الأفراد وجودها عرضاً أثناء قيامهم بحفريات لا تتعلق بالبحث والتنقيب عن الآثار ولا بممتلكات أثرية سابقة على صدور القانون رقم 3 لسنة 1995م، أما القطع واللقي الأثرية التي يحوزها الأشخاص من عمليات تنقيب ممنهجة عن الآثار فلا تكسبهم ملكيتها تحت أي ظرف، ولا تجيز لهم بداهة المتاجرة فيها.

بالمقابل، يسمح القانون لمصلحة الآثار بالترخيص للأفراد والجهات الاعتبارية باستعمال المواقع الأثرية العقارية بالمدن والأحياء الأثرية في الأغراض الاقتصادية-التجارية والحرفية- ويمكن أن يأخذ هذا الاستعمال إحدى صورتين: إما الشغل المباشر للمباني الأثرية، بغرض استعمالها محال تجارية أو حرفية، بضوابط وشروط معينة سبق بيانها، وإما بشغل الفضاءات التي تحتويها تلك المدن، عن طريق إقامة إنشاءات ثابتة أو متحركة بداخلها، بغرض المتاجرة فيها، وفي سائر الأحوال فإن الإذن مشروط بعدم الإضرار بالمواقع الأثرية، أو الإساءة إلى معالمها الجمالية، أو عرقلة حركة مراديتها من السياح والفرق البحثية.

من جانب آخر، فبالرغم من أن المشرع نص على اعتبار الآثار أموالاً عامة، إلا أنه لم يوائم بين مسألتين: مسألة اعتبار الآثار أموالاً عامة، ومسألة السماح بالمتاجرة بها في استثناءات معينة، فالصلاحيات التي يسندها قانون الآثار رقم 3 لسنة 1995م إلى مصلحة الآثار في مجال منح الإذن للأفراد والجهات

بتملك اللقي والمواقع الأثرية لا تخلو من التبعات الخطيرة على هذا الموروث الحضاري، فقد لاحظنا أن المادة الحادية عشرة تفرض التزاما على كل من يكتشف أثرا عقاريا أو منقولاً، أو يعلم باكتشافه أثناء القيام بأعمال حفر أو بناء، أو بأية أعمال أخرى بأن يبلغ عن ذلك إلى الجهة المختصة خلال خمسة أيام على الأكثر وعلى هذه الجهة إذا رأت عدم الاحتفاظ بالأثر المكتشف أن تعطيه لمكتشفه، وتمنحه شهادة تثبت ملكيته له، ولا ارتياب في أن هذه السلطة الممنوحة لمصلحة الآثار تنطوي على مخاطر كبيرة على الموروث الثقافي اللبني من الآثار غير المكتشفة، وبخاصة وأن اللائحة التنفيذية لهذا القانون لم تضع ضوابط في هذا الصدد، ولهذا كان من الأنسب أن يلزم القانون مصلحة الآثار بتسليم الأموال الأثرية، ومنح مكتشفها تعويضا يتناسب وما تكبدوه من نفقات وفقا للقواعد والأسس التي تحددها اللائحة التنفيذية⁽⁴²⁾.

يبرز وجه الخطورة بشكل أوضح إذا عرفنا أن المادة الثالثة والعشرين من القانون نفسه تجيز لمن امتلكوا منقولات أثرية وفقا للمادة الحادية عشرة أن يحصلوا على شهادة من مصلحة الآثار بالتصرف في هذا المنقولات على سبيل المتاجرة ولذلك، نوصي بضرورة إعادة النظر في هذه النصوص، حرصا على حماية

⁴² - وهذا ما درجت عليه بعض التشريعات المقارنة، فعلى سبيل المثال نصت المادة 19 من قانون الآثار العراقي على إلزام كل من اكتشف أثرا منقولاً أو مادة تراثية، أو علم باكتشافها، أن يخبر بذلك أقرب جهة رسمية خلال 24 ساعة من وقت الاكتشاف أو العلم، وعندئذ تتولى هذه الجهة إخبار السلطة الأثرية بذلك فوراً. وقد أجازت هذه المادة في فقرتها الثالثة للسلطة الأثرية فقط أن تمنح المكتشف، أو الذي علم بالاكشاف، مكافأة مناسبة عن قيامه بالإخبار، لا تقل عن قيمة مادة الأثر، إذا كان من الذهب أو الفضة أو الحجارة الكريمة، بغض النظر عن قدمه أو صنعته أو قيمته التاريخية أو الفنية.

ولم يتضمن هذا القانون نصاً يجيز للسلطة المختصة بالآثار في العراق أن تمنح للمخبر شهادة بتملك القطع المكتشفة، وإنما فقط مكافأة أطلق عليها تسمية "مكافأة الإخبار". كما نصت المادة 12 من نفس القانون على حكم آخر يتعلق باكتشاف الآثار العقارية، ألزم بموجبه كل من يكتشف أثراً غير منقول، أو يعلم باكتشافه، بإبلاغ أقرب جهة رسمية خلال 24 ساعة، وعلى هذه الجهة أن تخبر السلطة الأثرية بذلك فوراً. وأعطت المادة 13 للسلطة الأثرية في هذه الحالة حق الوصول إلى المواقع المكتشفة، وحوّلها سلطة منع مالك الأرض من استغلالها استغلالاً مضرراً بالآثار، وسلطة ترتيب حقوق ارتفاع عليها لمصلحة المواقع الأثرية أو إخلائها، مقابل دفع تعويض عادل.

الموروث الثقافي الليبي من العبث، إذ لا يحسن قانونا اعتبار الآثار أموالا عامة وفي الوقت نفسه تخويل الجهة المشرفة على حمايتها صلاحية تملكها للأفراد والإذن لهم بالتصرف فيها.

المصادر

أولا- الكتب والرسائل:

- الأزهري (محمد الجيلاني البدوي): قانون النشاط الاقتصادي، المبادئ والقواعد العامة، 2014م، بدون ذكر لدار النشر.
- أعبوده (الكوني علي): أساسيات القانون الوضعي الليبي، نظرية الحق، 1997م، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية.
- أمين (حمد حلمي): حماية الآثار والأعمال الفنية، دار النشر والتدريب الأمين، الرياض، المملكة العربية السعودية، بدون ذكر لرقم الطبعة ولا لسنة النشر.
- أوجي (فراس ياوز عبدالقادر): الحماية الجنائية للآثار، 1998، رسالة ماجستير جامعة بغداد.
- الزريقي (جمعة محمود): الحقوق العينية الأصلية والتبعية في القانون الليبي، 2008م، الشركة العامة للورق والطباعة.
- السنهوري (عبدالرزاق أحمد): الوسيط في القانون المدني، المجلد الثامن، حق الملكية، 1998م، منشورات الحلبي الحقوقية.
- سليمان (عبدالرازق المرتضى): 2007م، مكتبة طرابلس العلمية العالمية.
- شحاتة (توفيق): مبادئ القانون الإداري، 1954، دار النشر للجامعات المصرية.
- الصدة (عبدالمنعم فرج): الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والمصري، 2011م، دار النهضة العربية، بيروت، بدون ذكر لسنة النشر.

- عمرو (محمد سامح): الحماية الدولية للممتلكات الثقافية في فترات النزاع المسلح، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر.
- مدني (محمد): القانون الإداري الليبي، 1965م، دار النهضة العربية.
- مرسي (محمد كامل): الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، بدون ذكر لدار ولا لسنة النشر.
- المزوغي (عبدالسلام علي): الحقوق العينية الأصلية والتبعية، 1993م، منشورات الجامعة المفتوحة.
- مسكوني (صبيح): مبادئ القانون الإداري الليبي، 1982م، الشركة العامة للنشر والتوزيع والإعلام، بنغازي.
- ثانيا- التشريعات:**
- قانون الآثار الليبي رقم 3 لسنة 1995م ولائحته التنفيذية.
- القانون المدني الليبي لسنة 1953م
- القانون التجاري الليبي لسنة 2010م
- قانون الآثار المصري رقم 117 لسنة 1983م
- قانون الآثار السوداني رقم لسنة 1952م
- قانون الآثار الأردني رقم 21 لسنة 1988م
- قانون الآثار العراقي رقم 55 لسنة 2002م
- قانون الآثار السوري رقم 222 لسنة 1963م
- قانون الآثار الجزائري رقم 4 لسنة 1998م
- قانون الآثار الفرنسي رقم 17 لسنة 2004م.
- ثالثا- مسودة مشروع الدستور الليبي لسنة 2017م.**

إلغاء النص الجنائي الموضوعي لعدم الدستورية

"الأسباب والآثار"

د. طارق محمد الجملي⁽¹⁾

Abolition of the criminal text due to unconstitutionality

"Causes and Effects"

Dr. Tarek M . EL GAMLI

ملخص

يلتزم المشرع عند إصدار النص الجنائي بمجموعة من الضوابط الدستورية، التي تهدف إلى ضمان عدم التعسف في تقييد الحريات والحقوق، ولهذا فإن مخالفة المشرع لتلك الضوابط سوف يؤدي إلى وصم القانون بعدم الدستورية، وهو ما يجعله خاضعا لرقابة القضاء التي قد تنتهي إلى إلغائه. إن الأثر الزمني لهذا الإلغاء يختلف باختلاف اتجاه النظام القانوني، وهو ما يرتبط بآثار تتعلق بالأفعال التي ارتكبت خلال نفاذ القانوني الذي ألغي لعدم الدستورية، سواء أكان القانون الملغى أنشأ وضعاً تجريمياً أم وضعاً مبيحاً، فالأثر الرجعي لحكم الإلغاء بسبب عدم الدستورية في ظل النظم التي تأخذ بهذا الأثر، سوف ينعكس على الأفعال المرتكبة، فيؤثر على المسؤولية الجنائية بمفهومها الواسع، سواء على قيام الجريمة أو انتفائها حسب الأحوال.

Abstract

When issuing the criminal text, the legislator is bound by a set of constitutional regulations, which aim to ensure that there is no arbitrariness in restricting freedoms and rights, and therefore the legislator's violation of these regulations will lead to the stigmatization of the law as unconstitutional, which makes it subject to judicial control that may end in its abolishment. The time effect of this cancellation varies depending on the different direction of the legal system, which is related to effects related to the acts committed during the enforcement of the law that was canceled for unconstitutionality, whether the repealed law established a criminal or permissible situation, the retroactive effect of the cancellation ruling because of the unconstitutionality in the systems that take in this effect, will be reflected in the acts committed, thus affecting criminal responsibility in its broadest sense, whether the crime was committed or its disappearance, as the case may be.

كلمات مفتاحية: إلغاء- دستورية- أثر- تجريم- إباحة- قانون عقوبات.

¹ - عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.

المقدمة

إن التزام المشرع بالضوابط الدستورية عند صياغته وإصداره للنص القانوني يعد ضرورة من ضرورات تطبيقه، ذلك أن مخالفة تلك الضوابط من شأنها أن تصم ذلك النص بعدم الدستورية، الأمر الذي يخضعه لرقابة القضاء انتهاءً بإلغائه.

ولا تبدو النصوص الجنائية بمنأى عن تلك الضوابط الدستورية والرقابة التي يمارسها القضاء، فقد يصدر المشرع نصاً قانونياً جنائياً يخالف ضوابط التجريم والعقاب، أو يتجاوز ضرورات التجريم وضوابطه، أو قد لا يستجيب لقواعد إصدار النص التشريعي عموماً، فيتصدى القضاء لهذا النص، ويقضي بإلغائه، فيثور بذلك التساؤل حول أثر ذلك الإلغاء بشأن قيام المسؤولية الجنائية أو انتفائها بالنسبة لما ارتكب من أفعال في ظل القانون المقضي بعدم دستوريته؛ فإذا كان النص الذي تقررت بموجبه أحكام المسؤولية أو انتفت، قد زال أثره، فهل يمتد ذلك إلى موجب تلك المسؤولية أو سبب انتفائها؟

إن خصوصية هذا الموضوع بالنسبة للنص الجنائي تبدو من حيث كون أن المسؤولية الجنائية تقوم أساساً على فكرة وجود النص، وخضوع الفعل للنص المجرم القائم وقت ارتكابه؛ ولهذا فالمسؤولية الجنائية من هذا الجانب تقوم على فكرتين رئيسيتين، الأولى: أن النص الجنائي عنصر رئيس في التجريم، لا قيام للمسؤولية بدونه، والثانية: أن عنصر الزمن الذي يرتكب خلاله الفعل ومدى قيام النص في تلك الفترة تعد مسألة دستورية في ذاتها، تحكم آلية تطبيق النص من حيث الزمان، وفقاً لمبدأ عدم رجعية النص الجنائي الأشد.

ولهذا، ونظراً للأهمية الخاصة للجانب الموضوعي من النصوص الجنائية فإننا في هذا البحث سنقتصر على دراسة إلغاء النص الجنائي الموضوعي لعدم

الدستورية لارتباطه بفكرة المسؤولية الجنائية، لا بالإجراءات المتبعة في الدعوى وهذه المسألة تبدو لنا أكثر أهمية لاتصالها بفكرة التجريم وتقييد الحرية الشخصية.

ونشير هنا إلى مسألتين رئيسيتين، وهما: من ناحية، أن أثر الإلغاء على المسؤولية الجنائية لا نعني به المسؤولية الجنائية بمفهومها الضيق، بل نعني بذلك قيام أو انتفاء موجب المسؤولية، وهو وصف التجريم للفعل، ومن ناحية أخرى فإن الأثر المستهدف بالدراسة في هذه الورقة لا يقتصر على حالة إلغاء النص التجريمي الذي ينشئ جريمة، وإنما ينصرف أيضا إلى حالة إلغاء النص المبيح للفعل، متى صدر ملغيا لنص التجريم، وناله الإلغاء لاحقا لعدم الدستورية، ما يعني أن المقصود بالنص الجنائي، هو النص المرتبط بالتجريم أو الإباحة، وهذه الحالة الأخير تتجسد في حالة صدور قانون يبيح فعلا، كان مجرما بموجب قانون آخر.

ونظرا للخصوصية التي يتميز بها النص الجنائي، بوصفه ينشئ قيودا على الحرية الفردية، أو يحل هذا القيد، فإنه يُحاط في صياغته وتطبيقه بقواعد خاصة تلائم طبيعته، وتضمن تحقيقه لغرضه دون تعسف في المساس بالحقوق والحريات التي يرد عليها كقيد؛ ولذا فإن العيوب التي تنال من دستورية هذا النص تتميز هي الأخرى بخصوصية عن تلك التي تصيب النصوص غير الجنائية، وهذه الخصوصية هي التي تمنح موضوع هذه الدراسة أهمية من حيث طرح تلك العيوب وبيانها حالاتها "مطلب أول".

فضلا عن ذلك، فإن أهمية هذا الموضوع تتجسد في فكرة أثر الحكم بعدم الدستورية، سيما من حيث الزمان، فإذا كان الإلغاء التشريعي للنص لا يثير، وفقا للقاعدة العامة، أي إشكال في التطبيق، حال كون أثره يقتصر على المستقبل من لحظة نفاذ النص الجديد، ولا يمتد إلى الماضي إلا بنص صريح، فإن الإلغاء لعدم الدستورية قد يكون له أثرا على الماضي، وهي مسألة محل خلاف فقهي، انعكس- أي هذا الخلاف- على اتجاهات التشريع

والقضاء في شأن تحديد هذا النطاق، وهو ما ينعكس بشكل مباشر على تحديد المسؤولية الجنائية "مطلب ثان".

ولدراسة عناصر هذا الموضوع، سنتناول أسباب عدم دستورية النص الجنائي "مطلب أول"، وأثر الحكم بعدم دستورية النص الجنائي الموضوعي "مطلب ثان".

المطلب الأول

أسباب عدم دستورية النص الجنائي الموضوعي

إن صدور الحكم بعدم دستورية النص الجنائي الموضوعي رهين بتوافر حالة من حالات عدم الدستورية التي تصيب ذلك النص، ذلك أن رقابة الإلغاء التي يمارسها القضاء الدستوري يجب أن تستند إلى مبرر يوصم به النص بعدم الدستورية؛ وللنص الجنائي الموضوعي حالات خاصة يوصم لأجلها بعدم الدستورية، سواء كان هذا النص نصا تجريميا، أو كان نصا مبيحا حل محل نص كان يجرم الفعل، ولهذا فإن أسباب عدم دستورية النص الجنائي، سوف تحدد مدى اتساع نطاق حالات إلغاء النص الجنائي لعدم الدستورية، وتبرز بالتالي أهمية دراسة تبعات الحكم بعدم دستورية مثل ذلك النص.

هذه الخصوصية التي تمثلها ضمانات إصدار النص الجنائي الموضوعي باعتباره نص ينشئ قيودا على الحريات والحقوق الشخصية، تجعل لهذا النص قواعد وضوابط تحدد مشروعيته، وتحد من سلطان المشرع في المساس بتلك الحريات والحقوق؛ ومن ثم فإن مخالفة المشرع لتلك الضوابط سوف تجعل هذا النص مشوبا بعدم الدستورية، ومؤهلا للإلغاء بسبب هذه الشائبة.

وفي إطار بيان الأسباب الرئيسة لوصم النص الجنائي بعدم الدستورية سنشير إلى أهم الضوابط التي يجب على المشرع عدم مخالفتها، وذلك للتركيز خصوصية النص الجنائي، ومن ثم فإنه لا يدخل في نطاق هذا الدراسة الأسباب العامة لعدم الدستورية، والتي يشترك فيها النص الجنائي وغيره من النصوص القانونية.

ويمكن القول إن أهم ضمانات النص الجنائي الموضوعي يمكن أن تتحدد في طائفتين، الأولى تتعلق بالشرعية الجنائية ضابطا لمضمون النص الجنائي الموضوعي "فرع أول"، والثانية تتعلق بمبدأ الملاءمة ضابطا للتجريم والعقاب "فرع ثان"، ولهذا فإننا في هذا المطالب سنتطرق لهاتين المسألتين في فرعين منفصلين على النحو التالي:

الفرع الأول: الشرعية الجنائية ضابطا دستورية التجريم والعقاب

إذا كان مبدأ الشرعية يعني التزام المشرع في التجريم بيان حدود الفعل المحظور ونوع ومقدار العقاب، وكذلك ضمان الالتزام في تطبيق النص بالوقت اللاحق لصدوره، فإن مخالفة هذه الضوابط قد لا تتخذ شكلا صريحا، إذ قد تحتمى تلك المخالفة بمظهر من المشروعية، بأن تتخذ شكل النص الذي يوحى بالاستجابة لمقتضيات مبدأ الشرعية، ويبرر ظاهريا حالة التجريم بمنحها طابع المشروعية بمعنى أن مخالفة مبدأ الشرعية لا تتخذ دائما وضعا شكليا من خلال عدم الاستجابة للمظهر الخارجي للمخالفة، والتي تبدو عادة في شكل انعدام النص على نحو يسهل معه كشف تلك المخالف.

فمبدأ الشرعية، كونه يمثل ضمان عدم التعسف في التجريم، فإن مخالفته قد تكون موضوعية، بحيث يكون النص في ظاهره مستجيبا لمبدأ الشرعية، ولكنه يتضمن من الناحية الموضوعية انتهاكا لهذا المبدأ، ومخالفة للضمانة التي قُصد بها، وهو ما يعكس خطورة المخالفة في مثل هذه الحالات، ويعزز الحاجة لوجود رقابة

تضمن تعزيز المبدأ، انطلاقاً من كونه مبدأ دستورياً، يتميز بالسمو في ذاته ما يجعل الالتزام به واجبا قانونيا على المشرع، دون أن يملك إيراد أي استثناء عليه.

والمخالفات الموضوعية لمبدأ الشرعية تتخذ نماذج مختلفة، يمكن أن نورد منها ما يلي :

1. عدم ضبط عناصر التجريم والعقاب :

إن وضوح عبارات النص التجريمي ودقة صياغتها يعدان أهم مظاهر الاستجابة لمقتضيات مبدأ الشرعية، إذ بغير هذا التحديد للعبارات لا يمكن الحد من سلطة القضاء في اختلاق الجريمة وتحديد معالمها؛ ولذلك سبق القول إن وجود النص الجنائي في حد ذاته لا يكفي للقول بتوافر مقتضيات الشرعية الجنائية، متى كان هذا النص لا يستجيب لفكرة التحديد التشريعي الدقيق لعناصر التجريم، من خلال الإعلان المسبق لمضمونها، وذلك لمنع ما قد يعتري النص من غموض في ألفاظه، على نحو يخول القضاء ممارسة اختصاص يتجاوز سلطته في الحكم.

وبسبب افتراض هذا الوضوح لعبارات النص الجنائي كلازم من لوازم تطبيق مبدأ الشرعية، بعض القوانين تحد من سلطة القاضي في التفسير، وتجعل من التفسير الضيق قيذا على سلطته؛ ومن ذلك ما تنص عليه المادة 111 الفقرة 4 من قانون العقوبات الفرنسي، حينما تقرر أن: "النصوص الجنائية تفسر تفسيراً ضيقاً"⁽²⁾.

إن الإلزام بالتفسير الضيق للنص الجنائي يقوم على افتراض أن عبارات النص بذاتها دالة على معناها، بحيث يقتصر دور القاضي على تطبيق النص وانحصار دوره في مجرد تفسيره بشكل يستجيب للمعاني الظاهرة للنص، ذلك أن إلزام القاضي بالتفسير الضيق لا يكون مقبولاً إلا بافتراض وضوح عبارات النص

² -L'article 111-4 du code penal français prévoit : "La loi pénale est d'interprétation stricte".

في الدلالة على معانيها، وإلا تعطل تطبيق النص وانحرف تطبيقه عن مقاصد المشرع، بسبب غموضه وانعدام وسيلة فهمه⁽³⁾، ولهذا فإن وضوح النص الجنائي يعد مقوما من مقومات وجوده وتطبيقه.

وتجسيدا لرقابة القضاء على سلطة المشرع بشأن وضوح صياغة النص الجنائي والالتزام بدقة اللفظ، قرر المجلس الدستوري الفرنسي اعتبار نص المادة 222-31-1 من قانون العقوبات نصا غير دستوري، لكونه استعمل مصطلح "أحد أفراد الأسرة" ضمن العبارات التي تحدد نطاق تطبيق هذا النص "الخاص بجريمة زنا المحارم"، دون أن يكون هذا اللفظ محدد المعنى من حيث المقصود بأفراد الأسرة، الأمر الذي يعطي للمحكمة سلطة واسعة في تفسيره وتحديد نطاقه، وهو ما اعتبره المجلس مخالفا لمقتضيات مبدأ الشرعية، من حيث عدم استجابة النص للزم وضوحه وتحديد عباراته.

وقد جاء في قرار المجلس المذكور: "بالنظر إلى أنه إذا كان متاحا للمشرع أن يضع تصنيفا إجراميا محددًا لتعيين الاعتداء الجنسي بين المحارم، فإنه يجب أن يتقيد بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، فالامتناع عن التحديد الدقيق للأشخاص الذين يجب النظر إليهم في إطار هذا التصنيف باعتبارهم أفراد الأسرة، يقتضي بالنتيجة ودون ضرورة لدراسة المناعي الأخرى، إعلان الحكم المتنازع عليه مخالفاً للدستور"⁽⁴⁾.

³ - ومع ذلك، يثور في الفقه خلاف حول هذه المسألة، من حيث ضرورة تبني أسلوب التفسير المنطقي للنص الجنائي، على اعتبار أن الغاية من التفسير هي البحث عن إرادة المشرع، والبحث عن تلك الإرادة مثلما قد يستلزم تفسيراً ضيقاً، فإن التفسير الموسع قد يكون هو السبيل للوصول إلى تلك الإرادة، على اعتبار أن هذا التفسير الأخير لا ينتهك مبدأ الشرعية، طالما أنه يعتمد معنى تستوعبه عبارات النص الجنائي محل التفسير.

⁴ - حيث جاء في قرار المجلس في تأكيد ذلك :

" 1. Considérant qu'aux termes de l'article 222-31-1 du code pénal : « Les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une soeur ou par toute autre

وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي هذا الاتجاه في مناسبة أخرى بقوله: "مع الأخذ في الاعتبار أنه يتعين على المشرع أن يمارس في المجال الجنائي بشكل كامل الاختصاص المخولة له بموجب المادة 34 من الدستور، وفي هذا الصدد، مبدأ وضوح القانون، الذي يتفرع من نفس المادة من الدستور، فإن هدف القيمة الدستورية للوضوح وإمكانية الوصول إلى القانون، والتي تنبثق من المواد 4 و 5 و 6 و 16 من إعلان 1789 تفرض على المشرع اعتماد أحكام دقيقة وصيغ لا لبس فيها؛ أنه يجب بالفعل حماية أهداف القانون ضد تفسير يتعارض مع الدستور أو خطر التعسف"⁽⁵⁾.

personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait » ;

2. Considérant que, selon le requérant, en ne définissant pas les liens familiaux qui conduisent à ce que des viols et agressions sexuels soient qualifiés d'incestueux, ces dispositions portent atteinte au principe de légalité des délits et des peines ; qu'elles porteraient également atteinte au principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère ;

3. Considérant que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis ;

4. Considérant que, s'il était loisible au législateur d'instituer une qualification pénale particulière pour désigner les agissements sexuels incestueux , il ne pouvait, sans méconnaître le principe de légalité des délits et des peines, s'abstenir de désigner précisément les personnes qui doivent être regardées, au sens de cette qualification, comme membres de la famille ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre grief, la disposition contestée doit être déclarée contraire à la Constitution ;" Conseil constitutionnel, Décision n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011163QPC.htm>. Consulté le 20/03/2020.

⁵- Le Conseil constitutionnel a décidé que: " Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et

وفي ذات السياق، أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر هذا الاتجاه بقولها: "وحيث إنه من القواعد المبدئية التي يتطلبها الدستور في القوانين الجزائية أن تكون درجة اليقين التي تنتظم أحكامها في أعلى مستوياتها، وأظهر في هذه القوانين منها في أية تشريعات أخرى، ذلك أن القوانين الجزائية تفرض على الحرية الشخصية أخطر القيود وأبلغها أثرا، ويتعين بالتالي - ضمانا لهذه الحرية- أن تكون الأفعال التي تؤتممها هذه القوانين محددة بصورة قاطعة، بما يحول دون التباسها بغيرها، وأن تكون تلك القوانين جلية واضحة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها، ذلك أن التجهيل بها أو انبهامها في بعض جوانبها لا يجعل المخاطبين بها على بينة من حقيقة الأفعال التي يتعين عليهم تجنبها. كذلك فإن غموض مضمون النص العقابي مؤداه أن يحال بين محكمة الموضوع وبين أعمال قواعد منضبطة تعين لكل جريمة أركانها، وتقرر عقوبتها بما لا خفاء فيه"⁽⁶⁾.

l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire".
Décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005.

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2005/2004509DC.htm> Consulté le 20/03/2020.

Et dans une autre décision, ce conseil confirme cette position en disant que: " Considérant, en premier lieu, que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire".
Décision n° 2010-73 QPC du 3 décembre 2010. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201073QPC.htm>. Le 21/03/2020. voir aussi :
Décision n° 84-183 DC du 18 janvier 1985. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1985/84183DC.htm>.
Consulté le 21/03/2020.

6- المحكمة الدستورية العليا المصرية، طعن رقم 114 لسنة 21 قضائية، جلسة 2 يونيو 2001.

في كل الحالات التي تناولتها القرارات والأحكام المشار إليها، المخالفة لمبدأ الشرعية لم تتخذ شكل انعدام النص، ولكنها تتجسد في وجود نص غامض لا يستجيب لفكرة التحديد الدقيق لعناصر التجريم، وهو بذلك، يمنح القاضي سلطات واسعة في تحديد نطاق النص، وهي نتيجة تطابق في آثارها ما يترتب على انعدام النص التجريمي، بل وتبدو أكثر خطورة على الحريات والحقوق بسبب ما تنتحله من مظهر يستجيب للمبدأ محل البحث.

وعلى الرغم من أهمية حالات غموض عبارات النص، فإن التزام المشرع بمبدأ الشرعية في مجال التجريم، لا يقتصر فقط على وجوب وضوح شق التكليف إذ الالتزام يظل قائماً بشأن وضوح شق الجزاء أيضاً، من لزوم حيث بيان نوع العقاب وتحديد مقداره؛ فالعقوبة الجنائية يجب أن تكون محددة النوع والمقدار بحيث يقتصر دور القاضي على تحديد القدر المناسب من بين الحدين الأعلى والأدنى اللذين يحددهما المشرع، ولهذا فإن هذا الأخير إذا ما رخص للمحكمة بتحديد نوع العقوبة أو مقدارها، دون ضوابط تشريعية تضمن عدم تجاوز القاضي لدوره كجهة حكم، فإن النص يكون مخالفاً لمبدأ الشرعية مشوباً بعدم الدستورية.

وفي هذا الشأن تقرر المحكمة العليا الليبية أنه: "وحيث إن نعي الطاعن بعدم دستورية النص المطعون فيه سديد، ذلك أن المادة الأولى من الإعلان الدستوري المؤقت الصادر في 3 / 8 / 2011 تنص على أن: ... الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع ... وتنص المادة 31 من الإعلان الدستوري المؤقت على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ... لما كان ذلك وكانت الدية في جرائم القتل تجمع بين وصفي العقوبة والتعويض، فإنه يجب أن يحدد مقدارها بنص في القانون، وفي الحدود المقررة في المصدر الرئيسي للتشريع، عملاً بالقاعدة الدستورية المشار إليها التي تقضي بالألا عقوبة دون نص، وإذ خالف النص المطعون فيه ذلك، ولم يحدد مقدار الدية، وترك ذلك لولي الدم، فإنه يكون قد خالف المادة الأولى من الإعلان

الدستوري المشار إليها، وهو ما يقتضي تدخل المشرع لمعالجة ذلك، ويتعين معه الحكم بعدم دستورية النص المطعون فيه⁽⁷⁾.

وعلى هذا، فإن وضوح عبارات النص الجنائي في شقيه، وكفاية دلالاتها على المعنى الذي قصد منها، يعد من عناصر تحديد مشروعية النص الجنائي من الناحية الدستورية، حال كونها أحد نتائج الأخذ بهذا المبدأ، فضلا عن كون تلك العناصر ضمانات تتفرع عما يحيط به الدستور الحقوق والحريات الفردية من حماية، ما يقتضي أن يكون تقييدها غير مشروع إلا إذا تم بموجب نصوص واضحة ودالة على حدود التقييد، لهذا تتمتع هذه الضمانات بقيمة دستورية سامية، وإن لم يرد في الدستور ما يؤكد بالبنص الصريح؛ وبذا فإن إخفاق المشرع في الاستجابة لهذه الضوابط سيصم النص بعدم الدستورية بسبب مخالفته تلك الضمانات.

2. الإحالة التشريعية لمصدر غير تشريعي في شأن مسألة تتعلق بالتجريم والعقاب:

من نتائج الأخذ بمبدأ الشرعية، أن النص يجب أن يتضمن في ذاته كافة عناصر التجريم، بحيث يكون في ذاته إعلانا كافيا عن بيان تلك العناصر، ولهذا فإن نزول المشرع عن تحديد تلك العناصر والتفويض في شأنها بالإحالة إلى مصدر آخر لا تتوافر فيه شروط مصدر التجريم وفقا لمبدأ الشرعية، سوف يمثل مخالفة لهذا المبدأ، ذلك أنه متى كان نص مبدأ الشرعية لا يسمح بهذا التفويض، فإن سلطة المشرع تكون مقيدة، ومخالفة هذا القيد سيصم مسلك المشرع بعدم الدستورية.

⁷ - المحكمة العليا، طعن دستوري رقم 29 لسنة 59 ق، جلسة 2013/12/23.

ولهذا، فالنص التشريعي الذي يحيل إلى الشريعة الإسلامية أو إلى نص لائحي، سوف يكون نصا مخالفا لمبدأ الشرعية متى كانت صياغة هذا المبدأ لا تسمح بمثل تلك الإحالة.

غير أن مجرد ورود الإحالة في النص الجنائي لمصدر لا تتوافر فيه مقتضيات مبدأ الشرعية، يجب ألا يفهم على أنه إحالة في شأن مسائل التجريم، ما لم تكن الإحالة صريحة ودالة على هذا المعنى، ذلك أن هذا المبدأ-مبدأ الشرعية- فضلا عن كونه قيذا على سلطة المشرع، فهو وسيلة للتفسير الذي يضمن عدم التعسف في التجريم، إذ بغير هذه القيمة لمبدأ الشرعية، سيصبح تطبيق المبدأ معطلاً-لمجرد الشبهة- لكثير من النصوص التي لم تثبت مخالفتها الصريحة لهذا المبدأ؛ ولذلك فحمل نص الإحالة على معنى يستوعبه هذا المبدأ، على نحو يضمن حماية الحريات والحقوق الفردية، هو الأولى من تخطئة النص وتعييبه.

وتجسيدا لهذا المعنى، قررت محكمتنا العليا في شأن تفسيرها لنص المادة السابعة من قانون القصاص والدية، أن الإحالة التي تضمنتها هذه المادة لمبادئ الشريعة الإسلامية، تقتصر على المسائل التي لا تتعلق بالتجريم والعقاب، حال كون هذه المسائل لا يجوز الإحالة في شأنها لغير النصوص التشريعية:

"وحيث إن القانون رقم 6 لسنة 1994م في شأن القصاص والدية وتعديلاته قد خلا من تنظيم أحكام الاشتراك في جريمة القتل، وقد نص في مادته السابعة على الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لأحكامه، وإعمالا لنص المادة (31) من الإعلان الدستوري، والمادة الأولى من قانون العقوبات اللذان ينصان على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وما يقضيانه من عدم جواز الإحالة في شأن التجريم والعقاب، فإن هذه الإحالة تفسر في غير ما يتعلق بالتجريم والعقاب..."⁽⁸⁾.

⁸ - المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 752 لسنة 50ق، جلسة 2013/12/23.

ومن هذا يبدو واضحا أن المحكمة العليا شاءت أن تتبنى أسلوب تطويع النص لما يلائم القواعد العامة في النظام القانوني الذي ينتمي إليه النص، حال كون ذلك أولى من تعييبه، فقررت مشروعية النص من خلال تفسيره تفسيراً يلائم مبدأ الشرعية حسب فهم المحكمة، وهو ما يمثل المظهر القضائي في الاستجابة لهذا المبدأ.

هذا الاتجاه الذي انتهجته المحكمة العليا الليبية في فهم النص على نحو ينجيه من شائبة عدم الدستورية مع الحفاظ على الحماية التي يهدف إليها مبدأ الشرعية يعبر عن موقف سبق للمحكمة الدستورية العليا المصرية أن تبنته عندما قررت أنه: "وحيث إن من المقرر أن الرقابة على الدستورية لا تستقيم موطئاً لإبطال نصوص تشريعية يمكن تأويلها - بمختلف طرق الدلالة المعتمدة - على وجه يعصمها من المخالفة الدستورية المدعى بها، بل يجب - وبوصفها رقابة متوازنة لا يجوز التدخل بها إلا لضرورة ملحة تقتضيها - أن تكون مبررة بدواعيها، كي لا يكون اللجوء إليها اندفاعاً، أو الإعراض عنها تراخياً"⁽⁹⁾.

هذا الاتجاه الذي عبرت عنها المحكمتان لا يخرج عن فكرة الرقابة على النص من حيث التزامه محاذير المساس بالحقوق والحريات، ولكنه ينتهج وسيلة أكثر فاعلية في تحقيق تلك الرقابة، تتجى النص من الوصم بعدم الدستورية وتضمن عدم تعطيله لمجرد الشبهة؛ غير أن ذلك لا يتسنى إلا متى كان النص يسمح بمثل هذا التفسير، ولهذا فإن خروج النص بشكل صريح على مقتضيات مبدأ الشرعية لا يمكن تقويمه وتصحيح الأوضاع التي يمسه إلا برقابة الإلغاء.

⁹ - المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم 35 لسنة 9 قضائية، جلسة 14 أغسطس 1994م.

3. عدم الاستجابة لمبدأ عدم رجعية القانون الجنائي الأشد:

يعد مبدأ عدم رجعية القانون الجنائي الأسوأ للمتهم فرعا من مبدأ الشرعية الجنائية، ولهذا فإن المشرع لا يملك الاختصاص بمد تطبيق النص الجنائي على وقائع سابقة على نفاذه، لما ينطوي عليه ذلك من عقاب على فعل ارتكب في وقت لم يكن مجرما، أو على الأقل لم يكن عقاب الفعل بمستوى العقاب الذي تضمنه النص الجديد⁽¹⁰⁾؛ ولهذا فإن النص الجنائي الذي يتضمن تطبيق حكمه على الماضي يعد نسا معيبا بعدم الدستورية لمخالفة مبدأ الشرعية.

ومن التطبيقات العملية لهذه الحالة من حالات مخالفة مبدأ الشرعية، نلاحظ أن القانون رقم 2 لسنة 1979م بشأن الجرائم الاقتصادية تضمن مثل هذه المخالفة عندما نص في مادته الأربعين على سريانه بأثر رجعي، وقد طعن على هذه المادة بعدم الدستورية، لمخالفتها مبدأ عدم رجعية القانون الجنائي، إلا أن المحكمة العليا الليبية لم تقل كلمتها بشأن هذا الطعن، حيث قضت بعدم اختصاصها النظر في المسائل المتعلقة بعدم الدستورية، حال كون قانونها الجديد في حينه لم يمنحها هذا اختصاص، ما رأت أنه يسري على كل الدعاوى المنظورة، والتي لم يفصل فيها بما فيها الطعن المشار إليه، تطبيقا للأثر المباشر للقواعد المتعلقة بالاختصاص⁽¹¹⁾.

الفرع الثاني: ضابط مبدأ الملاءمة في التجريم والعقاب

يعد التجريم اختصاصا تشريعيا تمارسه السلطة التي يفوضها الدستور في إطار ضوابط وقيود، تحدد مدى ملاءمة ممارسة هذا الاختصاص للأهداف التي شرع لأجلها، فتقييد الحرية من خلال حظر بعض الأفعال وفرض عقوبات في حالة مخالفة هذا التقييد، يجب أن يخضع لتوازن يبرر هذا التقييد، بحيث لا يلجأ المشرع

¹⁰-Conseil Constitutionnel, Décision n° 86-215 DC du 3 septembre 1986. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1986/86215DC.htm>. Consulté le 21/03/2020.

¹¹- المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 28/3، جلسة 1982/10/30.

إليه إلا عند الضرورة لوجود التجريم (1)، وملاءمة ضوابط تطبيق العقاب لظروف مرتكب الفعل (2)، وهو يتقيد في ذلك أيضا بالنظام العام في الدولة باعتباره المحدد للمشروعية، سواء بالنسبة للنص المجرم أو النص المبيح (3).

1. تجاوز النص الجنائي ضرورات التجريم والعقاب:

إن اختصاص المشرع بالتجريم والعقاب ليس سلطة مطلقة، فمبدأ القسط في التجريم يحد من هذا الاختصاص، فلا يجوز للمشرع اللجوء للتجريم إلا إذا كانت المصلحة المستهدفة بالحماية لا تتحقق حمايتها إلا بهذا الأسلوب، فالتجريم استثناء لا يصار إليه إلا في حالة الضرورة⁽¹²⁾. ولهذا، فمبدأ الضرورة يعد أحد القيود التي تحد من سلطة المشرع في التجريم والعقاب، ومخالفة هذا المبدأ سيصم العقوبة بعيب الاستبداد⁽¹³⁾، وهو ما يترتب عليه عدم دستورية مسلك المشرع، إعمالا لمقتضيات حماية الحرية الفردية.

ونظرا لأهمية هذا المبدأ، فإن بعض النظم القانونية تعززه بنصوص خاصة ولا تكتفي بمجرد استنتاجه من القواعد الدستورية العامة، ففي فرنسا مثلا ورد النص على هذا المبدأ بموجب نصوص صريحة، فنصّ عليه في المادة الثامنة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، كما استجاب البرلمان الفرنسي في كثير من المناسبات للدعوات الخاصة بتعديل بعض القوانين الجنائية المخالفة لهذا المبدأ⁽¹⁴⁾.

وفي إطار تعزيز هذا المبدأ، أكد المجلس الدستوري الفرنسي في أحد قراراته أنه: "مع الأخذ في الاعتبار أن المادة الثامنة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن تنص على أنه: يجب أن ينص القانون فقط على عقوبات ضرورية وواضحة تماما"⁽¹⁵⁾. وفي مناسبة أخرى، أكد المجلس مبدأ الضرورة كضابط

¹²- SIZAIRE, paragraph 2.

¹³-DE GOUVILLE PAULINE, ,Paragraph 5.

¹⁴-SIZAIRE Vincent.op-cit.

¹⁵ -Le Conseil constitutionnel, Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999.

للتجريم بقوله: "وبالنظر إلى أنه يترتب على هذه الأحكام، كمبادئ أساسية معترف بها في قوانين الجمهورية، أنه لا يمكن فرض عقوبة إلا بشرط احترام مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ومبدأ ضرورة العقوبات، مبدأ عدم رجعية القانون الجنائي الأشد، وكذلك حقوق الدفاع"⁽¹⁶⁾. ولهذا فإنه كلما كان السلوك لا يتضمن خطورة تستأهل التجريم والعقاب فإن تجريمه يكون مخالفا لضوابط التجريم.

إن القيمة الدستورية لضابط الضرورة في التجريم والعقاب لها أساس وإن لم يرد النص عليها صراحة في الدستور، ذلك أن جل الدساتير تعنى بضمان حقوق أساسية للأفراد منها الحق في الحياة والحرية الشخصية، وتحظر تقييدها إلا لمبرر يسمو على هذه الحقوق؛ ولهذا فإن الطبيعة الدستورية لتلك الحقوق والحريات

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99410DC.htm>. Consulté le 20/03/2020.

¹⁶- Le Conseil constitutionnel a décidé que : "Considérant qu'il résulte de ces dispositions, comme des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que les droits de la défense". Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993.

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1993/93325DC.htm>. Le 20/03/2020.

ويلاحظ أن المجلس الدستوري أكد أهمية هذه الضمانات بالنسبة للعقوبة ذات الطبيعة الجنائية، وإن كان النطق بها موكولا لجهة غير قضائية حسب تعبير المجلس، فهي ضمانات مقرر في مواجهة العقوبة لذاتها، حيث قرر المجلس في هذا الشأن:

"14, Considérant que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose notamment que : "La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires".

" 15, Considérant que le principe ainsi énoncé ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives, mais s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire ;". Décision n° 87-237 DC du 30 décembre 1987. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1987/87237DC.htm>. Consulté le 20/03/2020.

وفي شأن تقييم هذا الاتجاه التوسعي في تطبيق هذه الضمانات أنظر:

BOTTON, , paragraph 6.

سوف تجعل من العقاب الجنائي بصورة المختلفة غير مشروع، إذا لم يستند إلى مبررات قوية، تجعل من التجريم ضرورة حتمية لمواجهة خطورة الفعل لحماية المصلحة المقصودة بالحماية.

وفي هذا الشأن قررت المحكمة الدستورية العليا في مصر إلغاء نص المادة 48 من قانون العقوبات المصري بشأن تجريم الاتفاق الجنائي⁽¹⁷⁾، وأكدت المحكمة في سياق أسباب حكمها: أن "الأصل في العقوبة هو معقوليتها، فكلما كان الجزاء الجنائي بغضاً أو عاتياً، أو كان متصلاً بأفعال لا يسوغ تجريمها، أو مجافياً بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسباً مع خطورة الأفعال التي أتمها المشرع، فإنه يفقد مبررات وجوده، ويصبح تقييده للحرية الشخصية اعتسافاً؛ متى كان ذلك، وكانت الفقرة الثانية من المادة 48 تقرر عقوبة السجن على الاتفاق الجنائي على ارتكاب جناية، وكانت عقوبة السجن هي وضع المحكوم عليه في أحد السجون العمومية، وتشغيله داخل السجن أو خارجه في الأعمال التي تعينها الحكومة المدة المحكوم بها عليه، ولا يجوز أن تنقص عن ثلاث سنوات، ولا أن تزيد على خمس عشرة سنة، إلا في الأحوال الخصوصية المنصوص عليها قانوناً... ذلك أن محل الاتفاق - كما سبقت الإشارة - قد يكون ارتكاب جناية أو جنحة غير معينة بذاتها، وعندئذ توقع العقوبات الواردة في الفقرة الثانية من المادة وحدها، وهي تصل إلى السجن خمس عشرة سنة أو الحبس ثلاث سنوات - حسب الأحوال - ولا شك أنها عقوبات مفرطة في قسوتها، تكشف عن مبالغة المشرع في العقاب بما لا يتناسب والفعل المؤثم".

¹⁷ - المحكمة الدستورية العليا المصرية، طعن رقم 114 لسنة 21 قضائية، جلسة 2 يونيو 2001.

إن التوازن بين ضرورة التجريم وحماية الحقوق والحريات يمثل أساس وجوه مبدأ الضرورة في التجريم، فكلما كان التجريم هو الوسيلة الوحيد لحماية المصلحة المحمية، كان مشروعاً، وإلا عد تجاوزاً وتعسفاً في التقييد، والمرجع في تحديد احترام المشرع لهذا التوازن موكول للقضاء صاحب الاختصاص الدستوري الذي يبسط في بحثه طبيعة الفعل ونطاق التجريم والجزاء المرصود والحاجة إلى التجريم في إطار كفاية الوسائل القانونية غير الجنائية لحماية المصلحة المراد حمايتها.

2. مخالفة ضابط التفريد العقابي:

إن طبيعة غرض الردع الذي تهدف إليه العقوبة الجنائية يقتضي أن يكون الجزاء ملائماً لجسامة الجريمة من ناحية، ولظروف مرتكب الفعل من ناحية أخرى، وذلك حتى يكون الجزاء كافياً لتحقيق غرضه من غير إفراط يتجاوز ضرورته، ولا تفريط يجرد الجزاء من فاعليته، ولهذا يمكن القول إن التفريد القضائي يمثل فكرة الالتزام بمبدأ الضرورة في تطبيق العقوبة وجدوها، ولكن في جانبه القضائي.

فإذا كان التفريد التشريعي الذي يمارسه المشرع يضمن الملاءمة بين جسامة الجريمة ومقدار ونوع العقاب بشكل مجرد، فإن التفريد القضائي الذي يمارسه القاضي، يضمن تحقيق غرض الجزاء على أسس واقعية، من خلال الأخذ في الاعتبار عند تحديد مقدار العقوبة بين حديها، ظروف مرتكب الفعل وخطورة الفعل، ذلك أن هذا التفريد يعد أحد مظاهر الأخذ بمبدأ ملاءمة التجريم والعقاب للفعل من حيث ضرورته وجدواه، وهو بهذه المثابة، يقلل من غلو مبدأ الشرعية،

بحيث لا يكون النص مطبقا بشكل جامد، يتجرد معه القاضي من سلطة التقدير والمواءمة⁽¹⁸⁾.

ولهذا فإن أي نص جنائي يجرد القاضي من سلطة التقدير وتحديد الجزاء أو المعاملة العقابية الملائمة لظروف مرتكب الجريمة، سوف يعد نسا غير دستوري⁽¹⁹⁾، ذلك أن اعتبارات التفريد واختيار الجزاء تدخل ضمن الاختصاص الأصيل لسلطة الحكم، أي القضاة⁽²⁰⁾، ولهذا فإن افتئات المشرع على تلك السلطة بالتقييد، فضلا عن كونه يمس بمبدأ المسؤولية الشخصية التي تقتضي مناسبة العقوبة لمرتكب الفعل⁽²¹⁾، ويجرد المحكوم عليه من إحدى ضمانات الملاءمة التي تعد عنصرا من عناصر مبدأ الضرورة في اختيار العقاب، وهو ما يصم سلوك القاضي عند تطبيق العقوبة بعدم المشروعية، لعدم استجابته لمقتضيات التفريد، فهو يعد أيضا- أي التقييد- انتهاكا لمبدأ الفصل بين السلطات.

وفي هذا الشأن تؤكد المحكمة الدستورية العليا بمصر: "حيث إن قضاء هذه المحكمة، قد جرى على أن الأصل في العقوبة هو تفريدها لا تعميمها، وأن تقرير استثناء من هذا الأصل -أياً كانت الأغراض التي يتوخاها- مؤداه أن المذنبين جميعهم تتوافق ظروفهم، وأن عقوبتهم بالتالي يجب أن تكون واحدة، لا تغاير فيها وهو ما يعني إيقاع جزاء في غير ضرورة بما يفقد العقوبة تناسبها مع وزن الجريمة وملابساتها؛ وبما يقيد الحرية الشخصية دون مقتضى، ذلك أن مشروعية

¹⁸-GROULEZ,p.2.

¹⁹-Conseil constitutionnel, Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1981/80127DC.htm>. Le 20/03/2020.

²⁰- وتأكيدا على هذه الأهمية لمبدأ التفريد القضائي، تنص بعض قوانين العقوبات على هذا المبدأ، ومن ذلك المادة 1/132 من قانون العقوبات الفرنسي، حيث تنص على أن العقوبات التي تصدرها المحكمة يجب أن تكون فردية "أي خاضعة للتفريد" حيث نصت هذه المادة على:

".....Toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée".

²¹- يتبنى المجلس الدستوري الفرنسي هذا الفهم في تأكيد العلاقة بين مبدئي التفريد وشخصية العقوبة :

Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999.op-cit.

العقوبة من زاوية دستورية؛ مناطها أن يباشر كل قاض سلطته في مجال التدرج بها وتجزئتها، تقديرًا لها في الحدود المقررة قانوناً، فذلك وحده الطريق إلى معقوليتها وإنسانيتها، جبراً لآثار الجريمة من منظور موضوعي، يتعلق بها وبمرتكبه"⁽²²⁾.

والواقع أن أغراض العقوبة لا تتحقق فقط بالتنفيذ، فعدم التنفيذ قد يكون في حد ذاته أحد وسائل تحقيق الإصلاح كغرض رئيس للعقوبة، ولهذا يبدو نظام وقف التنفيذ أسلوباً للمعاملة العقابية التي تهدف إلى تحقيق هذا الغرض؛ وفي هذا الشأن تؤكد محكمة النقض المصرية أن: "وزن العقوبة لا يكون بنوعها ومقدارها فحسب بل أيضاً بتنفيذها أو عدم تنفيذها، إذ أن وقف التنفيذ باعتباره من صميم عمل القاضي حين يصدر الحكم داخل في تقدير أثر العقوبة في الزجر، فهو إذاً عنصر من عناصرها التي تراعى عند إيقاعها"⁽²³⁾.

كما قضت أيضاً ذات المحكمة بأن "الحكم بوقف التنفيذ لا يكون إلا لتحقيق مصلحة اجتماعية، هي إصلاح حال المحكوم عليه، وتمهيد السبيل لعدم عودته إلى ارتكاب الجرائم... فإذا رأى القاضي من الظروف المتقدمة أن الجاني الذي ارتكب جناية أو جنحة سوف يجمع عن ارتكاب الجرائم، جاز له الحكم بوقف تنفيذ العقوبة التي قضى بها عليه بشرط أن يبين أسباب ذلك"⁽²⁴⁾.

ولهذا فإنه يمكن القول إن نظام وقف التنفيذ يدخل ضمن عناصر سلطة القاضي في تفريد العقوبة وتحديد نظام المعاملة العقابية الأنسب للمحكوم عليه⁽²⁵⁾ غير أنه بالنظر إلى الطبيعة الاستثنائية لهذا النوع من التفريد، فإنه يقع عادة في دائرة المصادرة التي يمارسها المشرع لسلطة القضاء في هذا الشأن، تحقيقاً لضمان توقيع العقاب بشأن طائفة من الجرائم يقدر المشرع أهمية توقيع العقاب بشأنها، إلا

²² - القضية رقم 64 لسنة 19 قضائية دستورية، جلسة 9 مايو 1998.

²³ - نقض جنائي 2 فبراير 1945م، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، ج 3 ص 319 رقم 169.

²⁴ - نقض جنائي، جلسة 5 ديسمبر 1938م، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، ج 1، ص 143، رقم 294.

²⁵ - سالم، ص 27، ص 39.

أنه ونظراً لاتصاف هذا النظام -أي وقف التنفيذ- بصفة التفريد، ولكونه اختصاصاً أصيلاً يمارسه في إطار هذا التفريد، وليس مجرد ترخيصاً من المشرع، يملك تقييده وإلغاءه، فإن ذلك يعني أن مصادره بتجريد القاضي من سلطة أعماله، سيعتد مخالفة تصم مسلك المشرع بعدم الدستورية، لذات الأسباب المتعلقة بنظام التفريد.

وتأكيداً لهذا المعنى، تقول المحكمة الدستورية العليا بمصر: "حيث إن السلطة التي يباشرها القاضي في مجال وقف تنفيذ العقوبة فرع من تفريدها؛ تقديراً بأن التفريد لا ينفصل عن المفاهيم المعاصرة للسياسة الجنائية، ويتصل بالتطبيق المباشر لعقوبة فرضها المشرع بصورة مجردة، شأنها في ذلك شأن القواعد القانونية جميعها؛ وإن إنزالها بنصها على الواقعة الإجرامية محل التداعي، ينافي ملاءمتها لكل أحوالها وملاساتها؛ بما مؤدها أن سلطة تفريد العقوبة - ويندرج تحتها الأمر بإيقافها- هي التي تخرجها من قولها الصماء، وتردها إلى جزاء يعايش الجريمة ومرتكبها، ولا ينفصل عن واقعها. وحيث إن تناسب العقوبة مع الجريمة ومرتكبها، إنصافاً لواقعها وحال مرتكبها، يتحقق بوسائل متعددة، من بينها تلك التي يجريها القاضي -في كل واقعة على حدة- بين الأمر بتنفيذها أو إيقافها؛ وكان المشرع - بالفقرة الأخيرة من المادة 155 المطعون عليها- قد جرد القاضي من السلطة التي يقدر بها لكل جريمة عقوبتها التي تناسبها، بما يناقض موضوعية تطبيقها؛ وكان لا يجوز للدولة -في مجال مباشرتها لسلطة فرض العقوبة صوتاً لنظامها الاجتماعي- أن تنال من الحد الأدنى لتلك الحقوق التي لا يطمئن المتهم في غيابها إلى محاكمة منصفة، غايتها إدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة وفقاً لمتطلباتها التي بينتها المادة 67 من الدستور؛ وكان من المقرر أن شخصية العقوبة وتناسبها مع الجريمة محلها مرتببتان بمن يكون قانوناً مسؤولاً عن ارتكابها، على ضوء دوره فيها، ونواياه التي قارنتها، ومدى الضرر الناجم عنها، ليكون الجزاء عنها موافقاً لخياراته بشأنها؛ وكان تقدير هذه العناصر جميعها داخلياً في إطار

الخصائص الجوهرية للوظيفة القضائية، باعتباره من مكوناتها؛ فإن حرمان من يباشرونها من سلطتهم في مجال تفريد العقوبة بما يوائم -بين الصيغة التي أفرغت فيها ومتطلبات تطبيقها في حالة بذاتها- مؤداه بالضرورة أن تفقد النصوص العقابية اتصالها بواقعها، فلا تنبض بالحياة، ولا يكون إنفاذها إلا عملاً مجرداً، يعزلها عن بيئتها، دالاً على قسوتها أو مجاوزتها حد الاعتدال، جامداً فجاً، منافياً لقيم الحق والعدل. وحيث إن النص المطعون فيه - وعلى ضوء ما تقدم- يكون قد أهدر - من خلال إلغاء سلطة القاضي في تفريد العقوبة- جوهر الوظيفة القضائية؛ وجاء منطقياً كذلك على تدخل في شؤونها؛ مقيداً الحرية الشخصية في غير ضرورة؛ ونائياً عن ضوابط المحاكمة المنصفة؛ وواقعاً بالتالي في حماة مخالفة أحكام المواد 41، 67، 165، 166 من الدستور"⁽²⁶⁾.

وفي ذات السياق، وفي إطار إحدى الدراسات الخاضعة لإشراف المجلس الدستوري الفرنسي تم التأكيد على أنه "...إذا استبعد القانون التفريد من خلال صياغة عقوبة واحدة محددة، فإن ذلك من شأنه الإضرار بمبدأ التناسب"⁽²⁷⁾.

ولهذا، فإن حرمان القاضي من سلطة التفريد يعد تدخلاً في شؤون السلطة القضائية، وتقييداً للحرية الشخصية، دون توافر مبرراتها التي يقدرها القاضي باستعمال مكنة التفريد، الأمر الذي يصم النص الجنائي بعدم الدستورية؛ وفوق ذلك فإن المساس بمبدأ التفريد القضائي سوف يخل بفكرة التناسب بين العقوبة وظروف الفاعل والفعل المرتكب، وهو ما يمس بجذوى العقوبة. ولهذا يمكن القول إن نص المادة 13 مكرر من القانون رقم 2 لسنة 1979م بشأن الجرائم الاقتصادية يعد

²⁶- القضية رقم 64 لسنة 19 قضائية دستورية، سبقته الإشارة إليه.

²⁷- Car si une loi écartait toute individualisation en fulminant une peine fixe, c'est le principe de proportionnalité qui serait blessé":

CANIVET, paragraph 6.

نصا غير دستوري فيما تضمنه من عدم جواز وقف تنفيذ عقوبة جريمة الصك بدون رصيد.

ومع ذلك، فإن عدم التفريد القضائي لا يعني الحالة التي يكون فيها النص متضمنا عقوبة من حد واحد، فوجود نصوص تتضمن عقوبات من حد واحد في القانون الليبي، كعقوبة الإعدام المقررة لبعض الجرائم، لا يعني أنها تنتهك مبدأ التفريد، طالما أنها تخضع لنص المادة 29 من قانون العقوبات التي تجيز تخفيض العقوبة بالنظر إلى توافر ظروف الرأفة⁽²⁸⁾.

3. النظام العام ضابط لمشروعية النص الجنائي:

إن موافقة النص القانوني عموما للنظام العام، يعد أحد ضوابط مشروعية النص من الناحية الدستورية، وعلى الرغم من الصعوبة التي تكتنف تعريف موضوع النظام العام، إلا أنه يمكننا التأكيد على أن بعض العناصر هي محل اتفاق من حيث كونها تمثل جزء من بنية النظام العام، فمثلا تعد الشريعة الإسلامية أحد عناصر النظام العام في ليبيا لكون أحكامها تمثل قيم عليا بالنسبة للمجتمع الليبي ولهذا يجب أن يكون النص الجنائي متوافقا مع أحكامها، غير أن ذلك لا يعني بالضرورة أن يكون مضمون النص مستمدا من أحكامها، ولكن يجب على الأقل ألا يكون هذا المضمون متعارضا مع تلك الأحكام.

فالنظام العام يمثل عنصرا مهما في مجال التجريم والعقاب، يُراعى في إطار تحقيق توازن بين هذا النظام ومبدأ حماية الحريات والحقوق الفردية، وتجسيدها لأهمية هذه الموازنة، تضمنت بعض النظم القانونية النص عليها صراحة، ففي فرنسا، نص إعلان حقوق الإنسان والمواطن في مادته الحادية عشرة على منع تقييد

²⁸ - ولهذا قضت المحكمة العليا الليبية بدوائرها مجتمعة بخضوع عقوبة السجن المؤبد كبديل لعقوبة الإعدام قصاصا في حالة العفو، لنص المادة 29 عقوبات بحيث تخضع هذه العقوبة للتخفيف الوارد بهذا النص متى رأت المحكمة توافر أسبابه: المحكمة العليا، الدوائر مجتمعة، طعن رقم 346 لسنة 55ق، جلسة 2014/03/24.

حرية الرأي، بما فيها الحرية الدينية، إلا إذا تعارضت مع النظام العام الذي يحدده القانون⁽²⁹⁾.

ولهذا فإن أي خلل في تحقيق هذا التوازن سوف يوصم بعدم الدستورية حال كون هذا النظام يمثل جزءا من فكرة الضرورة كمبرر للتجريم والعقاب، فلا تجريم مشروع يخالف النظام العام، ولا إباحة مشروعة تهدد النظام العام⁽³⁰⁾. وتبدو أهمية هذا القيد على سلطة المشرع في ليبيا بشكل واضح بالنسبة للنصوص التي يمكن أن تقرر إباحة لفعل تجرمه الشريعة الإسلامية، كإباحة شرب الخمر، أو تشريع الزنا، أو تنظيم ممارسة القمار أو الميسر، وغيرها من الأفعال المحرمة التي يمكن أن يتقرر لها حالات تمارس خلالها استثناء من نصوص التجريم، رغم أنها أفعال مجرمة بإطلاق، وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية؛ ولهذا فتلك النصوص على فرض وجودها، سوف تمثل انتهاكا للنظام العام، ما يجعلها مشوبة بعدم الدستورية بصرف النظر عن موقع الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع، ذلك أن الأمر هنا لا يتعلق بطبيعة القاعدة المنتهكة بقدر ما يتعلق باحترام النظام العام كمبدأ سام في ذاته، ولهذا فالنظام العام لا يمثل فقط قيودا تطبيقيا لفكرة الضرورة في مجال التجريم، لكنه يمثل التزاما تشريعيًا بعدم إباحة بعض الأفعال التي يتطلب النظام العام تجريمها.

²⁹-Mazeaud, paragraph 1-A.

³⁰- Dans ce cadre, Le conseil constitutionnel français a décidé que : "Considérant que la prevention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à l'intégrité physique des personnes, la recherche et la condamnation des auteurs d'infractions sont nécessaires à la sauvegarde de principes et droits de valeur constitutionnelle; qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre ces objectifs de valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties au nombre des quelles figurant notamment la .

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99411DC.htm>. Consulté le 21/03/2020.

غير أن مخالفة النظام العام لا تقتصر فقط على ما يعتري النصوص الموضوعية التي تتضمن الجريمة والعقاب بشكل مباشر، ولكنه يمتد ليشمل كل نص يتضمن حكماً مخالفاً للنظام العام، وإن كان يتعلق بقواعد الإثبات، حال كون هذه القواعد تعد قواعد موضوعية، تتصل بفكرة التجريم والعقاب بشكل غير مباشر، مع عدم تجاهل فكرة أن مفهوم الدليل بالنسبة لجرائم الحدود، حيث يعتبر جزءاً من الجريمة.

وتجسيدا لمثل هذا الفهم، قررت المحكمة العليا الليبية عدم دستورية نص المادة التاسعة من القانون رقم 13 لسنة 1453 في شأن إقامة حدي السرقة والحرابة فيما تضمنته من جواز إثبات جرمي السرقة والحرابة باعتراف الجاني بمرحلة التحقيق، أو بأية وسيلة إثبات علمية أخرى، حال كون هذه المادة تقرر جواز إثبات هاتين الجريمتين بكافة طرق الإثبات، حيث اعتبرت المحكمة أن هذا الاتجاه التشريعي يخالف أحكام الشريعة الإسلامية التي تعد مصدراً لهذا القانون، وهي أحكام ذات طبيعة دستورية، لا يجوز تعديلها بإرادة المشرع⁽³¹⁾، ويأتي هذا الحكم في إطار تأكيد أهمية موافقة القانون للشريعة الإسلامية كمصدر تاريخي⁽³²⁾ وهو ما يعزز المرتبة السامية للشريعة الإسلامية على نحو لا يجوز للمشرع التعديل في أحكامها بالحذف أو الإضافة، ولو في إطار التشريع الذي يملكه ضمن الاختصاصات التي ينحها له النظام الدستوري، وهذا يؤكد ارتباط الشريعة الإسلامية بفكرة النظام العام.

ومن خلال ما تقدم، يُلاحظ أن النص الجنائي يحاط في صياغته وإصداره بمجموعة من الضوابط التي تحدد مدى ملاءمته للنظام القانوني الذي أصبح ينتمي

³¹- محكمة عليا، طعن دستوري رقم 3 لسنة 56 ق، جلسة 2014/03/24.

³²- بوزيد، تعليق على حكم الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 3 لسنة 56، منشور على صفحة مجلة دفاع

عن القضاء الليبي: <https://www.facebook.com/posts/594958203872404> /1393897887311761/

تاريخ الزيارة 2020/03/23.

إليه، وهذه لملاءمة هي التي تحدد مشروعية هذا النص من الناحية الدستورية، ومن خلالها يتحدد مصير النص وقابليته للاستمرار كنص نافذ، فإذا ثبتت مخالفة النص لتلك الضوابط، وتم الطعن عليه بالإلغاء، فإن مصير النص هو إلغاؤه، ليسقط من دائرة النصوص القابلة للتطبيق، وهنا يثور السؤال حول النطاق الزمني لهذا الإلغاء، أيعد النص ملغيا من تاريخ الحكم أم من تاريخ صدور النص نفسه؟

المطلب الثاني

نطاق أثر الحكم بعدم دستورية النص الجنائي الموضوعي

إن ثبوت المخالفة الدستورية للنص الجنائي، تمنح للقضاء الدستوري الاختصاص بإلغاء النص إعلاء لشأن مبدأ المشروعية، وإذا كان من المتفق عليه أن صدور هذا الحكم سينيهي أثر النص، فإن مسألة النطاق الزمني لهذا الحكم من حيث ارتداده إلى الماضي، ستمثل أحد أهم المسائل القانونية المتعلقة بأثر هذا الحكم بالنسبة للنص الجنائي "الفرع الأول". فضلا عن أن تحديد هذا الأثر الزمني سوف ينعكس على أحكام المسؤولية الجنائية بشأن الأفعال التي ارتكبت قبل صدور الحكم بعدم الدستورية، حال كون إلغاء النص الجنائي سيثير مسألة أساس المسؤولية الجنائية سواء للأفعال التي تنظر أمام القضاء، أو التي صدرت بشأنها أحكام باتة وذلك متى كانت هذه الأفعال ارتكبت في ظل القانوني الملغي لعدم الدستورية "الفرع الثاني".

الفرع الأول: الأثر الزمني للحكم بعدم دستورية النص الجنائي

صدور الحكم بعدم دستورية النص القانوني عموما، يترتب عليه باتفاق إعدام هذا النص من تاريخ صدور الحكم، بحيث يصبح غير قابل للتطبيق منذ ذلك التاريخ، على اعتبار أن ذلك يعد من الآثار الطبيعية للحكم القضائي بالإلغاء، غير أن السؤال يبقى مطروحا حول مدى امتداد أثر هذا الإلغاء للماضي، فإذا كان الحكم

بعدم الدستورية يرتبط بمخالفة النص للأحكام الدستورية النافذة وقت صدوره، فإن إلغاءه لهذا السبب يستلزم النظر فيما إذا كان هذا الإلغاء ينال النص من تاريخ صدوره أم لا⁽³³⁾.

التجربة التشريعية و القضائية بشأن هذه المسألة تكشف أنه لا يوجد اتجاه موحد بشأن هذه المسألة، حيث يمكن ملاحظة ثلاثة اتجاهات، نوردها فيما يأتي، لنبين من خلال عرضها الموقف في ظل النظام القانوني الليبي:

الاتجاه الأول- الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية:

وفقا لهذا الاتجاه، فإن أثر الحكم يقتصر على المستقبل، بمعنى أن الوقائع التي ترتبت في ظل النص قبل إلغاءه تظل صحيحة، كما يكون النص حجة للاستناد عليه بشأن ما نشأ عنه من حقوق طيلة الفترة السابقة على الإلغاء⁽³⁴⁾.

ويقوم هذا الاتجاه على فكرة ضمان الأمن القانوني، من خلال المحافظة على استقرار المراكز القانونية التي نشأت قبل إلغاء النص، ولا شك أن في هذا إعلاء لشأن الأمن القانوني في مقابل التضحية جزئيا بمبدأ المشروعية⁽³⁵⁾. وكنتيجة لهذا الاتجاه، فإن الإلغاء لعدم الدستورية لا يحدث أثره إلا بالنسبة للمستقبل، ولهذا فلا أثر لهذا الإلغاء على الأفعال التي ارتكبت في ظل القانون الملغي، ومن باب أولى ما صدر في ظله من أحكام قضائية، يستوي في ذلك النص الجنائي وغيره من النصوص.

³³- مثل هذه الإشكالية لا تثور في ظل النظم القانونية التي تتبنى أسلوب الرقابة السابقة على النص، وتمنع الرقابة اللاحقة، ففي مثل هذه النظم لا يتصور تطبيق النص المخالف للدستور حال كون مخالفته لهذا الأخير تستلزم منع تطبيقه كرقابة تمارس عليه في مرحلته كمشروع قانون، ومثل هذا التطبيق كان يتبناه الدستور الفرنسي قبل تعديل مادته 62، حيث كانت تقصر الرقابة على النص على الرقابة السابقة، وتعديل هذا النص أصبح المجلس الدستوري يختص بالرقابة اللاحقة على النص بعد إجازته للتطبيق.

Voir: VALÉRIE et FATIN-ROUGE STÉFANINI p. 175.

³⁴- مثل هذا الاتجاه كانت تعبر عنه المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا بمصر قبل تعديلها، حيث توجي صياغة ألفاظها بهذا الاتجاه في شأن النصوص غير الجنائية، ومع ذلك وتفاديا للأثار غير المنطقية، تبنت المحكمة الدستورية تفسيراً يوسع من نطاق النص على نحو ما سنعرضه في هذه الدراسة.

³⁵- البدرى: ص 69.

ويبدو واضحاً أن مثل هذا الاتجاه لا يقوم على مبرر مقبول، ذلك أن فكرة ضمان الأمن القانوني يجب ألا تقوم على أنقاض المشروعية، سيما في المجال الجنائي، لأن انهيار النص سيعني زوال سبب التجريم، وهو ما يتعارض ومبدأ الشرعية الجنائية، فضلاً عن أن هذا الاتجاه يتجاوز بدون مبرر فكرة مخالفة النص للقاعدة الدستورية منذ لحظة صدوره، وهو ما يجعل مثل هذا الاتجاه غير مبرر ويؤدي إلى نتائج يمجها المنطق القانوني السليم فضلاً عن قواعد العدالة.

الاتجاه الثاني- امتداد أثر الحكم بعدم الدستورية إلى وقت صدور النص الملغى:

بالنظر إلى العيوب التي اعترت الاتجاه الأول، تقر بعض النظم القانونية مبدأ مفاده أن أثر الحكم بعدم الدستورية يمتد إلى مرحلة ما قبل صدور هذا الحكم، بحيث يندم وجود النص القانوني من تاريخ صدوره، فلا يكون له أي أثر.

ويقوم هذا الاتجاه على فكرة أن الحكم بعدم الدستورية هو في حقيقته حكم كاشف للعوار الذي اعترى النص القانوني، وهو بذلك لا ينشئ وضعاً جديداً، يقتضي تطبيقه من تاريخ صدور الحكم، ولكنه يقرر عدم مشروعية النص من تاريخ صدوره، وهو ما يستلزم انسحاب هذا الحكم على القانون من ذلك التاريخ⁽³⁶⁾.

هذا الاتجاه تبنته بشكل صريح المحكمة الدستورية العليا في مصر بصددها تفسيرها لنص المادة 49 من قانون هذه المحكمة قبل تعديله، ولهذا فإن الحالة في مصر يمكن أن تنقسم في تحديد الموقف من هذه المسألة إلى مرحلتين: مرحلة ما قبل تعديل المادة 49 المشار إليها ومرحلة ما بعد تعديلها.

وفي شأن تفسير هذا النص قبل التعديل تقول المحكمة الدستورية العليا المصرية: "إن الأصل في الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة، إذ هي لا تستحدث جديداً، ولا تنشئ مراكز أو أوضاعاً لم تكن موجودة من قبل، بل هي

³⁶ - القماطي: ص 11.

تكشف عن حكم الدستور أو القانون في المنازعات المطروحة على القضاء، وترده إلى مفهومه الصحيح الذي يلازمه منذ صدوره الأمر، الذي يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة، بياناً لوجه الصواب في دستورية النص التشريعي المطعون عليه منذ صدوره، وما إذا كان هذا النص قد جاء موافقاً للدستور، وفي حدوده المقررة شكلاً وموضوعاً، فتتأكد للنص شرعيته الدستورية، ويستمر نفاذه، أم أنه صدر متعارضاً مع الدستور، فينسلخ عنه وصفه وتتعهد قيمته بأثر ينسحب إلى يوم صدوره⁽³⁷⁾.

وفي تبرير هذا الاتجاه، أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية، أن فلسفة الطعن بعدم الدستورية لا تتحقق إلا بإعمال الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية حال كون وقف سير الدعوى للشك في دستورية القانون، يقتضي إعمال الحكم بعدم الدستورية بشأن تلك الدعوى المنظورة أمام المحكمة، رغم أن الواقعة محل الدعوى سابقة على الحكم بعدم الدستورية، وتقرر المحكمة في هذا الشأن أن: "المشرع حين أجاز في قانون المحكمة الدستورية العليا إثارة المسألة الدستورية أثناء نظر إحدى الدعاوى أمام أي من جهات القضاء، إما من تلقاء نفسها، أو بطريق الدفع من أحد الخصوم، وأوجب على الجهة القضائية - عند الشك في عدم الدستورية - وقف الدعوى أو تأجيلها انتظاراً لحكم المحكمة الدستورية العليا بالفصل في المسألة المثارة، إنما كان ينبغي بذلك تحقيق فائدة للخصم في المنازعات الموضوعية التي أثير فيها الدفع الدستوري، فيما لو قضى بعدم الدستورية، وهي منازعات تدور كلها حول علاقات وأوضاع سابقة بالضرورة على الحكم بعدم الدستورية، فإذا لم يكن لهذا الحكم أثر رجعي، لأصبح لزاماً على قاضي الموضوع - الذي أرجأ تطبيق القانون حين ساوره الشك في عدم دستوريته - أن يطبق ذات القانون بعد القضاء بعدم دستوريته، مما يأباه المنطق القانوني السليم، ويتنافى مع الغرض المرتجى من

³⁷ - المحكمة الدستورية العليا المصرية، الدعوى رقم 37 لسنة 9 قضائية، جلسة 19 مايو سنة 1990م.

الدفع بعدم الدستورية، ولا يحقق لمبدي الدفع أية فائدة عملية، مما يجعل الحق في التقاضي - وهو من الحقوق العامة التي كفلها الدستور في المادة 68 منه للناس كافة- بالنسبة للمسألة الدستورية غير مجد، ومجرداً من مضمونه، الأمر الذي ينبغي تنزيه المشرع عن قصد التردي فيه، وبالإضافة إلى ذلك فإن النص في المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا على عدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية، هو خطاب تشريعي موجه لجميع سلطات الدولة وللکافة للعمل بمقتضاه، ولما كان قاضي الموضوع هو من بين المخاطبين بهذا النص التشريعي، فإنه يكون متعيناً عليه عملاً بهذا النص ألا يُنزل حكم القانون المقضي بعدم دستوريته على المنازعات المطروحة عليه من قبل، وذلك يؤكد قصد المشرع في تقرير الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية ويؤيد انسحابه على ما سبقه من علاقات وأوضاع نشأت في ظل القانون الذي قضى بعدم دستوريته"⁽³⁸⁾.

ومع ذلك، فإن المحكمة الدستورية العليا المصرية تطبيقاً لنص المادة 49 واستثناء على مبدأ سريان أثر الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي، قررت أن المسائل التي استقرت بحكم بات، أو الحقوق التي انقضت بالتقادم، لا يسري عليها أثر الحكم بعدم الدستورية، حيث أعلنت المحكمة مبدأ استقرار المراكز القانونية كمبدأ يقصد لذاته في بعض التطبيقات، حيث جاء في حيثيات حكم هذه المحكمة: "...استقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص، ليس في المستقبل فحسب وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادم"⁽³⁹⁾.

³⁸- المحكمة الدستورية العليا المصرية، الدعوى رقم 37 لسنة 9 قضائية، سبقت الإشارة إليه.

³⁹- المصدر نفسه.

إذا كان هذا هو اتجاه المحكمة عند تفسيرها لنص المادة قبل التعديل، فما هو الموقف بعد تعديل هذا النص، وإضافة عبارة صريحة بأن أثر الحكم يطبق من تاريخ نشره، مالم ينص الحكم على خلاف ذلك؟

إن تعديل نص المادة 49 المشار إليه منح للمحكمة صلاحية تحديد الأثر الرجعي للحكم، بحيث أصبح الأصل في الحكم سريانه بأثر مباشر من تاريخ نشره والاستثناء هو ما تقرره المحكمة، ومع ذلك، فإن الحكم بعدم الدستورية بشأن نص جنائي ظل يسري بأثر رجعي، وذلك وفقاً لما يقرره النص بشكل صريح، ما يعني أن الحكم بعدم الدستورية سينال من أساس الإدانة، ما يقتضي نقضها، وعدم الاعتماد بالحكم الذي قررها.

ولهذا فإن تعديل نص المادة 49 لم يؤثر على مبدأ رجعية الحكم بعدم الدستورية بالنسبة للأحكام التي تقرر إلغاء النصوص الجنائية، وما ترتب عليها من أحكام بالإدانة، ومن باب أولى يسري حكم هذا الإلغاء على الوقائع التي لم يفصل فيها القضاء.

إن هذا الاتجاه الذي أكدته المحكمة الدستورية العليا في مصر عند تفسيرها لنص المادة 49 قبل التعديل، يوافق، حسب فهمنا، موقف المحكمة العليا الليبية عندما تبنت في أحد أحكامها مبدأ سريان أثر الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي واعتبرت أن القانون محل الإلغاء بموجب هذا الحكم، سيضحي هو والعدم سواء ولم تستثن من ذلك إلا حالة المسائل التي استقرت بحكم بات، أو الحقوق التي أكملت مدة التقادم الخاصة بها، حيث قررت المحكمة في هذا الشأن: أن "يترتب على الحكم بعدم دستورية قانون أو نص فيه عدم جواز تطبيق ذلك النص أو القانون المحكوم بعدم دستوريته على الوقائع المطروحة، واعتبار ذلك النص أو القانون بمثابة عدم

مع مراعاة ما سبق بخصوص المراكز المستقرة بموجب أحكام باتة أو حقوق تقادمت⁽⁴⁰⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة في تقريرها لهذا وبخلاف المحكمة الدستورية العليا- لا تستند إلى نص يقرر ما انتهت إليه، حيث اجتهدت المحكمة وأعملت الأحكام العامة في شأن أثر الحكم بعدم الدستورية. ولكن السؤال الذي يُطرح، هل انصراف أثر الحكم بعدم الدستورية إلى الماضي ينطبق على النصوص الجنائية أيضاً؟

إن الإجابة عن مثل هذا التساؤل في التجربة المقارنة لبعض الدول تبدو سيرة، فقد أجابت المحكمة الدستورية العليا على هذا التساؤل عندما قررت، مستندة لنص المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا، أن الحكم بعدم الدستورية يسري بأثر رجعي بشأن المسائل الجنائية، ولا يحد من هذا الأثر حالة صدور أحكام باتة، حيث تقرر المحكمة أن الحكم بعدم الدستورية سوف يسري بأثر رجعي بشأن تلك المسائل دون قيد، حيث قررت المحكمة هذا الحكم بقولها: "وقد أعملت المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا هذه الرجعية على إطلاقها بالنسبة للنصوص الجنائية إلى حد إسقاط حجية الأمر المقضي لتعلقها بالإدانة في أمور تمس الحريات الشخصية، فنصت على أنه "إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي، تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن"⁽⁴¹⁾.

⁴⁰ - المحكمة العليا الليبية، طعن مدني رقم 57/1314ق، جلسة 2015/8/27.

⁴¹ - المحكم الدستورية العليا المصرية، الدعوى رقم 37 لسنة 9 قضائية، سبقت الإشارة إليه.

هذا الوضوح للمسألة في إطار القانون المصري، لا يبدو كذلك في شأن الحالة الليبية، حيث لا يوجد نص صريح يتعلق بأثر الحكم بعدم الدستورية، ولهذا فإن المسألة تبقى من مسائل الاجتهاد، فهل يسري الحكم بعدم دستورية النص الجنائي على ما سبق من وقائع صدر بشأنها حكم نهائي؟

مبدئياً يمكن القول إن عموم العبارات التي استخدمتها المحكمة العليا في حكمها المشار إليه، تسمح بالقول إن إلغاء النص الجنائي لعدم الدستورية سوف يسري حكمه على كل الوقائع التي سبقت صدور هذا الحكم، طالما لم يصدر بشأنها حكم بات، ذلك أن هذه الحالة تدخل كما أسلفنا في عموم ما انتهت إليه المحكمة من نتيجة، بحيث يسري الحكم بعدم دستورية النص الجنائي على الماضي، ويبقى حكم المسائل التي صدر بشأنها حكم بات محل بحث في الفرع القادم من هذه الدراسة، لارتباطه بالأثر الموضوعي للحكم بعدم الدستورية.

الاتجاه الثالث- تفويض جهة الحكم بشأن تحديد آثار الإلغاء لعدم الدستورية:

وفقاً لهذا الاتجاه، فإن الحكم الصادر بعدم الدستورية يحدد النطاق الزمني للحكم، بحيث يكون الأصل سريان أثر الحكم بأثر فوري، ما لم ينص الحكم على خلاف ذلك.

وإذا كان المشرع المصري يتبنى هذا الاتجاه بشكل جزئي كما سبق البيان فإن النظام القانوني الفرنسي يتبنى هذا الاتجاه بشكل صريح، وفقاً للمادة 2/62 من الدستور الفرنسي بعد تعديلها، بحيث أصبحت تمنح المجلس الدستوري رقابة لاحقة على دستورية النصوص القانونية⁽⁴²⁾، ولهذا فإن أثر الحكم بعدم الدستورية، بشكل مطلق، يتوقف على ما يحدده المجلس الدستوري، سواء كان النص المقرر عدم دستوريته جنائياً أو لم يكن.

⁴²- LE BIHAN VALÉRIE.p.68

وقد تسنى لهذا المجلس تقديم نموذج لهذه المكنة في عدة مناسبات، نذكر منها ما قرره بشأن عدم دستورية المادة 1/365 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي⁽⁴³⁾، فقرر المجلس عدم دستوريته حال كونها لا تلزم المحكمة بذكر أسباب العقوبة ومبرراتها، وقصر أثر الحكم بعدم الدستورية على الدعوى المثار بشأنها النزاع، وبرر المجلس أن قصر أثر هذا الحكم على المستقبل مرده أن تطبيقه على الماضي سوف يقتضي تيرير العقوبات التي تضمنتها أحكام صادرة بالإدانة خلال الفترة السابقة على الحكم بعدم الدستورية، وهو أمر غير ممكن⁽⁴⁴⁾.

⁴³- ويلاحظ أن هذا النص المقضي بعدم دستوريته ورد في متن قانون الإجراءات، إلا أنه يتعلق بقاعدة موضوعية، ترتبط بتحديد مبررات العقوبة المقضي بها، والعبارة هي بطبيعة النص لا بمحل وروده.

⁴⁴- Le Conseil constitutionnel a décidé que: "Selon le deuxième ealinéa de l'article 62 de la Constitution: "Une disposition declare inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette decision .Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause". En principe, la declaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliqué dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel. Cependant, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et de reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration.12. L'abrogation immédiate des dispositions contestée saurait pour effet de supprimer les modalités selon lesquelles, en cas de condamnation, la motivation d'un arrêt de cour d'assises doit être rédigée en ce qui concerne la culpabilité. Elle entraînerait ainsi des consequences manifestement excessives. Par suite, afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, il y a lieu de reporter au 1er mars 2019 la date de cette abrogation, 13. Afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision, il y a lieu de juger, pour les arrêts de cour d'assises rendus à l'issue d'un procès ouvert après cette date, que les dispositions du deuxième ealinéa de l'article 365-1 du code de procedure pénale doivent être interprétées comme imposant également à la cour d'assises d'énoncer, dans la feuille de motivation, les principaux elements l'ayant convaincue dans le choix de la peine.14. Les arrêts de cour

وبشكل أكثر وضوحا، وفي مناسبة أخرى، فإن المجلس الدستوري الفرنسي وبصدد ما قرره بشأن عدم دستورية المادة 222-31-1 من قانون العقوبات المتعلقة بجريمة زنا المحارم، قرر: أن القرار بعدم دستورية هذه المادة يسري من تاريخ نشره، بالإضافة لانطباقه على الحالة المثار بشأنها النزاع، وأنه من هذا التاريخ لم يعد لهذه الجريمة وجود؛ والأثر الوحيد الذي قرره المجلس بالنسبة للجرائم التي ارتكبت قبل الحكم بعدم الدستورية، وهو أن أحكام الإدانة التي صدرت بشكل نهائي بشأن تلك الجرائم بعد تاريخ نشر القرار، يجب ألا تسجل في صحيفة السوابق⁽⁴⁵⁾.

حيث إن المجلس في قراره المذكور أكد الأثر المباشر للقرار بعدم الدستورية، وفقا لما تقضي به المادة 2/62 من الدستور الفرنسي، ولكنه مع ذلك، قرر أن الجرائم المرتكبة قبل نشر القرار وصدرت الأحكام النهائية بشأنها بعد نشره، فإنها لا تسجل في صحيفة السوابق.

والواقع أن هذا الاتجاه، وإن كان يستجيب لمبدأ الأمن القانوني من خلال احترام حجية الأحكام القضائية، واستقرار أثارها، فضلا عن كونه يحقق التوازن بين هذا المبدأ وفكرة المشروعية⁽⁴⁶⁾، إلا أنه مع ذلك يؤدي إلى الإقرار بنتائج غير

d'assises rendus en dernier ressort avant la publication de la présente décision et ceux rendus à l'issue d'un procès ouvert avant la même date ne peuvent être contestés sur le fondement de cette inconstitutionnalité". Conseil constitutionnel, Décision n° 2017-694 QPC du 2 mars 2018. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2017694QPC.htm>. Consulté le 21/03/2020.

⁴⁵ - "Considérant que l'abrogation de l'article 222-31-1 du code penal prend effet à compter de la publication de la présente décision; qu'à compter de cette date, aucune condamnation ne peut retenir la qualification de crime ou de délit «incestueux» prévue par cet article; que, lorsque l'affaire a été définitivement jugée à cette date, la mention de cette qualification ne peut plus figurer au casier judiciaire". Conseil constitutionnel, décision n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011.op-cit.

⁴⁶ - الشاعر، ص10

منطقية، حيث تظل الأفعال خاضعة للقوانين غير الدستورية لمجرد صدور الأحكام بالإدانة في ظلها، رغم الإقرار بعدم دستورتيتها، وهذا يتجاهل زوال أساس الإدانة المتمثل في نص التجريم المقضي بعدم دستوريته.

يبدو من خلال ما تقدم، أن الإقرار بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية بشكل مطلق بالنسبة للنصوص الجنائية، هو الأكثر استجابة لقواعد العدالة، وتحقيقاً لأهداف القانون الجنائي من حيث تعزيز مبدأ الشرعية الجنائية، بحيث لا يُحمّل الأفراد، لمجرد الاستناد على مبرر الأمن القانوني، تبعات تفريط المشرع في الضمانات التي يقرها الدستور لضمان عدم التعسف، ذلك أن التضحية بما يستوجبه مبدأ الأمن القانوني بشأن استقرار آثار الأحكام الباتة، يبقى أقل إضراراً بالنظام القانوني من حالة التضحية بالضمانات التي يكفلها الدستور للحريات والحقوق الفردية.

إن ضمانات الأمن القانوني تقوم على اعتبارات عامة، في حين أن حماية الحقوق والحريات تجتمع فيها اعتبارات فردية، تستجيب لحماية الأفراد في مواجهة التعسف، وأخرى عامة تقوم على فكرة تعزيز مبدأ دولة المؤسسات التي تحترم الدستور، وتعلي من شأن الفصل بين السلطات في كل المجالات، بما فيها مجال التجريم والعقاب، وهي جميعها -حسب رأينا- تسمو على اعتبارات استقرار الأحكام القضائية، ذلك أن استقرار هذه الأحكام يجب ألا يكون على حساب العدالة التي وجدت الأحكام القضائية لتعزيزها والذود عنها.

الفرع الثاني: الأثر الموضوعي للحكم بعدم دستورية النص الجنائي

الحكم بإلغاء النص الجنائي، سواء كان نصاً مجرماً أو مبيحاً، سوف يعني تغييراً في عناصر الواقع المرتبط بالفعل المرتكب في ظل هذا القانون المحكوم بعدم دستوريته، والمسألة لا تتعلق -تبعاً لذلك- بالحالة القانونية فحسب، والمتمثلة في زوال النص وانعدام وجوده القانوني، وإنما تتجاوز ذلك إلى حد تأثير ذلك الإلغاء على قيام المسؤولية الجنائية عن الفعل المرتكب، سواء كان الإلغاء يقتضي إعادة الإباحة للفعل "1"، أو خضوعه للنص المجرم من جديد "2"، ففي الحالتين يثور التساؤل حول أثر ذلك الإلغاء على ما ارتكب من أفعال في ظل القانون الملغي لعدم الدستورية، طالما أن أثر الإلغاء سيمتد إلى الماضي.

1. أثر الحكم بعدم دستورية النص المجرم:

إذا حكم بعدم دستورية النص الذي يجرم الفعل، وأصبح هذا الأخير غير مجرم، أو يخضع لنص يقرر عقوبة أقل، فهل يسري بشأنه الحكم بعدم الدستورية؟
حسم المشرع المصري مسألة أثر الحكم بعدم دستورية النص الجنائي، وقرر سريان أثره على كل الجرائم التي ارتكبت في ظل القانون الملغي، بما فيها أحكام الإدانة، وإذا كانت المحكمة العليا الليبية قد قررت امتداد أثر الحكم بعدم الدستورية للماضي، وهو ما يشمل الأفعال الجنائية، فإن السؤال يثور حول مدى انطباق هذا الحكم على الأفعال التي صدر بشأنها أحكام باتة، أيشملها هذا الأثر؟
القانون الليبي يخلو من نص صريح يعالج المسألة، إلا أن الحالة الليبية تكشف لنا عن تطبيقات لأثر الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة العليا في بعض المناسبات، فهل تكفي تلك التطبيقات للإجابة عن السؤال المطروح؟
بالرجوع إلى اللائحة الداخلية للمحكمة العليا الليبية، ننتبين أنها لم تتضمن حكماً خاصاً بالمسألة، ومع ذلك فإن المادة 25 من هذه اللائحة تضمنت حكماً يتعلق بأثر حكم العدول عن المبادئ التي تصدرها المحكمة العليا، حيث قررت أنه "يسري

المبدأ الذي تقرره الدوائر مجتمعة على جميع الطعون التي يتم نظرها بعد صدوره إلا إذا كان متعلقا بمسائل الاختصاص أو المواعيد أو الإجراءات أو بطرق الطعن فلا يسري إلا على الدعاوى والطعون التي ترفع بعد صدوره. وإذا تضمن المبدأ قاعدة أصلح للمتهم فهو الذي يطبق دون غيره⁽⁴⁷⁾.

فهل يمكن أن يكون هذا النص بما تضمنه بشأن المبادئ التي تتضمن أحكاما أصلح للمتهم متكا لتطبيق حكمه بشأن الأحكام التي تصدر بعدم دستورية القوانين الجنائية؟

أولا يجب أن نشير أن هذا النص يتعلق بالمسائل المنظورة أمام القضاء، أي أنه لا يتناول مسألة الأحكام القضائية الباتة، ولهذا فإن هذا النص لا يقدم سندا للنقاش بشأن مصير الأحكام الباتة، ومن ناحية أخرى، فإن الحكم الذي يتضمنه هذا النص لا يضيف جديدا إلى ما قرره المحكمة العليا في حكمها المشار إليه، بشأن امتداد أثر الحكم بعدم الدستورية إلى الماضي، وانطباقه على المسائل التي لم يصدر بشأنها حكم بات، ولهذا فإن نص المادة 25 سالف الذكر لا يقدم عنصرا يمكن الاستناد إليه من باب القياس لمعالجة المسألة محل البحث.

ولهذا ووفقا لهذا الوضع المعقد للحالة اليبية بشأن هذه المسألة، فإن الإجابة المبدئية قد تكون بالنفي، والتسليم بعدم جواز سريان أثر الحكم بعدم الدستورية على أحكام الإدانة الباتة التي صدرت وفقا للقانون الملغي، ذلك أن عبارات حكم المحكمة العليا المشار إليه، في ظاهرها، توحى بمثل هذا الفهم، عندما تعد الأحكام الباتة قيذا على رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية، وهو حكم عام أوردته المحكمة بدون تحفظ يمكن الاستناد إليه لتقييد أثره.

⁴⁷-قرار الجمعية العمومية للمحكمة العليا بجلستها رقم 283 لسنة 1372 بإقرار اللانحة الداخلية للمحكمة العليا. متاح على موقع المحكمة العليا: <https://supremecourt.gov.ly/التشريعات-المنظمة-للمحكمة/تاريخ-الزيارة/2020/03/24>.

لكن الأمر لا يبدو لنا كذلك، إذ أن الإقرار بالإدانة ليست من إطلاقات القضاء، ولا هي مكنة يقيّم جدواها لا هو ولا المشرع؛ إذ لا يملك القضاء، أيا كانت درجته أو مرحلة التقاضي التي يعبر عنها، تبرير إنشاء الإدانة متى انتفى موجبها، فحكم القضاء يكشف عن الإدانة من خلال تطبيق نص التجريم ولا ينشؤها، فلا يمكن القول إن الحكم بذاته يقيّمها، ويسند وجودها.

ولهذا فإن انتفاء سند الإدانة يعني انتفاء مبررها وموجبها، وهو ما يجرد أي حكم من شرعيته، أيا كانت الصفة التي اكتسبها بفوات الطعن أو استنفاد طرقه، ذلك أن انتفاء موجب الإدانة بإلغاء الحكم، يقتضي قطعاً نقضها نزولاً عند مبدأ الشرعية الجنائية، الذي لا يمكن أن ينقض إلزاميته حكم تحصن بفوات الميعاد، بل إن هذا الحكم بزوال سند الإدانة يفقد وجوده القانوني، وإلا أصبح القضاء تحكما ورجوعاً لزمّن التقدير التحكيمي في التجريم والعقاب.

هذا الوضع الذي نرى معه سريان الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي بشأن ما هو أصلح للمتهم، يمكن أن نستشهد له بما هو مقرر في نص المادة 25 من اللائحة الداخلية للمحكمة العليا، فهي وإن كان مجال أعمالها لا ينطبق على الحالة الراهنة كما سبق البيان، إلا أنها تقدم سنداً لفكرة سريان مبادئ أحكام المحكمة العليا بأثر رجعي متى كانت تقرر أوضاعاً أصلح للمتهم.

فضلاً عن ذلك، فإن تصحيح الوضع لمصلحة المحكوم عليه بعد صدور الحكم البات، لا يعد أمراً مبتدعاً في إطار أحكام القانون الليبي، حيث يعترف المشرع بزوال أثر الحكم البات في مناسبات عدة، متى كان ذلك لغرض تخفيف العقاب أو امتناعه، من ذلك حالة العفو عن القصاص بعد صدور الحكم البات، حيث إن زوال موجب العقوبة، وهي الإعدام، بالعفو، أقتضى من المشرع قبول تعديل العقوبة رغم صدور حكم بات في الدعوى، طالما أن ذلك لمصلحة المتهم.

هذا الاتجاه الذي تعبر عنه المادة الأولى من قانون القصاص والدية يمكن القياس عليه -حسب رأينا- بالنسبة للمسألة موضوع البحث، دون أن يحتج على ذلك بعبارات حكم المحكمة العليا آنف الذكر، فقد بينا أن القضاء لا يملك نقض الشرعية الجنائية إلا بموجبها، وهي وجود النص، وهو ما انعدم في هذه الحالة بالحكم بعدم الدستورية، كما أن القياس في هذه الحالة جائز لكونه في مصلحة المتهم، وهو قياس على قواعد موضوعية، لا تغل فيها سلطة القضاء عن أعمال هذا القياس.

وفوق ذلك، وهو الأهم حسب تقديرنا- فإن آلية تصحيح الوضع الناشئ عن الحكم بعدم دستورية النص المجرّم يمكن أن يستند إلى حالات الطعن بالتماس إعادة النظر، والتي تقرر جواز إعادة النظر في الأحكام النهائية لمصلحة المتهم على نحو ما سنعرضه لاحقاً، متى ظهرت أدلة تستوجب الحكم بالبراءة.

فضلا عن ذلك فإن سريان الحكم بعدم الدستورية رغم صدور الحكم البات يجد له تطبيقات في القانون القضاء المقارن، حيث تبناه المشرع المصري بشكل صريح في قانون المحكمة العليا الدستورية، كما سبق البيان، وقد أكدته هذه المحكمة في أحد أحكامها بقولها: "وقد عملت المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا هذه الرجعية على إطلاقها بالنسبة للنصوص الجنائية إلى حد إسقاط حجية الأمر المقضي، لتعلقها بالإدانة في أمور تمس الحريات الشخصية، فنصت على أنه "إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي، تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن، أما في المسائل الأخرى غير الجنائية فيسرى عليها كذلك الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية على ما سلف بيانه، ما لم يكن للعلاقات والأوضاع السابقة عليه أساس قانوني آخر ترتكن إليه، ويحد من إطلاقه الرجعية عليها، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا في تعليقها على نص المادة 49 منه، حيث جاء بها أن القانون "تناول أثر الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، فنص على عدم جواز تطبيقه من

اليوم التالي لنشر الحكم، وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة، واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب، وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي، أو بانقضاء مدة تقادم، أما إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي، فإن جميع الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن، ولو كانت أحكاماً باتة" وهو ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة بحكمها الصادر في الدعوى الدستورية رقم 16 لسنة 3 قضائية بتاريخ 5 يونيو سنة 1982م، وحكمها الصادر في الدعوى الدستورية رقم 48 لسنة 3 قضائية، بتاريخ 11 يونيو سنة 1983⁽⁴⁸⁾.

وإذا كان الحكم بعدم الدستورية يشمل في أثره الرجعي حالة صدور حكم بات بالإدانة، فإن السؤال الذي يطرح هو ما آلية تصحيح الوضع في مثل هذه الحالة؟ وبكلمة أوضح كيف تتم إزالة أثر هذا الحكم؟

القاعدة أن الأحكام القضائية لا تنقض إلا وفقاً للإجراءات التي يحددها القانون، فإذا كان التماس إعادة النظر، يعد طريقاً غير عادي للطعن في الأحكام الصادرة بالإدانة متى كان الطعن لمصلحة المتهم، فهل من حالات هذا الطريق من طرق الطعن حالة صدور حكم بعدم دستورية نص تجريمي؟

بالنسبة للحالة وفقاً للقانون المصري، فإنه وفقاً للمادة 49 من قانون المحكمة العليا، الحكم بعدم دستورية النص الجنائي من شأنه اعتبار الأحكام الصادرة بالإدانة كأن لم تكن، أي أن هذا النص بذاته قرر إلغاء هذه الأحكام دون حاجة لإجراء آخر بحيث يتولى النائب العام -وفقاً لما قرره المادة 49- بتنفيذ الحكم بعدم الدستورية وهو ما يعني الإفراج عن المحكوم عليه أو إعادة محاكمته حسب الأحوال.

⁴⁸ - المحكمة الدستورية العليا المصرية، الدعوى رقم 37 لسنة 9 قضائية، سبقت الإشارة إليه.

وفي القانون الليبي، لا يوجد نص خاص يعالج المسألة، ومع ذلك فإن المادة 5/402 إجراءات جنائية تضمنت حالات إعادة النظر في الجنايات والجرح⁽⁴⁹⁾ وذكرت من بينها حالة: "إذا حدثت أو ظهرت بعد الحكم وقائع، أو إذا قمت أوراق لم تكن معلومة وقت المحاكمة، ولكن من شأن هذه الوقائع أو الأوراق ثبوت براءة المحكوم عليه"، حيث نرى أن هذه الحالة تتوافر في حالة صدور حكم بعدم دستورية نص تجريمي، إذ يعد هذا الحكم من قبيل الأوراق التي تثبت عدم قيام نص التجريم، حيث لم يميز نص المادة 402 بين البراءة لأسباب قانونية أو لأسباب واقعية، ولهذا فإن إلغاء النص لعدم الدستورية يسري عليه حكم هذه المادة لشمول حكمها له.

كما نعتقد أنه بطريق القياس، فإن هذه المادة تنطبق حتى في حالة أن إلغاء النص لعدم الدستورية لم يترتب عليه البراءة، وإنما تخفيف العقاب بالخضوع لنص جنائي آخر، ذلك أن قواعد العدالة تقتضي أعمال هذا القياس طالما أنه في مصلحة المتهم، ولا ينتهك حكمة النص التي تقرر من أجلها التماس إعادة النظر، والتي تقوم على تصحيح الحكم لوجود وقائع لاحقة على صدور حكم الإدانة، بما ينتفي معه مظنة التقصير في الدفاع، وهو ما يصدق بشكل واضح على حالة صدور حكم بعدم الدستورية، فإذا كانت العلة هي البراءة لظهور أدلة جديدة، فإن البراءة لا تعني دائما التحلل من الالتزام من العقاب، ولكنها تتحقق من خلال تغيير وصف الجريمة للأقل جسامة أو بنزول مقدار العقاب.

أضف إلى ذلك، أن الفقرة 4 من المادة 402 تقرر جواز إعادة النظر متى ألغي حكم صادر عن محكمة مدنية، وكان الحكم الجنائي مبنيًا عليه، حيث إن هذه الفقرة لم تستلزم البراءة التامة كأثر مترتب على إلغاء الحكم المدني، ولهذا، فإنه من باب أولى تطبيق حكمها طالما أن الحكم الجنائي مستند على قانون تقرر فيما بعد

⁴⁹ - يلاحظ أن المخالفات مستبعدة لتفاهة عقوباتها.

عدم دستوريته، لأنه إذا كان في الحالة الأولى يجوز إعادة النظر لانتهيار الأساس الواقعي للحكم، فإن الحالة الثانية تقوم على فكرة زوال الأساس القانون للحكم، وهي الأولى بإعادة النظر.

2. أثر الحكم بعدم دستورية النص المبيح:

وفي مثل هذه الحالة، فإن القانون المقضي بإلغائه يقرر وضعاً مبيحاً للفعل، بحيث يترتب على الإلغاء لعدم الدستورية، زوال الإباحة وخضوع الفعل للتجريم كما لو صدر قانون قرر إباحة شرب الخمر مثلاً، فنقرر إلغاؤه، فهل يمتد أثر الإلغاء إلى الماضي؟

نشير هنا أن امتداد أثر الإلغاء يستلزم أولاً تحديد مصير القانون السابق على القانون المقضي بإلغائه "أ"، ثم بيان حكم المسؤولية الجنائية من حيث مدى مسؤولية الشخص الذي ارتكب الفعل في ظل قانون مبيح، ثم ارتد فعله خاضعاً للنص المجرم "ب".

بداية، ووفقاً لعموم نص حكم المحكمة العليا الليبية المشار إليه، فإن أثر الإلغاء ينسحب على الماضي، طالما لم يصدر حكم بات، أو سقط الحق بالتقادم ولما كانت الدعوى الجنائية لا تسقط بالتقادم، فإن القيد الوحيد الذي يحد من خضوع الفعل للأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، هو صدور الحكم البات، ذلك أن صدور هذا الحكم يمنع من العودة للمحاكمة، طالما أن ذلك يهدف إلى تقرير وضع أسوأ للمحكوم عليه، بخلاف الحالة المطروحة في الفقرة السابقة، بحيث يسري فيما عدا الحكم بعدم الدستورية على الماضي.

ونعتقد أن هذا هو الحكم الذي يتبناه المشرع المصري، عندما قيد عدم الاعتداد بالأحكام الجنائية بأن تكون أحكاما صادرة بالإدانة، ولهذا فالحكم البات الصادر بالبراءة لا يمكن تصحيحه حتى لو انهار أساس البراءة القانوني، ذلك أن هذه البراءة سوف تجد أساسها في مثل هذه الحالة في الأصل العام الذي يفترض البراءة، ويجعلها عنصرا من مبدأ الشرعية الإجرائية.

أ. أثر إلغاء النص المبيح على سريان النصوص العقابية السابقة على صدوره:

القاعدة في مجال إلغاء النصوص التشريعية وفقا للمادة الثانية من القانون المدني الليبي، أن النص التشريعي لا يُلغى إلا بنص لاحق عليه، سواء كان هذا الإلغاء صريحا أو ضمنيا، ولهذا فإن ثبوت صفة النص التشريعي للنص اللاحق، تعد شرطا لإلغاء النص السابق، وهذه الصفة لا يكتسبها النص اللاحق إلا إذا اكتملت شروط نفاذه، وهو أمر يرتبط بمشروعيته وقت صدوره؛ ولهذا فإن النص غير الدستوري يفتقد لحظة إصداره لمقومات نفاذه، وهو، بهذه المثابة، سوف يبدو مجرد عمل مادي، إلى أن يتدخل القضاء بإلغائه، وإزالة شبهة وجوده، حال كونه مجرد واقعة مادية.

هذا التصور سوف يقودنا إلى نتيجة مفادها أن النص المقضي بعدم دستوريته لم يكن نصا تشريعيًا، لافتقاده لشروط نفاذه، ولهذا، فهو لن ينتج أثره في إلغاء النصوص السابقة على صدوره في حالة نصه على ذلك، أو تعارضه معها، أو إعادة تنظيم حكمها، لتكون تلك النصوص هي النافذة خلال الفترة السابقة على الحكم بعدم الدستورية، واللاحقة عليه من باب أولى؛ ذلك أن فترة تعطيل العمل بالقانون السابق لا تعد إلغاءً بالمعنى الصحيح، على اعتبار أن الإلغاء التشريعي يلزم له النص القانوني المشروع، وهو ما لا يتوافر في النص غير الدستوري، فلا يتحقق به حكم الإلغاء.

ولهذا، فإن إلغاء القانون المبيح لعدم الدستورية، سيعني زواله، ومن ثم خضوع الأفعال المرتكبة قبل الحكم بالإلغاء للقانون المجرم للفعل. ويجب التنويه إلى أن سريان الحكم بأثر رجعي في هذه الحالة لا ينتهك مبدأ عدم الرجعية، لأن هذا المبدأ ينطبق على النصوص القانونية، لا الأحكام القضائية. فضلا عن أن موجب حكم الإلغاء لعدم الدستورية هو نفاذ القانون المطبق قبل صدور القانون الملغي لعدم الدستورية، كما سبق البيان، ولهذا فالقانون سوف يطبق بوصفه القانون النافذ وقت ارتكاب الفعل، كأثر لانعدام القانون المقضي بعدم دستوريته.

وبإعمال هذا المنطق في ضوء ما قرره المحكمة العليا الليبية بشأن المادة الثالثة مكرر من قانون القصاص والدية، بخصوص ما تضمنته من عقوبة الدية في القتل الخطأ، بأنها جزاء غير دستوري، لعدم تحديد مقدارها، ما يعد مخالفا لمبدأ الشرعية⁽⁵⁰⁾، فإن مقتضى ذلك الحكم هو اعتباره حكم بعدم دستورية النص برمته بما فيه شق التكليف المتضمن حظر القتل الخطأ الوارد بالمادة الثالثة من ذات القانون، لكون الدية في هذا النوع من القتل -وفقا للقانون الليبي- هي الجزاء الوحيد وقد سقط لعدم الدستورية، فبانعدام شق الجزاء في النص ينعدم شق التكليف، إذ لا عبرة بأحدهما دون الآخر؛ فضلا عن أن عدم تحديد مقدار الدية في المادة الثالثة، يجعل حكمها حكم المادة الثالثة مكرر، فعدم التحديد في المقدار مساو في مخالفته لمبدأ الشرعية لحالة الإحالة لأولياء الدم، إذ في الحالتين -ووفق منطق المحكمة العليا- لم يحدد المقدار بنص قانوني صريح.

ولا يصح القول هنا أن الإحالة للشريعة الإسلامية بموجب المادة السابعة من قانون القصاص والدية، سوف تجعل من الدية محددة وفقا لما تقرره الشريعة الإسلامية، وهو ما يحفظ لنص المادة الثالثة كيانه ونطاقه في التطبيق، ذلك أن مثل

⁵⁰ - المحكمة العليا، طعن دستوري رقم 29 لسنة 59 ق، سبق الإشارة إليه.

هذا الفهم يتعارض مع حكم المحكمة بشأن عدم الدستورية، لأنها قررت أن الدية لها وصف العقوبة، وإن توافرت فيها عناصر التعويض، وهي بهذه المثابة لا يمكن أن تتحدد بغير النص القانوني، فإن اعتبرت المحكمة تحديدها من أولياء الدم مخالفا لمبدأ الشرعية، فبذات المنطق سيكون تحديدها وفقا للشرعية الإسلامية بشكل مباشر غير دستوري، لانعدام النص وفق منطق ذات الحكم.

عليه، وحيث إنه سبق القول إن الإلغاء لعدم الدستورية يمتد إلى لحظة صدور القانون، فإن من آثار هذا الفهم عدم الاعتداد بكل ما نشأ عن نص المادة الثالثة من قانون القصاص والدية من آثار، بما في ذلك أثره في إلغاء نص المادة 377 عقوبات في شأن القتل الخطأ، فيعد -تبعاً لهذا الفهم- نص هذه المادة هو الواجب التطبيق على جرائم القتل الخطأ، لكون حكم إغائه انتفى، وزال بزوال سببه.

ولا يغير من الأمر شيئاً كون قضاء المحكمة العليا الليبية في شأن عدم الدستورية، قد جرى على عدم التصريح بالإلغاء، والاكتفاء بنسبة شائبة عدم الدستورية للنص، فذلك في حقيقته حكم بالإلغاء، إذ أن منح المحكمة العليا اختصاص الرقابة بشأن عدم الدستورية وفقاً للمادة 23 من القانون رقم 6 بشأن المحكمة العليا، هو في حقيقته اختصاص لتقرير مدى الملاءمة، فإن قررت المحكمة عدم الملاءمة بين النص والدستور، عد ذلك حكماً بالإلغاء، دون الوقوف على عبارات الحكم، إذ العبرة في تفسير الحكم بالمقاصد والمعاني وبحقيقة الاختصاص ولا يصح أن يوصف مسلك المحكمة بأنه رقابة امتناع، وذلك لوجود وجود نص يمنحها سلطة الرقابة، وهو ما يعد منحاً لاختصاص أوسع من مجرد تقرير عدم الدستورية.

ب. أثر إلغاء النص المبيح على قيام الجريمة:

إذا صدر الحكم بعدم دستورية النص الجنائي المبيح للفعل، فإن مقتضى ذلك -كما سبق البيان- إعادة إنفاذ النص المُجرم بأثر رجعي، ما يعني أن هذا النص سوف ينطبق على الواقعة دون غيره، متى توافرت شروطه، وإذا كان الأمر من ناحية سريان النص بأثر رجعي لا يثير إلا إشكالا من حيث سند قبول هذا الأثر فإن الأمر قد لا يبدو كذلك بالنسبة لحالة أثر هذا السريان على المسؤولية الجنائية لتعلق المسألة بعناصر موضوعية، وهي نوع المسؤولية الجنائية. فهل سريان النص التجريمي من مقتضياته اكتمال عناصر المساءلة الجنائية عن الأفعال التي ارتكبت خلال نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته؟

نرى أنه يجب التمييز بين مسألتين، فمن حيث سريان النص العقابي، فإن هذا النص سوف يكون منطبقا على الواقعة باعتباره النص النافذ وقت ارتكابها، تطبيقا لأحكام الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، أما من حيث اكتمال عناصر المساءلة الجنائية فإننا نحتاج لبيان توافر عناصر هذه المسؤولية.

فمن حيث قيام موجب المسؤولية من الناحية القانونية، وهو الجريمة، فإن قيامها في مثل هذه الحالة لا يكفي فيه مجرد وجود نص التجريم، ذلك أن الفعل المنسوب للمتهم يجب أن ينطبق عليه وصف التجريم وفق هذا النص، أي أن يلائم الفعل النموذج التجريمي، وهو ما يتحقق باكتمال العناصر اللازمة لقيام الجريمة وهنا نرى أنه يجب التمييز بين الجرائم الخطئية "أولا" والجرائم العمدية "ثانيا":

أولا: فبالنسبة للجرائم الخطئية، فإننا نعتقد أن الفعل سيخضع لنص التجريم حال كون الجريمة يكفي لقيامها توافر الركن المادي وركن الخطأ، وهذا الأخير لا صلة له بوجود نص التجريم، ولا يدخل فيه ما يمكن أن يكون قد أصاب الإرادة من تظليل بسبب وجود النص المبيح غير الدستوري؛ ولهذا فإن عنصر الخطأ يتحقق

بمجرد أن ينطبق على سلوك الشخص وصف الانحراف عن سلوك الشخص العادي، ولهذا سوف يخضع لنص التجريم، إعمالاً لأثر الحكم بعدم الدستورية. وتطبيقاً لهذا الفهم فإن إلغاء نص المادة الثالثة من قانون القصاص الودية لعدم الدستورية، وفقاً لما قرره المحكمة العليا في حكمها المشار إليه سالفاً، مقتضاه خضوع الفعل لنص المادة 377 من قانون العقوبات على كل أفعال القتل الخطأ التي لم يصدر بشأنها حكم بات، باعتباره النص المجرم للفعل، ولا يغير من الأمر شيئاً كون الفعل وقت ارتكابه كان يخضع لنص المادة الثالثة من قانون القصاص والدية، والتي كانت تخرج الفعل من حومة التجريم، من خلال وضع جزاء لا ينطبق عليه وصف الجزاء الجنائي، فذلك لا يغير من الأمر شيئاً، ذلك أن العبرة بالنص المجرم فعلاً وقت ارتكاب الفعل، فضلاً عن أن سريان أحكام المادة 377 عقوبات لا ينتهك قواعد عدم الرجعية بشأن القانون الأسوأ، حال كونه نصاً نافذاً من الناحية الفعلية وقت ارتكاب الفعل، كما أن قاعدة عدم سريان الأثر الرجعي تنطبق على القانون الذي ينشئ عناصر تجرимиية جديدة أسوأ للمتهم، ولهذا فإنه يخرج عن نطاقها أثر الحكم القضائي الذي يكشف عن واقع قائم وقت ارتكاب الفعل، وهو ما يترتب عليه انطباق القانون النافذ وقت ارتكاب الفعل.

ولكن هل يمكن القول هنا إن القانون الملغي لعدم الدستورية يعد هو الأصلح للمتهم، وأنه ينبغي انطباقه دون غيره، على اعتبار أن القوانين الأصلح للمتهم تنطبق بمجرد صدورهما، وإن لم تكن نافذة، وهو ما يتوافر بالنسبة للقانون الملغي لعدم الدستورية، ولو من باب القياس في مصلحة المتهم من حيث اعتباره قانوناً غير نافذاً؟

إن القانون الملغي لعدم الدستورية يفقد وجوده القانوني بهذا الحكم، ولهذا لا يصح تطبيق الأحكام المتعلقة بنصوص القانون عليه، حال كونه ليس قانونا بالنظر إلى مآله بموجب حكم إغائه، فعلة القياس منتفية، وهو صفة القانون الأصلح للمتهم فإذا ما ألغي النص لعدم الدستورية زال وجوده القانوني، وصار مجرد واقعة مادية وهو ما تنتفي معه إمكانية تطبيقه كقانون على الوقائع التي حصلت في ظله، وهو ما يؤكد أن النص النافذ قبل صدوره يكون هو الواجب التطبيق.

ثانياً: بالنسبة للجرائم العمدية، وهذا الحالة تفترض وجود نص يجرم الفعل بوصف العمد، كان نافذاً قبل صدور النص القانوني المحكوم بعدم دستوريته، ولهذا فإن قيام الجريمة التي يتضمنها ذلك النص، سوف يقتضي قيام الركن المعنوي في جانب الجاني، والذي يتمثل في القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة.

وإذا رجعنا لتصوير الواقعة، فإن مرتكب الفعل أقدم على ارتكابه متصوراً عدم خضوعه لنص التجريم، أي معتقداً بإباحة الفعل، مستندا في ذلك للنص القانوني المبيح، أي أن ارتكاب الفعل يقوم على فرضية إباحته.

ولأن الحكم بعدم دستورية النص المبيح يُفقد هذا النص صفته القانونية فيستحيل إلى واقعة مادية من تاريخ صدوره، فإن ذلك يعني أن تلك الواقعة المادية ساهمت في تظليل مرتكب الفعل من خلال اعتقاده بإباحته، وهذا من شأنه أن ينفي لديه القصد الجنائي، لتخلف عنصر العلم حيث تنص المادة 67 عقوبات على أن: "الغلط في الفعل المكون لجريمة يعفي الفاعل من العقاب عليها"، كما يمكن اعتبار الغلط الذي يقع فيع مرتكب الفعل بسبب وجود نص الإباحة غير الدستوري، حالة من حالات تظليل الغير التي تنفي القصد الجنائي وفقاً للمادة 68 عقوبات.

غير أنه ينبغي لانطباق هذا الحكم أن يكون النص المبيح قد ساهم فعلا في اعتقاد مرتكب الفعل بإباحته، وهذا مسألة يجب على مرتكب الفعل إثباتها، حيث لا يقبل منه مجرد الاستناد لقاعدة افتراض العلم بالقانون، ليبرر أن علمه بنص الإباحة مفترض، لأن ذلك النص بمجرد الحكم بعدم دستوريته فقد صفته القانونية من تاريخ صدوره، ولهذا لا يسري عليه ما يسري على النصوص القانونية من أحكام، بما في ذلك افتراض العلم بها.

ونشير هنا إلى أنه يجب ألا يختلط على الفهم في هذا المقام، فكرة افتراض العلم بالقانون للقول إن استبعاد النص المجرم غير مقبول، لافتراض العلم به فمرتكب الفعل لن يدعي في مثل هذه الحالة عدم علمه بنص التجريم، ولكنه سيستند إلى وجود واقعة مادية ضللته، واعتقد من خلالها مشروعية فعله، وهو ما يعرف بحالة الغلط في الوقائع، وهذا أمر يستوعبه نص المادة 67 سالف الذكر، وهو ما ينفي عنه القصد الجنائي، فلا يسأل عندئذ إلا عن جريمة خطئية، إذا كان القانون يعاقب عليها بهذا الوصف.

ومما سبق نخلص إلى أن أثر الحكم بعدم الدستورية يتوقف على الاتجاه الذي يتبناه النظام القانوني، وعلى الرغم من أن النظام القانوني الليبي يخلو من نص يحدد أثر هذا الحكم، فإن اتجاه المحكمة العليا الليبية الذي قرر تطبيق أثر هذا الحكم بأثر رجعي، يبدو الاتجاه الملائم من حيث تحقيق أهداف القانون الجنائي، الأمر الذي يقتضي امتداد أثر الإلغاء على الماضي، سواء من حيث إعادة إنفاذ القوانين المشتبه في إلغائها بموجب النص المقضي بعدم دستوريته، أو من حيث خضوع الأفعال المرتكبة قبل صدور حكم الإلغاء للقانون النافذ وقت ارتكابها؛ ويتوقف مدى ونطاق المسؤولية الجنائية في هذه الحالة على طبيعة القانون الملغي من حيث اتصاله بالإباحة أو التجريم، وكذلك من حيث نوع الجريمة التي يتضمنها النص النافذ بموجب حكم الإلغاء لعدم الدستورية.

الخاتمة

إن الطبيعة الخاصة للنص الجنائي، باعتباره يتضمن تقييدا للحقوق والحريات، أو يمنح في بعض حالاته فسحة من الحرية، تتجاوز بعض القيود التي يقرها النظام العام، تجعله يحاط بمجموعة من الضوابط الخاصة، التي تقتضيها ضرورة الحد من التعسف في تحديد نطاق القواعد الجنائية.

ولا شك أن ارتباط تلك الضوابط بالحريات والحقوق العامة أو بالنظام العام يجعلها ضوابط ذات طبيعة دستورية، ذلك أن المخالفة الدستورية لا يشترط لقيامها تعارض النص مع قاعدة صريحة، تؤثم تلك المخالفة، فطالما تلك المخالفة تتحقق من خلال تعارض النص مع مبادئ دستورية يقرها النظام القانوني، فإننا نكون أمام عثرة دستورية، ولهذا فإن مبدأ الضرورة في التجريم، ومبدأ التفريد القضائي وفكرة النظام العام، ووجوب احترامها في إطار ممارسة المشرع لوظيفة التجريم، تجد سندها في النصوص التي تقر حماية للحقوق والحريات العامة، فطالما أن التجريم ينطوي على تقييد الحرية، أو على الحد من ممارسة الحق، فإنه سيشكل مساسا بالقواعد التي تكفل تعزيزهما، وهو بذلك-أي هذا التقييد- سيبدو غير دستوري، إذا لم يستجب للضوابط التي تكفل عدم الشطط والتعسف في ممارسة تلك الوظيفة، ومخالفة المشرع لهذه الضوابط ستخضع لرقابة القضاء لتقييم مدى دستورية النص، وهو ما ينتج عنه إلغاء النص متى ثبتت عدم التزام المشرع بتلك الضوابط.

وعلى الرغم من اختلاف الاتجاهات الفقهية والتشريعية في تحديد أثر الحكم بعدم الدستورية من حيث سريانه على الماضي، فإن الاتجاه التي تبنته المحكمة العليا الليبية يبدو الأكثر استجابة لأهداف القانون الجنائي، فالإلغاء النص الجنائي، وانسحاب أثر الإلغاء على الماضي بشأن حالتي الإدانة والبراءة، يبدو موافقا لفلسفة مبدأ الشرعية من ناحية، ولفكرة العدالة من ناحية أخرى.

وإذا كان سريان الحكم بعدم الدستورية زمنيا على الماضي لا يثير إشكالا بشأن إلغاء النصوص المجرمة، فإن سريانه بأثر رجعي بشأن إلغاء النصوص المبيحة، وما يقتضيه ذلك من إعادة إنفاذ القانون المجرم النافذ قبل صدور القانوني الملغي لعدم الدستورية، قد يثير ظاهريا مشكلة عدم الرجعية، وهي بلا شك مشكلة لا تثور بشأن الحالة الراهنة، حال كون هذا المبدأ يقيد النصوص القانونية، لا أثر الأحكام، سيما أن الحكم بعدم الدستورية هو في حقيقته حكم مقرر، ولهذا، فإن انطباق القانون المجرم يكون بالاستناد لفكرة أثره المباشر حال كونه القانون النافذ وقت ارتكاب الفعل.

ولاشك أن خلو القانون الليبي من أحكام صريحة تنظم أثر الحكم بعدم الدستورية، وتبين آثاره خصوصا في نطاق تطبيق القانون الجنائي، يعد قصورا يفتح الباب أمام الاجتهاد، الذي قد لا يلبي متطلبات العدالة في ظل نصوص قانونية تقيد هذا الاجتهاد، وتحد من آثاره؛ فالتماس إعادة النظر، وإن كان سيمثل وسيلة لتصحيح ما ينتج عن إلغاء نص التجريم، فإن تطبيقه يقتصر على الجنايات والجرح وهو ما يخرج المخالفات من نطاقه، وهي وإن كانت جرائم قليلة الشأن، إلا أن العقاب عليها من خلال الاعتراف بالأحكام الباتة الصادرة بشأنها قبل الإلغاء، يعد مخالفا لمبدأ الشرعية، والذي لا يميز في نطاق تطبيقه بين الجرائم حسب جسامتها حيث تستوي أمامه الجرائم الجسمية واليسيرة والتافهة.

لا يختلف تعقيد الأمر بالنسبة لحالة إلغاء النص المبيح، والذي من آثاره إعادة إنفاذ النص الملغي، وتطبيقه على الواقعة، الأمر الذي لا يكفي لمواجهة آثاره الاستناد للقواعد العامة، والتي قد يترتب عليها نتائج تباها العدالة، كما هو الحال بالنسبة للمسؤولية في الجرائم الخطيئة.

ولهذا فإن من الأهداف التي يجب أن يتوخاها من توكل إليه مهمة وضع الدستور في ليبيا، إقرار نظام متكامل، يعزز ضوابط المشرع في مجال التجريم والعقاب، من خلال النص الصريح عليها، على نحو يقطع بالزاميتها، فضلا عن وجوب تبني قواعد واضحة لتنظيم آثار الحكم بعدم دستورية النص الجنائي، من خلال النص الصريح على آثار الحكم بعدم الدستورية، بحيث يعترف بالآثار الرجعي المطلق لهذا الحكم، ويحدد آليات تصحيح الأحكام الصادرة بناء على النص الملغي وينص صراحة على أحكام المسؤولية الجنائية في حالتها إلغاء النص المبيح والمجرم.

إن التنظيم القانوني الواضح لمسألة دستورية النص القانوني، والجنائي على وجه الخصوص، وما يترتب عليها من أحكام، سوف يضمن تطبيقا صحيحا للقواعد الجنائية، ويعزز فكرة الرقابة على المشرع في ممارسته لمهمة التجريم، بما يضمن حماية حقيقية للحقوق والحريات في مواجهة التعسف والشطط في التجريم والعقاب.

ثبت المراجع

أولاً- الكتب والبحوث:

أ. بالعربية:

- البدري (هشام محمد)، الأثر الرجعي للأحكام القضائية في تأثيره على الأمن القانوني.

- بوزيد (جمعة)، تعليق على حكم الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 3 لسنة 56، منشور على صفحة مجلة دفاع عن القضاء الليبي.

- الشاعر (رمزي طه)، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983م.

- القماطي (حميد محمد عبد السلام)، أثر الحكم الصادر عن القضاء الدستوري، مقدم للمؤتمر العلمي للمحاكم والمجالس الدستورية العربية، المنعقد بالأردن، خلال الفترة 28-29 فبراير 2016م، تحت عنوان (تحديات الواقع والإصلاحات الممكنة في ضوء المتغيرات الإقليمية).

ب. باللغة الفرنسية:

-BOTTON (Antoine), Droit pénal, procedure pénale et liberté individuelle, article publié sur internet:

[https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/bilan-de-trois-annees-de-qpc-droit-penal-procedure-penale-et-liberte-individuelle.](https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/bilan-de-trois-annees-de-qpc-droit-penal-procedure-penale-et-liberte-individuelle)



-CANIVET (Guy) - Membre du Conseil constitutionnel cahiers du conseil constitutionnel n°16 (dossier: le conseil constitutionnel et les diverses branches du droit) - juin 2004.

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-juge-judiciaire-dans-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel>.

-DE GOUVILLE PAULINE (Le Monnier), « Le principe de nécessité en droit pénal. À propos de l'ouvrage d'O. Cahn et K. Parrot (dir.), Actes de la journée d'études radicales. Le principe de nécessité en droit pénal. Cergy-Pontoise, 12 mars 2012, Lextenso, coll. LEJEP, 2013 », Les Cahiers de la Justice, 2014/3 (N°3), p. 495-503. DOI: 10.3917/cdlj.1403.0495. URL:

<https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2014-3-page-495.htm>. consulté le 22 mars 2020.

-MAZEAUD (Pierre), Libertés et ordre public, 2003, Article publié sur internet:

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/libertes-et-ordre-public>.

-SIZAIRE (Vincent) , « Mort et résurrection du principe de nécessité pénale: A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 10 février 2017 », *La Revue des droits*



de l'homme [En ligne], ActualitésDroits-Libertés, mis en ligne le 27 mars 2017,. URL

:<http://journals.openedition.org/revdh/3038> ; DOI :<https://doi.org/10.4000/revdh.3038>.

-VALÉRIE (Bernaud), et FATIN-ROUGE STÉFANINI (Marthe) « La réforme du contrôle de constitutionnalité une nouvelle fois en question ? Réflexions autour des articles 61-1 et 62 de la Constitution proposés par le comité Balladur », Revue française de droit constitutionnel, vol. hs 2, no. 5, 2008.

-LE BIHAN VALÉRIE (Goesel), Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale , Revue française de droit constitutionnel, 2001/1 (n°45), p. 67-83. DOI : 10.3917/rfdc.045.0067. URL:

<https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2001-1-page-67.htm>.

ثانيا- الرسائل العلمية:

-GROULEZ (Margaux), L'individualisation de la sanction pénale, Master 2 Recherche: Droit privé approfondi, spécialité pénale, Université Lille 2 Droit et Santé Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales, Lille, France, 2016-2017.

ثالثا- الأحكام القضائية والقرارات:

أ. الأحكام الليبية والعربية:

1. الأحكام الليبية:

- المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 28/3 ق، جلسة 1982/10/30.
- المحكمة العليا، طعن دستوري رقم 29 لسنة 59 ق، جلسة 2013/12/23.
- المحكمة العليا، طعن جنائي رقم 752 لسنة 50 ق، جلسة 2013/12/23.
- المحكمة عليا، طعن دستوري رقم 3 لسنة 56 ق، جلسة 2014/03/24.
- المحكمة العليا، الدوائر مجتمعة، طعن رقم 346 لسنة 55 ق، جلسة 2014/03/24.

- المحكمة العليا الليبية، طعن مدني رقم 57/1314 ق، جلسة 2015/8/27.

2. الأحكام المصرية:

- محكمة النقض المصرية، نقض جنائي، جلسة 5 ديسمبر 1938 م، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، ج 1، ص 143، رقم 294.
- محكمة النقض المصرية، نقض جنائي 2 فبراير 1945 م، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، ج 3 ص 319، رقم 169.
- المحكمة الدستورية العليا المصرية، الدعوى رقم 37 لسنة 9 قضائية، جلسة 19 مايو سنة 1990 م.

-المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم 35 لسنة 9 قضائية، جلسة 14 أغسطس 1994 م.

-المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم 64 لسنة 19 قضائية دستورية، جلسة 9 مايو 1998.

-المحكمة الدستورية العليا المصرية، الدعوى رقم 114 لسنة 21 قضائية، جلسة 2 يونيو 2001.

ب. قرارات المجلس الدستوري الفرنسي:

- Décision n°80-127 DC du 20 janvier 1981.
- Décision n°84-183 DC du 18 janvier 1985.
- Décision n°86-215 DC du 3 septembre 1986.
- Décision n°87-237 DC du 30 décembre 1987.
- Décision n°93-325 DC du 13 août 1993.
- Décision n°99-411 DC du 16 juin 1999.
- Décision n°2004-509 DC du 13 janvier 2005 .
- Décision n°2010-73 QPC du 3 décembre 2010.
- Décision n°2011-163 QPC du 16 septembre 2011.
- Décision n°2017-694 QPC du 2 mars 2018.

المُختَصَرُ في بعض أحكام كورونا المُنتَشِرُ

د. معتز عبدالوهاب عبدالله بالعجول⁽¹⁾

A Summary of Some of the Provisions of the Corona Pandemic Spread

Dr. Mutaz Abdulwhab Abadallah

ملخص البحث

لا شك أن ما حدث وسيحدث في المستقبل بالمسلمين فيه حكم لازم، أثبت بصريح الكتاب والسنة، أم بمعنى من دلائل الشرع الكلية مُستنبط؛ تخريجاً على الأصول العامة، أم بطريق القياس على الفروع الجزئية الفقهية، ومن هذه الحوادث: أحكام ما يتعلّق بانتشار الأوبئة بين الناس، ومن بينها: وباء كورونا المنتشر.

Abstract

There is no doubt that all incidents, which happened and will happen in the future to all Muslims are explicitly proved and stated by both the Quran and Sunna. Thus, they are driven by all Sharia evidences including the general fundamentals of the Sharia, and by the analogies from all jurisprudence branches. Among these incidents the provisions of the pandemics spread among people including the Corona Pandemic.

كلمات مفتاحية: أدلة - حفظ النفس - كورونا - الضرر - مقاصد الشريعة.

¹ - عضو هيئة التدريس بقسم الشريعة الإسلامية، كلية القانون، جامعة بنغازي.

تقديم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والتابعين، والأئمة المتبوعين أبي حنيفة ومالك والشافعي وابن حنبل، ومن سار على نهجهم، واستن بسنتهم إلى يوم الدين، وبعد: فمما لا شك أن الشريعة صالحة لكل زمان ومكان، وأن أحكامها قد نيّطت بالمصلحة أينما وجدت، وأن من لوازم تحقيق ذلك دفع المفسد أينما حلت، وكيفما يمكن أن تحصل فتدفع بغالب ظن المجتهد، فقد ألزم الشرع الأخذ بكل ما تدفع به مفسد الخلق، فنص على ذلك في قواطع الملة جملةً بكلياتها، وأكّدت عليه جميع جزئيات الشريعة بتفريعاتها.

واستقراء أدلة الكتاب والسنة يفيد أن أحكامها منوطة بمقاصد آيلة لتحقيق الصلاح الفردي والجماعي، وأنه سبحانه وتعالى ما كوّن الكون، وخلق الخلاق وأنزل الشرائع، وأرسل الرسل، وبعث الرسالات إلا لمقاصد أكدها، ومرام أرادها وأحكام علّها، لا تستقيم الحياة إلا بها، ولا الفوز بالآخرة إلا بتحقيقها.

والمقصد باستقراء الحاذقين المحققين لا يخرج من حقيقة كونه دفع مفسدة وجلب مصلحة، فجّل من تكلم في هذا الفن كان يعقد الربط بينهما يقول حجة الإسلام الغزالي - على سبيل التمثيل لا الحصر -: "أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة، أو دفع مضرة"⁽²⁾، ثم بيّن مراده من هذه العبارة بأن قال: "ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق

⁽²⁾ الغزالي: المستصفى، 174/1.

خمسة...⁽³⁾، وعدّد من بينها كليات الشريعة الخمسة المعروفة بين العلماء.

وقد عرّف ابن عاشور المصلحة بأنها: "وصفٌ للفعل يحصل به الصلاحُ أي النفع منه دائماً، أو غالباً للجمهور أو للأحاد"⁽⁴⁾، وقال في ذات السياق أيضاً: "المصالحُ كثيرةٌ متفاوتةُ الآثارِ قوةً وضعفاً في صلاحِ أحوالِ الأمة أو الجماعة، وأنها أيضاً متفاوتةٌ بحسبِ العوارضِ العارضةِ والحاقةِ بها من معضداتٍ لآثارها أو مبطلاتٍ لتلك الآثارِ كلاً أو بعضاً، وإنما يعتبر منها ما تتحقق أنه مقصودٌ للشريعة، لأن المصالحَ كثيرةٌ منبئةً"⁽⁵⁾.

أهمية الموضوع وسبب اختياره:

يظهر جلياً من خلال ما سبق ربطُ العلماء بين مصطلح المقصد والمصلحة، والدراسةُ تدور على مقصد الشريعة في المحافظة على صحّة الأبدان، ولزوم الأخذ بكل الأسباب الممكنة لمواجهة الأوبئة التي تؤدي إلى إهدارها، بدايةً من استقراء الموجود قديماً في كتب الفقه، والمتعلق بمرض الطاعون، وما حصل في القرن العشرين من أحكام مرض السارس، وصولاً إلى مرض كورونا الخطر في سرعة انتشاره بين الناس، وعرضه على ميزان جلب المصالح ودفْع المفسد.

⁽³⁾ المصدر نفسه: الموضوع نفسه.

⁽⁴⁾ الطاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة، 114/2.

⁽⁵⁾ المصدر نفسه: 230/3.

إشكالية البحث:

يمكن إبراز الإشكالية عبر التساؤلات الآتية:

هل عالجت الشريعة -بأدلتها الإجمالية والتفصيلية- كل ما يؤدي إلى الإضرار بالنفس من جراء الأوبئة والأمراض الطارئة المهلكة؟
هذه المعالجة، هل تختلف عند التشريع المبتدأ للنصوص، مع التطبيق المُراعي لمراد الشارع في كل ما يُستجد من أحداث ووقائع؟
ما تخريج بعض الأحكام المتعلقة بوباء كورونا المنتشر، وفقاً للمقاصد الكلية، والمفاهيم العامة الشرعية المُراد من الله عزّ وجلّ عند التكليف؟

خطة البحث:

مما سبق يمكن عرض ما يتعلق بالدراسة من خلال ثلاثة مطالب: الأول يتناول التأصيل لموضوع الدراسة (مواجهة الأوبئة)، والثاني يتعرض لفقهِ التشريع والتطبيق، وغالبية الظنّ في بناء أحكامهما، ونخصّص الثالث للأحكام المتعلقة بالأوبئة - كورونا أنموذجاً.
وعرض ذلك يتم وفق أطر الأصول المتفق عليها بين الباحثين في مناقشة المسائل، بمنهج استقرائي تُضبط به الأصول، وتُنسب به الفروع، منتهياً بمشيئة الله وتوفيقه إلى نتائج تخلص لها الدراسة.

المطلب الأول

التأصيل لموضوع الدراسة (مواجهة الأوبئة)

مواجهة الأوبئة من لوازم تحقيق مقصد حفظ النفس، وفي هذا الفرع أبدل كُنه الوسع لتوضيح ذلك من كليات الشريعة المنصوص عليها في الكتاب والسنة وما أجمع عليه العارفون في الفقه، فأبين المقصود بما يأتي :

في القرآن الكريم: نصَّ المولى عزَّ وجلَّ على لزوم التخفيف، وعدم التشديد على الناس، ورفع الحرج عنهم، ومُتَعَلِّقٌ ذلك يظهر في أن عدم الأخذ بموجبات المحافظة على الأبدان يعدّ من أمثل صور التعسير على الناس، فلا يمكن للشرع أن يقرّر نصّاً يفيد المحافظة على مقصود الشرع في حفظ النفس من المعتدي، ثم لا يؤكد على الأخذ بجميع الأسباب التي تحافظ عليها من المكفِّف مطلقاً، فيأمره بهلاكها وعدم الأخذ بالأسباب للمحافظة عليها! إذ لزوم ذلك عبثٌ، والشرع لا يقرّه. كيف لا يكون الأمر كذلك؟ وقد أباح الشرع ترك الواجب في عدم جواز الكفر، إلى جوازه خوفاً على هلاك النفس بصريح الآية، والتوحيد - كما هو معلوم - سبب إرسال الرسل، وتنزيل الكتب، وهو سبب وجود الخلائق، بتقريره النجاة من العذاب يوم الدين، فإذا تأكد هذا في التوحيد، صار ترك ما هو أقل منه من الفرائض والواجبات أكد من أجل المحافظة على النفس.

وفي السنة المطهرة نظير ذلك، نذكر من بينها تمثيلاً:

- حديث "لا ضرر ولا ضرار"⁽⁶⁾ يُشرِّع مفهوماً كلياً لجميع التكاليف الشرعية المأمور بها، فلا ضرر مطلق من أي أحد لأحد، ولا ضرار؛ أي لا يجوز الضرر بمن أضر⁽⁷⁾.

(6) رواه ابن ماجة في سننه: باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، 432/3، رقم 2341 . حديث صحيح لغيره.

(7) الباجي: المنتقى شرح الموطأ، 46/6.

- حديث "مَا نَهَيْتُكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا، وَمَا أَمَرْتُكُمْ بِهِ، فَخُذُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ"⁽⁸⁾، يؤكد على ترك المنهي عنه على الفور، وإتيان الأمور به -مطلقا- قدر الاستطاعة، فعلم أن الفعل المستطاع إذا تصادم مع المنهي عنه، كقتل النفس مثلاً، فإنه يُترك؛ أي المأمور به .

ولعلّ أكمل ما قيل بخصوص هذين الحديثين ما ذكره أبو داود السجستاني والنووي، أن الفقه يدور على خمسة أحاديث ذكر من بينهما الحديثين السابقين⁽⁹⁾ بل إنهما أساس التشريع في كل عصرٍ ومصرٍ، أكد على مفهومها العلماء في جميع مسائل الفقه والدين.

- حديث: "لَا يُورَدُ مُمْرَضٌ عَلَى مُصِحِّ"⁽¹⁰⁾، ولازمه يدل على اجتناب كل أسباب الهلاك والشر، والمنع هنا بسبب احتمال انتقال العدوى من المريض إلى الصحيح فإذا تيقن، أو غلب على الظن، حصول الانتقال تأكد عدم اجتماع المريض مع الصحيح. قال النووي: "أما حديث لا يورد ممرض على مصحح فأرشد فيه إلى مُجَانِبَةِ مَا يَحْصُلُ الضَّرَرُ عِنْدَهُ فِي الْعَادَةِ"⁽¹¹⁾.

(8) رواه مسلم في صحيحه: كتاب الفضائل، باب توقيره ﷺ وترك كثرة سؤاله، 1930/4. رقم: 1337.
قال النووي: "هَذَا مِنْ جَوَامِعِ الْكَلِمِ وَقَوَاعِدِ الْإِسْلَامِ، وَيَدْخُلُ فِيهِ كَثِيرٌ مِنَ الْأَحْكَامِ، كَالصَّلَاةِ لِمَنْ عَجَزَ عَنْ رُكْنٍ مِنْهَا أَوْ شَرَطِ، فَيَأْتِي بِالْمَقْدُورِ، وَكَذَا الْوُضُوءِ وَسُنَنِ الْعُورَةِ وَحِفْظِ بَعْضِ الْفَاتِحَةِ وَإِخْرَاجِ بَعْضِ زَكَاةِ الْفِطْرِ لِمَنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْكُلِّ وَالْإِمْسَاكِ فِي رَمَضَانَ لِمَنْ أَفْطَرَ بِالْعُدْرِ ثُمَّ قَدَرَ فِي أَثْنَاءِ النَّهَارِ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْمَسَائِلِ الَّتِي يَطُولُ شَرْحُهَا". المنهاج: 109/10. ابن حجر: فتح الباري، 262/13.

(9) ابن رجب: جامع العلوم والحكم، 63/1. المنهاج: 109/10، ابن حجر: فتح الباري، 262/13.

(10) رواه مسلم في صحيحه: كتاب السلام، باب لا عدوى ولا طيرة ولا هامة، 1743/4/ رقم 2221.

(11) النووي: المنهاج، 213/14.

قال ابن حجر: "قَالَ النَّبِيُّ ﷺ وَأَمَّا مَا تَبَيَّنَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ لَا عَدْوَى فَهُوَ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي كَانُوا يَتَعَدُّونَهُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ مِنْ إِضَافَةِ الْفِعْلِ إِلَى غَيْرِ اللَّهِ تَعَالَى، وَقَدْ يَجْعَلُ اللَّهُ بِمَشِيئَتِهِ مَخَالَطَةَ الصَّحِيحِ مَنْ بِهِ شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ الْعُيُوبِ سَبَبًا لِحُدُوثِ ذَلِكَ، وَلِهَذَا قَالَ ﷺ فِرٌّ مِنَ الْمَجْدُومِ فِرَارِكَ مِنَ الْأَسَدِ، وَقَالَ لَا يُورَدُ مُمْرَضٌ عَلَى مُصِحِّ، وَقَالَ فِي الطَّاعُونَ مَنْ سَمِعَ بِهِ بَارِضٌ فَلَا يَقْدُمُ عَلَيْهِ، وَكُلُّ ذَلِكَ بِتَقْدِيرِ اللَّهِ تَعَالَى" فتح الباري: 161/10.

- حديث الطاعون عن عبدالرحمن بن عوف أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: "إِذَا سَمِعْتُمْ بِهِ بِأَرْضٍ فَلَا تُقَدِّمُوا عَلَيْهِ، وَإِذَا وَقَعَ بِأَرْضٍ وَأَنْتُمْ بِهَا، فَلَا تَخْرُجُوا فِرَارًا مِنْهُ" (12) والحديث صريح مشهور في منع مفسدة انتشار المرض، فلا يخرج المكلف من مكان به مرض ينتقل بخروجه إلى مكان آخر، ولا يدخل الصحيح أرضاً بها مرض ينتقل له بدخوله المكان.

وهذا من صريح التأكيد على حفظ النفس والأبدان، وحمائتها من الهلاك، قال الخطابي: "قوله ﷺ: لا تقدموا عليه إثبات الحذر والنهي عن التعرض للتلذذ" (13) وقال الروياني: "قوله: لا تقدموا عليه فيه إثبات الحذر والنهي عن التعرض للتلذذ وقوله: ولا تخرجوا فراراً منه، فيه إثبات التوكل والتسليم لأمر الله تعالى وقضائه فأحد الأمرين تأديب وتعليم، والآخر تفويض" (14).

وقد جمع ابن القيم بعضاً من حكم المنع من الدخول لأرض الطاعون فقال: "قد وقع من ذلك عدة حكم منها: تَجَنُّبُ الْأَسْبَابِ الْمُؤَذِّيَةِ وَالْبُعْدُ مِنْهُ، وَالْأَخْذُ بِالْعَافِيَةِ الَّتِي هِيَ مَادَّةُ الْمَعَاشِ وَالْمَعَادِ، وَالْأَيْسْتَنْشِقُوا الْهَوَاءَ الَّذِي قَدْ عَفِنَ وَفَسَدَ فَيَمْرَضُوا وَالْأَيْ جَاوَرُوا الْمَرْضَى الَّذِينَ قَدْ مَرَضُوا بِذَلِكَ، فَيَحْصُلَ لَهُمْ بِمُجَاوَرَتِهِمْ مِنْ جِنْسِ أَمْرَاضِهِمْ..." (15).

فتبين من خلال ما سبق أن علل المنع والخروج تدور على حفظ النفس من الهلاك، والتأكيد على الأخذ بأسباب العافية، بل إن في النص مفهوماً يفيد بأن هلاك البعض لا يجب أن يؤدي إلى هلاك الجميع، فأمر بعدم الدخول والخروج خشية توسع الضرر الحاصل.

(12) رواه البخاري في صحيحه: كتاب الطب، باب ما يذكر في الطاعون، 130/7، رقم 5730.

(13) الخطابي: معالم السنن، 299/1 .

(14) الروياني: بحر المذهب، 605/2 .

(15) ابن قيم الجوزية: زاد المعاد، 40/4 .

وفي الإجماع: أجمع العارفون بمراد الله أن حفظ النفس يعدُّ من المقاصد الضرورية التي لا تستقيم الحياة إلا بحفظها، ودفع كلِّ ما من شأنه قد يؤول بهلاكها وأن الشرع قد أكد ذلك في مناسباتٍ كثيرة، حتّى قدّمها بعضُ العلماء -في ترتيب المقاصد- على حفظ الدين⁽¹⁶⁾.

قال ابن أمير الحاج -بعدهما تحدّث عن الضروري من المقاصد - : "وَحَصْرُ الْمَقَاصِدِ فِي هَذِهِ ثَابِتٌ بِالنَّظَرِ إِلَى الْوَاقِعِ وَعَادَاتِ الْمَلَلِ وَالشَّرَائِعِ بِالِاسْتِفْرَاءِ"⁽¹⁷⁾ يعني: المقاصد الضرورية، والتي من بينها حفظ النفس.

ومن القواعد الفقهية الدالة على حفظ النفس، وميزان المفسدة والمصلحة المتعلّق بحفظها:

قاعدة الضرر يُزال: وأصلها الحديث السابق "لا ضرر ولا ضرار"⁽¹⁸⁾ قال الزركشي: هي "شرطُ الفقه، فإن مقصودَ الأحكامِ الفقهية مهماتٌ جلبِ المنافع

⁽¹⁶⁾ وهذا الخلاف يدور على اعتبارين هما: الأول: هل يعد حفظ الدين بمعنى حفظ الإسلام ككل، فمن عدّ حفظه بهذا المعنى قدّمه على حفظ النفس.

والثاني: من عدّ حفظ الدين بمعنى حفظ بعض العبادات الدينية المحضة، قدّم حفظ النفس عليها، واستدل هؤلاء بأدلة كثيرة من بينها حادثة عمّار بن ياسر رضي الله عنه، لما أكرهه الكفار على النيل من النبي صلى الله عليه وآله وسلم، ففعل إبقاءً على نفسه. وعلى كل حال لقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى فريقين، جمهورهم يقدمون حفظ الدين على النفس، وبعضهم يقدمون حفظ النفس على الدين، ويورد تاج الدين السبكي في شرح المنهاج سبب اختلاف العلماء في ذلك فيقول -بتصرف-: الضروري قد يكون دينياً ودينيّاً، ومن هنا اختلف العلماء، فمنهم من قدم الآخروي على الدنيوي، لعل رأها، ومنهم العكس فيقول: ويرجح من المناسبة من هو واقع في محل الضرورة على ما وقع في محل الحاجة وهو المصلحي، أو التتمة وهو التحسيني كما تقدم شرح ذلك في كتاب القياس، وترجع الضرورية الدينية على الضرورة الدنيوية؛ لأن ثمرتها السعادة الآخروية التي هي انجح المطالب وأرواح المكاسب، فإن قلت: بل ينبغي العكس، لأن حق الأدمي مبنى على الشح والمضايقة، وحق الله تعالى مبنى على المسامحة والمساهلة، ولهذا كان حق الأدمي مقدماً على حق الله تعالى، لما ازدحم الحقان في محل واحد، وتعذر استيفاؤهما منه، كما يقدم القصاص على القتل في الردة، والقطع في السرقة، كذا الدين على زكاتي المال والفطر في أحد الأقوال، قلت: الذي نختاره تقديم حق الله تعالى، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم في حديث الخثعمية: فدين الله أحق بالقضاء".

ينظر لخلاف الأصوليين في المسألة: الرازي: المحصول، (160/5 - 220) . (256/7) . الغزالي: المستصفى (2/ 482)، الشاطبي: الموافقات (2/ 17 - 325). الإسنوي: نهاية السؤل، (2/ 300) شمس الدين الأصفهاني: بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، 403/3.

⁽¹⁷⁾ ابن أمير الحاج: التقرير والتحبير على تحرير الكمال بن الهمام، 144/3، الريسوني: نظرية المقاصد عند الشاطبي، 43/1 وما بعدها.

ودفع المضار⁽¹⁹⁾، وقال أبو زرعة العراقي: هذه القاعدة "كثيرة التوغل في أبواب الفقه كالحُدود، فهي لدفع الضرر عن الضروريات الخمسة المعتبرة بالإجماع"⁽²⁰⁾ ومن بينها - كما مر - حفظ النفس.

فعلمنا من خلال النصين السابقين أن تطبيق القاعدة خادمٌ لمقاصد الشرع في حفظ ضرورياته.

قال الماوردي: "هذه القاعدة فيها من الفقه ما لا حصر له، ولعلها تتضمن نصفه، فإن الأحكام إما لجلب المنافع، أو لدفع المضار ... وهذه القاعدة ترجع إلى تحصيل المقاصد، وتقريرها بدفع المفاسد أو تخفيفها"⁽²¹⁾.

ومن فروع هذه القاعدة "أن الضرر لا يزال بالضرر، وقد مثل لها في كتب القواعد بالساقط على جريح، يقتله إن استمر قائماً عليه، ويقتل غيره إن انتقل عنه قيل: يستمر، لأن الضرر لا يزال بالضرر، وقيل: يتخير الاستواء، وقال الإمام الحاكم: لا حكم في هذه المسألة، وتوقف الغزالي.."⁽²²⁾.

وتعد هذه القاعدة من أكثر القواعد التي بنيت عليها مسائل الشريعة، حتى قيل بأن مذهب أبي حنيفة كله يرد إلى سبع عشرة قاعدة، من بينها هذه، وقد رد القاضي أبو حسين مذهب الشافعي برمته إلى أربع قواعد، من بينها هذه القاعدة، وما تفرع منها⁽²³⁾.

قال الشيخ زكريا الأنصاري: "مبنى الفقه على أربعة أمور، وإن لم يرجع أكثره إليها إلا بتكلف. (أن اليقين لا يُرفع) من حيث استصحاب حكمه (بالشك) ...

(18) السيوطي: الأشباه والنظائر، 83/1.

(19) الزركشي: تشنيف السامع شرح جمع الجوامع، 463/3.

(20) أبو زرعة العراقي: الغيث الهامع، 658/1.

(21) المرادوي: التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، 3846/8.

(22) تاج الدين السبكي: الأشباه والنظائر، 41/1.

(23) السيوطي: الأشباه والنظائر، 7/1. العطار: حاشية العطار على شرح جلال المحلي على جمع الجوامع، 398/2.

(و) أن (الضرر يُزال) وجوباً... (و) أن (المشقة تجلب التيسير)، ومن مسأله جواز القصر والجمع والفطر في السفر بشرطه. (و) أن (العادة محكمة) ... "(24).
والشاهد من هذه القاعدة - والمتعلق بالدراسة - أنه عند تحقق الضرر على النفس - ولو بغلبة الظن - وجب على المكلف إزالته؛ لأن التشريع يكمن في المحافظة على مقصد الشرع الرئيس، والقاعدة - عند التحقيق - خادمة لذلك.
وينفرع من هذه القاعدة قواعدٌ أُخرى متداخلة متعلقة بمضمونها، قال ابن نجيم: "هَذِهِ الْقَاعِدَةُ مَعَ الَّتِي قَبْلَهَا مُتَّحِدَةٌ أَوْ مُتَدَاخِلَةٌ، وَتَتَعَلَّقُ بِهَا قَوَاعِدُ الْأُولَى: الضَّرُورَاتُ تُبِيحُ الْمَحْظُورَاتِ... الثَّانِيَةُ: مَا أُبِيحَ لِلضَّرُورَةِ يُقَدَّرُ بِقَدْرِهَا"(25)، أو "الضرورة تقدر بقدرها"(26).
وذكروا من تطبيقات الفرع الأول: التلطف بالكفر عند الإكراه، ومن تطبيقات الثاني: أكل المضطرّ الميتة بقدر سد الجوع، فإذا جاز ذلك، جاز فعل ما هو أدنى كإسقاط الفروض والواجبات لضرورة حفظ النفس من انتشار الأوبئة.
ومن تفرعات هذه القاعدة: تحمّل الضرر الخاص في مواجهة الضرر العام، ومثلوا لها: "جَوَازُ الرَّمْيِ إِلَى كُفَّارٍ تَتَرَسَّوْا بِصِيبِيَانِ الْمُسْلِمِينَ"(27)، ومعنى ذلك أنه يجوز قتل المسلم الذي استعمله العدو ترساً من أجل المحافظة على المسلمين، وقتل المسلم حرام؛ لأن فيه إهداراً للنفس التي حرّم الله، وأكّد على المحافظة عليها بمقصد ضروري، لكن لما كانت هذه النفس في مواجهة أنفس عموم المسلمين هُدّرت، لأجل تعارض المفسد، ودفع أشدها بأقلها مصلحة.
ومراعاة ما سبق لأجل قواعدٍ أُخرى يجب بيئتها باختصار في الدراسة، وهي: "دفع - أو درء - المفسد أولى من جلب المصالح".

(24) غاية الوصول شرح لب الأصول: 147/1.

(25) ابن نجيم: الأشباه والنظائر، 73-72/1.

(26) ابن نجيم: الأشباه والنظائر، 73/1.

(27) المصدر السابق: 74/1.

ومعنى هذا أن المأمور به من الله سبحانه، والذي فيه مصلحة الخلق إذا ترتب على الإتيان به مفسدة، اعتُبرت مفسدةً ودفعت - من باب أولى وأكد - في مواجهة المصلحة من عين الفعل المأمور به، ولذا قيل: "إن رجحت المفايد دفعناها ولا نبالي بفوات المصالح"، والعكس⁽²⁸⁾، وقيل: "إذا اجتمعت المفايد المفضة، فإن أمكن درؤها درأنا، وإن تعدد درء الجميع درأنا الأفسد فالأفسد، والأرذل فالأرذل، فإن تساوت فقد يتوقف، وقد يتخير وقد يختلف في التساوي والتفاوت، ولا فرق في ذلك بين مفايد المحرمات والمكروهات"⁽²⁹⁾، وقيل: "الخطر على الإباحة، وقيل: بالعكس، وعلى التدب والوجوب؛ لأن دفع المفايد أهم"⁽³⁰⁾. قال الشارح: "ويرجح الخطر على التدب؛ لأن التدب لتحصيل المصلحة، والخطر لدفع المفسدة، ودفع المفايد أهم من تحصيل المصالح.. ويرجح الخطر على الوجوب، لأن دفع المفسدة أهم"⁽³¹⁾.

وعلى كل حال إن جاءت المفسدة بمعارض يدل على انتفاء المصلحة، فلا خلاف في عدم اعتبار المصلحة، وإذا كان المعارض يدل على وجود مفسدة مساوية للمصلحة، أو ترجح عليها، دُرئت المفسدة، وهو اختيار جمهور الأصوليين، لعدم مناسبة اعتبار المصلحة شرعاً و عرفاً⁽³²⁾. وبمعنى آخر: "إذا اجتمع للمضطر محرمان، كل منهما لا يُباح بدون الضرورة، وجب تقديم أخفهما مفسدةً، وأقلهما ضرراً؛ لأن الزيادة لا ضرورة إليها، فلا تباح"⁽³³⁾.

(28) العز بن عبدالسلام: الفوائد في اختصار المقاصد، 47/1.

(29) العز بن عبدالسلام: قواعد الأحكام، 93/1.

(30) شمس الدين الأصفهاني: بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، 390/3.

(31) المصدر نفسه: 392/3. عضد الدين الإيجي: شرح مختصر المنتهى، 664/3.

(32) الزركشي: البحر المحيط، 281/7. الشوكاني: إرشاد الفحول، 135/2.

(33) ابن رجب: القواعد، 246/1. آل برونو: موسوعة القواعد الفقهية، 229/1/1. الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب

الأربعة، 230/1.

ومن معاني هذا الكلام أنه إذا كان في ترك المأمور به مفسدةً، وكان الترك لأجل مفسدةٍ أكد منه، تُرك الأول؛ لدفع الثاني لشدته، والملاحظ أن عملية الترجيح هنا في زمن الضرورة⁽³⁴⁾.

ولعل ما يقارب ذلك مسألةٌ مشتهرةٌ في أصول الفقه، وهي علّة كون النهي يدلُّ على الفور والتكرار، ولا يُشترط هذا الوصف في الأمر.

وجوابه: أنه لما رُجِحَ النهي على الأمر؛ لشدة الطلب في النهي، واقتضائه الدوام؛ ولأنّ دفع المفسد في النهي مقدّمٌ على جلب المصالح بالأمر كما مرّ، اعتُبر وصفُ الفورية والتكرار فيه على الأمر⁽³⁵⁾. قال السيوطي: "إذا تعارضت مفسدةٌ ومصالحةٌ؛ قُدِّم دفع المفسدة غالباً؛ لأنّ اعتناء الشارع بالمنهيات أشدُّ من اعتنايه بالمأمورات"⁽³⁶⁾.

وأتمّ ما يمكن الختام به في توضيح هذه القاعدة وما تفرع منها أنه -وعند الاستقراء لأقوال الأصوليين في الترجيح ما بين المصالح والمفاسد - يظهر من

⁽³⁴⁾ مصطلحات مغايرة للمعنى:

"إذا تعارضت مفسدتان رُوعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما، أو إذا تعارضت مفسدتان رُوعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما، أو إذا تقابل مكروهان أو محظوران أو ضرران، ولم يمكن الخروج عنهما، وجب ارتكاب أخفهما، وقيل: تحتل أخف المفسدتين لدفع أعظمهما، أو يختار أهون الشرين، أو ارتكاب إحدى المفسدتين لدفع أعلاهما، أو تقدم المصلحة الغالبة على المفسدة النادرة ولا تترك لها، أو دفع أعلى المفساد بأدائها".

شرح المصطلحات: "جاءت الشريعة لتحقيق مصالح الناس، بجلب النفع لهم، ودرء المفسدة عنهم، فيجب دفع المفساد كلها ما أمكن، فإن عرّضت المفساد، ولا يمكن دفعها كلها، فيجب اختيار المفسدة الأخف، وارتكابها، ودفع المفسدة الأعظم والأشد، ومراعاة أعظم المفسدتين تكون بإزالتها، لأن المفساد تراعى نفيًا، والمصالح تراعى إثباتًا، لأن مقصود الشريعة تعطيل المفساد وتقليلها بحسب الإمكان، واختيار المفسدة الأخف ضرراً تساعد على تجنب الأشد ضرراً، لأن مباشرة المحظور لا تجوز إلا للضرورة، ولا ضرورة في حق الزيادة، قال ابن النجار الفتوح: فدرء العليا منهما أولى من درء غيرها، وهذا واضح، يقبله كل عاقل، واتفق عليه أولو العلم". الزحيلي: 231/1.

⁽³⁵⁾ ولذلك قيل: "يقدم النهي على الأمر، لأن دفع المفساد يقدم على جلب المصالح". شهاب الدين الكوراني: الدرر اللوامع في شرح جمع الجوامع، 83/4، وهذه من لوازم شرح القاعدة: "لا ضرر ولا ضرار"، وما تفرع منها.

⁽³⁶⁾ السيوطي: 87/1. وقد ذكر السيوطي دليل قوله بحديث النبي ﷺ والذي قدّمناه في الدراسة "إذا أمرتكم بأمرٍ فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيءٍ فاجتنبوه".

خلال ذكْرهم الأصول، وتفريع الفروع عليها أن إفضاء الحرمة إلى مقصودها، أتم من إفضاء الوجوب إلى مقصوده .

قال الأمدى في معرض كلامه عن الترجيح العائد إلى مدلوله: "الثاني: أن يكون مدلول أحدهما الحظر والآخر الوجوب، فما مُقتضاه التَّحريم أولى لوجهين: الأول: هو أن الغالب من الحرمة إنما هو دفع مفسدة مُلازمة للفعل أو تقيُّلها، وفي الوجوب تحصيل مصلحة مُلازمة للفعل، أو تكميلها، واهتمام الشارع والعقلاء بدفع المفسد أتم من اهتمامهم بتحصيل المصالح، ولهذا فإن من أراد فعلاً لتحصيل مصلحة، ينفر عنه إذا عارضه في نظرة لزوم مفسدة مساوية للمصلحة، كمن رام تحصيل برهم على وجه يلزم منه قوات مثله، وإذا كان ما هو المقصود من التحريم أشد وأكدر منه في الواجب كانت المحافظة عليه أولى.

الوجه الثاني: أن إفضاء الحرمة إلى مقصودها أتم من إفضاء الوجوب إلى مقصوده، فكانت المحافظة عليه أولى، وذلك لأن مقصود الحرمة يتأتى بالتَّرك وذلك كافٍ مع القصد له، أو مع الغفلة عنه، ولا كذلك فعل الواجب. وأيضاً فإن ترك الواجب وفعل المحرم إذا تساوى في داعية الطبع إليهما فالتَّرك يكون أيسر وأسهل من الفعل، لتضمن الفعل مشقة الحركة وعدم المشقة في التَّرك، وما يكون حصول مقصوده أوقع يكون أولى بالمحافظة عليه"⁽³⁷⁾.

ملخص ما يمكن أن يقال: إن دفع المفسد في الشرع أكد من تحقيق المصالح، وأن من المصلحة اتفاقاً⁽³⁸⁾ تركها مع المفسدة الراجعة والمساوية؛ لأن

⁽³⁷⁾ الإحكام في أصول الأحكام: 259/4.

قال ابن مفلح: "يقدم على نذب ووجوب؛ لأن دفع المفسدة [أهم] بدليل ترك مصلحة لمفسدة مساوية، وشرع عقوبته أكثر كرجم زان محصن؛ ولأن إفضاء الحرمة إلى مقصودها أتم لحصوله بالتَّرك قصده أولاً بخلاف الواجب". المرادوي: التحبير شرح التحرير، 4185/8. ابن مفلح: أصول الفقه، 1602/4. الإيجي: شرح العضد، 665/3.

⁽³⁸⁾ وقد نقل الماوردي الاتفاق فقال: "من القواعد إذا دار الأمر بين ذرء مفسدة وجلب مصلحة، كان ذرء المفسدة أولى من جلب المصلحة، قاله العلماء، وإذا دار الأمر أيضاً بين ذرء إحدى المفسدتين، وكانت إحداهما أكثر فسأداً من الأخرى، فدرء العليا منهما أولى من ذرء غيرها، وهذا واضح يقبله كل عاقل، واتفق عليه أولو العلم". التحبير: 3851/8.

مراد الشارع في درئها، ولو كان الدرء عبارةً عن ترك واجبٍ مأمورٍ به قطعاً لضرورة.

فانتشار الأوبئة - وهو موضوع الدراسة - مفسدةٌ متحققةٌ بدراسة المختصين، فلو كان انتشارها يؤدي قطعاً - أو بغالب الظن- إلى هلاك النفس، اعتُبر منع ذلك بأي فعلٍ يؤدي إلى عدم انتشار الوباء، ولو على حساب المأمورات، إذا تبين أن فعل المأمورات يساعد في انتشارها، وتطبيق هذا سيأتي في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

فقه التشريع والتطبيق، وغالبية الظن في بناء أحكامهما

ما الفرق بين فقه التشريع المبتدأ وفقه التطبيق؟

فقه التشريع - كما هو ظاهرٌ لكل مستقريٍّ لفروع الشريعة- يُقصد به التكليف المبتدأ من الله عزّ وجل في الوضع الاعتيادي الطبيعي لصدور التكليف، بعيداً عن حاجة الناس المفرطة، والضرورة الطارئة القاهرة، إذ بوجودهما قد يتغير تطبيق التشريع المبتدأ -ظاهراً- من المولى عزّ وجلّ إلى التشريع الناظر لظروف الواقع والمقدّر لمآل التطبيق المستقبلي للحكم، محاولة لدفع المفسد ما أمكن، وفي دفع ذلك تحقيق جزء المصلحة التي أَرادها المولى من روح التشريع المنجلي لكلّ من أحاط بمقاصد الشرع ومراميه، وحكم الأحكام وعللها.

ولا يظنّ الواحد أنهما متغايران -بحسب الظاهر- بل كلاهما من تشريع الشارع، فالمولى بتشريع أحكامه لم يُردّ تطبيق ظواهر الكلم بحروفه، بل أراد تحصيل المقاصد من وراء فرض النصوص الشرعية، فإذا لم تُدرك بالتشريع المبتدأ، استُدركت بعللها المعروفة عند العارفين بمراد الله من تشريع أحكامه.

وبالمثال يتضح المقال، فحديث النبي ﷺ في النهي عن كتابة غير القرآن يقصد النهي عن كتابة السنة: "لَا تَكْتُبُوا عَنِّي، وَمَنْ كَتَبَ عَنِّي غَيْرَ الْقُرْآنِ

كُتِبَ فَأَكْتُبُوا عَلَيْهَا، وَتَرَكَوْا كِتَابَ اللَّهِ، وَإِنِّي وَاللَّهِ لَا أَلْبَسُ كِتَابَ اللَّهِ بِشَيْءٍ أَبَدًا" (40) إشارةً منه للمقصد من منع تدوين السنّة بدايةً؛ ولأنّ رأيَه كان متناسباً مع حالة الناس في ذلك الوقت، فإنّ عهدهم بالقرآن لا يزال حديثاً؛ ولأنّها لو دوّنت، يعني السنّة، وتناولها الناس بالحفظ والدراسة لزامت القرآن، كما أشار إلى ذلك عمرٌ رضي الله عنه في ظاهر منصوص الأثر المنقول عنه.

واستمر الأمر كذلك حتى أمر عمرُ بنُ عبد العزيز رضي الله عنه بتدوينها في خلافته، وعَلَّ البخاري في صحيحه، والقسطلاني والعيني في شرحهما لكلام البخاري، وابن عبد البر والزرقاني في شرحهما لرواية الموطأ: أنّ أمر تدوينها من عمر كان بسبب مخافة زهاب العلم، ودروس العلماء بموتهم قبل تدوين ما عندهم من صحيح سنّة رسول الله ﷺ (41).

فعلّم أنّ هناك تدويناً مخالفاً لظاهر النص الأول، وأنّ هذا التدوين مرتبطٌ بمقصد أرادَه عمرٌ رضي الله عنه، وبواقعٍ مرتبطٍ بهذا المقصد، وهو المتمثّل في زهاب السنّة بزهاب العلماء العالمين بصحيحها من ضعيفها، قال القسطلاني: "كان الاعتمادُ - يعني على حفظ السنّة في بداية الأمر - آنذاك إنما هو على الحفظ، فخاف عمر بن عبد العزيز في رأس المئة الأولى من زهاب العلم بموت العلماء، فأمر بذلك" (42). فاجتمع لأمر عمرٍ أمورٌ:

- الأول: مخالفةٌ ظاهريةٌ لنص منع التدوين.
- الثاني: سببُ المخالفة مقصدُ حفظ الدين، بخوف زهاب الحافظين لسنّة رسول الله، فحافظ على المقصد الأول للنص (حفظ الدين)، وخالف الجزء الذي يقضي بمنع

(40) رواه البيهقي في السنن الكبرى: باب من كره أن يقام على وجه التعظيم مخافة الكبر، 407/1، رقم 731.

(41) القسطلاني: إرشاد الساري، 195/1. العيني: عمدة القاري: 129/2. ابن عبد البر: التمهيد، 251/17. الزرقاني: شرح الموطأ،

56/1.

(42) القسطلاني: 195/1.

تدوين السنّة إلى الأمر بتدوينها، لعلمه بأن النصوص لا تُشرع إلا لمقاصد ومرام أرداها الشارع من التكاليف.

- الثالث: النظر إلى الواقع، وهو خوفُ ذهابِ العلماء، وضياع السنن، هو سببُ الأمر بتدوينها، فكان النظرُ في ذلك سبباً في تقدير المآل المستقبلي بعدم تدوينها فيضيع المقصد، والأمر بتدوينها، فيحفظ المقصد، فأمر بكتابتها.

فاجتمع من خلال النهي بدايةً، والأمر من عمرٍ رضي الله عنه بعد ذلك المحافظة على مقصد حفظ الدين عند التشريع المبتدأ، وعند تطبيقه - فقه التطبيق - وإن خالف أمرُ الخليفة بالتدوين، أمر النبي صلى الله عليه وسلم بعدم تدوين السنّة في تشريعه المبتدأ الذي يقتضي المنع.

ومن خلال إيراد المثال السابق، يمكن وضع بعض الضوابط المستقراة لتطبيق الأحكام جملةً من فروع فقه السنّة، والصحابة والتابعين، ومن تبعهم من الأئمة المتبوعين إلى ما يأتي:

1- النظر في مآل التطبيق من خلال الواقع عند طلب الحكم لأي نازلة:

والمقصود هو تقدير ما سيؤول إليه الحكم، وما يصير إليه بعد التطبيق، فإذا كان مؤدياً إلى أمرٍ غير محمودٍ، فيه مفسدةٌ راجحةٌ - ولو بغلبة الظنّ - مُنع، ولو كان أمرٌ تطبيقه سيؤول إلى الصلاح حتماً تأكد تحصيله، وهو معتبرٌ شرعاً بلا خلاف.

قال الشاطبي: "النَّظْرُ فِي مآلَاتِ الأَفْعَالِ مُعْتَبَرٌ مَقْصُودٌ شَرْعاً"⁽⁴³⁾، وهذا النظر بطبيعة الحال خاصٌّ بالمجتهدين، فهو لا يكون للعوام، ولا حتّى لطلاب العلم، وفي سياق ذلك يقول الشاطبي هو: "مجال للمجتهد صعب المورد، إلا أنه عذب

(43) الموافقات: 17/5.

يقول الشاطبي: "وضابطه أنك تعرض مسألتك على الشريعة، فإن صحت في ميزانها، فانظر في مآلها بالنسبة إلى حال الزمان وأهله، فإن لم يؤدِّ ذكرها إلى مفسدة، فاعرضها في ذهنك على العقول، فإن قبلتها فلك أن تتكلم فيها، إما على العموم إن كانت مما تقبلها العقول على العموم، وإما على الخصوص إن كانت غير لائقة بالعموم، وإن لم يكن لمسألتك هذا المساع، فالسكوت عنها هو الجاري على وفق المصلحة الشرعية والعقلية". 172/5.

المذاق، محمود الغيب، جارٍ على مقاصد الشريعة⁽⁴⁴⁾، ثم يذكر شروطاً للمجتهد الراسخ، فيشترط منها: لزوم النظر في المآلات قبل الجواب على السؤالات. والدليل على اعتبار ذلك من الكتاب والسنة معلومٌ كثيرٌ منتشرٌ في كتب الشريعة، متناً وشرحاً، ونقلٌ بعضُها في هذا المقام غيرُ لازم، ولعلني أكتفي بالتدليل على ذلك من تبويب البخاريِّ لمفهوم المقام في صحيحه عندما قال: "بَابُ مَنْ تَرَكَ بَعْضَ الْإِخْتِيَارِ، مَخَافَةَ أَنْ يَقْصُرَ فَهْمُ بَعْضِ النَّاسِ عَنْهُ، فَيَقْعُوا فِي أَشَدِّ مِنْهُ"⁽⁴⁵⁾.

ثم ذكر حديث امتناع النبي ﷺ من نقضه الكعبة، وإعادة بنائها على قواعد إبراهيم - كما كانت - لمآلاتٍ رآها مفسدةً. وبحسب رواية مسلم للحديث عن عائشة قالت: قَالَ لِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: "أُولَا حَدَاثُهُ عَهْدِ قَوْمِكَ بِالْكَفْرِ لَنْقَضْتُ الْكَعْبَةَ، وَاجْعَلْتُهَا عَلَى أَسَاسِ إِبْرَاهِيمَ، فَإِنَّ قُرَيْشًا حِينَ بَنَتِ الْبَيْتَ اسْتَفْصَرَتْ، وَاجْعَلْتُ لَهَا خَلْفًا"⁽⁴⁶⁾ قال النووي: "فِي هَذَا الْحَدِيثِ دَلِيلٌ لِقَوَاعِدِ مِنَ الْأَحْكَامِ، مِنْهَا إِذَا تَعَارَضَتِ الْمَصَالِحُ أَوْ تَعَارَضَتْ مَصْلَحَةٌ وَمُفْسَدَةٌ، وَتَعَدَّرَ الْجَمْعُ بَيْنَ فِعْلِ الْمَصْلَحَةِ وَتَرَكَ الْمُفْسَدَةَ بُدِئَ بِالْأَهَمِّ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَخْبَرَ أَنَّ نَقْضَ الْكَعْبَةِ، وَرَدَّهَا إِلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ مِنْ قَوَاعِدِ إِبْرَاهِيمَ ﷺ مَصْلَحَةٌ، وَلَكِنْ تُعَارِضُهُ مُفْسَدَةٌ أَعْظَمُ مِنْهُ، وَهِيَ خَوْفُ فِتْنَةٍ بَعْضُ مَنْ أَسْلَمَ قَرِيبًا، وَذَلِكَ لِمَا كَانُوا يَعْتَقِدُونَهُ مِنْ فَضْلِ الْكَعْبَةِ، فَيَرَوْنَ تَغْيِيرَهَا عَظِيمًا فَتَرَكَهَا ﷺ، وَمِنْهَا فِكْرُ وِلِيِّ الْأَمْرِ فِي مَصَالِحِ رَعِيَّتِهِ، وَاجْتِنَابُهُ مَا يَخَافُ مِنْهُ تَوَلَّدَ ضَرَرٌ عَلَيْهِمْ فِي دِينٍ أَوْ دُنْيَا"⁽⁴⁷⁾.

يفهم من ذلك أنه ﷺ ترك فعل الواجب، وهو بناء الكعبة على قواعد إبراهيم الحقيقية، لمفسدةٍ قدرها في المستقبل لو فعل ذلك، وهذا التقدير المالي للنتائج، جاء بناءً على قراءة واقع أهل قريش آنذاك، وما يظنونونه من فضل الاستئثار ببنائها.

(44) المصدر السابق: 178/5.

(45) صحيح البخاري: 37/1.

(46) رواه مسلم في صحيحه: كتاب الحج، باب نقض الكعبة وبنائها، 968/2، رقم 398.

(47) المنهاج: 89/9.

2- مراعاة مقاصد الشارع الكلية وتقديمها على الأدلة والمقاصد الجزئية:

ولقد مرّ في الدراسة لزوم تحقيق ذلك في تصوّر دفع المفسد ما أمكن، ولو على حساب مصلحة جزئية، وكذلك لزوم المحافظة على الكليات الضرورية والمفاهيم العامة التي بنيت عليها أحكام الشريعة كلها، قال ابن القيم في هذا: "الشريعة مبناهَا وَأَسَاسُهَا عَلَى الْحُكْمِ وَمَصَالِحِ الْعِبَادِ فِي الْمَعَاشِ وَالْمَعَادِ، وَهِيَ عَدْلٌ كُلُّهَا، وَرَحْمَةٌ كُلُّهَا، وَمَصَالِحُ كُلُّهَا، وَحِكْمَةٌ كُلُّهَا؛ فَكُلُّ مَسْأَلَةٍ خَرَجَتْ عَنِ الْعَدْلِ إِلَى الْجَوْرِ، وَعَنِ الرَّحْمَةِ إِلَى ضِدِّهَا وَعَنِ الْمَصْلَحَةِ إِلَى الْمَفْسَدَةِ، وَعَنِ الْحِكْمَةِ إِلَى الْبُعْثِ؛ فَلَيْسَتْ مِنَ الشَّرِيعَةِ وَإِنْ أُدْخِلَتْ فِيهَا بِالتَّأْوِيلِ"⁽⁴⁸⁾. وقال الأصفهاني: "المعلوم من عادة الشرع رعاية الحكم المقصود، بحيث يكون المقصود فائتًا بالكلية، لم يجز إضافة الحكم إليه؛ كي لا يلزم خلاف عادة الشرع"⁽⁴⁹⁾.

وعلى كلّ حال المقاصد الكلية هي الأحكام والمفاهيم التي لا يمكن أن تتغير بتغير الأزمان والوقائع، بخلاف الأحكام الجزئية المنوطة بتحقيق الكليات، فلا يمكن أن يُغفل الكلي عند تطبيق الحكم الجزئي في الواقع. قال الشاطبي: "كما أنه إذا ثبت قاعدة كلية في الضروريات أو الحاجيات أو التحسينات، فلا ترفعها آحاد الجزئيات كذلك نقول: إذا ثبت في الشريعة قاعدة كلية في هذه الثلاثة أو في أحدها، فلا بد من المحافظة عليها بالنسبة إلى ما يقوم به الكلي، كذلك الجزئيات، فالجزئيات مقصودة معتبرة في إقامة الكلي أن لا يتخلف الكلي فتتخلف مصلحته المقصودة بالتشريع"⁽⁵⁰⁾.

(48) إعلام الموقعين عن رب العالمين: 11/3.

(49) شمس الدين الأصفهاني: 117/3.

(50) الموافقات: 96/2.

3- مراعاة الضرورة والحاجة:

لا شك أن مراعاة الضرورة وعموم الحاجة من أصول الدين الإسلامي والناظر لكل مسائل الشريعة يعلم تماماً بأن وجودهما في الواقع يغير تطبيق التكاليف؛ التشريع المبتدأ المكلف به المسلم من المولى عزّ وجلّ إلى غيره؛ مراعاة للضرورة؛ وللحاجة الملحة، فالشرع جاء عموماً بالتهيئة على الناس لا التعسير، وبالتخفيف عليهم لا التحميل، ورفع الحرج عنهم، وتقدير الضرورات في حقهم والأمثلة على ذلك كثيرة لا تعدّ، لا يسع المقام لحصرها، ولا يفيد لذكرها، لعلم المبتدأ بها، ولعمومها وشهرتها بين الجميع.

غالبية الظنّ في بناء الأحكام الشرعية.

اتفق أهل العلم أن الفقه من باب الظنون⁽⁵¹⁾، ولذا نجد الجويني يقدم متنّه الورقات بماهيته، فيقول: الفقه معرفة الأحكام الشرعية التي طريقها الاجتهاد⁽⁵²⁾ وما طريقه الاجتهاد لا يكون قطعياً في جُلّ مسائله، بل الفقه جملةً يُبنى على غالبية الظنّ كما هو معلوم عند العلماء قديماً وحديثاً، ولا يشكّ المبتدئ لدراسة الأصول بأن العلماء قد اتفقوا على تعريف الفقه بقولهم: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من الأدلة التفصيلية⁽⁵³⁾.

والعلم -كما هو معروف- أعلى مراتب التصديقات، ومراتبها أربعة: العلم، والظنّ، والوهم، والشك. فالعلم هو اليقين، أو هو الحكم الجازم الذي لا يقبل التغيير،

(51) الرازي: المحصول، 78/1. القرافي: شرح تنقيح الفصول، 17/1 وما بعدها. نجم الدين الطوفي: شرح مختصر الروضة، 133/1. وما بعدها. شمس الدين الأصفهاني: 20/1. تقي الدين وتاج الدين السبكيان: الإبهاج شرح المنهاج، 28/1. العطار: حاشيته على شرح الجلال على جمع الجوامع، 57/1. الزركشي: تشنيف السامع، 131/1. ولي الدين العراقي: الغيث الهامع، 26/1.

(52) د. أمجد رشيد: الإملاء على شرح المحلّي لمتن الورقات، ص26، والمنقول من نصّ المتن.

(53) الجويني: البرهان، 8/1. التلخيص: 105/1. الغزالي: المستصفي، 5/1. القرافي: شرح تنقيح الفصول، 18/1. الطوفي:

والظنّ هو الطرف الراجح من التردد بين أمرين، والوهم : الطرف المرجوح من التردد بين أمرين، أما الشكّ فما استوى طرفاه.

والعلم المذكور في تعريف الفقه لا يراد به اليقين قطعاً، إنما المرادُ به الظنّ لظنيّة أدلته، وإنما عبروا عنه بالعلم هنا؛ لأنّ ظنّ المجتهد لقوّته صار قريباً من العلم - وهو اليقين كما مرّ- ولأنّ الظنّ كالعلم في وجوب العمل من المجتهد⁽⁵⁴⁾.

ولا أريدُ أن أطيلَ لعلم المبني والمنتهي لحقيقة أن الفقه في مجمله ظنّ، كيف لا؟ وكتب الفقه تعجّ بالخلافات وطول المجلدات على ذكر اختلاف العلماء في جلّ مسائل الفقه.

المطلب الثالث

الأحكام المتعلقة بالأوبئة - كورونا أنموذجاً

لقد آثرتُ أن أقدم -حتى أصل إلى هذا المطلب- بمطلبين اثنين، أوصلتُ من خلالهما قاعدة الدراسة، ومنطلق الكلام لهذا المطلب، فذكرتُ الأدلة العامة التي يمكن من خلالها معالجة المستجدّ من الأمور، وقربتُ واخترتُ ما يناسبُ المقام فابتدأتُ بذكر ما يناسب دفع الأوبئة من أدلة الكتاب والسنة، وإجماع العلماء في المسألة محلّ البحث، ثم وضعت قاعدةً عامةً كليّةً تناسب التذليل بموضوع الوباء وهي قاعدة دفع الضرر، وما يتفرّع منها من استقراء العلماء لها، وما يناسبها من القواعد الجزئية الأخرى، حتّى وصلت إلى تقرير مسائلٍ مهمّةٍ من بينها:

- أهمية تأثير الواقع على الحكم في دفع المفاصد ما أمكن، وفي دفعها خصوصاً مصلحة.

- أهمية مراعاة المكلفين، وبيان أن تغيير الأحكام في حقهم يكون فقط في المسائل الفقهية الاجتهادية الظنيّة، والتي تُعقل بالمعنى والعلل، فإذا علّمتِ العُلل والحكم

(54) الرازي: المحصول، 78/1. د. أمجد رشيد: الإملاء على شرح المحلي للورقات، ص8-9-10.

ومقاصد المولى عزّ وجلّ بشأنها، صار المصير إلى حفظ العلل والمقاصد أكدّ من حفظ غيرها؛ ظاهر المكتوب والكلم من منصوصها.

ومما تقرّر سابقاً يمكن وضع أسئلة فرعية يجاب عليها من خلال التأصيل السابق لموضع الدراسة فأقول:

- 1- ما حكم قفل المساجد ومنع صلاة الجمع والجماعات زمن انتشار الأوبئة؟
 - 2- ما حكم أمر حجر وليّ الأمر للرعية داخل بيوتهم ومدنهم خشية انتشار الأوبئة؟
 - 3- ما حكم خروج المكلف ودخوله من موطن الإصابة إلى غيره وقت انتشار الوباء؟
 - 4- هل يجوز لولي الأمر أخذ بعض أموال الموسرين ولو بغير رضاهم- لدفع الأوبئة عن الناس سياسة؟
 - 5- هل يجوز الاستعانة بغير المسلم لدفع الوباء؟
 - 6- ما حكم غسل المصاب بوباء معدّ سريع الانتشار، وتكفينه، وكيفية دفنه؟
- وقبل الجواب على ما سبق يجدر الذكر بأن المتوقّع في الفقه كالواقع تماماً، وأن ما يقارب الشيء يأخذه حكمه، بعلة الشبه في القياس، وأن صحّة الأبدان من أعظم مقاصد الدين، فوجد الفقهاء يقررون كلّ ما من شأنه المحافظة على ذلك فيقولون - مثلاً- أن الدفع في حق ذلك أهون من الرفع، وبمعنى آخر: أن دفع المبادي أهون من قطع التمادي، إشارة منهم إلى وجوب دفع كلّ ما من شأنه يؤول إلى المفساد مطلقاً.

وعليه فكّل ما يؤدي - ولو غالباً- إلى هلاك النفس، وجب شرعاً دفعه بداية عن المكلفين بأيّ طريقةٍ ووسيلةٍ يقرّرها ولاية الأمر بمشورة المتخصصين، وأن ذلك أهون من رفعه بعد وقوعه، بدليل الشرع، وبقبول الطباع السليمة، وفي ضوء هذا يمكن الإجابة على التساؤلات السابقة من خلال الآتي :

1- حكم قفل المساجد ومنع صلاة الجمع والجماعات زمن انتشار الأوبئة:

من خلال عرض السابق من الأدلة العامة، والقاعدة الكلية الخاصة بدفع الضرر، ومن ثم لزوم الفُتيا بهما من المجتهد، يجوز للمسؤول في الدولة أن يأمر بإيقاف الجمعة والجماعات في المساجد، وغلقها، والحرص على عدم الاجتماع داخلها، وخارجها في الساحات والأفنية، إذا تأكد عنده بشهادة المختصين من الأطباء إمكانية انتقال العدوى بين الناس بسبب التجمع، بل ويكفي عنده بمشورة المختصين غالبية ظن حصول الانتشار، فهو كافٍ في الحكم على المسائل المستجدة المتعلقة بالأمور الفقهية الخاصة بالمكففين، كالجماعة والجمعة وغيرها.

ولعلني أسقط ما سبق على المسألة فأقول: إن المقصد هو حفظ النفس من الهلاك، وحفظها من أصول وقواطع الملة، ولما صار الضرر حاصلًا بوجود الوباء وخطورة انتشاره بين الناس، صار دفعه هو المقصود لمظنة حصول الهلاك، وإن كان من المصلحة إتيان الأمور به من الله، غير أن دفع المفسد أولى من جلب المصالح، فالمفسدة أكبر من المصلحة، وإن تساوت فالعبرة بدفع المفسدة.

ولما أمرنا الله في الحديث -كما مر- بفعل الأمور به ما استطعنا، وترك ما نهى عنه فوراً، علمنا أن فعل الصلاة والجمعة والجماعات بوجود الوباء، مع خطورة انتشاره بين الناس، هو تكليف بشاق لا يقره الشرع من تشريع أحكامه، بل إن الدين نهانا عن الإتيان بكل ما يؤدي إلى هلاك النفس، وفي فعل هذا تحقُّق هلاكها، فالواجب الامتناع، وإن كان ضد الامتناع هو الأمر به في الشرع، إلا أن الأمور مقيِّد بالاستطاعة.

هذا جواب الأدلة والمقاصد الكلية، والقواعد الفقهية الخادمة للمقاصد، ولو استقرنا أدلة الشرع الجزئية، واجتهاد العلماء في المسائل المتعلقة بالصلاة وغيرها لظهر له حكم المسألة بقياس الشبه المساوي، أو الأولوي إذا كان الوباء اليوم مناسباً للمنع، ومنوطاً به أكثر من غيره.

فيمكن أن نستدلّ مثلاً بقول ابن عباسٍ لمؤدّبه في يومٍ مطيرٍ: "إِذَا قُلْتِ أَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ، فَلَا تَقُلِّي حَيَّ عَلَى الصَّلَاةِ، قُلِّي: (صَلُّوا فِي بُيُوتِكُمْ)، فَكَأَنَّ النَّاسَ اسْتَنْكَرُوا، قَالَ: فَعَلَهُ مَنْ هُوَ خَيْرٌ مِنِّي، إِنَّ الْجُمُعَةَ عَزْمَةٌ، وَإِنِّي كَرِهْتُ أَنْ أُحْرَجَكُمْ فَتَمَشُونُ فِي الطَّيْنِ وَالذَّخْصِ"⁽⁵⁵⁾، والشاهد أن ابن عباس منع المؤذن من قول: حي على الصلاة، لتعذر إجابة النداء بسبب المطر، فعلم أن شدة المطر وكثرة التطين من أضرار ترك الجماعة والجمعة، وقد اتفق الفقهاء على الأخذ بالرخص والتيسير على الناس؛ ولأن الإنسان قد يتضرر بفعل العزيمة في الحضور إلى الجماعة والجمعة.

قال ابن حجر: "قوله: صَلُّوا فِي بُيُوتِكُمْ إِشَارَةٌ مِنْهُ إِلَى الْعَصْرِ فَرَحَّصَ لَهُمْ فِي تَرْكِ الْجَمَاعَةِ فِيهَا، وَأَمَّا الْجُمُعَةُ فَقَدْ جَمَعَهُمْ لَهَا، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ جَمَعَ بِهِمْ فِيهَا، قَالَ: وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ جَمَعَهُمْ لِلْجُمُعَةِ، لِيُعْلَمَهُمْ بِالرُّخْصَةِ فِي تَرْكِهَا فِي مِثْلِ ذَلِكَ، لِيَعْمَلُوا بِهِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ. انْتَهَى ... فَلَوْ تَرَكَتِ الْمُؤَذِّنُ يَقُولُ حَيَّ عَلَى الصَّلَاةِ، لَبَادَرَ مَنْ سَمِعَهُ إِلَى الْمَجِيءِ فِي الْمَطَرِ فَيَشُقُّ عَلَيْهِمْ، فَأَمَرْتُهُ أَنْ يَقُولَ صَلُّوا فِي بُيُوتِكُمْ، لَتَعْلَمُوا أَنَّ الْمَطَرَ مِنَ الْأَعْدَارِ الَّتِي تُصَيِّرُ الْعَزِيمَةَ رُخْصَةً"⁽⁵⁶⁾. وقال ابن رجب: "الظاهر أن المراد أن الجمعة فرض عين حتم، لا رخصة لأحد في تركه، إلا بإذن الإمام"⁽⁵⁷⁾.

(55) رواه البخاري: كتاب الجمعة، باب الرخصة إذا لم يحضر الجمعة في المطر، 6/2، رقم 901.

(56) ابن حجر: فتح الباري، 384/2.

(57) ابن رجب: فتح الباري، 154/8.

وفي كتب الفقه يعدّ الفقهاءُ الخوفَ على النفس والمال، والخوفَ على مريض يترك في بيته، والمرض، والمطر، والوحل، كلّها أَعذارُ مسقطَةٌ للجمعة والجماعة بل إن الحنفية يشترطون لانعقاد الجمعة أن لا تكون في قرية، وبحضور السلطان⁽⁵⁸⁾.

والعلةُ من اعتبار الأَعذارِ المسقطَةِ للجماعة والجمعة - عند الجميع - تظهر في المشقة الزائدة، وعليه فإن انتشار الأوبئة، وتأكد إصابة جُلّ الناس بها عند اجتماعهم هي أكدٌ لمناسبة اعتبار المشقة من صور الأَعذارِ المسقطَةِ للجمعة والجماعة، والتي تحدّث عنها الفقهاء، إذ من تأكد المشقة عدم دفع مفسدة انتشار الأمراض والأوبئة عند اجتماع الناس في المساجد، فصار الترخيص بعدم الحضور مناسباً لتشريع الحكم أكثر.

قال النووي: "بَابُ الْأَعْدَارِ فِي تَرْكِ الْجُمُعَةِ وَالْجَمَاعَةِ لَيْسَ مَخْصُوصًا، بَلْ كُلُّ مَا لَحِقَ بِهِ مَشَقَّةٌ شَدِيدَةٌ فَهُوَ عُذْرٌ"⁽⁵⁹⁾، ومن المشاقّ الشديدة انتشار الأمراض والأوبئة، وقال ابن عبد البر: "العُدْرُ يَتَسَعُّ الْقَوْلُ فِيهِ، وَجُمَلْتُهُ كُلُّ مَا نَعِيَ حَائِلٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْجُمُعَةِ مِمَّا يَتَأَذَى بِهِ أَوْ يَخَافُ عُدْوَانَهُ أَوْ يُبْطِلُ بِذَلِكَ فَرْضًا لَا بَدَلَ مِنْهُ"⁽⁶⁰⁾ والأمراض والأوبئة ممّا يتأذى بها أكثر من غيرها، وقال المرداوي: "مِمَّا يُعْذَرُ بِهِ فِي تَرْكِ الْجُمُعَةِ وَالْجَمَاعَةِ: حَوْفُ الضَّرَرِ فِي مَعِيشَةٍ يَحْتَاجُهَا، أَوْ مَالٍ أُسْتُوجِرَ عَلَى حِفْظِهِ، وَكَنْطَارَةِ بُسْتَانٍ وَنَحْوِهِ، أَوْ تَطْوِيلِ الْإِمَامِ"⁽⁶¹⁾، والخوف على هلاك النفس أكد من ذلك.

⁽⁵⁸⁾ الماوردي: الحاوي الكبير، 418/2. النووي: المجموع، 384/4. ابن حجر: تحفة المحتاج، 408/2. الروياني: بحر المذهب، 365/2. الصاوي: حاشيته على الشرح الكبير، 516/1. وعلى الشرح الصغير، 148/1. ابن مازة: المحيط البرهاني، 64/2. الزبلي: تبیین الحقائق، 219/1. البابرّي: العناية شرح الهداية، 51/2. العيني: البناية شرح الهداية، 39/2. وما بعدها. ابن نجيم: البحر الرائق، 155/2. المرداوي: الإنصاف، 92/2. ابن قاسم العاصمي: حاشية الروض المربع، 364/2.

⁽⁵⁹⁾ النووي: المجموع، 384/4.

⁽⁶⁰⁾ ابن عبد البر: التمهيد، 243/16.

⁽⁶¹⁾ المرداوي: الإنصاف، 301/2.

ويستدل البعض على عدم ترك الجمعة بكونها فرض عين على كل مسلم
وبإجماع علماء المسلمين!

ولكن الإشكال ليس في منازعة كونها فرض عين أو غير ذلك، فقد نقل
النووي الإجماع في فرضيتها العينية،⁽⁶²⁾ فهي كذلك في التشريع المبتدأ الذي نزل
على المكلفين في الظروف العادية، وكما ذكرنا سابقاً، أن فقه التشريع يختلف عن
فقه التطبيق المراعي للضروريات الطارئة، وحاجة الناس الملحة، فيتغير الأمر هنا
للضرورة بإيقافها مدة من الزمن، لا لمنازعة كونها غير عينية الفرض على
المكلفين.

أما صلاة الجماعة فهي سنة عند الحنفية⁽⁶³⁾، وجمع ابن رشد اختلاف
المالكية في حكمها بأن قال هي: "فَرَضُ كَفَايَةٍ مِنْ حَيْثُ الْجُمْلَةُ، سُنَّةٌ فِي كُلِّ مَسْجِدٍ
فَضِيلَةٌ لِلرَّجُلِ فِي خَاصَّتِهِ"⁽⁶⁴⁾، ومذهب الشافعي أنها فرض كفاية على
الصحيح⁽⁶⁵⁾، وفي المذهب الحنبلي واجبة⁽⁶⁶⁾، وعلى كل حال فحالها لا يختلف عن
حال صلاة الجمعة، وصلاة الجمعة أكد بإجماع علماء المسلمين على عينيها لكل
مكلف، فتترك دعماً لمفسدة انتشار المرض، وحفظاً لأنفس من الهلاك.

ولعلّ الحكومة الليبية قد ارتأت مُرادَ الشارع مبكراً⁽⁶⁷⁾، فأمرت بمنع
الصلوات في المساجد، وإيقاف الجمعة والجماعات؛ دعماً لمفسدة انتشار الوباء، وإن
كانت الهيئة العامة للأوقاف قد اتخذت قراراً -قبل موقف الحكومة - غريباً، لعلّه

(62) النووي: المصدر نفسه، 482/4.

(63) الكاساني: بدائع الصنائع، 55/1. العيني: 324/2.

(64) الحطاب: مواهب الجليل، 81/2. المواق: التاج والإكليل، 395/2.

(65) النووي: 182/4.

(66) ابن قدامة: الشرح الكبير، 2/2. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 295/1.

(67) القرار المؤرخ 2020/3/7م، رقم إشاري 3/أ - 1441 - 20، والصادر من رئيس مجلس الوزراء، وقد كان القرار رداً على منشور دار الإفتاء المؤرخ 1441/7/21. إشاري ح ع . ف 2020/51، والذي حثّ بمضمونه على عدم الانصياع إلى الإشاعات المغرضة بانتشار الوباء، والحث على الصلوات في المساجد، والتقرب إلى الله بالدعاء لرفع البلاء. ومنشور الهيئة العامة للأوقاف بالحث على الصلوات في الساحات، والمؤرخ 1441/7/21. إشاري 53/1-490.

يرجع إلى عدم تصوّرهم المسألة بشكل دقيق، يُوصل إلى الحكم الصحيح غالباً وكما يعلم من فنّ الأصول: أن الحكم فرع التصور.

فقد منعوا الصلوات داخل المساجد، وأمروا بها في الساحات، متناسين أن علّة المنع ليس في كونه - يعني الوباء - قاتلاً، بل لخطورة سرعة انتشاره بين الناس، ومن ثمّ عدم إمكانية السيطرة عليه، مع تحقق ضعف إمكانات الدولة الليبية الطبية والبشرية، فكان اجتهادهم أقرب للخطأ منه إلى الصواب، وطالما كانت المسألة اجتهاديةً فلا إنكار عليهم، فالمقصود من جهتهم كان يهدف إلى تحقيق الأمثل والوصول إلى الأصوب في النازلة الحادثة، وبه يُعذرون على كل حال.

ولعل الناظر للمؤسسات الدينية في العالم الإسلامي يجدهم منفقين على إيقاف الصلوات في المساجد جمعةً وجماعةً، أخذاً بالضوابط السابقة، ودفعاً للمفاسد ما أمكن حفاظاً على النفس من الهلاك⁽⁶⁸⁾.

2- حكم أمر حجر وليّ الأمر للرعية داخل بيوتهم ومدنهم خشية انتشار الأوبئة:

لا شك أن لوليّ الأمر سلطةً واسعةً في تقدير ومعرفة ما يكون أصلح للرعية، وبذلك في ذلك غير منوطٍ بدليل شرعي تفصيلي من الكتاب والسنة، بل إنه مطالبٌ بفعل وتحصيل ما يراه في صالح الرعية، فأينما دُفعت المفسدة فذلك شرع الله ودينه.

وإذا كان ولاؤه الأمور مطالبين بتحقيق مصالح الرعية، وإن لم يكن دليل، فوجود الدليل دورهم يتحدّد في الإشراف على تطبيق شرع الله الوارد بلسان نبيه، والمسألة هنا عن إلزام الرعية بالمكوث في بيوتهم خشية انتشار الأوبئة بينهم.

(68) مؤسسة الأزهر في مصر، ودار الإفتاء السعودية، والمصرية، والأردنية، والكويتية، والإماراتية فيما اطلعت عليه، وغيرهم يمكن مراجعة قراراتهم وحكمهم في المسألة من خلال شبكة المعلومات العالمية. (<https://www.dar->

<https://www.alifta.org/ar/default.aspx>).

(<http://site.islam.gov.kw/eftaa/Pages/default.aspx>).

وقد دُلَّ الشَّرع على حكم ذلك مفهومًا من نصوصه عندما نهى النبي ﷺ عن مخالطة الصحيح للسقيم فقال: "لَا يُورَدُ مُمْرَضٌ عَلَى مُصِحِّ" (69)، ولازمه منع مخالطة المريض للصحيح خشيةً للتضرر بمرضه، وصريح ذلك موافق لمنع اختلاط الناس، وفرض الحجر عليهم؛ خشيةً انتقال العدوى من المريض إلى الصحيح، فإذا تيقن، أو غلب على الظن حصول الانتقال، جاز لولي الأمر أن يفرض على الناس قيوداً تحجرهم في بيوتهم فترة النجاة من الوباء. قال النووي: "وأما حديث لا يورد ممرضٌ على مصحٍّ فأرشد فيه إلى مُجَانَبَةِ مَا يَحْصُلُ الضَّرَرُ عِنْدَهُ فِي الْعَادَةِ" (70).

وكذلك حديث الطاعون عن عبدالرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ قَالَ: "إِذَا سَمِعْتُمْ بِهِ بِأَرْضٍ فَلَا تَقْدُمُوا عَلَيْهِ، وَإِذَا وَقَعَ بِأَرْضٍ وَأَنْتُمْ بِهَا، فَلَا تَخْرُجُوا فِرَارًا مِنْهُ" (71)، والحديث صريح مشهور في منع مفسدة انتشار المرض، فلا يخرج المكلف من مكان به مرضٌ، وينتقل بخروجه إلى مكان آخر، ولا يدخل الصحيح لأرض بها مرض، ينتقل له بدخوله المكان.

وعليه، يجوز لولي الأمر أن يقيّد حركة الناس، فيمنع انتقالهم بين المدن، بل بين القرى والمساكن المجاورة، ويحظر عليهم الخروج خشيةً انتقال العدوى بينهم وهذا الأمر وإن لم يتأكد بالدليل، تأكد بالمفاهيم العامة السياسية المنوطة بولاية الأمور في فعل كل ما يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد.

وتطبيقاً للأدلة السابق ذكرها، لما كان الأمر في حق المكلف من الله مقيداً بالاستطاعة، والنهي بالامتنال فوراً، وحديث ولا يورد ممرض، نهياً صريحاً يفيد الفور في الامتنال، وحديث الطاعون أمراً بعدم الدخول، أو الخروج من مكان

(69) رواه مسلم في صحيحه: كتاب السلام، باب لا عدوى ولا طيرة ولا هامة، 1743/4/ رقم 2221.

(70) النووي: المنهاج، 213/14. ابن حجر: فتح الباري، 161/10. وهذا جواب صريح لحكم خروج المكلف ودخوله من موطن الإصابة إلى غيره وقت انتشار الوباء، وحكم منع ذلك من ولي الأمر.

(71) رواه البخاري في صحيحه: كتاب الطب، باب ما يذكر في الطاعون، 130/7، رقم 5730.

الأوبئة، صار الأمر مقيداً باستطاعة ولي الأمر بحكم ولايته، فمن استطاع وجبت طاعته وعدم الخروج على أمره، وجاز له أن يفرض ذلك على الرعية بالقوة، فيمنع خروجهم من البيوت، ويمنع كذلك خروج المصاب من مكان وجود المرض ودخول الصحيح إليه تحصيلاً للمصلحة، ودفعاً لمفسدة انتشار الأوبئة.

3- حكم أخذ ولي الأمر بعض أموال الموسرين -ولو بغير رضاهم- لدفع الأوبئة عن الناس سياسة:

ولما كانت السياسة القيام على الشيء بما يصلحه⁽⁷²⁾، كان لولي الأمر دورٌ مهمٌ في بذل الوسع للوصول إلى المصلحة المرعية المرجوة داخل الدولة الإسلامية، فعمله لا يخرج عند التحقيق عن إدارة الشؤون المشتركة بين الناس بمقتضى الحكمة⁽⁷³⁾، لذا عرفها الفقهاء بتعاريف متعددة، منها:

قال ابن عقيل: "السياسة ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول ﷺ ولا نزل به وحي"⁽⁷⁴⁾، وبمعنى آخر مشابه قال ابن نجيم: "السياسة هي فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها، وإن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي"⁽⁷⁵⁾.

والشاهد من التعريفين السابقين أن الحاكم مطالبٌ بجلب ما من شأنه تحصيل مصالح الخلق ودفع مفسدهم، وأن ذلك غيرٌ مرتبطٌ بمنصوصٍ جزئي من الكتاب والسنة، طالما شهدت له أدلة الشرع، والمفاهيم العامة الكلية بالاعتبار⁽⁷⁶⁾.

(72) النووي: المنهاج، 231/12.

(73) الكواكبي: طبائع الاستبداد، 13/1.

(74) ابن قيم الجوزية: الطرق الحكيمة، 29/1.

(75) ابن نجيم: البحر الرائق، 11/5.

(76) ومن المفاهيم العامة رفع الحرج عن الناس، تحقيق المصلحة ودفع المفسدة، والعدل، والحكمة، ومعرفة خير الخيرين واختيار أخيرهما، ومعرفة شرّ الشرين ودفع أشدهما، وغير ذلك.

غير أن دفع المفاصد وتحصيل المقاصد قد يحتاج إلى فرض القوة من السلطان على الرعية لمصلحتهم، إذا ظهر له ذلك، لذا عُرِفَت السياسة -في بعض المواضع - بمعنى فرض ما يُصْلِحُ الأمة باللطف، أو بالقوة، ولهذا قال نجم الدين النسفي: "السِّيَاسَةُ حِيَاظَةُ الرَّعِيَّةِ بِمَا يُصْلِحُهَا لُطْفًا وَعُنْفًا"⁽⁷⁷⁾.

وقد تناول الجويني في كتابه "غياث الأمم في التياث الظلم"⁽⁷⁸⁾ مسألتين مشابھتين لهذا التساؤل، وهما:

- مسألة عدم وجود المال في الدولة -بيت المال- والحاجة ماسة لدفع العدو، وقد فرض للمسألة صوراً، منها أن يطأ الكفار بلاد الإسلام، أو أن لا يطؤوها، ولكن نستشعر من وضع الدولة اختلالاً، ممّا يؤدي إلى قدوم الكفار حتماً، أو أن لا يوجد خطر قريبٌ محقق، لكن الحاجة إلى المال ضرورية لسدّ الثغور والمراسد وللاستعداد إذا ندبوا للجهاد، ولا يوجد في جميع الأحوال ما يسدّ ذلك في بيت المال.
- مسألة حاجة الفقراء، وعدم كفاية الدولة لسدّها، هل يفرض على الموسرين ما يسدّ به حاجتهم؟

وقد انتهى الجويني - بعد مناقشة المسألة طويلاً - إلى جواز فرض الدولة على الموسرين سدّ حاجات المعسرّين، وأباح لوليّ الأمر أخذ ما يسدّ به حاجة الدولة في دفع كلّ ما من شأنه أن يُعَرِّضَ الإسلام والمسلمين للخطر، بل إن الجويني نقل إجماع المسلمين في تعيين سدّ حاجة الفقراء من الموسرين إذا لم تفِ الدولة بسدّ حاجتهم.

قال الجويني: "أَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ أَجْمَعُونَ عَلَى أَنَّهُ إِذَا اتَّفَقَ فِي الزَّمَانِ مُضَيِّعُونَ فَقَرَاءَ مُمْلِقُونَ، تَعَيَّنَ عَلَى الْأَغْنِيَاءِ أَنْ يَسْعَوْا فِي كِفَايَتِهِمْ، وَكَذَلِكَ اتَّفَقُوا كَافَّةً عَلَى وُجُوبِ بَدْلِ الْأَمْوَالِ فِي تَجْهِيزِ الْمَوْتَى وَغَيْرِهِ مِنْ جِهَاتِ فُرُوضِ

(77) نجم الدين النسفي: طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، 168/1.

(78) الجويني: ص 377. وما بعدها.

الكفائيات، فَلَاحَ عَلَى أْبْلَغِ وَجْهِ فِي الْإِيضَاحِ أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْأَغْنِيَاءِ فِي هَذَا الْقِسْمِ أَنْ يَبْدُلُوا فَضْلَاتِ أَمْوَالِهِمْ⁽⁷⁹⁾.

بل إنه عدّ المال من المستحقرات إذا وصل الأمر إلى مرحلة هلاك النفس وعدّ هلاك نفس واحد بين ظهراي المسلمين من أعظم الآثام، إذ يجب عليهم سدّها، ودفع الضرر عنها ما أمكن مع قدرتهم، فقال: "الدُّنْيَا بِحَدَافِيرِهَا لَا تَعْدِلُ تَضَرَّرَ فَقِيرٌ مِنْ فُقَرَاءِ الْمُسْلِمِينَ فِي ضُرِّ"⁽⁸⁰⁾، وقال في حق ذوي اليسار والإعسار: "وَجَبَّ عَلَى ذَوِي الْيَسَارِ وَالْإِقْتِدَارِ الْبِدَارُ إِلَى رَفْعِ الضَّرَارِ عَنْهُمْ، وَإِنْ ضَاعَ فَقِيرٌ بَيْنَ ظَهْرَانِي مُوسِرِينَ، حَرَجُوا مِنْ عِنْدِ آخِرِهِمْ، وَبَاءُوا بِأَعْظَمِ الْمَآثِمِ، وَكَانَ اللَّهُ طَلِبَهُمْ وَحَسْبِيَهُمْ"⁽⁸¹⁾.

وقال أيضا: "الْوَاجِبُ إِنْقَادُ الْمُشْرَفِينَ عَلَى الرَّدَى مِنَ الْمُسْلِمِينَ، فَإِذَا فُرِضَ بَيْنَ ظَهْرَانِي الْمُسْلِمِينَ مَضْرُورٌ فِي مَخْمَصَةٍ، أَوْ جَهَّةٍ أُخْرَى مِنْ جِهَاتِ الضَّرُورَةِ وَاسْتَمَكَنَ الْمُثْرُونَ الْمُوسِرُونَ مِنْ إِنْقَادِهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَجَبَ ذَلِكَ عَلَى الْجُمْلَةِ"⁽⁸²⁾، بل إن الجويني قدّم حفظ الموجودين من الموت على فروض الكفائيات المتمثلة في تجهيز الميت وغيره فقال: "إِذَا كَانَ تَجْهِيْزُ الْمَوْتَى مِنْ فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ، فَحِفْظُ مُهْجِ الْأَحْيَاءِ، وَتَدَارُكُ حَشَاشَةِ الْفُقَرَاءِ أَتَمَّ وَأَهَمُّ"⁽⁸³⁾.

وعلى كل حال، فقد فرض الجويني هذه المسائل وغيرها، كما لو حلّ بالبلاد قحط، وكثرت الشدة عن أنيابها، فلولي الأمر أن يجتهد في دفع عموم المفسدة ما

(79) الجويني: الغيائي، ص 379.

(80) المصدر السابق: 233/1.

(81) المصدر السابق: 234/1.

(82) المصدر السابق: 503/1.

وقال الجويني: "اتَّفَقَ الْمُسْلِمُونَ قَاطِبَةً عَلَى أَنَّ لِأَحَادِ الْمُسْلِمِينَ، وَأَفْرَادِ الْمُسْتَقِيلِينَ بِأَنْفُسِهِمْ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْ يَأْمُرُوا بِوُجُوهِ الْمَعْرُوفِ، وَيَسْعَوْا فِي إِعَاثَةِ كُلِّ مَلْهُوفٍ، وَيَشْمَرُوا فِي إِنْقَادِ الْمُشْرَفِينَ عَلَى الْمَهَالِكِ وَالْمَتَاوِي وَالْحُتُوفِ". 230/1. وقال أيضا: "وَالثَّانِي - أَنَّهُ إِذَا ظَهَرَ ضَرَرُ الْمُخْتَاَجِينَ، وَاعْتَصَمَ مَقْدَارُ الْوَاجِبِ عَلَى الْمُسِرِينَ الْمُثْرِينَ، فَهَذَا يَتَعَلَّقُ بِأَمْرِ كُلِّيٍّ فِي إِنْقَادِ الْمُشْرَفِينَ عَلَى الصَّيَاعِ". 473/1.

(83) المصدر السابق: 234/1.

أمكن على المسلمين، بفرض ما يسدّ به المُوسرون شدة المُعسرين، شريطة عدم تضرّرهم، وإمساك ما يسدون به حاجتهم، موازنةً بين المصالح والمفاسد، ودفع الأخيرة ما أمكن عند اجتماعهما⁽⁸⁴⁾.

وكلّ ما ذُكر شهدت له قواعد الشرع الكليّة بالاعتبار، قال الجويني متعلّقاً بذلك: "قَدْ قَدَّمْنَا فِيْمَا سَبَقَ، أَنَّا لَا نُحَدِّثُ لِتَرْبِيَةِ الْمَمَالِكِ فِي مَعْرِضِ الْإِسْتِصَوَابِ مَسَالِكَ، لَا يُرَى لَهَا مِنْ شِرْعَةِ الْمُصْطَفَى ﷺ مَذَارِكُ"⁽⁸⁵⁾، إشارة بأن ما ذُكر من جواز فرض الأموال على القادرين المُوسرين لسد حاجة الفقراء المُعسرين له مدركٌ في الشرع شهد له بالاعتبار.

وقياساً على ما سبق يجوزُ لولاة الأمور - اليوم - أخذُ بعض أموال المُوسرين التي يمكن من خلالها دفع الأوبئة عن الناس، وجلبُ ما من شأنه يساعدُ في الحدّة من انتقاله، ومنعه بالجملة سياسة ومقصداً.

4- حكم الاستعانة بغير المسلم لدفع الوباء:

يجوز ذلك قولاً واحداً، فهي مصلحة معتبرة شرعاً، أجمع علماء المسلمين عليها، والأمور بمقاصدها⁽⁸⁶⁾، فإذا كانت الاستعانة لتحصيل مصلحة دفع الوباء عن المسلمين بتعليمهم، وعلمهم، وشراء ما من شأنه يدفع الضرر عنهم، بأمصال الأوبئة، ولو ازم مكافحتها بالأدوية، فمعتبر شرعاً بلا خلاف.

(84) المصدر السابق: ص 371 وما بعدها.

(85) المصدر السابق: 257/1.

(86) السبكي: الأشباه والنظائر، 12/1.

وقد نقل السبكي عن القاضي حسين أنه قال: "أن مبنى الفقه على أربع قواعد: اليقين لا يزال بالشك، والضرر يزال، العادة محكمة، والمشقة تجلب التيسير، وزعم من يدعي التحقيق أنه أهمل خامسة، وهي: أن الأمور بمقاصدها". المصدر السابق: الموضع نفسه.

5- حكم غسل المصاب بوباء مُعدٍ سريع الانتشار، وتكفينه وكيفية دفنه:

قبل الانتقال لحكم ذلك، وجب بيان أقل ما يُجزئ من غسل الميت، وتكفينه وكيفية دفنه من كتب الفروع، فأبيّن مختصره فيما يلي:

المتفق عليه في مدارس أئمة الاجتهاد الأربعة أن أقل ما يُجزئ - وهذا في غير المسنون، وحدّ الكمال - من غسل الميت غسله مرة، وقيل: لا حدّ له، وقيل: يُكتفى بغمسة واحدة في ماء جارٍ، وقيل: إن تعذر وجود الماء تيمّمه الغاسل، وقيل: يُكتفى في غسل الميت حدّ الإنقاء ولو بسيلان الماء عليه مرة (87).

وفي تكفينه: أقل ما يجزئ ثوباً واحداً، وقيل: الكفن أنواع: ضرورة بما يوجد عليه، وكفاية: ثوبان، وسنة: ثلاثة للرجال، وخمسة للنساء، وقيل: مطلقاً عند الضرورة يكفي الواحد، ويقتصر عليه في حق الرجل والمرأة، وكذا إذا عليه دين وقيل: المجزئ ما يكون بسائر لجميع الجسد للمرأة، وموضع العورة للرجل وبمعنى آخر: ما يعمّ البدن (88).

وتخريجاً على ما سبق: فإن كيفية غسل المصاب بوباء كورونا، وكيفية تكفينه إذا تأكد - بشهادة المختصين في الطب - إمكانية انتقال المرض للغاسل باللمس، فإنه يكفي بأقل الأجزاء إن أمكن، مع استعمال العوازل الطبية المانعة من انتقال المرض؛ لأن المأمور به - كما سبق - يُؤتى به قدر الاستطاعة زمن

(87) الكاساني: 300/1. الزيلعي: تبیین الحقائق، 1-236. ابن نجيم: البحر الرائق، 2/187. ابن مازة: المحيط البرهاني، 2/152. النفراوي: الفواكه الدواني، 1/285. البرادعي: التهذيب في اختصار المدونة، 1/342. العدوي: حاشيته على كفاية الطالب الرباني، 1/411. الآبي الأزهرى: الثمر الداني، 1/266. الشيرازي، المهذب، 1/240. العمراني: البيان، 3/33. النووي: المجموع، 5/169. ابن حجر: تحفة المحتاج، 2/98. الشيخ زكريا الأنصاري: أسنى المطالب، 1/298. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 2/344. الكشاف، 2/86.

(88) ابن مازة: 1/171. ابن نجيم: البحر الرائق، 2/189. البابرتي: 2/113. العيني: 3/203. السمرقندي: تحفة الفقهاء، 1/242. ابن الحاجب: جامع الأمهات، ص139. عليش: منح الجليل، 1/503. الشيرازي: 1/241. النووي: المجموع، 5/188. الشربيني الخطيب: 3/14. الماوردي: الحاوي الكبير، 3/29. مجد الدين ابن تيمية: المحرر، 1/192.

الضرورة، فإن تعذر، يُمرّ الماء عليه إنقاءً لجسده، وتحقيقاً لأقل الطهارة، مع عدم الإضرار بغيره.

وكذا تكفينه، فإنه يُكتفى بالواجب في ستر جسمه، ولو بقطعة قماش واحدة يعمّ بها جسد الميت من الوباء، وكذلك يستعمل فيه جميع العوازل المانعة من انتقال المرض، وقد ثبت استعمالها وعدم انتقال العدوى بلباسها من الأطباء، فهي إذا متأكّدة في حقّ الغاسل والمُكفّن.

وإن افترضنا انتقالها حتماً، فإنه لا يُضارّ الحيّ بالميت، فيغسل بميّمه⁽⁸⁹⁾ وتكون ملابسه كفته، ويدفن بالطرق التي لا يمكن انتقال العدوى بها مطلقاً إلى الحيّ، وفي كيفية دفنه يُتبع فيه جميع المحترزات السابقة ما أمكن، مع تقدير الضرورة بقدرها.

وهذه في مجملها هي مضمون فتوى مجلس الإفتاء والبحوث الأردني، في جلسة السبت، 24/رجب/1441هـ، قرار رقم: 2020/3/283.

⁽⁸⁹⁾ وهو مذهب الشافعي أن يغسل في قميصه . الشافعي: الأم، 302/1. الحاوي: 7/3. الشيرازي الخطيب: 239/1 . النووي: المجموع، 155/5 . 162/161/5 . ابن حجر: 100/1 . الروياني: 523/2.

الخاتمة

أولاً- النتائج:

- 1- أينما دُفعت المفسدة في المعاش والمعاد فذلك شرع الله ودينه.
- 2- الشريعة صالحة لكلّ زمان ومكان، للإنس والجان، بكلّياتها والمفاهيم العامة التي دلّت عليها قواطع الملة، وأصول التشريع.
- 3- فقه التشريع المبتدأ يختلف عن فقه التطبيق الملاصق للوقائع، وكلاهما يهدف إلى المحافظة على مقصود الشرع.
- 4- أحكام الشريعة في جلّها فقهية اجتهادية ظنيّة، أدلتها في المجلد ظنيّة فما اختلف فيه بين العلماء اختلافاً سائغاً، توسع فيه على أنفسنا والناس وما أجمعوا عليه، فهو أقرب إلى القطعيّ منه إلى الظنيّ في حرمة مخالفته.

ثانياً- التوصيات:

- 1- على ولاية الأمور أن يستأنسوا بأهل الخبرة في مجال الطبّ والشرع المؤهلين لما سُئِلوا عنه، لتكون نتائج الاختيار بالنسبة إلى الرعيّة أقرب للصالح منه إلى الفساد.
 - 2- يجب على المفتي والقاضي أن يفرق بين التشريع المبتدأ من الله عزّ وجلّ وفقه التطبيق المراعي لواقع الناس ومآل الحكم في حقهم، وأن الشرع متعلّق بعقل ومرام هي مراد الله من تشريع أحكامه.
- الله أسأل أن ينفع به الباديّ والحاضر، وأن يجعله سبباً لتطهير الظاهر والباطن، فهو حسبنا ونعم الوكيل، وإليه دائماً نفرغ في القليل والكثير، ولا حول ولا قوة إلا بالله العليّ العظيم، والحمد لله ربّ العالمين.

المصادر

أولاً- القرآن الكريم.

ثانياً- كتب السنّة وشروحها:

- الباجي، سليمان بن خلف: المنتقى شرح الموطأ، ط1، مطبعة السعادة، مصر، 1332 هـ.

- البخاري، محمد بن إسماعيل الجعفي: صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، ط1، 1422 هـ.

- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن عليّ: السنن الكبرى، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، 1432 هـ.

- ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد: جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وإبراهيم باجس، ط7، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1422 هـ - 2001 م.

- ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، 1379، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن باز.

- الخطابي، حمد بن محمد بن إبراهيم البستي: معالم السنن، ط1، المطبعة العلمية، حلب، 1351 هـ - 1932 م.

- الزرقاني، محمد بن عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ط1، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، 1424 هـ - 2003 م.

- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد النمري القرطبي: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1387هـ.
- بدر الدين العيني، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد: عمدة القاري شرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- القسطلاني، أحمد بن محمد بن أبي بكر: إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، ط7، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1323 هـ.
- النووي، يحيى بن شرف: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1392هـ.
- مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ثالثاً- كتب الأصول والقواعد:**
- الأمدي، علي بن أبي علي بن محمد: الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق.
- الإسنوي، عبد الرحيم بن الحسن بن علي: نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1420هـ- 1999م.
- د. أمجد رشيد: الإملاء على شرح المحلي للورقات، ط1، دار الفتح، 1440هـ.
- ابن أمير الحاج، محمد بن محمد بن محمد، ويقال له ابن الموقت: التقرير والتحبير، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403 هـ - 1983م.
- الإيجي، عضد الدين عبد الرحمن: شرح [مختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب] وعلى المختصر والشرح/ حاشية سعد الدين التفتازاني وحاشية السيد الشريف الجرجاني، وعلى حاشية الجرجاني/ حاشية الشيخ حسن الهروي الفناري، وعلى المختصر وشرحه وحاشية السعد والجرجاني/ حاشية الشيخ محمد أبو الفضل

- الوراقى الجىزاوى، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424 هـ - 2004م.
- آل بورنو، محمد صدقى بن أحمد بن محمد الغزى: مؤسوة القواعد الفقهية، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1424 هـ - 2003 م.
- الجوينى، عبد الملك بن عبد الله، أبو المعالى، الملقب بإمام الحرمين:
- البرهان فى أصول الفقه، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418 هـ - 1997 م.
- التلخيص فى أصول الفقه، تحقيق: عبد الله جولم النبالى وبشير أحمد العمري، دار البشائر الإسلامية - بيروت.
- ابن الحاجب، محمود بن عبد الرحمن: بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق: محمد مظهر بقاء، ط1، دار المدنى، السعودية، 1406 هـ / 1986م.
- الرازى، محمد بن عمر بن الحسن، الملقب بفخر الدين الرازى: المحصول، دراسة وتحقيق: طه جابر العلوانى، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1418 هـ - 1997م.
- ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد.
- القواعد، دار الكتب العلمية، بيروت.
- فتح البارى شرح صحيح البخارى، تحقيق: مجموعة من المؤلفين، الناشر: مكتبة الغرباء الأثرية - المدينة النبوية. الحقوق: مكتب تحقيق دار الحرمين - القاهرة ط1، 1417 هـ - 1996م.
- الزركشى، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر:
- البحر المحيط فى أصول الفقه، ط1، دار الكتبى، 1414 هـ - 1994م.
- تشنيف المسامع بجمع الجوامع، دراسة وتحقيق: سيد عبد العزيز، عبد الله ربيع، ط1، مكتبة قرطبة للبحث العلمى وإحياء التراث، 1418 هـ - 1998م.

- الريسوني، أحمد: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ط2، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، 1412 هـ - 1992 م.
- الزحيلي، محمد مصطفى: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط1، دار الفكر، دمشق، 1427 هـ - 2006 م.
- زكريا الأنصاري، يوسف بن حسن بن أحمد، ابن المبرد: غاية السؤل إلى علم الأصول، تحقيق: بدر بن ناصر بن مشرع السبيعي، ط1، غراس للنشر والتوزيع والإعلان، الكويت، 1433 هـ - 2012 م.
- السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين: الأشباه والنظائر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411 هـ - 1991 م.
- السبكي، تقي الدين علي بن عبد الكافي بن علي وولده تاج الدين عبد الوهاب: الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416 هـ - 1995 م.
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين: الأشباه والنظائر، ط1، دار الكتب العلمية، 1411 هـ - 1990 م.
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي: الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1، دار ابن عفان، 1417 هـ / 1997 م.
- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق: أحمد عزو عناية، ط1، دار الكتاب العربي، 1419 هـ - 1999 م.
- الطوفي، سليمان بن عبد القوي الصرصري، نجم الدين: شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، 1407 هـ / 1987 م.
- العطار، حسن بن محمد بن محمود: حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، بيروت.

- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الطوسي: المستصفي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1413 هـ - 1993 م.
- ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر: مقاصد الشريعة، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1425 هـ - 2004 م.
- القرافي، أحمد بن إدريس: شرح تنقيح الفصول، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ط1، شركة الطباعة الفنية المتحدة، 1393 هـ - 1973 م.
- الكوراني، شهاب الدين أحمد بن إسماعيل الكوراني، الدرر اللوامع في شرح جمع الجوامع، المحقق: سعيد بن غالب كامل المجيدي، أصل الكتاب: رسالة دكتوراه بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة - السعودية، 1429 هـ - 2008 م.
- المرادوي، علي بن سليمان: التحرير شرح التحرير في أصول الفقه، تحقيق: عبد الرحمن الجبرين، عوض القرني، أحمد السراح، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، 1421 هـ - 2000 م.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد: الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: زكريا عميرات، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419 هـ - 1999 م.
- ولي الدين العراقي، أحمد بن عبد الرحيم: الغيث الهامع شرح جمع الجوامع، تحقيق: محمد تامر حجازي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1425 هـ - 2004 م.

رابعاً- كتب الفقه:

الفقه الحنفي.

- جمال الدين البابر تي، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين: العناية شرح الهداية، دار الفكر.

- علاء الدين السمرقندي، محمد بن أحمد: تحفة الفقهاء ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414 هـ- 1994 م.

- العيني، محمود بن أحمد بن موسى: البناية شرح الهداية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1420 هـ - 2000 م.

- الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1406 هـ - 1986 م.

- ابن مازة، محمود بن أحمد بن عبد العزيز: المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة، تحقيق: عبد الكريم الجندي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424 هـ - 2004 م.

- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري القادري، وبالhashية: منحة الخالق لابن عابدين، ط2، دار الكتاب الإسلامي.

الفقه المالكي.

- الآبي الأزهر ي، صالح بن عبد السميع: الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية - بيروت.

- البرادعي، خلف بن أبي القاسم محمد الأزدي القيرواني: التهذيب في اختصار المدونة، دراسة وتحقيق: محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، ط1، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، 1423 هـ - 2002 م.

- ابن الحاجب، عثمان بن عمر بن أبي بكر: جامع الأمهات، تحقيق: الأخضر الأخرى، ط2، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، 1421هـ - 2000م.
- الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسى المغربى، المعروف بالحطاب الرعنى: مواهب الجليل فى شرح مختصر خليل، ط3، دار الفكر، 1412هـ - 1992م.
- الزرقانى، عبد الباقى بن يوسف: شرح الزرقانى على مختصر خليل، ومعه: الفتح الربانى فى ما ذهل عنه الزرقانى، ضبطه وصححه: عبد السلام محمد أمين، ط1، دار الكتب العلمىة، بيروت، 1422هـ - 2002م.
- الصاوى، أحمد بن محمد الخلوئى: بلغة السالك لأقرب المسالك، المعروفة بحاشىة الصاوى على الشرح الصغىر، دار المعارف، مصر.
- عىش، محمد بن أحمد بن محمد: منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 1409هـ/1989م.
- العدوى، على بن أحمد بن مكرم الصعىدى: حاشىة العدوى على شرح كفاىة الطالب الربانى، تحقيق: يوسف الشىخ محمد البقاعى، دار الفكر، بيروت، 1414هـ - 1994م.
- المواق، محمد بن يوسف بن أبى القاسم العبدرى الغربناطى: التاج والإكليل لمختصر خليل، ط1، دار الكتب العلمىة، بيروت، 1416هـ-1994م.
- النفراوى، أحمد بن غانم (أو غنىم) بن سالم بن مهنا الأزهرى: الفواكه الدوانى على رسالة ابن أبى زىد القىروانى، دار الفكر، 1415هـ - 1995م
- الفقه الشافعى.**
- الجوىنى، عبد الملك بن عبد الله، أبو المعالى، الملقب بإمام الحرمىن: نهاية المطلب فى دراية المذهب، تحقيق: عبد العظىم محمود الدىب، ط1، دار المنهاج، 1428هـ - 2007م.

- ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي: تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، 1357 هـ - 1983 م.
- الروياني، عبد الواحد بن إسماعيل: بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي)، تحقيق: طارق فتحي السيد، ط1، دار الكتب العلمية، 2009 م.
- الشافعي، محمد بن إدريس: الأم، دار المعرفة، بيروت، 1410 هـ/1990 م.
- الشربيني الخطيب، محمد بن أحمد: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415 هـ - 1994 م.
- الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف: المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية.
- الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد، زين الدين السنيكي:
- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي.
- الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، المطبعة الميمنية.
- العمراني، يحيى بن أبي الخير بن سالم: البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، ط1، دار المنهاج، جدة، 1421 هـ - 2000 م.
- الماوردي، علي بن محمد بن محمد بن حبيب: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419 هـ - 1999 م.
- النووي، يحيى بن شرف: المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، دار الفكر.
- الفقه الحنبلي.**
- ابن تيمية، عبد السلام بن عبد الله الحراني: المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط2، مكتبة المعارف، الرياض، 1404 هـ - 1984 م.

- ابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد: الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، مصر.
- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد الجماعيلي، الشهير بابن قدامة المقدسي: المغني، مكتبة القاهرة.
- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب: إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ - 1991م.
- المرادوي، علي بن سليمان: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط2، دار إحياء التراث العربي.
- البهوتي، منصور بن يونس:
- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، المعروف بشرح منتهى الإرادات، ط1، عالم الكتب، 1414هـ - 1993م.
- كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت.
- خامساً- كتب السياسة الشرعية:**
- الجويني، عبد الملك بن عبد الله، أبو المعالي، الملقب بإمام الحرمين: غياث الأمم في التياث الظلم، تحقيق: عبد العظيم الديب، ط2، مكتبة إمام الحرمين، 1401هـ.
- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب: الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، ط1، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، 1428هـ.
- الكواكبي، عبد الرحمن بن أحمد: طبائع الاستبداد ومصارع الاستعباد، المطبعة العصرية، حلب.

أحكام الترقية في الوظيفة العامة
دراسة في ضوء نصوص قانون علاقات العمل رقم 12 لسنة 2010م
د. عبد اللطيف عبد الحميد ماضي⁽¹⁾

The topic of promotion and its prerequisites in public office under the texts of work-relation law no 12,2010
Dr. Abdulatif Abdulhamed Mohammed

ملخص البحث

تناولت هذه الدراسة موضوع أحكام الترقية في مجال الوظيفة العامة، دراسة في ضوء نصوص قانون علاقات العمل رقم 12 لسنة 2010م، ويعد هذا الموضوع من أهم الموضوعات في نطاق الوظيفة العامة، نظراً لكون الترقية من أهم الحقوق التي يحصل عليها الموظف العام، لارتباطها بعنصر وشريحة مهمة في المجتمع، وهي شريحة الموظفين، وما لهذه الشريحة من أهمية في تسيير وتفعيل نشاط المرافق العامة. وترجع الأسباب الموضوعية التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع إلى قلة المراجع المتخصصة المتعلقة بموضوع الترقية، ولما لها من أهمية بالغة في المسار المهني للموظفين العموميين، وكذلك حب الاطلاع ومعرفة الشروط الواجب توافرها للاستفادة منها، وأيضاً الرغبة في التعرف على الإجراءات القانونية والتنظيمية التي تحكم عملية الترقية في الوظيفة العامة، بالإضافة إلى عامل التخصص في القانون الإداري والوظيفة العامة كأحد أهم المجالات التي تدخل في إطار القانون الإداري. كما أن طبيعة الموضوع تفرض علينا أن نتبع المنهج الوصفي التحليلي كمنهج رئيسي، سواء كان ذلك في التشريع الليبي أو التشريع المقارن، كما قمنا بتوظيف أسلوب المقارنة لإجراء مقارنات بين ما ذهبت إليه هذه التشريعات فيما يخص موضوع دراستنا، وتأسيساً على ما تقدم، فقد ارتأينا أن تتم معالجة هذا الموضوع من خلال تقسيمه إلى أربعة مباحث، وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: مفهوم الموظف العام وعلاقته بالدولة. المبحث الثاني: مفهوم الترقية والطبيعة القانونية لها.

المبحث الثالث: الضوابط التي تحكم ترقية الموظف العام. المبحث الرابع: الرقابة القضائية على قرار الترقية.

Abstract

The current study addresses the topic of promotion and its prerequisites in general jobs under the texts of work-relation law No 12, 2010. This issue is of particular significance in public occupation as promotion is a basic right for the public employees how maintain public utilities activity. The objective motives behind selecting this topic were the lack of promotion-related references that consider very essential in course of public employees' career; awareness of the terms that should be available to utilize such promotion; understanding the legal and organizational procedures governing the promotion process in public jobs. Additionally, the specialization in managerial and public occupation laws is one of the most domains that comprise the general managerial law. The nature of this topic requires us to adopt a descriptive, analytic method as a main technique, either in Libyan or comparative legislation. The comparison technique was employed to make comparisons between this legislation in terms of our topic. Based on the aforementioned information, we view that the process of the topic would be better by dividing it into four themes as follows:

First theme: The Concept of Public Employee and its Relationship with The State.

Second theme: The Concept of Promotion and its legal Nature.

Third theme: Criteria of Promoting Public Employee.

Fourth theme: Juridical Control over Promotion.

الكلمات المفتاحية: ترقية- موظف عام- قانون العمل- قضاء إداري- محكمة عليا

¹ - عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.

مقدمة

تتناول هذه الدراسة أحكام الترقية في الوظيفة العامة دراسة في ضوء نصوص قانون علاقات العمل رقم 12 لسنة 2010م، ويعد هذا الموضوع من أهم الموضوعات وأدقها في نطاق الوظيفة العامة، نظراً لكون الترقية من أهم الحقوق التي يحصل عليها الموظف العام، لارتباطها بعنصر وشريحة مهمة في المجتمع وهي شريحة الموظفين، وما لهذه الشريحة من أهمية في تسيير وتفعيل نشاط المرافق العامة.

ومما لا شك فيه أن نظام الترقية يعد من الحوافز الأساسية التي تقوم على أساس إدراك احتياجات الموظف العام في الجهاز الإداري، لما يحققه من مزايا مادية أكبر، ومكانة أدبية أسمى، تؤثر في سير حياته الوظيفية، كما يعد نظام الترقية وسيلة من وسائل مكافأة الموظف المجد، الأمر الذي يدفعه ويدفع غيره إلى الارتقاء بمستوى الأداء الوظيفي للجهاز الإداري، ويضمن حسن سير العمل فيه، هذا ويحقق نظام الترقية فكرة الطموح الوظيفي للموظف العام، ويضمن له التقدم في حياته الوظيفية من خلال صعوده درجات السلم الإداري للوصول إلى أعلى الدرجات الوظيفية.

وترجع الأسباب الموضوعية التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع إلى قلة المراجع المتخصصة المتعلقة بموضوع الترقية، ولما لها من أهمية بالغة في المسار المهني للموظفين العموميين، هذا بالإضافة إلى الأسباب الذاتية التي جعلتنا نبحث بهذا الخصوص، بوصفي موظفاً والترقية هي أحد اهتماماتي، وكذلك حب الاطلاع ومعرفة الشروط الواجب توفرها للاستفادة منها، وأيضاً الرغبة في التعرف على الإجراءات القانونية والتنظيمية التي تحكم عملية الترقية في الوظيفة العامة، فضلاً عن استفسار زملاء كُثر بخصوص كيفية الاستفادة من هذا الحق، وبقاء الأمر غامضاً، خاصة عند تعسف الإدارة في انتقاء موظفين لترقيتهم على معايير ذاتية

وتفضيلها على غيرها، قصد الفصل بين الموظفين عند توافر نفس الشروط واختيار منهم من يرتقي إلى الدرجات، فضلاً عن عامل التخصص في القانون الإداري والوظيفة العامة أحد أهم المجالات التي تدخل في إطار القانون الإداري.

كما أن طبيعة الموضوع تفرض علينا أن نتبع المنهج الوصفي التحليلي بوصفه منهجاً رئيساً، سواء أكان ذلك في التشريع الليبي أم التشريع المقارن، كما قمنا بتوظيف أسلوب المقارنة لإجراء مقارنات بين ما ذهبت إليه هذه التشريعات فيما يخص موضوع دراستنا.

وتأسيساً على ما تقدم، فقد ارتأينا أن تتم معالجة هذا الموضوع من خلال تقسيمه إلى أربعة مباحث، وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول: مفهوم الموظف العام وعلاقته بالدولة.

المبحث الثاني: مفهوم الترقية والطبيعة القانونية لها.

المبحث الثالث: الضوابط التي تحكم ترقية الموظف العام.

المبحث الرابع: الرقابة القضائية على قرار الترقية.

المبحث الأول

مفهوم الموظف العام وعلاقته بالدولة

تركز الوظيفة العامة على ضرورة تحقيق التوازن بين واجبات الموظف العام ومسؤولياته التي يجب النهوض بها على أكمل وجه، وبين حقوقه التي يجب أن يحظى بها من أجل تأمين حياته وأسرته بشكل كريم، وضمانات هذه الحقوق سواء أكانت حقوقاً معنوية أم مالية، ومن قبيل تلك الحقوق الترقية؛ والتي الترقية إلى تحسين مركز الموظف العام من الناحيتين المعنوية والمادية.

وقبل أن نبحث في موضوع أحكام الترقية في الوظيفة العامة دراسة في ضوء نصوص قانون علاقات العمل رقم 12 لسنة 2010 ، لابد لنا من أن نتناول مسألة مهمة ذات صلة مباشرة بموضوع هذه الدراسة، ألا وهي بيان مفهوم الموظف العام و علاقته بالدولة، ولذلك سيتم تناول هذا الموضوع في مطلبين الأول في مفهوم الموظف العام، الثاني عن علاقة الموظف العام بالدولة.

المطلب الأول

مفهوم الموظف العام

نصت المادة الخامسة من علاقات العمل الحالي رقم 12 لسنة 2010 على تعريف الموظف العام بأنه "كل من يشغل إحدى الوظائف بملاك الوحدة الإدارية"⁽²⁾، كما تولي الفقه والقضاء الإداريين مهمة تحديد الموظف العام في القانون الإداري، و بعيداً عن الخوض في التعريفات الفقهية المختلفة، فإن المفهوم السائد في هذا الشأن هو التعريف القضائي، فقد تواترت أحكام القضاء الإداري المصري على أنه "لكي يعتبر الشخص موظفاً عاماً، خاضعاً لأحكام الوظيفة

⁽¹⁾ القانون رقم 12 لسنة 2010م بشأن إصدار قانون علاقات العمل، 2010/5/18، مدونة التشريعات، س 10، ع 7، 2010م،

العامة، يجب أن يعين بصفة مستقرة غير عارضة، للمساهمة بعمل دائم في خدمة مرفق عام، تديره الدولة بالطريق المباشر"⁽³⁾.

وهو ما تردد أيضاً في أحكام القضاء الإداري الليبي، ومن ذلك ما قرره المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1971/1/24 في الطعن الإداري رقم 16/22 ق بأن "الموظف العام هو الشخص الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام، تديره أو تشرف عليه الدولة، ومن ثم تسري عليه جميع قوانين ولوائح الخدمة المدنية، بما فيها من حقوق وواجبات"⁽⁴⁾.

ومن خلال هذا التعريف يتبين أنه يجب توافر ثلاثة شروط في الموظف العام وهي:

1- أن يشغل وظيفة دائمة:

يشترط لإضفاء صفة الموظف العام أن يشغل وظيفة دائمة داخله في نطاق المرفق العام، وبذلك لا يعد العاملون بصورة مؤقتة أو موسمية كالخبراء والمشاورين القانونيين موظفين، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 2006/5/28 في الطعن الإداري رقم 15/19 ق، والذي جاء فيه "المقصود بديمومية الوظيفة أن تكون داخله في نظام المرفق العام، ومقررة على نحو دائم والعبارة بثبوت الديمومة ليس بوجود درجة لها في الملاك، وإنما بوجود نظام قانوني يحكمها، سواء تضمن هذا النظام درجات أم لا، ولذا أضفت المحكمة العليا صفة الموظف العام على المعيد في الجامعة، رغم أنه يشغل هذه الوظيفة بموجب عقد استخدام سنوي قابل للتجديد"⁽⁵⁾.

⁽³⁾ حكم المحكمة الإدارية المصرية، طعن رقم 16/2642 ق، 5/1962، مجموعة المبادئ، س7، ع3، ص793.

⁽⁴⁾ حكم المحكمة العليا، طعن إداري رقم 16/22 ق، 1971/1/24، مجلة المحكمة العليا، س7، ع3، ص23.

⁽⁵⁾ حكم غير منشور.

2- أن يعمل الموظف في خدمة مرفق عام، وأن يدار هذا المرفق من قبل أحد أشخاص القانون العام بالطريق المباشر:

أي أن الوظيفة الدائمة التي يلحق بها الشخص يتعين أن تكون في خدمة مرفق من مرافق الدولة، فلا يتصور اكتساب الشخص وصف الموظف العام دون أن يؤدي خدمة بمرفق عام، ويؤخذ المرفق العام هنا بمفهومه العضوي لا المادي أي بمعنى المنظمة أو المشروع الذي تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام بهدف اشباع حاجة عامة⁽⁶⁾، يستوي في ذلك أن يكون هذا المرفق من المرافق الإدارية أو الاقتصادية، الإقليمية أو المصلحية، وبصرف النظر كذلك عما إذا كان ذا صفة تشريعية أو تنفيذية أو قضائية⁽⁷⁾.

ويشترط لاكتساب صفة الموظف العام أن يكون المرفق العام الذي يلحق الفرد بخدمته يدار من قبل أحد أشخاص القانون العام، بأسلوب الاستغلال المباشر بحيث يخرج من ذلك المرافق التي تدار عن طريق التعاقد مع أشخاص القانون الخاص، طبيعيين كانوا أم اعتباريين؛ إذ لا يعد التعاقد مع الإدارة، ولا العاملين معه، من الموظفين العموميين، حتى وإن ساهموا في تسيير أحد المرافق العامة كما لا يصدق مفهوم الموظف العام على العاملين بالشركات والمنشآت العامة، لعدم اندراجها في عداد أشخاص القانون العام، وفقاً لما استقر عليه القضاء الإداري الليبي و المقارن⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ عرفت المحكمة العليا المرافق العامة في حكمها الصادر بتاريخ 1993/5/16 في الطعن الإداري رقم 38/14 ق بأنه (هو كل مشروع يعمل باطراد وانتظام، تحت إشراف الدولة، لسد حاجة عامة مع خضوعه لنظام معين)، مجلة المحكمة العليا، س 28، ع 3-4، ص 45.

⁽⁷⁾ د. خليفة سالم الجهمي: ص 108.

⁽⁸⁾ المرجع السابق: ص 109 وما بعدها.

3- أن يكون التعيين في الوظيفة العامة بواسطة السلطة المختصة:

الشرط الأخير اللازم لاكتساب صفة الموظف العام هو أن يتم تعيينه بقرار من السلطة صاحبة الاختصاص بالتعيين، فلا يعد موظفاً عاماً من يستولي على الوظيفة دون قرار بالتعيين، باستثناء حالة الموظف الفعلي الذي يعتد القضاء الإداري بمشروعية أعماله وتصرفاته، بهدف حماية مصالح الآخرين، ومن ثم يقرر له القانون ببعض الحقوق والواجبات المقررة للموظف العام، كما أن مجرد تسليم العمل أو تقاضي المرتب لا يكفي لاعتبار المرشح معيناً في الوظيفة، إذا لم يصدر قرار التعيين بالأداة القانونية، أي ممن يملك التعيين⁽⁹⁾.

هذه هي الشروط اللازم توافرها لإصفاة صفة الموظف العام على الفرد، كي تختص دوائر القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة به، في حدود المسائل المنصوص عليها بالقانون رقم 88 لسنة 1971 بشأن القضاء الإداري.

المطلب الثاني

علاقة الموظف العام بالدولة

أثار موضوع طبيعة العلاقة وتكييفها جدلاً فقهيًا وقضائياً طويلاً في الماضي وظهر في ذلك اتجاهان؛ أحدهما يعدها علاقة تعاقدية، والآخر يعدها علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح.

ولقد انتهى الرأي في الفقه والقضاء الإداريين إلى تكييف العلاقة بأنها علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح، منذ منتصف القرن التاسع عشر في فرنسا ومؤداه أن الوظائف العامة تنشئها القوانين واللوائح، وهي التي تحدد حقوقها وواجباتها، بصرف النظر عن شاغليها، فالقانون حين ينشئ الوظيفة، ينشئ معها

⁽⁹⁾ د. مفتاح خليفة عبد الحميد، د. حمد محمد الشلماني: ص 19 وما بعدها.

مركز من يشغلها في المستقبل، وهو كذلك حين يحدد ما يرتبط بها من المزايا والتكاليف لا يقصد بها شخص الموظف أو مصلحته، وإنما مصلحة المرفق العام. ومن هنا فإن قرار التعيين لا ينشئ للموظف مركزاً ذاتياً خاصاً، فهو عمل شرطي، يتضمن إسناد الوظيفة إلى شخص معين، وسحب مركزها التنظيمي عليه ولا يعدو قبول الموظف للتعين في الواقع سوى موافقته على الخضوع لأحكام الوظيفة العامة، ويعتبر الموظف العام بذلك في مركز تنظيمي عام. وهذا التصوير لعلاقة الموظف بالدولة هو السائد الآن في القضاء الإداري الليبي والمقارن⁽¹⁰⁾، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 2000/10/29 في الطعن الإداري رقم 44/22 ق بقولها: "... وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك أن ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة أن علاقة الموظف بالدولة علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح، وترتب مركزاً قانونياً عاماً، تسري عليه هذه القوانين و اللوائح، ولا يخضع بأي حال لإرادة الموظف أو جهة الإدارة"⁽¹¹⁾ وهذا الحكم يؤكد أن المحكمة العليا ذهبت إلى أن علاقة الموظف بالدولة علاقة لائحة تنظيمية، وليست علاقة تعاقدية. أما التكيف الحالي للعلاقة بين الموظف والدولة، سواء في التشريع أم القضاء أم الفقه فهي علاقة تنظيمية عامة تحكمها القوانين واللوائح⁽¹²⁾.

وقد اقر المشرع الليبي في قانون علاقات العمل رقم 12 لسنة 2010 في المادة 11 منه على أنه "يجب على العامل أو الموظف تنفيذ جميع أحكام القوانين واللوائح والتعليمات المنظمة لقيامه بمهام عمله، وعليه بوجه خاص...".

(10) د. خليفة سالم الجهمي: ص 110 وما بعدها.

(11) حكم غير منشور.

(12) د. يسري محمد العصار: ص 59.

المبحث الثاني

مفهوم الترقية والطبيعة القانونية لها

يتطلب توضيح مفهوم ترقية الموظف العام تحديد معنى الترقية، وكذلك الطبيعة القانونية لقرار الترقية، وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين هما:

المطلب الأول

معنى الترقية

الترقية تعتبر من أهم الحقوق بعد المرتب بالنسبة للموظف، حيث تفسح المجال أمام الموظف للوصول إلى المناصب العليا، فتغرس الحافز أمامه لبذل أقصى قدر من الجهد، ليظفر بالترقية ويتمتع بمزاياها المادية والمعنوية، كما أنها تشعر الموظف بالأمان نتيجة تحقيق تقدم مستمر في حياته الوظيفية، دون حاجة إلى تغيير مكان العمل⁽¹³⁾.

وتعني الترقية في اللغة الصعود والارتقاء⁽¹⁴⁾، وفي الوظيفة العامة تعني "رفع درجة الموظف إلى الدرجة التالية لدرجته مباشرة في الوحدة الإدارية التي يتبعها، وفي ذات المجموعة التي تندرج فيها وظيفته، فالترقية تتمثل إذا في انتقال الموظف من درجته الوظيفية التي يشغلها إلى درجة وظيفية أعلى في السلم الوظيفي، وما يستتبع ذلك من تمتعه باختصاصات وصلاحيات أوسع، ومن ثم حصول على درجة مالية أكبر"⁽¹⁵⁾.

وتعرف الترقية بأنها "نقل الموظف من وضع وظيفي إلى وضع أكبر، وذلك عن طريق نقله إلى وظيفة أعلى"⁽¹⁶⁾، ويرى بعضهم لآخر بأن الترقية تنصرف إلى

⁽¹³⁾ د. مصطفى عبدالحميد دلاف: ص 107.

⁽¹⁴⁾ المعجم الوسيط: ج 1، ص 380.

⁽¹⁵⁾ د. محمد عبدالله الحراري: ص 81.

⁽¹⁶⁾ د. حسين حمودة المهدي: ص 138.

"كل ما يطرأ على الموظف من تغيير في مركزه القانوني يكون من شأنه تقديمه وتميزه عن أقرانه، وهي تحقق للموظف مزايا مادية ومعنوية، فهي تفسح المجال للموظف في الوصول إلى المناصب العليا، فيحقق بذلك طموحه في الحصول على درجة مالية أكبر واختصاصات أكثر أهمية"⁽¹⁷⁾.

وهناك من يعرف الترقية بأنها "كل ما يطرأ على الموظف من تغيير في مركزه القانوني، يكون من شأنه تقدمه وتميزه عن أقرانه، ويعني إجراء الترقية نقل أو تعيين الموظف العام إلى وظيفة أعلى من وظيفته التي يشغلها، بناء على شروط ومقومات متوفرة فيه، مما تجعله مؤهلاً لشغل الوظيفة الجديدة المنقول إليها أو المعين عليها، ويقصد بالترقية من الناحية الإدارية السليمة اختيار أكفأ الموظفين وأصلحهم لتولي وظائف ذات مستوى أعلى من حيث المسؤولية والسلطة في التنظيم الإداري للوحدة، على أن يتمتع الموظف في هذه الحالة بمزايا مادية أفضل مما كان يتمتع به في وظيفته السابقة"⁽¹⁸⁾.

ويري الدكتور سليمان الطماوي بأن الترقية هي "أن يشغل الموظف العام وظيفة درجتها أعلى من درجة الوظيفة التي كان يشغلها قبل الترقية، ويترتب على الترقية زيادة المزايا المادية والمعنوية وزيادة في اختصاصاته الوظيفية"⁽¹⁹⁾.

وقد تناول المشرع الليبي أحكام الترقية في المادة 137 من قانون العمل رقم 12 لسنة 2010م، وهو المطبق حالياً، حيث تقول "لا تجوز ترقية الموظف إلا لو وظيفة شاغرة تلي الوظيفة التي كان يشغلها مباشرة في ملاك الوحدة الإدارية التابع لها، وفي ذات المجموعة الوظيفية التي تندرج فيها وظيفته، وتحدد اللائحة التنفيذية الضوابط المتعلقة بالترقية والحد الأدنى المقرر لها".

⁽¹⁷⁾ د. محمد عبدالله الفلاح: ص 188.

⁽¹⁸⁾ د. محمد أنس جعفر، د. أشرف أنس جعفر: ص 133.

⁽¹⁹⁾ د. سليمان الطماوي: ص 169.

وقد قضت المحكمة العليا الليبية في هذا الصدد "أن المصطلح عليه في الفقه الإداري أنه يوجد فارق بين التعيين والترقية، فالتعيين هو إسناد الوظيفة أو نقل الموظف من وظيفته الحالية إلى وظيفة جديدة، والترقية هي رفع الدرجة أو الانتقال من فئة إلى أخرى"⁽²⁰⁾.

وتؤدي الترقية إلى تحسين مركز الموظف من الناحيتين الأدبية والمالية، فمن الناحية الأدبية يترتب على الترقية أن يصعد الموظف إدارياً إلى مستوى أعلى من مستويات السلم الإداري، مع ما يترتب على ذلك من تغير في نوع الوظيفة، ومدي انطوائها على بعض المهام الرئاسية، ومن الناحية المالية تؤدي الترقية إلى زيادة راتب الموظف، فيستحق بداية مربوط الدرجة المرقي إليها، أو علاوة من علاواتها الدورية، أيهما أكبر بالنسبة، له حسب المبلغ الذي وصل إليه مرتبه قبل الترقية⁽²¹⁾. ومن ذلك يمكننا تعريف الترقية على أنها "انتقال الموظف من درجة مالية إلى درجة مالية أعلى منها مباشرة، ينطوي عليه في الغالب زيادة في المسؤوليات والواجبات، ويصحبها زيادة في الراتب الأساس".

⁽²⁰⁾ حكم المحكمة العليا، طعن إداري رقم 7/8/ق، 1964/5/16، المجموعة المفهرسة لكافة المبادئ الدستورية والإدارية والانتخابية، الجزء الأول، للمستشار عمر عمرو، دار ومكتبة النور، طرابلس، ليبيا، بند 90، ص 104.

⁽²¹⁾ د. ماجد راغب الحلو: ص 264.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لقرار الترقية

الترقية ليست حقاً مكتسباً للموظف يستحقها بمجرد توافر شروطها وضوابطها، بل أن الإدارة تتمتع بشأنها بسلطة تقديرية واسعة، حيث يعود إليها وحدها تقدير ملائمة شغل الوظائف الشاغرة أو عدم شغلها، واختيار الوقت والوسائل المناسبة لشغلها، فلها أن تشغلها بطريقة الترقية، أو بطريقة التعيين، أو بطريق النقل دون معقب عليها في ذلك.

إلا أنه إذا تبين أن جهة الإدارة كان تقصد من عدم إجراء الترقية الإضرار أو التنفي من الموظف، وذلك لتفويت فرصته في الترقية التي يستحقها، فإن تصرفها يكون في هذه الحالة مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة، ويكون بالتالي قابلاً للإلغاء من قبل القضاء الإداري.

وهذا ما قرره المحكمة العليا في أحكام عديدة حيث تقول "الأصل في الترقية لا يعتبر حقاً للموظف، لأن القانون لا يوجب الترقية على الإدارة بطريقة الإلزام وإنما ترك لها الترخيص في تعيين الوقت الذي تجربها حسبما تقتضيه المصلحة العامة؛ لأن ملائمة الوقت الذي تجرى فيه الترقية متروك لتقدير الإدارة، بما لا معقب عليها فيه، ما دام مسلكها في ذلك خالياً من إساءة استعمال السلطة"⁽²²⁾.

وفي حكم آخر تشير المحكمة العليا إلى أن "الترقية ليست حقاً ذاتياً للموظف يستند إلى قاعدة قانونية لا يتطلب لإجرائها صدور قرار إداري، وإنما هي رخص لجهة الإدارة تباشرها إذا تحققت شروطها وضوابطها التي نص عليها القانون"⁽²³⁾.

⁽²²⁾ حكم المحكمة العليا، طعن إداري رقم 8/7 ق، 1964/5/16، مجلة المحكمة العليا، س1، ع 1، ص 23.

⁽²³⁾ حكم المحكمة العليا، طعن اداري رقم 45/2 ق، 2001/12/30، مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، الجزء الثاني، 2001، ص 857. وبنفس المعنى الصادر في الطعن الإداري رقم 10/5 ق، بتاريخ 1964/5/4 والذي جاء فيه "أن الترقية مما تترخص به جهة الإدارة، وليس للموظف إجبارها على ترقيته"، مجلة المحكمة العليا، س1، ع 2، ص 12.

وفي حكم حديث صادر عن محكمة استئناف بنغازي بتاريخ 8/11/2018 في الطعن رقم 2017/316 ق جاء فيه "... ولما كان ذلك، وكانت طلبات الطاعن في حقيقتها هي طلب ترقيته أسوة بزميله الذي تمت ترقيته إلى الدرجة الثانية عشرة، بالرغم من أن زميله بنفس قرار التعيين، وحيث أن الترقية ليست حقا للموظف، وإنما هي رخصة لجهة الإدارة، وقد أوكل لها القانون تعيين الوقت الذي تجري فيه الترقية، حسب ما تقتضيه المصلحة العامة، وأن أمر ملائمة الوقت متروك لتقدير الإدارة، ولا معقب عليها، ووفقاً لسلطتها التقديرية، وليس للموظف إجبار جهة الإدارة على ترقيته إلى درجة معينة، ولا يسوغ للقضاء الإداري أن يحل محل الجهة الإدارية في عمل أو إجراء هو من صميم اختصاصاتها، وكل ما للموظف هو الحق في الطعن في القرارات الصادرة بشأن الترقية التي تتم بالمخالفة للقانون، وبهذا جري قضاء المحكمة العليا في أحكام عديدة. وبمقولة أن الترقية تتطلب اتخاذ قرار إداري بشأنها، إذا توافرت شروطها وضوابطها، ومن ثم لا يجوز للقضاء الإداري إصدار أوامره إلى الإدارة بترقية أحد موظفيها، ولا أن يحل محلها في إصدار قرارات الترقية، فالقانون رخص للإدارة تعيين الوقت التي تجري فيه الترقيات، ولا معقب عليها مادام مسلكها في ذلك خالياً من إساءة استعمال السلطة..."⁽²⁴⁾.

⁽²⁴⁾ حكم غير منشور.

المبحث الثالث

الضوابط التي تحكم ترقية الموظف العام

هناك مجموعة من الشروط الواجب توافرها في ترقية الموظف العام، كما أن هناك مجموعة من الضوابط التي تحكم الترقية، فضلاً عن توافر حالات معينة يكون فيها الموظف مستوفياً لكل الشروط المطلوبة للترقية، ولكن لا تتم ترقيته بسبب وجود مانع يحول دون ذلك، وسأبحث في هذه الشروط والضوابط والموانع من خلال ثلاثة مطالب، وذلك ما يلي:

المطلب الأول

شروط الترقية

أوجب المشرع في الباب الرابع في قانون علاقات العمل رقم 12 لسنة 2010 عدة شروط لإجراء الترقية في المواد 137-138 حتي يمكن وضع الرجل المناسب في الوظيفة المناسبة، وهذه الشروط هي:

1- أن يكون قد أمضي المدة المقررة كحد أدنى للترقية، وقد حددت اللائحة التنفيذية هذه المدة، بحيث ميز المشرع اللائحة بالخصوص بين الوظائف بحسب الدرجات الوظيفية، ف جاء في نص المادة 102 من اللائحة التنفيذية لقانون العمل الصادر عن اللجنة الشعبية العامة سابقاً (حالياً مجلس الوزراء) رقم 595 / 2010 بأن يكون الحد الأدنى للمدة اللازمة للترقية على النحو التالي:

- من الدرجة الأولى حتى الدرجة العاشرة أربع سنوات.
- من الدرجة العاشرة إلى الدرجة الحادية عشرة خمس سنوات.
- من الحادية عشرة فما فوق غير محددة المدة.

وفي هذا الخصوص يجب التنبيه إلى مسألتين:

الأولى: أن مضي هذه المدة لا يجعل الموظف مستحقاً للترقية بحكم القانون وإنما يجعله داخلاً ضمن من يترخص للإدارة ترقيتهم، إذا كانت إحدى الوظائف شاغرة، وتوفرت بقية الشروط، وهو ما نص عليه صراحة المشرع الليبي في المادة 138 من القانون رقم 12 لسنة 2010 بشأن علاقات العمل "ولا يترتب على انقضاء الحد الأدنى أي التزام بالترقية"، وهو ما أكد عليه أيضاً حكم المحكمة العليا الصادر في الطعن الإداري رقم 42/86 ق والذي جاء فيه "أن من المقرر أن الترقية ليست حقاً ولا فرضاً لازماً على جهة الإدارة أن تجريها لمجرد قضاء الحد الأدنى للترقية، وإنما هي سلطة تستعملها عندما ترى موجباً لذلك"⁽²⁵⁾.

الثانية: أن شرط الحد الأدنى لا ينطبق في حالة الترقية التشجيعية، ذلك أن المدة المقررة تخفف إلى النصف، وهو ما جاء في المادة 140 من قانون علاقات العمل رقم 12 لسنة 2010 والتي جاء فيها "تجوز ترقية الموظف ترقية تشجيعية إذا أمضى نصف الحد الأدنى المقرر للترقية في الوظيفة التي يشغلها".

2- أن يكون مستوفياً للشروط اللازم توافرها لشغل الوظيفة المراد ترقيته إليها، لأن الترقية تعتبر إحدى وسائل شغل الوظائف العامة، ولما كان ذلك فإنه يشترط فيمن يرقى إلى أي وظيفة ذات الشروط الفنية والعلمية في من يراد تعيينه لأول مرة في ذات الوظيفة، فإذا افتقد لهذه الشروط جاز تعيين غيره من خارج الموظفين، إذا تعذر شغل الوظيفة بأي وسيلة أخرى، وهذا ما نصت عليه المادة 139 من قانون علاقات العمل رقم 12 لسنة 2010 والتي جاء فيها "لا يجوز ترقية الموظف من مجموعة نوعية إلى مجموعة نوعية أخرى داخل المجموعة

⁽²⁵⁾ حكم المحكمة العليا، طعن إداري رقم 42/86 ق، 1999/1/10، الباحث الإلكتروني في مبادئ المحكمة العليا، الإصدار الأول،

إعداد وزارة العدل.

الوظيفية الرئيسية الواحدة، إلا إذا توافرت فيه الشروط المقررة لذلك، بما فيها التأهيل العلمي أو الفني المطلوب".

- 3- أن يجتاز الامتحان المقرر للترقية بنجاح⁽²⁶⁾.
- 4- أن يحصل الموظف على تقدير كفاءة (جيد جداً) فما فوق لآخر ثلاث سنوات⁽²⁷⁾.
- 5- أن توجد وظيفة شاغرة تلي مباشرة الوظيفة التي كان يشغلها الموظف المراد ترقيته في ملاك الوحدة الإدارية التابع لها، وفي ذات المجموعة الوظيفية التي تندرج فيها وظيفته.
- 6- أن تتم الترقية ممن له صلاحية إصدار قرار شغل الوظيفة المرقي إليها.
- 7- أن يصل مرتبه إلى نهاية مربوط مرتب الوظيفة التي يشغلها.

المطلب الثاني

معايير الترقية

نظمت النصوص التشريعية المنظمة لقانون علاقات العمل رقم 12 لسنة 2010 ولائحته التنفيذية معايير ترقية الموظف على النحو التالي:

1. تتم الترقية إلى وظائف الإدارة العليا من الدرجة الحادية عشرة ما فوق على أساس ترتيب الأقدمية بين المرشحين وفقاً لتقرير مجلس الوزراء، بناء على عرض الوزير المختص، على أن تكون الترقية إلى الوظائف المقررة لها الدرجة الحادية عشرة من بين الحاملين على درجة ممتاز في السنتين الأخيرتين.
2. تتم الترقية إلى الوظائف المقرر لها الدرجة السابعة حتى الدرجة العاشرة بالاختيار على أساس ترتيب الكفاية في السنتين الأخيرتين، وذلك على الوجه الآتي:

⁽²⁶⁾ للمزيد من التفاصيل راجع د. مصطفى عبد الحميد دلاف: ص 132 وما بعدها.

⁽²⁷⁾ حول تقييم كفاءة الأداء راجع المواد من 108 إلى 124 من اللائحة التنفيذية لقانون العمل رقم 12 لسنة 2010.

أ. تكون الأسبقية للحاصلين على درجة ممتاز في السنتين الأخيرتين، ثم الحاصلين على درجة ممتاز في إحداهما وجيد جداً في الأخرى، مع تقديم الحاصل على ممتاز في السنة الأخيرة، ثم الحاصلين على درجة جيد جداً فيها.

ب. إذا بقيت وظائف خالية جاز الترقية إليها ممن لا تقل درجة كفايتهم عن جيد في السنتين الأخيرتين بحسب الأسبقية في درجة الكفاية فيما بينهم.

ج. يجب أن تراعى الأقدمية في جميع الأحوال عند التساوي في درجة الكفاية.

3. تتم الترقية إلى الوظائف الأخرى على أساس ترتيب الأقدمية بمراعاة ما يلي:

أ. أن تكون الأسبقية للحاصلين على درجة كفاية لا تقل عن جيد جداً في السنتين الأخيرتين.

ب. إذا بقيت وظائف خالية جاز الترقية إليها من الحاصلين على درجة كفاية لا تقل عن جيد في هاتين السنتين.

ويستفاد من كل ذلك أن المشرع، حرصاً منه على تمكين جهة الإدارة باختيار أكفء الموظفين لتولي مهام الوظائف العليا، فقد وضع معايير يتم بمقتضاها التعرف على الموظف الكفء لترقيته إلى تلك الوظائف، وهذه المعايير هي: الكفاءة والأقدمية⁽²⁸⁾.

فالترقية قد تتم على أساس الكفاءة، أي استناداً إلى درجة الكفاءة التي حصل عليها الموظف في المدة التي قضاها في الدرجة باعتبارها القياس الذي يصدره الرئيس الأعلى للموظف عن اجتهاده وتفانيه وصلاحيته لممارسة اختصاصاته الوظيفية.

وتحدد درجة كفاية الموظف بناء على تقارير الخدمة السنوية، ونظام التقرير السنوي يخضع له الموظفون من شاغلي وظائف الدرجة العاشرة

(28) د. محمد عبدالله الحراري: ص 84. وكذلك د. مفتاح خليفة عبدالحميد، د. محمد محمد الشلماني: ص 77 وما بعدها، وكذلك أيضاً د.

حسين حمودة المهدي: ص 133 .

فأقل، ويجب أن يتضمن النواحي التي تتصل بقيام الموظف بمهام وظيفته، كما يجب أن يعد بمعرفة الرئيس المباشر للموظف، ويعتمد من قبل الرئيس الأعلى في الوحدة الإدارية وتقدر درجة الكفاية التي ينتهي إليها التقرير بإحدى الدرجات الآتية: ممتاز - جيد جداً - جيد - متوسط - ضعيف.

ويجوز للموظف التظلم من التقرير المقدم عنه، إذا كان بدرجة متوسط أو ضعيف، وذلك أمام لجنة شؤون الموظفين، وخلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره به، وللجنة أن تعتمد التقرير المتظلم منه أو تعدله بقرار مسبب، ولا يعد التقرير نهائياً، ولا تترتب عليه آثاره إلا بانقضاء ميعاد التظلم، أو باعتماده من اللجنة المذكورة.

أما الترقية على أساس الأقدمية فهي تتم بصورة آليه تلقائية، حيث يرقى الموظف للوظيفة الأعلى درجة، متى كان أقدم زملائه في الوظيفة الأدنى منها التي يشغلها قبل إجراء الترقية.

وقد حدد المشرع في المادتين 136- 141 من الباب الرابع من قانون علاقات العمل رقم 12 لسنة 2010 قواعد احتساب الأقدمية في الترقية على النحو الآتي:

- تبدأ الأقدمية في الوظيفة من تاريخ شغلها، فإذا اتحد تاريخ الوظيفة لأكثر من موظف حددت الأقدمية وفقاً للآتي:
 - أ. إذا كان شغل الوظيفة لأول مرة نتيجة اجتياز الامتحان المقرر لشغلها، تحدد الأقدمية على أساس نتيجة الامتحان .
 - ب. أما إذا كان شغل الوظيفة لأول مرة دون إجراء امتحان، فتحدد الأقدمية على أساس الأعلى مؤهلاً، فالأقدم تخرجاً، فالأكبر سناً.

ج. وإذا كان شغل الوظيفة بطريق الترقية بناء على نجاح في الامتحان المقرر للترقية، حددت الأقدمية على أساس البند "أ"، أما إذا كان بدون امتحان حددت الأقدمية على أساس الأقدمية في الوظيفة، وفي حالة التساوي يطبق حكم البند "ب" المشار إليه.

وإذا كانت للموظف مدة خدمة سابقة، حسبت له أقدمية اعتبارية في الوظيفة ويستحق مرتبه من تاريخ مباشرته العمل، ويحدد بأول مربوط الوظيفة التي شغلها على أنه إذا حسبت له أقدمية اعتبارية يزداد مرتبه بما يعادل علاوة عن كل سنة.

وفي حالة الترقية يمنح الموظف عند ترقيته أول مربوط الوظيفة المرقى إليها، أو آخر مرتب تقاضاه في وظيفته السابقة، مضافاً إليه علاوة من علاوات الوظيفة المرقى إليها أيهما أكبر.

ويستحق المرتب الجديد من أول الشهر التالي لصدور القرار بالترقية، فإذا وقعت الترقية في اليوم الأول من الشهر استحق المرتب من اليوم المذكور.

- إذا زاد عدد المرشحين للترقية في الوحدة الإدارية عن الوظائف الشاغرة في ملاكها المعتمد، حددت الأسبقية وفق الآتي:

- إذا كانت الترقية نتيجة اجتياز الامتحان المقرر للترقية، فتكون الأولوية على أساس نتيجة الامتحان، فإن تساوت تكون على أساس تقارير الكفاية، فإن تساوت تكون على أساس الأقدمية في الوظيفة السابقة.

- إذا كانت الترقية بدون امتحان، فتكون الأولوية على أساس تقارير الكفاية، فإن تساوت تكون على أساس الأقدمية في الوظيفة السابقة.

ويستحق الموظف من تاريخ استحقاق الترقية أو مربوط الوظيفة المرقى إليها، أو علاوة من علاوات هذه الوظيفة، مضافة إلى مرتبه الأصلي، أيهما أكبر.

بقي أن تتم الإشارة في مقام أنواع الترقيات إلى الترقيات التشجيعية، وهي ترقيات تمنح لبعض الموظفين لاعتبارات خاصة ينفردون بها؛ لأنها تهدف إلى مكافأة الموظف الكفاء وتشجيعه على تحسين عمله ومضاعفة إنتاجه، كما تحت

العاملين الآخرين على العمل وتحسين أدايمهم، حيث نصت المادة 140 من قانون علاقات العمل رقم 12 لسنة 2010 على أنه "يجوز ترقية الموظف ترقية تشجيعية إذا أمضى نصف الحد الأدنى المقرر للترقية في الوظيفة التي يشغلها، وذلك في إحدى الحالات الآتية:

1. إذا قدم ببحثاً موضوعية لتحسين وتطوير أداء الجهاز الإداري، دون إضافة أعباء مالية، أو حقق وفعراً في المصروفات.

2. إذا قام باختراع أو ابتكار أو تطوير وسائل لزيادة الإنتاج.

3. إذا قام بأعمال ترتب عليها المحافظة على حماية البيئة والمواطن من التلوث والأمراض .

4. إذا حصل على تقرير كفاية بدرجة ممتاز في الثلاث سنوات الأخيرة.

5. وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يحصل الموظف على أكثر من ترقيتين تشجيعيتين طوال مدة خدمته الوظيفية، كما لا يجوز أن يزيد عدد المرقين وفقاً لحكم هذه المادة على 5% من مجموع عدد المرقين في الوحدة الإدارية".

ومما تجدر الإشارة إليه أن هذه الشروط هي ذات الشروط التي وردت في المادة 39 من قانون الخدمة المدنية الملغي، فيما عدا الشرط الخاص بضرورة أن يكون الموظف قد قام بأعمال ترتب عليها المحافظة على حماية البيئة والمواطن من التلوث والأمراض، وهذا الشرط استحدثه القانون رقم 12 لسنة 2010 بشأن علاقات العمل، وهو مسلك محمود، يحسب للمشرع، لتعميق مفهوم الترقية التشجيعية.

كما نلاحظ أيضاً أن القانون رقم 12 لسنة 2010 خفض سنوات تقارير الكفاية، حيث أصبحت هذه المدة ثلاث سنوات، بدلاً من خمس سنوات، خلافاً لما كانت عليه في قانون الخدمة المدنية رقم 55 لسنة 1976 الملغي.

وبالإضافة إلى أنواع الترقيات المشار إليها أعلاه، يوجد نوع آخر، وهو الترقيات الاستثنائية لعضو قوة الشرطة، والتي ورد النص عليها في المادة 51 من القانون رقم 5 لسنة 2018، والتي تنص على أنه "استثناءً لأحكام المواد 43، 46، 48، 49 يجوز ترقية عضو قوة الشرطة إلى الرتبة أو الدرجة التالية لرتبته أو درجته، إذا قام بأعمال أو خدمات ممتازة تستحق التقدير، وذلك لمرة واحدة طيلة مدة الخدمة، وفقاً لشروط والضوابط التي يصدر بها قرار من الوزير"⁽²⁹⁾.

كما أن هناك حالات لا يجوز فيها تخطي الموظف العام في ترقيته عندما يأتي دوره في ترقية، وهذه الحالات هي:

1- الموظف المريض:

مرض الموظف العام سبب خارج عن إرادته، لذلك لا يجوز تخطيه في الترقية عندما يحل دوره فيها، وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ 2001/1/16 بأن "المريض بأحد الأمراض المزمنة يتحدد مركزه القانوني في البقاء في الخدمة والحصول على إجازة استثنائية من أحكام القانون ذاته، وأن المرض سبب خارج عن إرادة الموظف، فلا يجوز أن يكون مانعاً من ترقيته، مادام أنه كان أهلاً في ذاته للترقية"⁽³⁰⁾.

2- الإجازة الخاصة لمرافقة الزوج:

هذه الإجازة لا تعد سبباً للتخطي في الترقية، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ 2000/4/15 الذي جاء فيه "الإجازة الخاصة لمرافقة الزوج أو رعاية الطفل تدخل في حساب المدة اللازمة للترقية"⁽³¹⁾.

⁽²⁹⁾ القانون رقم 5 لسنة 2018 بشأن قوة الشرطة، 2019/12/12، الجريدة الرسمية، س 8، ع 3، 2019، ص 110.

⁽³⁰⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 41/4424 ق، 2001/1/16، مجلة المحاماة، ع 2، 2002، ص 540.

⁽³¹⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 41/12 ق، 2000/4/15، مشار إليه لدي د. مفتاح خليفة عبد الحميد، د. محمد محمد الشلماني، ص 79.

3- الموظف الذي وُقعت عليه جزاءات وتم محوها:

لا يجوز تخطي الموظف العام في الترقية بسبب جزاء قد وقع عليه، وتم محوه بمضي المدة القانونية لمحو الجزاء، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ 2001/5/13 الذي جاء فيه "لا يجوز للجهة الإدارية تخطي العامل في الترقية بسبب جزاء قد وقع عليه، رغم مرور المدة القانونية لمحو الجزاء، وأن تعيد للأذهان إلى ما قرره المشرع بإسداد ستار النسيان دونه، وإفراغ نصوص القانون وضمائنه عن مفهومها الذي ارتضاه لها"⁽³²⁾.

المطلب الثالث

موانع الترقية

هناك حالات معينة يكون فيها الموظف مستوفياً لكل الشروط المطلوبة للترقية، ولكن لا تتم ترقيته بسبب وجود مانع يحول دون ذلك، وتجب الإشارة إلى أن هذه الموانع محددة بنصوص لا يمكن للإدارة الإضافة إليها أو التوسع فيها، كما أن هذه الموانع مؤقتة، بحيث تحرم الموظف من الترقية خلال مدة معينة، إلى أن يزول المانع الذي منع عنه الترقية، وهذه الموانع تتمثل في الحالات التالية:

1- إذا حصل الموظف على تقريرين متتاليين بدرجة كفاية أقل من جيد، أي بدرجة متوسط أو ضعيف.

2- إذا وقعت على الموظف عقوبة الحرمان من الترقية كعقوبة تأديبية، وقد حددت المادة 160 من الباب الرابع من قانون علاقات العمل رقم 12 لسنة 2010 العقوبات التي يجوز لمجلس التأديبي توقيعها على الموظف عند إخلاله بواجبات وظيفته، ومن بينها الحرمان من الترقية مدة لا تقل عن سنة، ولا تزيد على ثلاث سنوات، أي كانت الدرجة الوظيفية التي يشغلها الموظف.

⁽³²⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 38/605 ق، 2001/5/13، مشار إليه لدي المرجع السابق، ص 80.

3- إذا صدر بحق هذا الموظف قرار بإحالته إلى المحاكمة التأديبية أو الجنائية، وهذا ما أشارت إليه المادة 162 من قانون علاقات العمل رقم 12 لسنة 2010، حيث نصت على الآتي "لا يجوز ترقية موظف محال إلى المحاكمة التأديبية أو الجنائية أو موقوف عن العمل خلال مدة الإحالة أو الإيقاف، على أن تحجز له درجة الوظيفة التي كان يستحق الترقية إليها، وذلك إلى أن تنتضي سنة من تاريخ الإحالة أو الإيقاف، أو إلى أن يبت في الدعوى، أيهما أسبق، فإذا أسفرت الإجراءات عن عدم إدانته وجبت ترقيته إلى الوظيفة المحجوزة، وإذا كانت مدة الحجز قد انقضت رقي إلى أية وظيفة خالية بالوحدة الإدارية من ذات درجة الوظيفة التي كان يستحق الترقية إليها، وفي ذات المجموعة الوظيفية التي تندرج تحتها وظيفته، والإرقي إلى مثل هذه الوظيفة بصفة شخصية، على أن يسوى وضعه على أول وظيفة تخلو من ذات الدرجة والمجموعة الوظيفية".

4- يحرم الموظف من الترقية في ميعاد استحقاقها متى تقرر حسب احتياطياً أو تنفيذاً للحكم الجنائي، وهذا ما أشارت إليه المادة 158 من قانون علاقات العمل رقم 12 لسنة 2010، والتي تنص على أن "كل موظف يحبس احتياطياً أو تنفيذاً لحكم جنائي يوقف بقوة القانون عن عمله مدة حبسه، فإذا كان الحبس تنفيذاً لحكم جنائي سقط حقه في مرتبه طوال مدة الحبس، ولا تحسب هذه المدة في أقدمية الدرجة أو استحقاق العلاوة السنوية أو الإجازة. أما إذا كان الحبس احتياطياً فيوقف صرف نصف مرتب الموظف مدة الحبس، على أن يصرف له النصف الآخر إن أسفرت الإجراءات عن عدم إدانته.

وفي جميع الأحوال لا يسترد من الموظف ما يكون قد صرف له من مرتبات وعلاوات وبدلات ومزايا مالية أخرى".

4- وأخيراً يمتنع على الإدارة ترقية الموظف المنقول خلال سنة من تاريخ نقله إذا كان من شأن هذه الترقية أن تفوت على أحد زملائه في الجهة المنقول إليها فرصة

الترقية خلال السنة المذكورة، ولا يسرى هذا المنع على من كان نقله بسبب نقل وظيفته أو إلغائها، أو إلى إحدى وظائف الإدارة العليا، أو كان الموظف المنقول موفداً للدراسة أو التدريب أو التجنيد، ولم توجد عند عودته بالوحدة الإدارية التي أوفدته وظيفة خالية من ذات درجته ومجموعته الوظيفية⁽³³⁾.

المبحث الرابع

الرقابة القضائية على قرار الترقية

تعد الرقابة القضائية على أعمال الإدارة من أهم وأكثر صور الرقابة فعالية حيث تسند سلطة الرقابة للقضاء لما يتميز به من استقلال وحياد عن السلطة التنفيذية، ولأن القضاء الإداري قادر على حماية مبدأ المشروعية، إذ إن الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على أعمال الإدارة هي رقابة مشروعية كأصل عام حيث يقوم بفحص القرار الإداري من حيث مطابقته أو عدم مطابقته للقواعد القانونية، دون أن تمتد هذه الرقابة إلى بحث مدي ملاءمته، حيث إن هذا من صلاحيات الإدارة⁽³⁴⁾، وتوفيراً لأكبر قدر ممكن من الحماية القانونية للموظفين العاملين ضد تعسف الجهات الإدارية التابعين لها اعترف المشرع للموظف بحقه في سلوك طريق التظلم الإداري أو الطعن القضائي على القرارات الصادرة بالترقية والمخالفة للقوانين واللوائح⁽³⁵⁾.

وعلى هذا الأساس تتسم الرقابة القضائية بالاستقلال عن طرفي النزاع وتتصف بالحياد والنزاهة والموضوعية؛ وبالتالي هي أفضل من الرقابة الإدارية وتعد أنجع طريقة لضمان احترام القانون والخضوع لسيادته وفقاً لمبدأ المشروعية.

⁽³³⁾ د. محمد عبدالله الحراري: ص 88.

⁽³⁴⁾ د. عزيزة الشريف: ص 94.

⁽³⁵⁾ د. محمد عبدالله الحراري: ص 88.

كما تفرض الرقابة القضائية على الإدارة ضرورة قيامها بتبني أسس موضوعية لاختيار الموظف الأصح للوظيفة الأعلى، مما ينعكس إيجابياً على تطوير الجهاز الإداري والارتقاء به؛ وهذا يؤدي إلى زيادة كفاءة وفاعلية الموظفين أنفسهم، لكون الكفاءة هي السبيل الوحيد للموظف إذا ما رغب صعود درجات السلم الوظيفي، وهذا لاشك يصب في المصلحة العامة.

كما يجوز للموظف الذي أضر قرار الترقية بمصلحته، أن يتظلم منه أمام لجنة التظلمات المنصوص عليها في القانون رقم 6 لسنة 1992 بإنشاء إدارة القانون، والتي لها أن تلغي القرار كلياً أو جزئياً، أو تجري التسوية بما يتفق وأحكام القانون، ويكون قرارها مسبباً ونهائياً، وهذا من جهة.

ومن جهة أخرى، منح المشرع للموظف العام في القانون رقم 88 لسنة 1971 بشأن القضاء الإداري الحق في الطعن بالإلغاء أو بالتعويض، أو بالأمرين معاً، على القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالترقية في الوظائف العامة والمخالفة للقوانين واللوائح، وذلك أمام دوائر القضاء الإداري⁽³⁶⁾، إذا تبين أن الترقية قد أجرت دون التقيد بالشروط والضوابط الخاصة بالترقية، أو إذا تبين أن عدم إجرائها لها كان بقصد الإضرار أو التشفي من الموظف، بتفويت فرصته في الترقية، فإن تصرفها يكون في هذه الحالات غير مشروع، وقابلًا للإلغاء من قبل القضاء الإداري.

⁽³⁶⁾ وهذا ما قرره المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 11/6/2013 في الطعن الإداري رقم 56/352، والذي جاء فيه "وحيث أنه متي عينت الإدارة موظفاً استناداً على ما قدمه لها من مستندات، وتوالت ترقياته، فإن مركزه القانوني في آخر درجة رقي إليها يكون قد تحقق بقرار إداري، وهذا القرار هو الذي ينبغي أن يكون محلاً للطعن بالإلغاء، وأن يكون مرجع الطعن ما هو منصوص عليه في المادة 2/2 من القانون رقم 88 لسنة 1971 بشأن القضاء الإداري. ولما كان محل الطعن المائل ليس آخر قرار ترقية للمطعون ضده إلى الدرجة الثامنة بتاريخ 2005/9/1، وإنما على مجرد حصوله على درجة الماجستير عام 2002، مما كان يتعين معه على الحكم المطعون فيه رفض الطعن، ولما كان المطعون لم يلتزم هذا النظر، وقضي للمطعون ضده بما أنهى إليه في منطوقه، فإنه يكون حرياً بالنقض". حكم غير منشور.

وهذا ما قررته المحكمة العليا في العديد في احكام عديدة، حيث تقول "الأصل في الترقية لا يعتبر حقاً للموظف، لأن القانون لا يوجب الترقية على الإدارة بطريقة الإلزام، وإنما ترك لها الترخيص في تعيين الوقت الذي تجربها فيه، حسبما تقتضيه المصلحة العامة، لأن ملائمة الوقت الذي تجري فيه الترقية متروك لتقدير الإدارة بما لا معقب عليها فيه، ما دام مسلكها في ذلك خالياً من إساءة استعمال السلطة"⁽³⁷⁾.

وفي حكم آخر لها تشير المحكمة العليا إلى أن "الترقية ليست حقاً ذاتياً للموظف، يستند إلى قاعدة قانونية، لا يتطلب لإجرائها صدور قرار إداري، إنما هي رخصة لجهة الإدارة، تباشرها إذا تحققت شروطها وضوابطها التي نص عليها القانون..."⁽³⁸⁾.

والجدير بالذكر أن اختصاص دوائر القضاء الإداري بالفصل في الطلبات التي يقدمها الموظفون العامون بالطعن على قرارات الترقية لا يقتصر على التحقق من مشروعية الترقية في حد ذاتها، وفيما إذا كانت صادرة من جهة مختصة، ومشملة على الأسباب التي دعت الإدارة على اتخاذها، وفيما إذا كانت قد صدرت لدواعي المصلحة العامة من عدمه، وإنما يمتد هذا الاختصاص إلى النظر في مدى مشروعية الإجراءات الإدارية السابقة للترقية، والتي من شأنها التأثير على المركز الوظيفي للموظف عند إجراء ترقيته، مثل امتحانات الترقية والتقارير السنوية الخاصة بتقدير درجة كفاية الموظف، وكيفية حساب ترتيب الأقدمية.

⁽³⁷⁾ حكم المحكمة العليا، طعن اداري رقم 8/7 ق، 1964/5/16، مجلة المحكمة العليا، س1، ع1، 23. وبنفس المعني حكما

الصادر في الطعن الإداري رقم 48/73 ق، 2005/1/16، مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، ص 66.

⁽³⁸⁾ حكم المحكمة العليا، طعن اداري رقم 45/2 ق، 2001/12/30، مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، الجزء

الثاني، 2001، ص 857.

كما أن حق الطعن القضائي على القرارات الصادرة بالترقية هو حق مقرر ليس للموظف الذي صدرت الترقية بشأنه فحسب، وإنما أيضاً لكافة زملائه من الموظفين الذين أضر القرار بمصلحتهم، ولو كان الضرر محتملاً⁽³⁹⁾.

وتأسيساً على ذلك استقرت المحكمة العليا على أن من حق الموظف "الطعن في قرارات الترقية التي تتم مخالفة للقانون إذا كان من شأنها أن تلحق به ضرراً ولو محتملاً، وقد سلم القضاء الإداري للموظف الأقدم بحق الطعن في ترقية الموظف الأحدث، لأن مصلحة الطاعن محققة في إلغاء القرار فيما اشتمل عليه من ترقية هؤلاء الأشخاص، إذ سيترتب على ذلك زوال أسبقيتهم في ترتيب الأقدمية من طريقه، كما سيتيح له فرصة أوسع للترقية"⁽⁴⁰⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه أن اختصاص دوائر القضاء الإداري عند نظرها للطعون ضد قرارات الترقية المخالفة للقانون يقتصر على التحقق من مشروعية أو عدم مشروعية القرار المطعون فيه، ومن ثم الحكم برفض الدعوى، أو إلغاء القرار في حالة عدم مشروعيته، فلا يجوز لها أن تصدر أوامر إلى الإدارة بإجراء الترقية، ولا أن تحل محلها في إصدار قرار بترقية الطاعن.

وهذا ما عبرت عنه المحكمة العليا بقولها أن "المحاكم الإدارية لا تملك الحق في إجبار الجهة الإدارية بترقية موظف"⁽⁴¹⁾، وفي حكم آخر لها تشير إلى أنه "لا ولاية لدوائر القضاء الإداري في إصدار قرارات بالترقية، لأن ولايتها لا تتسع لأن تقوم مقام الإدارة العاملة في إصدار القرارات الإدارية"⁽⁴²⁾.

وقد أكدت المحكمة العليا هذا التوجه القضائي في أحكامها الحديثة، حيث تقول في حكمها الصادر بتاريخ 2010/1/24، والذي جاء فيه "... وحيث إن هذا

(39) د. محمد عبدالله الحراري: ص 89 وما بعدها.

(40) حكم المحكمة العليا، طعن إداري رقم 8/7 ق، 1964/5/16، مجلة المحكمة العليا، س1، ع1، ص23.

(41) حكم المحكمة العليا، طعن إداري رقم 10/5 ق، 1964/5/4، مجلة المحكمة العليا، س1، ع2، ص12.

(42) حكم المحكمة العليا، طعن إداري رقم 16/2 ق، 1970/6/21، مجلة المحكمة العليا، س7، ع1، ص55.

النعي غير سديد، ذلك أن قضاء هذه المحكمة جرى على أن ترقية الموظف ليست واجبة على جهة الإدارة، تجربها بطريق الإلزام، وإنما القانون رخص لها تعيين الوقت الذي تجري فيه الترقية، حسب ما تقتضيه المصلحة العامة، وأن أمر ملائمة الوقت متروك لتقدير جهة الإدارة، بما لا معقب عليها مادام مسلكها في ذلك، متى كان خالياً من إساءة استعمال السلطة، ولا يسوغ للقضاء الإداري أن يحل محل جهة الإدارة في عمل أو إجراء هو من صميم اختصاصها، وكل ما للموظف هو الحق في الطعن على قرارات الترقية التي تتم بمخالفة القانون⁽⁴³⁾.

وفي حكم حديث صادر عن محكمة استئناف بنغازي، بتاريخ 2018/6/28 في الطعن رقم 2012/304 ق، جاء فيه "... ولما كان ذلك، وكانت طلبات الطاعن في حقيقتها هي طلب ترقيته أسوة بزميله الذي تمت ترقيته إلى الدرجة الثانية عشرة، بالرغم من أن زميله بنفس قرار التعيين، وحيث إن الترقية ليست حقاً للموظف، وإنما هي رخصة لجهة الإدارة، وقد أوجب لها القانون تعيين الوقت الذي تجري فيه الترقية، حسب ما تقتضيه المصلحة العامة، وإن أمر ملائمة الوقت متروك لتقدير الإدارة، ولا معقب عليها، ووفقاً لسلطتها التقديرية، وليس للموظف إجبار جهة الإدارة على ترقيته إلى درجة معينة، ولا يسوغ للقضاء الإداري أن يحل محل الجهة الإدارية في عمل أو إجراء هو من صميم اختصاصاتها، وكل ما للموظف هو الحق في الطعن في القرارات الصادرة بشأن الترقية التي تتم بالمخالفة للقانون"⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴³⁾ حكم غير منشور، وبنفس المعنى حكمها الصادر بجلسة 2005/1/16 في الطعن الإداري رقم 48/73 ق، والذي جاء فيه "لا يسوغ للقضاء الإداري أن يحل محل الجهة الإدارية في عمل أو إجراء هو من صميم اختصاصها، وكل ما للموظف هو الحق في الطعن في قرارات الترقية التي تتم بالمخالفة للقانون، ولما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه "حكم دائرة القضاء الإداري بمحكمة استئناف بنغازي" قد قضي بترقية المطعون ضده إلى الدرجة الحادية عشرة اعتباراً من 1996/9/1، وهو أمر يخرج عن ولاية القضاء الإداري، فإنه يكون قد جانب الصواب متعين النقص في هذا الجانب"، مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، 2005، ص 66.

⁽⁴⁴⁾ حكم غير منشور، وبنفس المعنى حكمها الصادر في الطعن رقم 2017/316، 2018/11/8، حكم غير منشور.

وتجدر الإشارة إلى أن الرقابة القضائية أفضل من الرقابة الإدارية، والسبب في ذلك يعود إلى أن أعمال الرقابة القضائية من مهمة القضاة المؤهلين علمياً والمتخصصين عملياً، لكونهم عاشوا في رحاب القضاء، ونهلوا من معينه، ولكون القضاة أكثر خبرة ودراية وحيدة من رجال الإدارة⁽⁴⁵⁾.

الخاتمة

بعد أن انتهينا وبعون الله وتوفيقه من دراسة أحكام الترقية في الوظيفة العامة دراسة في ضوء نصوص قانون علاقات العمل رقم 12 لسنة 2010م، يمكن لنا أن نجمل أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها من هذه الدراسة، وذلك على النحو الآتي:

أولاً- النتائج:

1. الترقية يقصد به انتقال الموظف من الوظيفة التي يشغلها إلى وظيفة تقع في الدرجة الأعلى التالية لدرجته مباشرته ضمن تدرجه الوظيفي.
2. يعد نظام الترقية وسيلة مشروعة للموظف العام في تحقيق مكاسب مادية، تؤدي إلى تحسين المستويين المعيشي والاجتماعي للموظف، ويقصد بها الامتيازات التي يتمتع بها الموظف العام، والتي يستمدّها من مركزه النظامي، ومن المعلوم أن الراتب الجيد يعد من أهم العناصر لرفع الروح المعنوية لدى الموظفين في مختلف درجاتهم الوظيفية، وبخاصة مع الازدياد السريع لتكاليف الحياة المعيشية اليومية، فنظام الترقية وفقاً لهذا المفهوم القائم على أساس زيادة راتب الموظف بازدياد اختصاصاته وسلطاته الوظيفية قد يكون سبباً جوهرياً في أبعاد الموظف العام عن استغلال عمله الوظيفي تحقيقاً لمآرب شخصية، لأن الموظف الذي يعمل في ظل

⁽⁴⁵⁾ د. وليد سعود القاضي: ص 335.

ظروف مادية صعبة، وفي غياب التطبيق الموضوعي السليم لنظام الترقية، قد يلجأ للقيام بأي عمل يتعارض مع أخلاقيات الوظيفة العامة، لذا فمن الضروري أن يصاحب الترقية الحافز المادي الملائم، الأمر الذي يحسن من مستواه الاجتماعي ويترك الأثر الطيب في نفسه.

3. نظام الترقية العادل قد يخلق في الوظيفة العامة جواً من التعاون والتواصل بين جميع موظفي الجهاز الإداري، وهذا الأمر يبعدهم عن أجواء التوتر والشقاق والتشاحن المرهق، نتيجة رضا كل موظف واقتناعه بموقعه الوظيفي الذي يشغله أو الذي تمت ترقيته إليه بأسس موضوعية عادلة، بعيداً عن المصالح الشخصية، تحقيقاً لمبدأ (الأجر مقابل العمل) و (كل حسب مقدرته، ولكل حسب عمله)، والعمل في مثل هذه البيئة الوظيفية التي يسودها الود والتعاون والتفاهم بين طاقم العمل الإداري يحقق مصلحة الموظف العام، ويزيد من إنتاجيته، ويحقق احتياجاته الاجتماعية والإنسانية.

4. إذا كان نظام الترقية يعمل على تحفيز الموظفين للسعي الدائم لتطوير كفاءاتهم وخبراتهم ومهاراتهم الوظيفية، والإخلاص والتفاني في العمل الوظيفي للارتقاء بالعمل الإداري والوصول لأعلى درجات الوظيفة العامة، فإن هذا الأمر في الوقت نفسه يوفر للمواطن المتعامل مع الجهاز الإداري جواً ملائماً للحصول على الخدمات العامة التي يحتاج إليها، وتسهيل عملية إنجاز معاملاته ومصالحه بسهولة ويسر، لإصلاح الجهاز الإداري المليء بأفضل العناصر البشرية البناءة الذي يسوده التعاون والتفاهم والرضا النفسي والوظيفي، وهذا سيؤدي في النهاية لازدهار المجتمع ورفاهيته، وتحسين مستوى الخدمة العامة فيه، وتقديمها للمواطن على الوجه الأكمل.

5. التطبيق السليم لنظام الترقية القائم على أسس علمية وموضوعية وقانونية سليمة، وإحساس كافة موظفي الجهاز الإداري بعدالة هذا النظام، سيخلق نوعاً من

الاحترام المتبادل بين الرؤساء والمرؤوسين، كما يسهم نظام الترقية أيضاً بوضع الموظف المناسب في الوظيفة المناسبة، وفقاً لما يحمله من كفاءات ومؤهلات علمية وخبرات وظيفية.

6. الترقية ليست حقاً تلقائياً للموظف العام، وإنما لابد من توفر جملة من شروط التي تشكل في مجملها منظومة نزيهة، تضمن أن تتم الترقية وفقاً لأسس موضوعية وليست شخصية.

7. قرار الترقية قد لا يصدر من السلطة المختصة لا بسبب انتقاء شروط تحققها وإنما لوجود مانع يتعلق بالموظف ذاته يحول دون ترقيته.

8. المشرع الليبي جعل النظر في الطلبات المتعلقة بقرارات الترقية من اختصاص دوائر القضاء الإداري بمحكمة الاستئناف.

9. لاحظنا من خلال هذه الدراسة أن المشرع الليبي اعتمد نظام الكفاية في الترقية، وليس معيار الأقدمية.

10. رقابة القضاء الإداري على قرارات الترقية هي رقابة مشروعية، وليس رقابة ملاءمة، ويمارس القضاء الإداري رقابته على هذه القرارات من خلال رقابة الإلغاء ورقابة التعويض ورقابة فحص المشروعية.

ثانياً- التوصيات:

1. ضرورة إنشاء قانون خاص يتعلق بالعلاقات الوظيفية لموظفي الدولة كما كان بالسابق القانون رقم 55 لسنة 1976.

2. أن تكون أسباب ترقية الموظف منظمة بصورة واضحة ودقيقة وعادلة لجميع الموظفين، مع تفعيل أجهزة الرقابة الإدارية.

3. على المشرع الليبي أن ينظم الإجراءات الواجب اتباعها من قبل جهة الإدارة عند اتخاذها قرار الترقية.

4. نظراً لأهمية تقارير الكفاية في ترقية الموظف فعلى المشرع الليبي أن يأخذ بتقريرين سنويين معاً بمرتبة ممتاز، وليس فقط على السنتين الأخيرتين من الدرجة.

5. على المشرع الليبي بأن يأخذ بمبدأ تأجيل الترقية كعقوبة تبعية، بعكس ما نص عليها في المادة 160 من قانون علاقات العمل رقم 12 لسنة 2010 كعقوبة أصلية.

المصادر

أولاً-المعاجم:

- المعجم الوسيط، اصدار مجمع اللغة العربية، القاهرة، الجزء الأول، ط3.

ثانياً- الكتب العامة:

- المهدي (حسين حمودة)، شرح أحكام الوظيفة العامة، ط 2، 2002، دار الجماهيرية للنشر والتوزيع، مصراته، ليبيا.
- الجهمي (خليفة سالم)، أحكام ومبادئ القضاء الإداري الليبي، ط 1، 2009، دار الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي، ليبيا.
- الطماوي (سليمان)، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، نظرية المرافق العامة وعمال الإدارة العامة، 1937، دار الفكر العربي، القاهرة.
- الشريف (عزيزة)، قضاء التعويض، الجزء الثاني، 2001، مؤسسة دار الكتب، الكويت.
- عبد الحميد (مفتاح خليفة)، الشلmani (حمد محمد)، التنظيم القانوني للوظيفة العامة في التشريع الليبي، ط 1، 2014، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- دلاف (مصطفى عبد الحميد)، حقوق الموظف العام وواجباته في القانون الليبي دراسة مقارنة مع القانون المصري، ط1، 2018، جين للطباعة والنشر والتوزيع، البيضاء، ليبيا.

- الحراري (محمد عبدالله)، أصول القانون الليبي، ط7، 2019، المكتبة الجامعة، الزاوية، ليبيا.
- الفلاح (محمد عبدالله)، أحكام القانون الإداري، ط1، 2018، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- جعفر (محمد أنس)، جعفر (أشرف أنس)، الوظيفة العامة، 2013، دار النهضة العربية، القاهرة.
- القاضي (وليد سعود)، ترقية الموظف العام دراسة مقارنة، ط1، 2012، دار الثقافة، عمان.
- العصار (يسري محمد)، المبادئ التي أرستها المحكمة الدستورية العليا في مجال الوظيفة العامة، 2011.
- ثالثاً- المجلات والدوريات:
- مجلة المحاماة المصرية.
- مجلة المحكمة العليا.
- مدونة التشريعات الليبية.
- رابعاً- القوانين واللوائح:
- القانون رقم 12 لسنة 2010 بشأن اصدار قانون علاقات العمل.
- القانون رقم 5 لسنة 2018 بشأن قوة الشرطة.
- اللائحة التنفيذية للقانون رقم 12 لسنة 2010 بشأن اصدار قانون علاقات العمل.
- خامساً- مجموعة المبادئ والأحكام القضائية:
- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة العليا الإدارية المصرية، س7، 3ع.
- الباحث الالكتروني في مبادئ المحكمة العليا، الإصدار الأول، إعداد وزارة العدل.

- مجموعة أحكام المحكمة العليا، أعداد وسنوات مختلفة.
- مجموعة أحكام المحكمة العليا، القضاء الإداري، الجزء الثاني، 2001، 2005.
- مجموعة أحكام المحاكم بمختلف أنواعها ودرجاتها، منشورة وغير منشورة.
- المجموعة المفهومة لكافة المبادئ الدستورية والإدارية والانتخابية، الجزء الأول، للمستشار عمر عمرو، دار ومكتبة النور، طرابلس، ليبيا.



ثانيًا

المرفقات



نموذج مشاركة بالمجلة

- الاسم الثلاثي:
 - جهة العمل:
 - التخصص:
 - مجالات الكتابة والاهتمام المعرفي:
 - الوظيفة: الدرجة العلمية:
 - العنوان:
 - الهاتف: البريد الإلكتروني:
 - نوع المشاركة:
- بحث تعليق علي حكم قضائي مقالة عرض كتاب

- موضوع الدراسة محل المشاركة :

.....

.....

.....

.....

إقرار :

أقر بموجب هذا الطلب بأن ما يتضمنه العمل المقدم للمشاركة إنما يعبر عن آرائي الخاصة، ولا صلة له البتة بتوجهات المجلة، ولا يعبر عن وجهة نظر إدارة تحريرها أو الجهة التابعة لها، وبأن العمل المقدم لم يسبق نشره أو تقديمه للنشر لأي جهة أخرى، ولن أعيد نشره بدون إذن كتابي من إدارة هذه المجلة وأنه غير مستل أو متضمن في أي دراسة أو بحوث سابقة، وأتحمل المسؤولية كاملة جراء أي مخالفة للقواعد المنظمة لحقوق المؤلف والملكية الفكرية.

1. اسم مقدم نموذج المشاركة :

2. التوقيع:

3. التاريخ: / /

العدد 26

مجلة دراسات قانونية





نموذج خاص بتقديم المقترحات والملاحظات

ترحب إدارة تحرير مجلة دراسات قانونية بأي ملاحظات أو مقترحات يقدمها الأساتذة والكتاب والقراء، من شأنها تدارك ما قد يعتور إصدارات المجلة من عيوب، أو يشوبها من مثالب، سواء أكانت نتيجة قصور أم تقصير من إدارة المجلة، أم تتعلق بما يكتنف الأعمال المنشورة فيها من أخطاء، وكل ما من شأنه النهوض بموضوعات هذه المجلة وإصدارها في أبهى حلة، ونأمل أن تقدم الملاحظات والمقترحات على النحو الآتي:

- ملاحظات شكلية، تتعلق بإخراج المجلة وطباعتها.

- ملاحظات موضوعية، تتعلق بالمادة العلمية المنشورة بالمجلة.

- ملاحظات بشأن تبويب المجلة وكيفية تصنيف موضوعاتها.

اقترحات أخرى: -----

العدد 26

مجلة دراسات قانونية



Dr. salwa Fawzi AL-Dugail.

**Dean of the Faculty of Law
General Supervisor of the Journal.**

Editorial Board:

Prof. Saad K AL-Abbar.

**Chairman of the editorial board
Journal.**

**Dr. Mashallah Othman AL-Zwi.
Editor of the Journal.**

**Dr. Abdulatif Abdulhamed
Mohammed.**

Mr. Ahmed Juma Al-Qabaili.

Mr. Sabar Fayaz AL-Worfali.

**Journal Specialized
Court.**

**Published by Faculty
of Law.**

**Issued three times a
year.**

**About Faculty of Law.
Benghazi University.**



Journal OF Legal Studies

NO: Twenty-Sixth

April.2020

Journal specialized court

Published by the Faculty of Law

Issued three times a year

About Faculty of Law - Benghazi University

In this Number:

- Divorce Suspended on a Condition.**
- Trade in antiquities between Prohibition and restriction “ Legal Study”.**
- Abolition of the Criminal text due to unconstitutionality “ Cause & Effects”.**
- A summary of Some of the Provisions of the Corona Pandemic Spread.**
- The topic of Promotion and its Prerequisites in Public office under the texts of work-relation Law no: 12,2010.**