



Al-Haq journal
ISSN | 3005-3919

مجلة الحق

العدد العاشر يناير 2022



الناشر
كلية القانون - جامعة بني وليد - ليبيا



النوٲق

الدار الوطنفة للكتاب بنغازف 2014/236

المراسلات : ملفة الحق

كلفة القانون نفف ولفد

الرفد الإلففرونف : alhakk68@gmail.com

العدد العاشر نناف 2022

ضوابط النشر

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

مجلة علمية تصدر عن كلية القانون / جامعة بني وليد

المشرف العام

رئيس التحرير

مدير التحرير

المدير التنفيذي

د. عبد الله أمبارك الدعيكي

د. محمود محمد علي أغنية

أ. إبراهيم الحسين إبراهيم

د. حكيم محمد عثمان

هيئة التحرير

د. مفتاح محمود اجبارة

د. مفتاح أغنية محمد

د. علي محمد شقلوف

د. عيسى فتح الله أحمد

د. محمد رمضان الدعيكي

د. علي رمضان المخزوم

د. منصور الفيتوري حامد

د. عطية الحداد

د. الهادي علي ازبيدة

د. إمحمد الشارف البكوش

اللجنة الاستشارية

البحوث المنشورة بالمجلة لا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة أو الجامعة

قائمة المحتويات

6	1	افتتاحية العدد
7	2	الأمثال في القرآن الكريم
		د/ فرج إسريتي شطيب سالم
25	3	إجالة النظر في عقوبة من سحر
		• د/ محمود محمد علي أغنية
51	4	توثيق الأوقاف دراسة فقهية قانونية مقارنة
		• د/ خطاب خالد خطاب خالد
87	5	معايير شرعية أنظمة الحكم في القانون الدولي
		• د/ عبد الحكيم ضو زامون
106	6	تدويل الدستور
		• د/ مفناح أغنية محمد أغنية
134	7	الشكلية في الدعوى المدنية والجزاء الناشئ عن مخالفتها
		• د/ عافية صالح مسعود النترات -
		• أ- إبراهيم الحسين عتيق الهليب

167	شفعة الجار وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"	8
	• د/ أحمد أبو عيسى عبد الحميد	
200	دور القاضي الإداري في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني	9
	• د/ إبراهيم عبد المقصود عبد السلام	
211	الحق في الإضراب " دراسة مقارنة "	10
	د/ مصباح عمس النائب	
237	المفهوم القانوني والسياسي لرئيس الدولة في إطار القانون الدولي	11
	• د. طارق نصر الدعيكي	

افتتاحية العدد

الحمد لله، والصلاة والسلام على أشرف خلق الله، محمد بن عبد الله ﷺ:
 أما بعد: فإن من دواعي سرورنا أن نقدم العدد العاشر من مجلة الحق التي تصدر عن كلية القانون بني وليد آمليين أن تكون هذه المجلة دافعاً لتقديم الإضافة في مجال البحث العلمي.
 وإن هيئة التحرير بالمجلة يسعدها تلقي الملاحظات والمقترحات التي من شأنها الدفع بهذه المجلة إلى الأمام لتكون أفضل مما هي عليه، شكلاً ومضموناً.
 وبهذه المناسبة أيضاً فإن هيئة التحرير بالمجلة تهيب بالباحثين الشرعيين والقانونيين من أساتذة الجامعات ورجال القضاء والمحامين المساهمة في إثراء مادتها العلمية ببحوثهم وتعليقاتهم في ميدان تخصصهم، وسنكون شاكرين لهم حسن تواصلهم مع المجلة ومتابعة ما يكتب فيها، فذلك كفيل بضمان استمرارها وتجددها.
 فمزيداً من العمل الجاد والمثمر حتى يتواصل مثل هذا العطاء العلمي الذي هو المرآة التي تعكس الدور الحقيقي لجامعة بني وليد بشكل عام وكلية القانون بشكل خاص للنهوض برسالة المجلة على الوجه المنشود.

هيئة التحرير بالمجلة

الأمثال في القرآن الكريم

فرج إسريتي شطيب سالم

محاضر مساعد بكلية التربية/قسم الدراسات الإسلامية/ جامعة بني وليد

مُتَكَلِّمَاتُ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

أما بعد: فإنّ الأمثال القرآنية جاءت مبهمة لكثير من الأمور الغامضة، ولها من القدرة ما يمكنها من تحقيق أغراضها وغاياتها عبر صورٍ بيانيةٍ، ومشاهدٍ فنيّةٍ، تلقي بضلالها وآثارها الفاعلة في النفس البشرية، وعلى هذا يمكننا القول: إنّ الأمثال القرآنية تعدّ من مقاييس عقلية، وقواعد عامة، وكماليات شاملة، وعلامات هادية شاخصة ومنتصبة تصلح أن يقاس عليها ما يؤكّد علوّها على الحصر؛ مما يمكن أن يكون حسياً، أو عقلياً، أو نفسياً، حقيقةً أو مجازاً، ضرورةً أمّا كلام الله.

وعلى هدي هذا المفهوم للمثل القرآني نستطيع الوقوف على معنى قوله تعالى: ﴿وَتِلْكَ الْأَمْثَلُ نَضْرِبُهَا لِلنَّاسِ وَمَا يَعْقِلُهَا إِلَّا الْعُلَمَاءُ﴾¹ وقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ ضَرَبْنَا لِلنَّاسِ فِي هَذَا الْقُرْآنِ مِنْ كُلِّ مَثَلٍ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ﴾²

والله -تبارك وتعالى- ضرب الأمثال في القرآن الكريم، وربطها بموكب الإيمان كما ربطها بالهدى والضلال. كما نبّه الرسول -ﷺ- إليها فيما يروى عنه: ﴿إِنَّ الْقُرْآنَ الْكَرِيمَ نَزَلَ عَلَى خَمْسَةِ أَوْجِهٍ؛ حَالٍ ، وَحَرَامٍ ، وَمَحْكَمٍ ، وَمُتَشَابِهٍ ، وَأَمْثَالٍ ، فَاعْمَلُوا بِالْحَالِ وَاجْتَنِبُوا الْحَرَامَ وَاتَّبِعُوا الْمَحْكَمَ وَآمَنُوا بِالْمُتَشَابِهِ، وَاعْتَبِرُوا بِالْأَمْثَالِ﴾³، وقوله -ﷺ- فيما رواه الترمذي عن علي -رضي الله عنه-: ﴿إِنَّ اللَّهَ أَنْزَلَ الْقُرْآنَ الْكَرِيمَ أَمْرًا وَزَجْرًا وَسَنَةً خَالِيَةً، وَمَثَلًا مَضْرُوبًا﴾⁴.

ومن فوائد ضرب الأمثال في القرآن الكريم: التذكير، والوعظ، والحث، والزجر والاعتبار، وترتيب المراد للعقل، وبيان تفاوت الأجر، والمدح، والذم، والثواب والعقاب، وعلى تعظيم أمرٍ وتحقيره، وعلى تحقيق أمرٍ وإبطاله، فامتدّ الله علينا بذلك لما تضمنت هذه الفوائد. قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ ضَرَبْنَا لِلنَّاسِ فِي هَذَا الْقُرْآنِ مِنْ كُلِّ مَثَلٍ﴾⁵ ومنها أيضاً تعليم البيان وهو من خصائص هذه الشريعة، والمثل أعون شيء على البيان.

¹ سورة العنكبوت، الآية 43.

² سورة الزمر، الآية 27.

³ أخرجه البيهقي في شعب الإيمان، باب الخوف من الله تعالى، حديث رقم: 2095. عن أبي هريرة، ح/427 .

⁴ ينظر: سنن سعيد بن منصور، حديث رقم: 72، 241/2 .

⁵ سورة الروم ، الآية 58.

وقد تم بتيسير الله اختياري هذا الموضوع؛ ليكون عنواناً لبحثي: " التعريف بالأمثال في القرآن

الكريم."

أسباب اختيار الموضوع :

هو الأهمية العظمى للأمثال القرآنية عامّة، ولطلب العلم والبحث والنظر فيه، وسلوك طريقه، وتنقيح مسأله.

أهمية الموضوع:

للأمثال في اللغة مكانة رفيعة، لما لها من دورٍ بارزٍ في الإقناع، وإزالة الأشكال. وغاية المثل القرآني هو: إصلاح النفوس، وتهذيب الأخلاق، وتصحيح العقائد وتنوير البصائر، والهداية إلى ما فيه الخير للفرد والصلاح للجماعة، فالأمثال تسهم في إبراز الحقائق الإيجابية خلال أسلوبها المتميز الفعال في تشخيص الحقائق والإقناع وأسباب الهدى والضلال وتوحيد الألوهية، وما يضافه من الشرك، ويسعى أيضاً إلى تحقيق هدفٍ سامٍ نبيلٍ، وهو العمل على بناء الشخصية المتميّزة للفرد والمجتمع.

هيكلية البحث:

قمت بتقسيم البحث إلى: مقدمة ذكرت فيها سبب اختيار الموضوع وأهميته، ومبحثين في كل مبحث ثلاثة مطالب، ثم خاتمة توصلت فيها إلى جملة من النتائج.

المقدمة :

المبحث الأول: تعريف الأمثال وأهميتها والمراد بضرها.

المطلب الأول: تعريف الأمثال لغة واصطلاحاً ومعانيها.

المطلب الثاني: أهمية الأمثال في القرآن الكريم.

المطلب الثالث: المراد بضر الأمثال في القرآن الكريم وفوائد ذلك.

المبحث الثاني: أقسام الأمثال وأغراضها وخصائصها.

المطلب الأول: أقسام الأمثال في القرآن الكريم.

المطلب الثاني: أغراض الأمثال في القرآن الكريم.

المطلب الثالث: خصائص الأمثال في القرآن الكريم.

الخاتمة :

وإنني بهذا العمل أرجوا أن أقدم مساهمة طيبة لخدمة العلم وأهله، والله ولي التوفيق .

المبحث الأول: تعريف الأمثال وأهميتها والمراد بضربيها.

المطلب الأول : تعريف الأمثال لغةً واصطلاحاً ومعانيها

المثل في اللغة :

المثل : كلمة تسوية، يقال: هذا مثله ومثله كما يقال شَبَّهُهُ وشَبَّهُهُ بمعنى. والعرب تقول: هو مُثْبِلٌ هذا، وهم امْتِثَالُهُمْ: يريدون أن المِثْبَبَ به حقيرٌ، والمِثْلُ: ما يُضْرَبُ به من الأمثال، ومثل الشيء أيضاً: صفته، والمثال: الفِراشُ، والجمع مُثْلٌ، وإن شئت خَفَّفْتَ والمِثَالُ معروفٌ، والجمع أمثلةٌ ومُثْلٌ، ومَثَلْتُ له كذا تمثيلاً، إذا صَوَّرْتُ له مِثَالَهُ بالكتابةٍ وغيرها.¹

وأيضاً (المثلة) بفتح الميم، وضم الثاء، بمعنى العقوبة، والجمع، (المثالات) وأمثله جعله مُثْلَةً يقال: (أمثل) السلطانُ فلاناً، إذا قتله قوداً² وفلانٌ أمثلُ بني فلانٍ، أي أدناهم للخير، وهؤلاء (أمثالُ) القوم أي خيائهم. و(المثلى): تأنيث (الأمثل) كالفصوى تأنيث الأفضى. و(مماثل) بهذا البيت، وتمثل هذا بمعنى، (وامتثل أمره احتذاه)³.

والمِثْلُ يستعمل على ثلاثة أوجه: بمعنى الشبيه، وبمعنى نفس الشيء وذاته والجمع "أمثالٌ" ويوصف به المذكر والمؤنث والجمع فيقال: هو وهي وهما وهم وهن مثله.⁴ وفي التنزيل، قوله تعالى: ﴿فَقَالُوا أَنْوْمِنُ لِبَشَرَيْنِ مِثْلِنَا وَقَوْمُهُمَا لَنَا عِدُونَ﴾⁵

المثل في الاصطلاح :

هو طريقة من جمل الطرائق الإسلوبية التي عاجلت بها الآيات القرآنية الحقائق في منازعتها المختلفة.⁶ وحقيقة المثل : يقوم على الشبه والنظير بين الطرفين؛ لتتم بينهما المقارنة والمشابهة، وقد يكون

¹ الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، (ت: 393هـ). تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت، ط: الرابعة 1407 هـ - 1987 م، 1816/6، مادة (مثل).

² قودا : القود هو : القتلُ بالقتل، ينظر: تاج العروس، محمد بن محمد الحسيني ، (ت : 1205هـ) ، تحقيق مجموعة من المحققين، دار الهداية ، 1040/18.

³ مختار الصحاح ، لأبي عبد الله الحنفي الرازي (ت: 666هـ) ، تحقيق : يوسف الشيخ محمد ، دار النموذجية، بيروت - صيدا، ط : الخامسة ، 1420هـ- 1999م ، ص290، مادة (مثل).

⁴المصباح المنير ، لأحمد بن محمد أبي العباس، (ت : 770هـ) ، المكتبة العلمية- بيروت، 563/2، باب (مثل).

⁵سورة المؤمنون، الآية 48.

⁶ عون الحنان في شرح الأمثال في القرآن ، لعلی أحمد الطهطاوي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى 1425هـ - 2004م ص174.

المثل بمعنى الصفة¹، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿مَثَلُ الْجَنَّةِ الَّتِي وَعَدَ الْمُتَّقُونَ﴾² أي صفة الجنة، قال الله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ الْمَثَلُ الْأَعْلَىٰ﴾³ أي الصفة العليا. ويأتي المثل في القرآن الكريم بمعنى الآية والعبارة⁴، كما جاء في قوله تعالى: ﴿إِنَّ هُوَ إِلَّا عَبْدٌ أَنْعَمْنَا عَلَيْهِ وَجَعَلْنَاهُ مَثَلًا لِّبَنِي إِسْرَائِيلَ﴾⁵ وقد استعمل لكل شبيه أو نظير في قصة عجيبة أو شأن خطير أو حال جليلة، كذلك استعمل ليؤخذ به العبرة والعظمة أو الآية لأهم لاحقة... وقد وردت معظم هذه المعاني في آيات قرآنية تجلي الغامض، وتمحو الإبهام عن المعاني حتى تصبح سهلة مألوفة قريبة من كل فهم أو تصوّر⁶.

المثل في الاصطلاح البلاغي: ذكر أبو حيان الأندلسي⁷ أنّ المثل هو: ذكر وصف محسوس وغير محسوس، يستدل على وصف مشابه له من بعض الوجوه، وفيه نوع من الخفاء البصير فوق الذهن مساوياً للأول في الظهور من وجه دون وجه⁸.

والمثل لفظ يخالف لفظ المضروب له، ويوافق معنى ذلك اللفظ، شَبَّهوه بالمثال الذي يعمل عليه غيره، ويجتمع في المثل أربعة لا يجتمع في غيره من الكلام⁹:

1. إيجاز اللفظ.

2. إصابة المعنى.

3. حسن التشبيه.

4. جودة الكناية.

¹المصدر نفسه، ص175.

²سورة الرعد، الآية 36.

³سورة النحل، الآية 60.

⁴وجوه البيان في أمثال القرآن، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الأدب، الطالبة سميرة عدلي محمد رزق بإشراف: د. حسن محمد باجوده، 1406-1407هـ / 1986-1987م، ص9.

⁵سورة الزخرف، الآية 59.

⁶وجوه البيان في أمثال القرآن، ص9.

⁷هو: أبو حيان محمد بن يوسف بن علي الغرناطي أثير الدين الأندلسي الغرناطي النقري نحوي عصره ولغوي ومفسره ومحدثه وأديبة (ولد سنة: 654هـ) وسمع الحديث بالأندلس و(ت: 745هـ)، ينظر: فهرس الفهارس لمحمد الإدريسي، (ت: 1382هـ) تحقيق: إحسان عباس، دار العرب الإسلامي - بيروت، ط: 2 - 1982م 155/1-156.

⁸وجوه البيان في أمثال القرآن ص 4.

⁹الأمثال في القرآن الكريم، لابن القيم الجوزية رحمه الله، (691-751هـ)، تحقيق: سعيد نمر الخطيب، دار المعرفة، بيروت - لبنان ص17.

والمثل في القرآن الكريم: هو رفع الحجاب عن وجوه المعقولات الخفية، وإبرازها في المحسوسات الجلية، وإبداء المنكر في صورة المعروف وإظهار الوحشي في صورة المألوف.¹

معاني المثل في القرآن الكريم:

إنّ معاني المثل في القرآن الكريم تنقسم إلى أربعة وجوه:²

الوجه الأول: أنّه بمعنى الشبه، ومنه قوله تعالى: ﴿وَتِلْكَ الْأَمْثَلُ نَضْرِبُهَا لِلنَّاسِ﴾³ أي الأشباه نصفها للناس، وقوله تعالى: ﴿ذَلِكَ مَثَلُهُمْ فِي التَّوْرَةِ وَمَثَلُهُمْ فِي الْإِنْجِيلِ﴾⁴ أي شبههم.

الوجه الثاني: أنّه بمعنى التسيير، قال تعالى: ﴿أَمْ حَسِبْتُمْ أَنْ تُدْخَلُوا الْجَنَّةَ وَلَمَّا يَأْتِكُمْ مَثَلُ الَّذِينَ خَلَوْا مِنْ قَبْلِكُمْ﴾⁵ أي: سيّر مؤمني الأمم الخالية.

الوجه الثالث: أنّه بمعنى العبرة، كقوله تعالى: ﴿فَجَعَلْنَاهُمْ سَلَفًا وَمَثَلًا لِلْآخِرِينَ﴾⁶ أي عبرة لمن جاء بعدهم. وقوله تعالى: ﴿إِنْ هُوَ إِلَّا عَبْدٌ أَنْعَمْنَا عَلَيْهِ وَجَعَلْنَاهُ مَثَلًا لِبَنِي إِسْرَائِيلَ﴾⁷ عبرة لبني إسرائيل.

الوجه الرابع: أنّه بمعنى العذاب، كقوله تعالى: ﴿وَكَلَّا ضَرَبْنَا لَهُ الْأَمْثَلُ﴾⁸ أي: وصفنا له العذاب، وقوله تعالى: ﴿وَضَرَبْنَا لَكُمْ الْأَمْثَالَ﴾⁹ أي: وصفنا لكم العذاب.

وقد يكون المثل بمعنى الصفة¹⁰، ومنه قوله تعالى: ﴿مَثَلُ الْجَنَّةِ الَّتِي وَعَدَ الْمُتَّقُونَ﴾¹¹ أي صفة الجنة.

¹ إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم، لأبي السعود بن مصطفى (ت: 982هـ)، دار إحياء التراث العربي بيروت، 50/1.

² وجوه البيان في أمثال القرآن ص 6.

³ سورة العنكبوت، الآية 43.

⁴ سورة الفتح، الآية 29.

⁵ سورة البقرة، الآية 214.

⁶ سورة الزحرف، الآية 56.

⁷ سورة الزحرف، الآية 59.

⁸ سورة الفرقان، الآية 39.

⁹ سورة إبراهيم، الآية 47.

¹⁰ عون الحنان في شرح الأمثال في القرآن ص 174.

¹¹ سورة الرعد، الآية 36.

المطلب الثاني : أهمية الأمثال في القرآن الكريم

لقد اعتنى العلماء والأدباء والبلاغيون بالأمثال والتشبيه، وأكثروا من الثناء عليها والإشادة بأثرها في إيضاح المعاني، وتقريبها من ذهن السامع؛ مما يؤدي إلى سرعة الفهم، ويعين على التفكير والاعتبار.¹

قال تعالى : ﴿ وَلَقَدْ ضَرَبْنَا لِلنَّاسِ فِي هَذَا الْقُرْآنِ مِنْ كُلِّ مَثَلٍ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ ﴾²

قال **الماوردي**³: وللأمثال من الكلام موقع في الأسماع، وتأثير في القلوب، لا يكاد الكلام المرسل يبلغ مبلغها، ولا يؤثر تأثيرها؛ لأنّ المعاني بها لائحة، والشواهد بها واضحة والنفوس بها وامقة والقلوب بها واثقة، والعقول لها موافقة، فلذلك ضرب الله الأمثال في كتابه العزيز، وجعلها من دلائل رسله، وأوضح بها الحجة على خلقه، لأنها في العقول معقولة، وفي القلوب مقبولة، ومما ورد في بيان أهمية المثل التشبيهي، قول بعضهم: "تشبيه التمثيل أبلغ من غيره، لما في وجهه من التفصيل الذي يحتاج إلى إمعان فكر، وتدقيق نظر، وهو أعظم أثراً في المعاني، يرفع قدرها ويضعف قواها في تحريك النفوس لها".⁴ والأمثال في القرآن الكريم لتحتل مكانة شامخة، بدت بيان بديع في شتى مجالات الحياة، التي من خلالها تمت معالجة المشاكل الفكرية، والقلبية، والجسدية.⁵

قال **الأصبهاني**⁶ : لضرب العرب الأمثال واستحضار العلماء النظائر شأن ليس بالخطفي في إبراز خفيات الدقائق ورفع الاستتار عن الحقائق، لتربناً المتخيل في صورة المتحقق والمتوهم من معرض المتيقن والغائب كأنه مشاهد وفي ضرب الأمثال تبكيت الخصم شديد الخصومة وقمع لسورة الجامع الأبيّ فإنه يؤثر في القلوب ما لا يؤثر في وصف الشيء في نفسه ولذلك أكثر الله تعالى في كتابه وفي سائر كتبه

¹ الأمثال القرآنية القياسية المضروبة للإيمان بالله ، لعبد الله بن عبد الرحمن الجربوع، المدنية المنورة – المملكة العربية السعودية ط : الأولى، 1424هـ – 2003م، 1/136

² سورة الزمر، الآية 26.

³ هو : على بن محمد بن حبيب الماوردي الشافعي، (ولد في البصرة : 364هـ) و(ت: 450هـ) وله تصانيف عدة في أصول الفقه وفروعه، ينظر: طبقات الفقهاء الشافعية، لأبي عمرو تقي الدين، (ت: 643هـ) تحقيق محيي الدين علي نجيب، دار البشائر الإسلامية – بيروت، ط: الأولى، 1992 م ، 2/636-637.

⁴ الأمثال القرآنية القياسية المضروبة للإيمان بالله، 1/137-138.

⁵ موسوعة علوم القرآن، لعبد القادر محمد منصور، دار القلم العربي- حلب ، ط : الأولى ، 1422هـ . 2002م ص249.

⁶ هو : أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق الأصبهاني، الامام الحافظ المؤرخ الكبير، صاحب الكتاب (دلائل النبوة) و(حلية الأولياء وطبقات الأصفياء) (ولد في أصبهان : 336هـ) (ت : 430هـ) . ينظر : شذرات الذهب، لعبد الحي الحنبلي أبو فلاح (ت : 1089هـ) ، تحقيق : محمد الأرنؤوط، دار ابن كثير، دمشق – بيروت، ط : الأولى ، 1406هـ – 1986م، 1/35-36.

الأمثال،¹ كقوله تعالى : ﴿وَتِلْكَ الْأَمْثَلُ نَضْرِبُهَا لِلنَّاسِ وَمَا يَعْقِلُهَا إِلَّا الْعُلَمَاءُ﴾² " وما يعقلها " أي يتدبرها تدبراً يؤدي إلى الفهم عن الله مراده الانتفاع به في فهم حقائق الأشياء والعمل بموجب في ذلك، فأهل العلم الذين هم أولو الألباب الذين يتصفون بهذه الصفة.³

قال الزركشي⁴ رحمه الله، مبيناً أهمية المثل : ومن حكمته تعليم البيان، وهو من خصائص هذه الشريعة، والمثل أعون شيء على البيان، وفي ضرب الأمثال من تقرير المقصود مالا يخفى إذ الغرض من المثل تشبيه الخفي بالجلي والشاهد بالغائب.⁵ وفي الدلالة على أهمية الأمثال المستفاد من قوله تعالى : ﴿لَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ﴾⁶. وقوله تعالى: ﴿لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ﴾⁷ وذلك أنّها بيّنة العلة التي من أجلها ضرب الله تعالى الأمثال للناس وصرّفها لهم في كتابه العزيز، وهي رجاء تفكرهم وتعقلهم لها ثم تذكيرهم بمعرفة الحق الذي ضربت له والانتفاع به.⁸ لعل أهمية الأمثال ترجع إلى نزعة الإنسان في تأكيد ذاته إزاء الحياة، وإذا كانت أساليب التعبير المختلفة كلّها تعين على الحياة وفهما، فالأمثال أشمل من كل تلك الأنواع، وأقصر من تلك السبل.⁹

¹الإتيقان في علوم القرآن ، لجلال الدين السيوطي (ت : 911هـ) تحقيق : محمد أبو الفضل إبراهيم ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ط : 1394هـ - 1974م، 4/45.

² سورة العنكبوت، الآية 43.

³ الأمثال القرآنية القياسية المضروبة للإيمان بالله 138/1.

⁴ هو : محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي، أبو عبدالله بدر الدين، (745 - 794 هـ، 1344 - 1392 م) عالم بفقهِ الشافعية والأصول، تركي الأصل، مصري المولد والوفاة، له تصانيف كثيرة في عدة فنون منها (البحر المحيط) (والديباج في توضيح المنهاج) وغيرها، ينظر: الأعلام للزركلي، خير الدين الزركلي الدمشقي.(ت: 1396هـ) ، دار العلم للملايين، ط: الخامسة عشر- أيار مايو 2002 م، 60/6-61.

⁵البرهان في علوم القرآن ، لأبي عبدالله بن بهادر الزركشي، (ت: 794هـ) تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار إحياء الكتب العربية . الحلبي وشركائه ، ط : الأولى، 1/487.

⁶سورة الأعراف، الآية 176.

⁷سورة البقرة، الآية 219

⁸ الأمثال القرآنية القياسية المضروبة للإيمان بالله 144/1.

⁹وجوه البيان في أمثال القرآن ص 21.

المطلب الثالث : المراد بضرب الأمثال في القرآن الكريم وفوائد ذلك

تضرب الأمثال لمن يبتغى هدىً وصلاً من الأمر، وعلاجاً لكل داء ومحاربة لكل ألوان الفساد التي تمرق المجتمع، وتهدد قيمه، وتبدد طاقته.¹

ويأتي الضرب بمعنى الأخذ والانتزاع،² ومثل في ذلك قوله تعالى : ﴿ ضَرَبَ لَكُمْ مَثَلًا مِّنْ أَنْفُسِكُمْ ﴾³ وضرب الأمثال له فوائد كثيرة ، كالتذكير، والوعظ، والحث والزجر، والاعتبار والتقدير، وترتيب المراد للعقل وتصويره في صورة المحسوس بحيث يكون نسبته للعقل كنسبة المحسوس إلى الحس، وكذلك تأتي هذه الأمثال في القرآن على بيان تفاوت الأجر، وعلى المدح والذم ، والثواب والعقاب، أو تحقيق أمر وإبطال آخر،⁴ قال تعالى : ﴿ وَلَقَدْ ضَرَبْنَا لِلنَّاسِ فِي هَذَا الْقُرْآنِ مِنْ كُلِّ مَثَلٍ لَّعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ ﴾⁵ حيث يكون ضرب المثل : هو إنشاء ألفاظ المثل التي يتسم بها تقدير الحكمة أو الصفة أو الحجة أو نحوها للمخاطب، أو تقدير المشابه أو النموذج أو الأصل الذي يتوصل المخاطب بالمقايسة أو المقارنة والاعتبار به إلى استخلاص البرهان والعبارة ونحوها.⁶

والضرب: إيقاع شيء على شيء، ولتصوّر الضرب حولف بين تفاسيرها، كضرب الشيء باليد، والعصا، والسيف ونحوها،⁷ قال الله تعالى: ﴿ فَأَضْرِبُوا فَوْقَ الْأَعْنَاقِ وَاضْرِبُوا مِنْهُمْ كُلَّ بَنَانٍ ﴾⁸ وقوله تعالى: ﴿ فَقُلْنَا اضْرِبُوهُ بِبَعْضِهَا ﴾⁹ وقوله تعالى: ﴿ وَقَالُوا لِإِخْوَانِهِمْ إِذَا ضَرَبُوا فِي الْأَرْضِ ﴾¹⁰ وضرب الأرض بالمطر، و ضرب الدراهم، اعتباراً المطرقة، وقيل له: الطبع، اعتباراً بتأثير السمّة فيه، والضرب في الأرض أي الدّهاب فيها وضربها بالأرجل.¹¹

¹ عون الحنان في شرح الأمثال في القرآن ص 177.

² وجوه البيان في أمثال القرآن ص 27.

³ سورة الروم، الآية 27.

⁴ وجوه البيان في أمثال القرآن ص 36.

⁵ سورة الزمر، الآية 26.

⁶ الأمثال القرآنية القياسية المضروبة للإيمان بالله 1/ 89.

⁷ المفردات في غريب القرآن، للراغب الأصفهاني، (ت: 502هـ)، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم (دمشق

– بيروت) ط: الأولى – 1412هـ، ص 505.

⁸ سورة الأنفال، الآية 12.

⁹ سورة البقرة، الآية 72.

¹⁰ سورة آل عمران، الآية 156.

¹¹ المفردات في غريب القرآن، ص 505.

ويضرب الله تعالى الأمثال لنفوس العباد، حتى يدركوا ما غاب عن أسماعهم و أبصارهم بما عاينوا، وتساق أساليب الأمثال في صورة من الأعجاز البياني لأولى الأبواب، حتى تكون صمام أمان من عذاب الله الذي أعدّه للكافرين، وتبرز تلك المعاني المجردة في صورة محسوسة.¹

جرت عادة أهل الأدب أن يسوقوا الأمثلة في مواطن تشبه الأحوال التي قيلت فيها، وإذا صح هذا في أقوال الناس التي جرت مجرى المثل، فإن العلماء يكرهون ضرب الأمثال بالقرآن، ولا يرون أن يتلو الإنسان آية من آيات الأمثال في كتاب الله عند شيء يعرض من أمور الدنيا حفاظاً على روعة القرآن، ومكانته في نفوس المؤمنين.² وضرب المثل يرجع إلى عدة معاني رئيسية، هي:

أولاً: نصب المثل وإظهاره للمخاطبين لتستدل على الشيء المنصوب نواظرهم، وهو مأخوذ من ضرب الحيمة، أي: نصبها.

ثانياً: التقدير، قال ابن تيمية³ - رحمه الله: "فالأصل فيهما [الذي يقاس عليه] هو المثل، والقياس هو ضرب المثل وأصله - والله أعلم - تقديره، فضرب المثل للشيء تقديره له كما أنّ القياس أصله تقدير الشيء"، وهذا الأصل لمعنى ضرب المثل الذي ذكره ابن تيمية - رحمه الله - صالح لأن يُرجع إليه ضرب الأمثال بمختلف أنواعها.⁴

إنّ الله سبحانه وتعالى ضرب الأمثال للحق في أصالتها وتبائها وبقائها وغلبتها، كما ضرب للباطل في تفاهته وزواله، ليدرك الإنسان المخاطب من خلال المثليين، طبيعة الحق النافعة المفيدة، وطبيعة الباطل الفاسدة الهزيلة ويضع أمام عينيه نهاية الصراع بينهما، وأنّ الغلبة للحق وأهله، والهزيمة للباطل وأعدائه فأمّا الزيد فيذهب جُفَاءً وأمّا ما ينفع الناس فيمكث في الأرض.⁵

¹ عون الحنان في شرح الأمثال في القرآن ص 176.

² مباحث في علوم القرآن، لمناع بن خليل القطان، (ت: 1420هـ)، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ط: الثالثة، 1421هـ - 2000م، ص 299.

³ هو: أبو عبدالله محمد بن خضر بن عبدالله بن تيمية الحراني، الحنبلي، صاحب (الديوان) الخطب، والتفسير الكبير. ولد في شعبان، سنة 542هـ، بجزان، (ت: في صفر سنة 620هـ)، وكان صاحب فنون وجماله ببلده ينظر: سير أعلام النبلاء، لشمس الدين أبي عبدالله الذهبي، (ت: 848هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، الناشر- مؤسسة الرسالة، ط: الثالثة 1405هـ - 1985م، 290/22-291.

⁴ الأمثال القرآنية القياسية المضروبة للإيمان بالله 88/1.

⁵ وظيفة الصورة الفنية في القرآن، لعبد السلام أحمد الراغب، فصلت للدراسات والترجمة والنشر - حلب ط: الأولى، 1422هـ - 2001م، ص 173.

المبحث الثاني: أقسام الأمثال وأغراضها وخصائصها.

المطلب الأول: أقسام الأمثال في القرآن الكريم

سبق في التعريف بيان أنّ المثل القائم على تمثيل شيء بشيء لوجود عنصر أو أكثر من عناصر التشابه بينهما ينقسم إلى قسمين:

1- **التمثيل البسيط:** وهو المشتمل على التمثيل بمفرد، لأنّ الممثل له يشابه الممثل به بوجه من الوجوه، أو جانب من الجوانب، كتمثيل الجاهلي بالأعمى، والعالم بالبصير والجهل بالظلمات، والعلم بالنور.¹ والتمثيل البسيط: هو تشبيه مفر للمفرد،² كقوله تعالى: ﴿مَثَلُ الْفَرِيقَيْنِ كَالْأَعْمَى وَالْبَصِيرِ وَالسَّمِيعِ هَلْ يَسْتَوِينَ مَثَلًا أَفَلَا تَذَكَّرُونَ﴾³

2- **التمثيل المركب:** هو الذي يقدم على شكل لوحة تصور أكثر من مفرد، ووجه الشبه فيها يكون مأخوذاً من مفرد بعينه، بل يكون مأخوذاً منه ومن غيره، أو من الصورة العامة.⁴ وهو يعتمد على أمور عدة " يجمع بعضها إلى بعض ثم يستخرج من مجموعتها الشبه، فيكون سبيله سبيل الشيعين يمزج أحدهما بالآخر حتى تحدث صورة غير ما كان لهما في حال الأفراد"⁵ لا سبيل الشيعين يجمع بينهما وتحفظ صورتهما،⁶ ومثال ذلك قوله تعالى: ﴿مَثَلُ الَّذِينَ حُمِلُوا التَّوْرَةَ ثُمَّ لَمْ يَحْمِلُوهَا كَمَثَلِ إِحْمَارِ يَحْمِلُ أَسْفَارًا بئسَ مَثَلُ الْقَوْمِ الَّذِينَ كَذَّبُوا بِآيَاتِ اللَّهِ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ﴾⁷

والتمثيل المركب ينقسم إلى قسمين:

أ- إما أن يكون على شكل عناصر متلاقية يمكن أن تمثل له بما جاء في القرآن الكريم من تمثيل الإنفاق في سبيل الله بإخلاص بالحبة التي تزرع في أرضٍ طيبة مباركة فتنتب سبع سنابل في كل سنبله مائة حبة فلوحة التمثيل هنا تشتملوا على حبة، وزرع، ونباتٍ خصيب، وسنابل سبع لكل حبة، ومائة حبة

¹ الأمثال القرآنية، لعبد الرحمن حسن حنكة الميداني، دار القلم، دمشق، ط: الأولى، 1400هـ - 1980م، ص 27.

² وظيفة الصورة الفنية في القرآن ص 156.

³ سورة هود، الآية 24.

⁴ الأمثال القرآنية ص 27.

⁵ وظيفة الصورة الفنية في القرآن ص 156.

⁶ وظيفة الصورة الفنية في القرآن، ص 156.

⁷ سورة الجمعة، الآية 5.

في كل سنبله¹ قوله تعالى: ﴿مَثَلُ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنْبَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلٍ فِي كُلِّ سُنْبُلَةٍ مِائَةٌ حَبَّةٌ وَاللَّهُ يُضْعِفُ لِمَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ وَسِيعٌ عَلِيمٌ﴾²

ب- وإما أن يكون على شكل وحدة مركبة متداخلة، تُعطي بجملتها وجه الشبه، دون ملاحظة التقابل الجزئي بين الممثل به والممثل له، كالمثل الذي ضربه الله لفريق من المنافقين³ إذ قال: ﴿مَثَلُهُمْ كَمَثَلِ النَّارِ إِسْتَوْقَدَ نَارًا فَلَمَّا أَضَاءَتْ مَا حَوْلَهُ ذَهَبَ اللَّهُ بِنُورِهِمْ وَتَرَكَهُمْ فِي ظُلُمَاتٍ لَا يُبْصِرُونَ صُمُّ بَعْضُكُمْ عَلَىٰ قَوْمٍ لَّا يَرْجِعُونَ﴾⁴

المطلب الثاني: أغراض الأمثال في القرآن الكريم

إنَّ الأمثال القرآنية ضربت لأغراض سامية، وكل تلك الأغراض تدور حول غرض أساس هو البيان والإيضاح لمراد الله عز وجل، والبلاغ لحقيقة دينه، وحقيقة ما يصاده وكل ما يحتاج إليه البشر للتعرف على حق الله -عز وجل- وما يترتب على القيام به من كرامة الله في الدنيا والآخرة، والتعرف على ضده وما يترتب على من سلكه في سخط الله.⁵ قال الله تعالى: ﴿وَلَقَدْ صَرَّفْنَا لِلنَّاسِ فِي هَذَا الْقُرْآنِ مِنْ كُلِّ مَثَلٍ﴾⁶. ولما كانت الأمثال من الأساليب البيانية غير المباشرة للتعريف بما يراد التعريف به وكانت من أساليب الكلام البليغ التي يلجأ إليها كبار البلغاء، ولما كانت تصارييف الرب الحكيم منزّهة عن العبث، كان اللجوء إلى ضرب الأمثال في القرآن لا يخلوا عن غرض يدعو إليه.⁷ وسأذكر بعض تلك الأغراض التي تضرب لها الأمثال في القرآن الكريم وهي كالتالي:

1. ضرب المثل لإيضاح المراد وتقريبه للمخاطب.
2. إقامة الحجّة والبرهان.
3. الدلالة على كثير من الحكم والفوائد العلمية.
4. الإقناع بالترغيب في الحقّ وتحسينه، والترهيب من الباطل وبيان قبحه، والمدح والذم.⁸

¹ الأمثال القرآنية ص 27.

² سورة البقرة، الآية 260.

³ الأمثال القرآنية ص 28.

⁴ سورة البقرة، الآية 17.

⁵ الأمثال القرآنية القياسية المضروبة للإيمان بالله 154/1.

⁶ سورة الإسراء، الآية 89.

⁷ الأمثال القرآنية ص 39.

⁸ الأمثال القرآنية القياسية المضروبة للإيمان بالله 155/1.

5. لتبرز المعقول في صورة المحسوس الذي يلمسه الناس، فيتقبله العقل؛ لأنّ المعاني المعقولة لا تستقرّ في الذهن إلا إذا صيغت في صورة حسية قريبة الفهم¹ كقوله تعالى: ﴿كَمَثَلِ جَنَّةٍ بِرَبْوَةٍ أَصَابَهَا وَابِلٌ فَثَاءتْ أَكُلَهَا ضِعْفَيْنِ فَإِن لَّمْ يُصِْبْهَا وَابِلٌ فَطَلَّ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾².
6. يضرب المثل للتذكير، حيث يكون الممثل به مما تكرهه النفوس، كقوله تعالى في النهي عن الغيبة³: ﴿وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ﴾⁴.
7. يضرب المثل لمدح الممثل، كقوله تعالى في الصحابة: ﴿ذَلِكَ مَثَلُهُمْ فِي التَّوْرَةِ وَمَثَلُهُمْ فِي الْإِنْجِيلِ كَزَرْعٍ أَخْرَجَ شَطْئَهُ فَآزَرَهُ فَاسْتَغْلَظَ فَاسْتَوَىٰ عَلَىٰ سُوقِهِ يُعْجِبُ الزُّرَّاعَ لِيغِيظَ بِهِمُ الْكُفَّارَ﴾⁵. وكذلك حال الصحابة فإنهم كانوا بدء الأمر قليلاً، ثم أخذوا في النمو حتى استحکم أمرهم، وامتألت القلوب إعجاباً بعظمتهم.⁶ ومن الشواهد التي يلاحظ أنّ الغرض من ضرب المثل فيهما التحقير، ما تكرّر من ضرب المثل لتحقير الحياة الدنيا، وتكوين شأنها وشأن لذاتها ومتاعها ولسرعة زوالها وفنائها، بدورة من دورات الربيع، وما يظهر فيه من خضرة ونضرة ولكن سرعان ما تذبذب وتصفّر، ثم يتكسّر الزرع ويتحطم، ثم يزول ويفنى، وتعود الأرض جزءاً غيراً.⁷ لقوله تعالى: ﴿وَاضْرِبْ لَهُم مَّثَلِ الْخَيْوةِ الدُّنْيَا كَمَا أَنزَلْنَاهُ مِنَ السَّمَاءِ فَاخْتَلَطَ بِهِ نَبَاتُ الْأَرْضِ فَأَصْبَحَ هَشِيمًا تَذْرُوهُ الرِّيحُ وَكَانَ اللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ عَمُودًا﴾⁸ والأمثال القرآنية تسعى إلى تحقيق أغراض دينية عدّة، منها تقريب صورة الممثل له إلى ذهن المخاطب، لإقامة الحجة العقلية، أو الترغيب بأمر محمود عن طريق تزيينه وتحسينه، أو لإقناعه بفكرة من الأفكار الدينية للتخويف والتنفير من أمر مذموم، عن طريق تقييحه وذمه، أو لتعظيم الممثل له ومدحه.⁹ إنّ هذه الأغراض المتعددة والهامة جعلت من الأمثال القرآنية سبباً عظيماً من أسباب الهداية إلى الحق، وخاصة في بيان حقيقة الإيمان.⁹

¹ مباحث في علوم القرآن، ص 297.

² سورة البقرة، الآية 264.

³ مباحث في علوم القرآن، ص 298.

⁴ سورة الحجرات، الآية 12.

⁵ سورة الفتح، الآية 29.

⁶ مباحث في علوم القرآن ص 298.

⁷ الأمثال القرآنية ص 75.

⁸ وظيفة الصورة الفنية في القرآن، ص 160.

⁹ الأمثال القرآنية القياسية المضروبة للإيمان بالله، 1/172.

المطلب الثالث : خصائص الأمثال في القرآن الكريم

من خلال تتبع الأمثال القرآنية نستطيع اكتشاف الخصائص التالية:

- 1: دقة التصوير مع إبراز العناصر المهمة من الصورة التمثيلية.
- 2: التصوير المتحرك الحي الناطق، ذو الأبعاد المكانية والزمانية، والذي تبرز فيه المشاعر النفسانية والوجدانية، والحركات الفكرية، للعناصر الحية في الصورة.
- 3: صدق المماثلة بين الممثل به والممثل له.¹
وتعتبر أمثلة القرآن على اختلافها لوحات فنية رائعة لتصوير مشاهد الطبيعة بأشكالها وأنواعها المختلفة، وفي هذه اللوحات مشاهد ألفتها العرب وعرفتها في حياتها النوعية الخاصة، وفيها ما لم تعرفه ولا رآته ولا سمعت به مما قد يعرفه بعض الأمم والشعوب الأخرى.²
وفي هذه الأمثال الرائعة يظهر لنا من خصائص الأمثال القرآنية صدق المماثلة بين المثل والممثل له، ويظهر لنا أيضاً عنصر البناء ويظهر لنا أيضاً من الخصائص حذف مقاطع من الصورة التمثيلية اعتماداً على ذكاء أهل الاستنباط وكذلك حذف مقاطع من الممثل له.³
- 4 : التنوع في عرض الأمثال، مرة بالتشبيه، ومرة بالعرض المفاجئ، وبالتمثيل البسيط وآخر بالتمثيل المركب الذي يطابق كل جزءاً من الممثل له ولو تقديراً.⁴
قال الله تعالى : ﴿ وَمَثَلُ الَّذِينَ كَفَرُوا كَمَثَلِ الدِّيبَعِ * بِمَا لَا يَسْمَعُ إِلَّا دُعَاءً وَنِدَاءً صُمُّ بُحْمٌ عُمْيٌ فَهُمْ لَا يَحْتَسِبُونَ ﴾⁵.
- 5 : كثيراً ما يحذف من المثل القرآني مقاطع من الصورة التمثيلية، اعتماداً على ذكاء أهل الاستنباط، إذ باستطاعتهم أن يصفروا في أذهانهم كامل الصورة ويتموا ما حذف منها.⁶
تأخذ الأمثال في أغلب الأحيان طابع القصة في عرض الجزئيات وتفصيل صفاتها وذلك على خلاف المؤلف عند العرض من تكتيف المثل وعرضه في أقل قدر ممكن من الكلمات، فالعرب

¹ الأمثال القرآنية ص 83.

² من روائع القرآن، لمحمد سعيد البوطي، مؤسسة الرسالة - بيروت، 1420هـ - 1999م، ص 128.

³ الأمثال القرآنية القياسية المضروبة للإيمان بالله 486/2.

⁴ الأمثال القرآنية ص 83.

* ينعق : (النعق) صوت الزاعي بغنمه، وقد (نعق) بها، (ينعق) بالكسر، (نُعِقَ) بالضم، و(نَعَقَانًا) بفتحتين أي صاح

بها وزجرها ينظر : مختار الصحاح، ص 314.

⁵ سورة البقرة، الآية 170.

⁶ الأمثال القرآنية ص 83.

قد يضربون المثل للشيء الخادع بالسراب، دون تعريج على أي تفصيل في المثال أو بسط لصورته.¹

واقتضت بلاغة التنوع في رسم الصورة أنّ المثل هنا مبتدأ بتمثيل عاقبة الذين كفروا ومثلياً بتمثيل تحبطهم في الظلاله، وهم يقومون بالأعمال التي يرجون منها سعادتهم مثل نتيجة الساعي إلى سراب وهو يحسبه ماءً.²

قال تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا أَعْمَلُهُمْ كَسَرَابٍ بِقِيعَةٍ يَحْسِبُهُ الظَّمْآنُ مَاءً حَتَّىٰ إِذَا جَاءَهُ لَمْ يَجِدْهُ شَيْئًا وَوَجَدَ اللَّهَ عِنْدَهُ فَوَفَّيَهُ حِسَابًا وَاللَّهُ سَرِيعُ الْحِسَابِ ﴾³.

ويعتمد تصوير المثل على إقامة التشابه بين الممثل به، والممثل له، حتى أنه ينزل به منزلة الممثل له، ويركز عليه زيادة في التوضيح طبيعة الممثل له وزيادة في إبراز عناصر التصوير، وهي هنا النور والظلمات كما كانت هناك الحياة والموت، حتى يقيم التوازن في الأذهان بين النور والظلمات، وقد وصف الله تعالى القرآن بأنه نور،⁴ فقال : ﴿ يَأَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَكُمْ بُرْهَانٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكُمْ نُورًا مُّبِينًا ﴾⁵ وقوله تعالى : ﴿ وَكَذَٰلِكَ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ رُوحًا مِّنْ أَمْرِنَا مَا كُنْتَ تَدْرِي مَا الْكِتَابُ وَلَا الْإِيمَانُ وَلَكِن جَعَلْنَاهُ نُورًا نَّهْدِي بِهِ مَن نَّشَاءُ مِنْ عِبَادِنَا وَإِنَّكَ لَتَهْدِي إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ ﴾⁶

¹ من روائع القرآن ص 72.

² الأمثال القرآنية ص 96.

³ سورة النور، الآية 38.

⁴ وظيفة الصورة الفنية في القرآن ص 171.

⁵ سورة النساء، الآية 173.

⁶ سورة الشورى، الآية 49.

الخاتمة

وفي ختام البحث توصلت من خلاله إلى عدة نتائج، وهي ما يلي:

1. إنّ المثل في اللغة ما يضرب به الأمثال، وفي الاصطلاح هو طريقة من جمل الطرائق الأسلوبية التي عاجلت بها الآيات القرآنية الحقائق في منازعتها المختلفة.
2. إنّ المثل في القرآن الكريم يعنى : الشّبه والتسيير والعبرة والصفة.
3. إنّ أهمية الأمثال ترجع إلى نزعة الإنسان في تأكيد ذاته إزاء الحياة وإن كانت أساليب التعبير المختلفة كلها تعين على الحياة وفهمها فالأمثال أشمل من كل تلك الأنواع، وأقصر من تلك السبل، وتضرب الأمثال لمن يبتغي هدًى وصلاًحاً من الأمر، وعلاجاً لكل داء، ومحاربة لكل ألوان الفساد التي تمزق المجتمع وتهدد قيمه.
4. إنّ الأمثال القرآنية ضربت لأغراض سامية، وكل تلك الأغراض تدور حول غرض أساسي، هو البيان والإيضاح للتعرف على حق الله عز وجل.
5. إنّ الأمثال مما تجب معرفته للمجتهد من علوم القرآن؛ لأنّ ما ضرب من الأمثال دالّ على طاعة الله تعالى، مثبت لاجتناب معاصيه، وترك الغفلة عن الحفظ والازدياد من نوافل الفضل.

المصادر والمراجع

- أولاً : القرآن الكريم برواية قالون عن نافع المدني.
1. الإتقان في علوم القرآن ، لجلال الدين السيوطي (ت : 911هـ) تحقيق : محمد أبو الفضل إبراهيم ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ط : 1394هـ - 1974م.
 2. إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم، لأبي السعود بن مصطفى (ت: 982هـ)، دار إحياء التراث العربي- بيروت.
 3. الأعلام للزركلي، لخير الدين الزركلي الدمشقي (ت: 1396هـ) ، دار العلم للملايين ط: الخامسة عشرة - أيار / مايو 2002 م.
 4. الأمثال القرآنية، لعبد الرحمن حسن حبنكة الميداني، دار القلم، دمشق- بيروت ط: الأولى 1400هـ - 1980م.
 5. الأمثال في القرآن الكريم، لابن القيم الجوزية رحمه الله، (751.691هـ)، تحقيق: سعيد نمر الخطيب، دار المعرفة، بيروت . لبنان.
 6. البرهان في علوم القرآن ، لأبي عبد الله بن بهادر الزركشي، (ت : 794هـ) تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم ، دار إحياء الكتب العربية الحلبي وشركائه ط : الأولى.
 7. تاج العروس، محمد بن محمد الحسيني ، (ت : 1205هـ) ، تحقيق : مجموعة من المحققين، دار الهداية.
 8. سير أعلام النبلاء، لشمس الدين أبي عبد الله الذهبي، (ت: 848هـ) تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، الناشر- مؤسسة الرسالة ط: الثالثة، 1405هـ 1985م.
 9. شذرات الذهب، لعبد الحي الحنبلي أبي فلاح (ت : 1089هـ) تحقيق: محمد الأرنؤوط دار ابن كثير، دمشق - بيروت، ط : الأولى ، 1406هـ 1986م.
 10. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (ت: 393هـ). تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار ، دار العلم للملايين - بيروت، ط: الرابعة 1407 هـ - 1987 م.
 11. عون الحنان في شرح الأمثال في القرآن ، لعلى أحمد الطهطاوي، دار الكتب العلمية بيروت، ط: الأولى ، 1425هـ - 2004م.
 12. فهرس الفهارس، لمحمد الإدريسي، (ت: 1382هـ) تحقيق: إحسان عباس دار العرب الإسلامي- بيروت، ط: 2. 1982م.

13. مباحث في علوم القرآن ، لمناع بن خليل القطان ، (ت : 1420 هـ) مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، ط: الثالثة، 1421 هـ - 2000 م.
14. مختار الصحاح ، للزین أبي عبدالله الحنفي الرازي (ت : 666 هـ) تحقيق: الشيخ محمد دار النموذجية، بيروت - صيدا، ط : الخامسة ، 1420 هـ 1999 م.
15. المصباح المنير ، لأحمد بن محمد أبي العباس، (ت : 770 هـ) ، المكتبة العلمية بيروت.
16. المفردات في غريب القرآن، الراغب الأصفهاني، (ت : 502 هـ) تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، دمشق - بيروت، ط: الأولى - 1412 هـ.
17. من روائع القرآن، لمحمد سعيد البوطي، مؤسسة الرسالة - بيروت 1420 هـ - 1999 م.
18. موسوعة علوم القرآن، لعبد القادر محمد منصور، دار القلم العربي - حلب، ط : الأولى 1422 هـ - 2002 م.
19. وجوه البيان في أمثال القرآن، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الأدب الطالبة سميرة عدلي محمد رزق، بإشراف : د. حسن محمد باجوده، 1406 1407 هـ / 1986 - 1987 م.
20. وظيفة الصورة الفنية في القرآن، لعبد السلام أحمد الراغب، فصلت للدراسات والترجمة والنشر - حلب، ط: الأولى، 1422 هـ - 2001 م.

إجالة النظر في عقوبة من سحر

د. محمود محمد علي أغنية

أستاذ مساعد/قسم الشريعة/كلية القانون/جامعة بني وليد

مُتَكَلِّمًا

إن الحمد لله، نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾. (1)
 ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾. (2)
 ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾. (3)

أما بعد: فإن أصدق الحديث كتاب الله، وخير الهدي هدي محمد ﷺ، وشر الأمور محدثاتها، وكل محدثة بدعة، وكل بدعة ضلالة، وكل ضلالة في النار.

إن جريمة السحر من أشد المحرمات، وأكبر الموبقات التي جاء التحذير منها في كتاب الله ﷻ. وفي سنة نبينا ﷺ. ، وقد قرنه الله ﷻ. بالشرك فقال: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ أُوتُوا نَصِيبًا مِّنَ الْكِتَابِ يُؤْمِنُونَ بِالْجِبْتِ وَالطَّاغُوتِ وَيَقُولُونَ لِلَّذِينَ كَفَرُوا هَؤُلَاءِ أَهْدَى مِنَ الَّذِينَ آمَنُوا سَبِيلًا أُولَئِكَ الَّذِينَ لَعَنَهُمُ اللَّهُ وَمَنْ يَلْعَنِ اللَّهُ فَلَنْ تَجِدَ لَهُ نَصِيرًا﴾. (4) وكذلك قرنه النبي ﷺ. فقال: ﴿اجْتَنِبُوا السَّبْعَ الْمُؤْبَقَاتِ قِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ وَمَا هُنَّ؟ قَالَ: الشُّرْكَ بِاللَّهِ، وَالسِّحْرُ، وَقَتْلُ النَّفْسِ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ، وَأَكْلُ مَالِ الْيَتِيمِ، وَأَكْلُ الرِّبَا، وَالتَّوَلَّى يَوْمَ الرَّحْفِ، وَقَدْفُ الْمُحْصِنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾. (5)

(1) سورة آل عمران، الآية (102)

(2) سورة النساء، الآية (1).

(3) سورة الأحزاب، الآية (70-71).

(4) سورة النساء، الآية (50-51).

(5) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، باب قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾، (10/4 برقم 2766). ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان الكبائر وأكبرها، (92/1 برقم 89).

ولا ريب أن الذي يقع ممن يتعاطى السحر كدعاء غير الله، والاستعانة بالشياطين، والذبح والنذر لهم، وغير ذلك من أنواع العبادات التي لا تصرف إلا لله . جل وعلا . هو شرك في توحيد العبادة، يجبط العمل، ويُعرض صاحبه للخزي في الدنيا، والعذاب في الآخرة. قال تعالى: ﴿لَئِن أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ وَلَتَكُونَنَّ مِنَ الْخُسْرَيْنِ﴾ (1).

قال السعدي: " السحر يدخل في الشرك من جهتين: من جهة ما فيه من استخدام الشياطين، ومن التعلق بهم، وربما تقرب إليهم بما يجبون؛ ليقوموا بخدمته و مطلوبه، ومن جهة ما فيه من دعوى علم الغيب، ودعوى مشاركة الله في علمه، وسلوك الطرق المفضية إلى ذلك، وذلك من شعب الشرك والكفر " (2).

ومن المفاصد العظمى التي لا تخفى على كل ذي لب أن يترك هؤلاء السحرة دون عقوبة أو رادع، يعيشون في الأرض فسادا، يحترّبون على الناس عقائدهم، ويدخلون الكآبة والهموم عليهم، ويفترقون بين المرء وزوجه، ويقطعون ما أمر الله به أن يوصل، بل ربما تسبوا في إصابة الناس بالأمراض الخطيرة التي تؤدي بهم إلى الوفاة، وما كشفت عنه لجنة حصين لمكافحة أعمال السحرة والمشعوذين . التابعة للهيئة العامة للأوقاف والشؤون الإسلامية في ليبيا . من كميات كبيرة من الأعمال السحرية الموجودة في المقابر، وما وقفت عليه خلال زيارتها الميدانية من ضحايا السحر والشعوذة؛ لأمر يدعو إلى ضرورة المسارعة في إيجاد الحلول الناجعة؛ لمقاومة هذه الأخطار التي تهدد المجتمعات، لاسيما مع عدم وجود نصوص قانونية تجرم هذه الأفعال، أو تعاقب عليها !.

ولعل الهيئة العامة للأوقاف والشؤون الإسلامية استشعرت هذا الخطر، فبادرت بتقديم مشروع قانون بشأن تجريم السحر والشعوذة والكهانة إلى مجلس النواب؛ لاعتماده وإقراره، فقابله بعض المنتسبين إلى العلم بالمعارضة والتشنيع الذي لا يستند إلى نقل صحيح ولا عقل صريح، جاء ذلك من خلال ندوتين عقدتا في جامعتي طرابلس وبنغازي لمناقشة مشروع قانون السحر، فرأيت من بعض المتداخلين عجباً، فريق يحدد خطورة السحر وضرره بالمجتمع، وأن الأمر لا يستدعي كل هذا الاهتمام، وآخر يتذرع بأن العقوبات الموجودة في هذا المشروع تتعارض مع القوانين الدولية، ومع حرية العقيدة !!، بل إن بعض

(1) سورة الزمر، الآية (65).

(2) القول السديد شرح كتاب التوحيد، عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تحقيق: صبري بن سلامة شاهين، دار الثبات للنشر والتوزيع: الرياض، ط1، 1425هـ، 2004م، (ص: 181-182).

المتدخلين ذهب إلى استحباب السحر في بعض الأحوال، وضرب لذلك مثلاً على حد زعمه كمن سعى في زيادة المحبة بين الزوجين !! . نعوذ بالله سبحانه هذا بهتان عظيم . ومما جاء أيضاً في هاتين الندوتين أنه لم يثبت بشأن السحر عقوبة يعتمد عليها، وتصلح أن تكون قانوناً يمكن تطبيقه، فكان لزاماً أن توضع الأمور في نصابها ببيان موقف الشريعة الإسلامية من مرتكب هذه الجريمة النكراء التي استطلت شرها، وعظم ضررها، فكتبت هذه الورقات الموسومة بـ " إجابة النظر في عقوبة من سحر " ؛ ليتضح لكل منصف طالب للحق حكم الشريعة الغراء في مرتكب هذه الجريمة، والله أسأل أن ينفع بها من قرأها، وأن يجعلها خالصاً لوجهه الكريم، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

اقتضت خطة البحث أن يقسم إلى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: في التعريف بالسحر

المطلب الثاني: في حكم السحر

المطلب الثالث: في عقوبة الساحر

المطلب الأول : في التعريف بالسحر

أولاً: تعريف السحر لغة : تأتي كلمة السحر في اللغة لعدة معان منها:

- 1- صرف الشيء عن وجهه، قال تعالى: ﴿فَأَنى تَسْحَرُونَ﴾⁽¹⁾ قال الفراء: أي تصرفون.⁽²⁾ وفي الحديث: ﴿إِنَّ مِنَ الْبَيَانِ لَسِحْرًا﴾⁽³⁾.
- قال الفيروز آبادي : "معناه . والله أعلم . أنه: يمدح الإنسان فيصدق فيه حتى يصرف قلوب السامعين إليه، ويذمه فيصدق فيه حتى يصرف قلوبهم أيضا عنه".⁽⁴⁾
- تقول العرب: ما سحرك عن كذا، أي: ما صرفك عنه، كأن الساحر بما أرى الباطل في صورة الحق فقد سحر الشيء عن وجهه، أي: صرفه.⁽⁵⁾
- 2- كل ما لطف مأخذه ودق، فهو سحر، وسمي السحر سحرا؛ لخباء سببه، ومنه قول العرب: (أخفى من السحر)؛ لشدة خفائه ودقته، وسمي السَّحُور سَحُورًا؛ لأنه يقع خفيا آخر الليل.⁽⁶⁾
- يقول مسلم بن الوليد الأنصاري :

جَعَلْنَا عَلامَاتِ الْمَوَدَّةِ بَيْنَنَا *** مَصَايِدَ لَحْظٍ هُنَّ أَخْفَى مِنَ السِّحْرِ
فَأَعْرِفْ مِنْهَا الْوَصَلَ فِي لَيْنِ طَرْفِهَا *** وَأَعْرِفْ مِنْهَا الْهَجَرَ بِالنَّظْرِ الشَّرِّ.⁽⁷⁾

3- الخديعة؛ لأن حقيقة السحر إخراج الباطل في صورة الحق.

- قال لبيد بن ربيعة رضي الله عنه : فَإِنْ تَسَأَلْنَا فِيْمَ نَحْنُ فَإِنَّا *** عَصَافِيرُ مِنْ هَذَا الْأَنَامِ الْمُسْحَرِ.⁽⁸⁾
- كأنه أراد المخدوع، الذي خدعته الدنيا وغرته.⁽⁹⁾

(1) سورة المؤمنون، الآية (89).

(2) ينظر: معاني القرآن، أبو زكريا يحيى بن زياد الفراء، عالم الكتب : بيروت، 1980م، (2/241).

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - كتاب الطب، باب: إن من البيان لسحرا، (19/7 برقم 5146).

(4) القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، تحقيق: خليل مأمون شيحا، دار المعرفة: بيروت، ط2، 2007م.

(5) ينظر: لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور، مادة (سحر)، (3/129)، دار صادر: بيروت، ط3، 2004م.

(6) ينظر: لسان العرب، مادة (سحر)، (3/129).

(7) ينظر: ديوان صريع الغواني مسلم بن الوليد الأنصاري، تحقيق: سامي الدهان، دار المعارف: القاهرة، ط3، (105/3).

(8) يُنظَر: شرح ديوان لبيد، تحقيق: إحسان عباس، وزارة الإرشاد والأبناء، الكويت ، 1962م، ص56.

(9) يُنظَر: مقاييس اللغة، باب السين والحاء وما يثلاثهما، مادة "سحر"، أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، راجعه وعلق عليه: أنس محمد الشامي، القاهرة: دار الحديث، ط1، 1429هـ، 2008م، ص(430-431).

4- العلم ، ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ وَقَالُوا يَا أَيُّهَ السَّاحِرِ ادْعُ لَنَا رَبَّكَ بِمَا عَهِدَ عِنْدَكَ إِنَّنَا لَمُهْتَدُونَ ﴾⁽¹⁾، فالساحر بمعنى العالم الحاذق، ولم يكن السحر عندهم كفرا، ولا كان مما يتعايرون به، فنادوه بذلك على سبيل التعظيم.⁽²⁾

قال ابن عاشور: " ومخاطبتهم موسى بوصف الساحر مخاطبة تعظيم تزلفا إليه؛ لأن الساحر عندهم كان هو العالم، وكانت علوم علمائهم سحرية ".⁽³⁾

تعريف السحر اصطلاحا: تباينت تعريفات السحر عند العلماء، وذلك بحسب أقسام السحر، فمنه الحقيقي، ومنه التخيلي، ومن أبرز هذه التعريفات ما يلي :

قال ابن قدامة : " السحر: عبارة عن عقد، ورقى، وكلام يتكلم به، ويكتبه، أو يعمل شيئا يؤثر في بدن المسحور، أو قلبه، أو عقله، من غير مباشرة له... ".⁽⁴⁾

قال الخطابي: " السحر من عمل الشيطان يفعل في الإنسان بنفته، ونفخه، وهمزه، ووسوسته، ويتلقاه الساحر بتعليمه إياه، ومعوته عليه، فإذا تلقاه عنه، استعمله في غيره بالقول، والنفث في العقد ".⁽⁵⁾

قال الجصاص في تعريفه للسحر: " اسم لكل أمر خفي سببه، وتخييل على غير حقيقته، وجرى مجرى التمويه والخداع ".⁽⁶⁾

قال الجرجاني: " السحر : تخييل، وتمويه، وإرادة ما لا أصل له ".⁽⁷⁾

بينما عرفه بعض المعاصرين فقال : " ما يعمل من كتابة، أو تكلم، أو أدخنة، أو تصوير، أو عقد، ونحو ذلك، يؤثر في بدن المسحور، أو قلبه، أو عقله، فيؤثر في إحضاره، أو إنامته، أو إغمائه، أو تحبيبه، أو تبغيضه ".⁽⁸⁾

(1) سورة الزخرف، الآية (49).

(2) يُنظَر: لسان العرب، مادة (سحر)، (129/3).

(3) تفسير التحرير والتنوير، محمد الطاهر ابن عاشور، تونس: الدار التونسية للنشر، 1984م، (227/25).

(4) المغني مع الشرح الكبير، عبدالله بن قدامة، الرياض : عالم الكتب، 1417هـ ، ط3، (104/10).

(5) شرح السنة، الحسين بن مسعود البغوي، حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه: شعيب الأرنؤوط، بيروت: المكتب الإسلامي، ط 2، 1403هـ، 1983م، (188/12).

(6) أحكام القرآن، أحمد بن علي الرازي الجصاص، تحقيق: محمد صادق قمحاوي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - مؤسسة التاريخ العربي 1992 - 1412 هـ. (42/1).

(7) التعريفات، علي بن محمد الجرجاني، تحقيق: عبد الرحمن عميرة، بيروت: عالم الكتب، ط1، 1407هـ، ص156.

(8) القاموس الجامع للمصطلحات الفقهية، عبد الله الغديري، بيروت: دار المحجة البيضاء، ط1، 1418هـ، ص244.

وجاء في معجم ألفاظ القرآن الكريم الذي أشرف على إعداده مجمع اللغة العربية بالقاهرة تعريف للسحر بأنه: " قول أو فعل يترتب عليه أمر خارق للعادة، ويقوم على التمويه والخداع ".⁽¹⁾ ومع كثرة هذه التعريفات وتباينها، يبدو أنه لا يمكن أن يتوصل إلى تعريف جامع مانع للسحر، وهو ما ذهب إليه صاحب أضواء البيان حيث يقول: " اعلم أن السحر لا يمكن حُدّه بحد جامع مانع؛ لكثرة الأنواع المختلفة الداخلة تحته، ولا يتحقق قدر مشترك بينها يكون جامعاً لها مانعاً لغيرها، ومن هنا اختلفت عبارات العلماء في حده اختلافاً متبايناً ".⁽²⁾

المطلب الثاني: في حكم السحر

إذا أطلق السحر فإن المراد به الذي يكون بواسطة الاستعانة بالشياطين، والتقرب إليهم بالعبادات، وتعاطي المحرمات والخبائث، وهذا الأمر باتفاق أهل العلم كفر لاشك فيه. قال ابن خلدون: " والسحر إنما يكون بالتوجه إلى الأفلاك، والكواكب، والعوالم العلوية، والشياطين، بأنواع التعظيم، والعبادة، والخضوع، والتذلل، فهي لذلك وجهة إلى غير الله، وسجود له، والوجهة إلى غير الله، والسجود له كفر، فهكذا كان السحر كفراً، والكفر من مواده وأسبابه ".⁽³⁾

وأما ما كان من قبيل العقاقير، والأدوية، والأدخنة، فهو من قبيل الشعوذة، والاحتيال على الناس لأكل أموالهم، وذلك لا شك في تحريمه، إلا أنه لا يصل إلى درجة الكفر. قال القراني: " الفرق الرابع والأربعون والمائتان بين قاعدة ما هو سحر يكفر به، وبين ما هو قاعدة ما ليس كذلك: وذلك؛ لأن مسألة إطلاق أن كل ما يسمى سحراً كفر في غاية الإشكال على أصولنا، فإن السحرة يعتمدون أشياء تأبى قواعد الشريعة تكفيرهم بها، كفعل الحجارة المتقدم ذكرها قبل هذه المسألة، وكذلك يجمعون عقاقير ويجعلونها في الأتجار، أو الآبار، أو زير الماء، أو قبور الموتى، أو في باب يفتح إلى المشرق، أو غير ذلك من البقاع، ويعتقدون أن الآثار تحدث عند تلك الأمور بخواص نفوسهم التي طبعها الله تعالى على الربط بينها وبين تلك الآثار عند صدق العزم كما تقدم، فلا يمكننا تكفيرهم بجمع العقاقير، ولا بوضعها

(1) معجم ألفاظ القرآن الكريم، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، القاهرة، 1409هـ، 1988م، ص561.

(2) أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، محمد الأمين الشنقيطي، إشراف: بكر عبد الله بوزيد، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، (555/4).

(3) مقدمة ابن خلدون، ولي الدين عبد الرحمن بن محمد ابن خلدون، حقق نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: عبد الله محمد الدرويش، دار يعرب، دمشق، ط1، 1425هـ، 2004م، (274/2).

في الآبار، ولا باعتقادهم حصول تلك الآثار عن ذلك الفعل؛ لأنهم جربوا ذلك فوجدوه لا ينخرم عليهم؛ لأجل خواص نفوسهم، فصار ذلك الاعتقاد كاعتقاد الأطباء حصول الآثار عند شرب العقاقير؛ لخواص طبائع تلك العقاقير، وخواص النفوس لا يمكن التكفير بها؛ لأنها ليست من كسبهم، ولا كفر بغير مكتسب، وأما اعتقادهم أن الكواكب تفعل ذلك بقدرة الله تعالى فهذا خطأ؛ لأنها لا تفعل ذلك، ولا ربط الله تعالى ذلك بها، وإنما جاءت الآثار من خواص نفوسهم التي ربط الله تعالى بها تلك الآثار عند ذلك الاعتقاد، فيكون ذلك الاعتقاد في الكواكب خطأ، كما إذا اعتقد طبيب أن الله تعالى أودع في الصبر والسقمونيا عقل البطن، وقطع الإسهال، فإنه خطأ، وأما تكفيره بذلك فلا". (1)

قال النووي: "عمل السحر حرام، وهو من الكبائر بالإجماع، وقد عدّه النبي ﷺ من السبع الموبقات، ومنه ما يكون كفراً، ومنه ما لا يكون كفراً، بل معصية كبيرة، فإن كان فيه قول أو فعل يقتضي الكفر، فهو كفر، وإلا فلا، وأما تعلمه وتعليمه فحرام". (2)

قال ابن حجر العسقلاني: "وقد استدلل بهذه الآية⁽³⁾ على أن السحر كفر، و متعلمه كافر، وهو واضح في بعض أنواعه، وهو التعبد للشياطين، أو للكواكب، وأما النوع الآخر الذي هو من باب الشعوذة، فلا يكفر به أصلاً". (4)

قال الشنقيطي: "إن كان السحر لا يقتضي الكفر كالأستعانة بخواص بعض الأشياء من دهانات وغيرها، فهو حرام حرمة شديدة، ولكنه لا يبلغ بصاحبه الكفر". (5)

قال سليمان بن عبد الله بن محمد بن عبد الوهاب: "سحر الأدوية، والتدخين، ونحوه، ليس بسحر، وإن سمي سحراً فعلى سبيل المجاز، كتسمية القول البليغ والنميمة سحراً، ولكنه حرام لمضرتة، يعزر من يفعله تعزيراً بليغاً". (6)

(1) أنواء البروق في أنواء الفروق، أحمد بن إدريس القرافي، دراسة وتحقيق: مركز الدراسات الفقهية الاقتصادية، دار السلام، القاهرة، ط1، 1421هـ، 2001م، (4/1288-1305).

(2) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج (176/14) دار إحياء التراث العربي - بيروت. الطبعة الثانية (1392هـ).

(3) ﴿وَمَا كَفَرَ سُلَيْمَانُ وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ﴾، سورة البقرة، الآية (102).

(4) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، دار المعرفة، بيروت، (10/224).

(5) أضواء البيان، (4/569).

(6) تيسير العزيز الحميد في شرح كتاب التوحيد، سليمان بن عبد الله بن محمد بن عبد الوهاب، تحقيق: زهير الشاويش الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق الطبعة: الأولى، 1423هـ/2002م، (ص325).

وقد وردت أدلة كثيرة على حرمة السحر، وكفر متعاطيه، ومن ذلك :

1- قوله تعالى : ﴿وَاتَّبِعُوا مَا تَتْلُو الشَّيَاطِينُ عَلَىٰ مُلْكِ سُلَيْمَانَ وَمَا كَفَرَ سُلَيْمَانُ وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ وَمَا أُنزِلَ عَلَى الْمَلَكَيْنِ بِبَابِلَ هَارُوتَ وَمَارُوتَ وَمَا يُعَلِّمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّى يَقُولَا إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ وَمَا هُمْ بِضَارِّينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ وَيَتَعَلَّمُونَ مَا يَضُرُّهُمْ وَلَا يَنْفَعُهُمْ وَلَقَدْ عَلِمُوا لَمَنِ اشْتَرَاهُ مَا لَهُ فِي الْآخِرَةِ مِنْ خَلَقٍ وَلَبِئْسَ مَا شَرُّوا بِهِ أَنْفُسَهُمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ﴾⁽¹⁾.

وجه الدلالة في الآية : التصريح بأن السحر كفر، فقد سماه الله كفراً فقال: ﴿إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ﴾ وأن متعاطيه لاحظ له في الآخرة إن لم يبادر إلى التوبة .

قال ابن كثير: " قد استدلل بعضهم بهذه الآية على تكفير من تعلم السحر".⁽²⁾

قال ابن العربي: " إن الله سبحانه قد صرح في كتابه بأنه كفر؛ لأنه تعالى قال: ﴿وَاتَّبِعُوا مَا تَتْلُو الشَّيَاطِينُ عَلَىٰ مُلْكِ سُلَيْمَانَ﴾ من السحر، وما كفر سليمان بقول السحر، ولكن الشياطين كفروا به وتعليمه، وهاروت وماروت يقولان: إنما نحن فتنة فلا تكفر، وهذا تأكيد للبيان".⁽³⁾

قال القرطبي: " قوله تعالى : ﴿وَمَا كَفَرَ سُلَيْمَانُ﴾ ؛ تبرئة من الله تعالى لسليمان، ولم يتقدم في الآية أن أحدا نسبه إلى الكفر، ولكن اليهود نسبته إلى السحر. لكن لما كان السحر كفراً، صار بمنزلة من نسبه إلى الكفر، ثم قال : ﴿وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا﴾ فأثبت كفرهم بتعليم السحر".⁽⁴⁾

قال ابن قدامة: " إن تعلم السحر وتعليمه حرام لا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم. قال أصحابنا: ويكفر الساحر بتعلمه وفعله، سواء اعتقد تحريمه أو إباحته".⁽⁵⁾

(1) سورة البقرة، الآية (102).

(2) تفسير القرآن العظيم، إسماعيل بن عمر المعروف بابن كثير، تحقيق: أ.د. حكمت بن بشير بن ياسين، أشرف على طبعه: سعد بن فواز الصميل، الرياض: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، ط1، 1431هـ، (1/363).

(3) أحكام القرآن، محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، (1/48).

(4) الجامع لأحكام القرآن، محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1427هـ، 2006م، (2/43).

(5) المغني في شرح مختصر الخرقي، عبد الله بن أحمد بن قدامة، بيروت: دار الفكر، ط1، 1984م، (12/300).

قال القرافي: " السحر لا يتم إلا بالكفر، كقيامه إذا أراد سحر سلطان لبرج الأسد مائلا خاضعا متقربا له، ويناديه: يا سيدي، يا عظيم، أنت الذي إليك تدبير الملك، والجبابة، والأسود، أسألك أن تذلل لي قلب فلان الجبار ". (1)

قال الذهبي: " إن الساحر لا بد أن يكفر، قال الله تعالى: ﴿وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ﴾ ، وما للشيطان الملعون غرض في تعليمه الإنسان السحر إلا ليشرك به ... فترى خلقا كثيرا من الضلال يدخلون في السحر، ويظنون أنه حرام فقط، وما يشعرون أنه الكفر... ". (2)

قال خليل في مختصره: " الردة كفر المسلم بصريح، أو لفظ يقتضيه، أو فعل يتضمنه، كالقاء مصحف بقدر، وشد زئثار، وسحر ". (3)

قال الخرشبي: " المشهور أن تعلم السحر كفر، وإن لم يعمل به ". (4)

قال الدردير: " فقول الإمام مالك -رضي الله عنه - : إن تعلم السحر وتعليمه كفر، وإن لم يعمل به ظاهر في الغاية. إذ تعظيم الشياطين، ونسبة الكائنات إليها، لا يستطيع عاقل يؤمن بالله أن يقول فيه: إنه ليس بكفر ". (5)

قال محمد بن عبد الوهاب: " من أعظم نواقض الإسلام عشرة: ... السابع: السحر، ومنه الصرف والعطف، فمن فعله أو رضي به كفر، والدليل قوله تعالى: ﴿وَمَا يُعَلِّمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّى يَقُولَا إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ﴾ ". (6)

(1) الذخيرة، أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، تونس، ط4، 2012م، (35/12).

(2) الكبائر، محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، قرأه وقدم له وعلق عليه وخرج أحاديثه: مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة الفرقان، عجمان الإمارات العربية المتحدة، ط2، 1424هـ، 2003م، (ص: 101-104).

(3) المختصر الفقهي المبين لما به الفتوى، خليل بن إسحاق الجندي، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، دار المذهب، القاهرة، 1442هـ، 2021م، (ص391).

(4) الخرشبي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، محمد الخرشبي، المطبعة الكبرى الأميرية مصر، ط2، 1317هـ، (63/8).

(5) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، محمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر، (4/302).

(6) الرسائل الشخصية (مطبوع ضمن مؤلفات الشيخ محمد بن عبد الوهاب)، محمد بن عبد الوهاب بن سليمان التميمي النجدي (المتوفى: 1206هـ) تحقيق: صالح بن فوزان بن عبدالله الفوزان، محمد بن صالح العليقي الناشر: جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط6، (ص: 213).

قال الشنقيطي : " فإن كان السحر مما يعظم فيه غير الله كالكوكب، والجن، وغير ذلك مما يؤدي إلى الكفر، فهو كفر بلا نزاع، ومن هذا النوع سحر هاروت وماروت المذكور في سورة البقرة، فإنه كفر بلا نزاع، كما دل عليه قوله تعالى: ﴿وَمَا كَفَرَ سُلَيْمَانُ وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ ۚ﴾ (1) قال ابن باز: " السحر من المحرمات الكفرية، كما قال الله عز وجل في شأن الملكين في سورة البقرة: ﴿وَمَا يُعَلِّمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّى يَقُولَا إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ وَمَا هُمْ بِضَارِّينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ وَيَتَعَلَّمُونَ مَا يَضُرُّهُمْ وَلَا يَنْفَعُهُمْ وَلَقَدْ عَلِمُوا لَمَنِ اشْتَرَاهُ مَا لَهُ فِي الْآخِرَةِ مِنْ خَلَقٍ وَلَبِئْسَ مَا شَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ ۚ﴾ ، فدلّت هذه الآيات الكريمة على أن السحر كفر، وأن السحرة يفرقون بين المرء وزوجه، كما دلت على أن السحر ليس بمؤثر لذاته نفعا ولا ضرا، وإنما يؤثر بإذن الله الكوني القدري؛ لأن الله - ﷻ - هو الذي خلق الخير والشر". (2)

2- قول الله تعالى : ﴿وَلَوْ أَنَّهُمْ آمَنُوا وَاتَّقَوْا لَمَثُوبَةٌ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ خَيْرٌ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ﴾ (3).

وجه الدلالة: أن الآية تدل على نفي الإيمان عن السحرة.

قال ابن كثير: " وقد استدلل بقوله: ﴿وَلَوْ أَنَّهُمْ آمَنُوا وَاتَّقَوْا...﴾ من ذهب إلى تكفير الساحر، كما هو رواية عن الإمام أحمد بن حنبل، وطائفة من السلف". (4) قال الجصاص: " فجعل ضد هذا الإيمان فعل السحر؛ لأنه جعل الإيمان في مقابلة فعل السحر، وهذا يدل على أن الساحر كافر". (5)

3- قول الله تعالى : ﴿وَلَا يُفْلِحُ السَّاحِرُ حَيْثُ أَتَى﴾ (6).

وجه الدلالة: أن الآية تدل على نفي الفلاح عن الساحر .

1) أضواء البيان، (4/569).

2) مجموع فتاوى ومقالات متنوعة، عبد العزيز بن عبد الله بن باز، تحقيق: محمد بن سعد الشويعر، دار القاسم، الرياض، 1420هـ، (3/276).

3) سورة البقرة، الآية 103.

4) تفسير ابن كثير، (1/365).

5) أحكام القرآن، الجصاص، ، (1/63).

6) سورة طه، الآية 69.

قال الشنقيطي: " إن الفعل في سياق النفي من صيغ العموم، ... فقوله تعالى في هذه الآية الكريمة: ﴿وَلَا يُفْلِحُ السَّاحِرُ﴾ الآية، يعم نفي جميع أنواع الفلاح عن الساحر، وأكد ذلك بالتعميم في الأمكنة بقوله: ﴿حَيْثُ أَتَى﴾، وذلك دليل على كفره؛ لأن الفلاح لا ينفي بالكلية نفيًا عامًا إلا عمن لا خير فيه، وهو الكافر، ويدل على ذلك ... أنه عرف باستقراء القرآن أن الغالب فيه أن لفظة لا يفلح يراد بها الكافر، كقوله تعالى في سورة يونس: ﴿قَالُوا اتَّخَذَ اللَّهُ وَلَدًا سُبْحٰنَهُ هُوَ الْغَنِيُّ لَهُ مَا فِي السَّمٰوٰتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ إِنَّ عِنْدَكُمْ مِّنْ سُلْطٰنٍ بِهٰذَا أَتَقُولُونَ عَلَىٰ اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ قُلْ إِنَّ الدِّينَ يَفْتَرُونَهُ عَلَىٰ اللَّهِ الْكُذِبَ لَا يُفْلِحُونَ مَتَاعٌ فِي الدُّنْيَا ثُمَّ إِلَيْنَا مَرْجِعُهُمْ ثُمَّ نَذِيقُهُمُ الْعَذَابَ الشَّدِيدَ بِمَا كَانُوا يَكْفُرُونَ﴾ (1) ". (2)

4- عن الحسن عن أبي هريرة . رضي الله عنه . قال: قال رسول الله . صلى الله عليه وسلم : ﴿مَنْ عَقَدَ عُقْدَةً ثُمَّ نَفَثَ فِيهَا فَقَدَ سَحَرَ، وَمَنْ سَحَرَ فَقَدَ أَشْرَكَ، وَمَنْ تَعَلَّقَ شَيْئًا وَكَلَّ إِلَيْهِ﴾ . (3)
وجه الدلالة: أن فعل السحر يترتب عليه الإشراك بالله عز وجل .

قال صاحب فتح المجيد: " قوله: ﴿وَمَنْ سَحَرَ فَقَدَ أَشْرَكَ﴾ نص في أن الساحر مشرك؛ إذ لا يتأتى السحر بدون الشرك، كما حكاها الحافظ عن بعضهم ". (4)

5- عن عمران بن الحصين . رضي الله عنه . قال : قال رسول الله . صلى الله عليه وسلم : ﴿لَيْسَ مِنَّا مَنْ تَطَيَّرَ أَوْ تَطَيَّرَ لَهُ أَوْ تَكَهَّنَ أَوْ تَكَهَّنَ لَهُ أَوْ سَحَرَ أَوْ سَحِرَ لَهُ ...﴾ . (5)

وجه الدلالة : التحذير من الوقوع في الأمور التي تنافي أصول الإيمان، ومن أشدها السحر، فقد تبرأ النبي . صلى الله عليه وسلم ممن باشر السحر بنفسه، أو طلب من يسحر له.

(1) سورة يونس، الآية 69.

(2) أضواء البيان، (4/38).

(3) أخرجه النسائي في الصغرى، (12/7 برقم 4079)، والطبراني في المعجم الأوسط، (2/127 برقم 1469) واللفظ لهما، وابن عدي في الكامل في الضعفاء، (4/341). والألباني ضعيف النسائي، 4090 . وحسنه ابن مفلح في الآداب الشرعية (3/69)، وقال ابن معين: " ليس به بأس " تهذيب التهذيب (2/284) والحديث له شاهد من حديث عبد الله بن عكيم ﴿مَنْ تَعَلَّقَ شَيْئًا وَكَلَّ إِلَيْهِ﴾، وهو حديث حسن .

(4) فتح المجيد شرح كتاب التوحيد، عبد الرحمن بن حسن بن محمد بن عبد الوهاب، دار الكوثر، القاهرة، ص256.

(5) أخرجه البزار، (9/52 برقم 3578)، والطبراني في الكبير، (18/162 برقم 355)، وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة، (5/228 برقم 2195).

المطلب الثالث: في عقوبة الساحر

من كمال الشريعة الإسلامية أنها رعت مصالح العباد، ونظمت لهم سبل الحياة الطيبة، ودفعت عنهم ما يضرهم، وذلك من خلال نظام بديع للعقوبات التي شرعها الله - ﷻ . لعباده، ولا أدل على ذلك من قوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾⁽¹⁾. فليس للناس حياة ولا اطمئنان إلا بتمكين شرع الله.

ومن المفاسد التي عاجلتها شريعتنا الغراء ما يقوم به السحرة والمشعوذون من أفعال محرمة خبيثة، كدّرت على الناس صفو حياتهم، وزعزعت أمنهم واستقرارهم، فكانت لهم هذه الشريعة بالمرصاد، فوضعت لهم من العقوبات ما يردعهم ويكف شرهم، وقد اختلف أهل العلم في عقوبة الساحر على قولين مشهورين⁽²⁾ :

القول الأول: يذهب إلى وجوب قتل الساحر مطلقاً دون استتابة، وهو ما ذهب إليه الجمهور من الصحابة، والتابعين، وفقهاء الأمصار، فقد روي ذلك عن عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وابن عمر، وحفصة، وجندب بن عبد الله، وجندب بن كعب، وقيس بن سعد، وعمر بن عبد العزيز، وهو قول أبي حنيفة، ومالك، ورواية عن أحمد هي التي عليها المعول في المذهب، ونصر هذا القول أيضاً أبو ثور، وإسحاق بن راهويه⁽³⁾.

(1) سورة البقرة، الآية (179).

(2) ينبغي أن يتنبه إلى وجود أقوال أخرى في المسألة إلا أننا ضربنا عنها صفحاً؛ لضعف أدلتها، ومصادمتها للنصوص الصحيحة الصريحة، ومن أبرز هذه الأقوال ما ذهب إليه ابن حزم . رحمه الله . من إنكاره لحقيقة السحر، وعدم قتل الساحر مطلقاً، ومن عجيب ما ذكره رداً على جمهور العلماء القائلين بقتل الساحر . ولو على التفصيل . قوله : " فنظرنا أن يكون لهم في الآية - أي آية السحر من سورة البقرة (102) - متعلق أصلاً، ولا في شيء من القرآن، ولا من السنن الصحاح، ولا في السنن الواهية، ولا في إجماع، ولا في قول صاحب، ولا في قياس، ولا نظر، ولا رأي سديد يصح، بل كل هذه الوجوه مبطلّة لقولهم " . ينظر: المحلى بالآثار، ابن حزم الظاهري، دار الفكر، بيروت، (399/8).

(3) ينظر: رد المحتار على الدر المختار، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، دار الفكر - بيروت، ط2، 1412 هـ، 1992 م، (240/4). حاشية الدسوقي، (302/4). روضة الطالبين وعمدة المفتين، محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، ط3، 1412 هـ / 1991 م، (82/10). المغني، (302/12). المصنف، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعائي، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي المكتب الإسلامي، بيروت، 1971 م، (179/10-184). المصنف في الأحاديث والآثار، أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان العبسي، تحقيق: عبد الخالق الأفغاني، دار السلفية، الهند، 1980 م، (135-137/10).

قال أبو حنيفة: " يقتل الساحر إذا علم أنه ساحر، ولا يستتاب، ولا يقبل قوله: إني أترك السحر، وأتوب منه ". (1)

قال مالك: " الساحر كافر، يقتل ولا يستتاب، سحر مسلماً، أو ذمياً، كالزندق ". (2)

قال ابن قدامة: "... وحَدَّ الساحر القتل، روي ذلك عن عمر، وعثمان بن عفان، وابن عمر، وحفصة، وجندب بن عبد الله، وجندب بن كعب، وقيس بن سعد، وعمر بن عبد العزيز، وهو قول أبي حنيفة ومالك: ... وهل يستتاب الساحر؟ فيه روايتان: أحدهما: لا يستتاب، وهو ظاهر ما نقل عن الصحابة، فإنه لم ينقل عن أحد منهم أنه استتاب ساحراً ". (3)

قال حافظ حكيمي (4):

وَإِخْرُجُوا عَلَى السَّاحِرِ بِالتَّكْفِيرِ *** وَحَدُّهُ الْقَتْلُ بِإِلَّا نَكِيرٍ
كَمَا أَتَى فِي السُّنَّةِ الْمُصَرَّحَةَ *** مِمَّا رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ وَصَحَّحَهُ
عَنْ جُنْدُبٍ وَهَكَذَا فِي أَثَرِ *** أَمْرٌ بِقَتْلِهِمْ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ
وَصَحَّ عَنْ حَفْصَةَ عِنْدَ مَالِكٍ *** مَا فِيهِ أَقْوَى مُرْشِدٍ لِّلسَّالِكِ

واستدل الجمهور بأدلة من أبرزها ما يلي:

1- قوله تعالى: ﴿وَاتَّبِعُوا مَا تَتْلُو الشَّيَاطِينُ عَلَىٰ مُلْكٍ سُلَيْمَانَ وَمَا كَفَرَ سُلَيْمَانُ وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ وَمَا أُنزِلَ عَلَى الْمَلَكَيْنِ بِبَابِلَ هَارُوتَ وَمَارُوتَ وَمَا يُعَلِّمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّى يَقُولَا إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ وَمَا هُمْ بِضَارِّينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ وَيَتَعَلَّمُونَ مَا يَضُرُّهُمْ وَلَا يَنْفَعُهُمْ وَلَقَدْ عَلِمُوا لَمَنِ اشْتَرَاهُ مَا لَهُ فِي الآخِرَةِ مِنْ خَلَاقٍ وَلَبِئْسَ مَا شَرَوْا بِهِ أَنفُسَهُمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ﴾. (5)

وجه الدلالة: أن السحر عمل يؤدي بصاحبه إلى الكفر، والخروج من دين الإسلام، وجزاء ذلك القتل.

(1) أحكام القرآن، (50/1).

(2) أنواء البروق في أنواء الفروق، (152/4).

(3) المغني، (302/12).

(4) معارج القبول بشرح سلم الوصول إلى علم الأصول في التوحيد، حافظ بن أحمد حكيمي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (445/1).

(5) سورة البقرة، الآية 102.

2- قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا ... ﴾ (1).

وجه الدلالة : أن الساحر محارب لله ورسوله، وعمله من أشد أنواع الإفساد في الأرض، فيكون جزاؤه القتل.

3- عن جندب الخير - رضي الله عنه - قال : ﴿ حَدُّ السَّاحِرِ ضَرْبَةٌ بِالسَّيْفِ ﴾ (2).

4- عن بجالة بن عبدة قال : ﴿ كُنْتُ كَاتِبًا لِحِزْبِ بِنِ مَعَاوِيَةَ - عَمِّ الْأَحْنَفِ بْنِ قَيْسٍ - فَأَتَانَا كِتَابٌ عُمَرَ قَبْلَ مَوْتِهِ بِسَنَةٍ : أَنْ اقْتُلُوا كُلَّ سَاحِرٍ وَسَاحِرَةٍ ، وَفَرَّقُوا بَيْنَ كُلِّ ذِي مَحْرَمٍ مِنَ الْمَجُوسِ ، وَأَنْهَوْهُمْ عَنِ الزَّمِيمَةِ ، فَقَتَلْنَا ثَلَاثَةَ سَوَاحِرٍ ﴾ (3).

5- ما روي عن محمد بن عبد الرحمن بن سعد بن زرارة رضي الله عنه أنه بلغه أن حفصة - رضي الله عنها - زوج النبي - صلى الله عليه وسلم - قتلت جارية لها سحرتها، وكانت قد دبرتها، فأمرت بها فقتلت رضي الله عنه (4).
وجه الدلالة فيما تقدم من الأحاديث : أن الصحابة كانوا يحكمون على الساحر مطلقا بالقتل دون حاجة لاستتابته؛ ولا أدل على ذلك من قول عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - : " اقْتُلُوا كُلَّ سَاحِرٍ وَسَاحِرَةٍ " فهو يدل على العموم .

قال ابن تيمية: " أكثر العلماء على أن الساحر كافر يجب قتله، وقد ثبت قتل الساحر عن عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وحفصة بنت عمر، وعبد الله بن عمر، وجندب بن عبد الله " (5).

(1) سورة البقرة، الآية 102.

(2) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الحدود، باب : في حد الساحر، (60/4 برقم 1460)، قال الترمذي: " الصَّحِيح عن جندب موقوفٌ، ولا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه". والحاكم في مستدركه، كتاب الحدود، (401/4 برقم 8073) . وَضَعَفَهُ ابْنُ عَرَبٍ فِي عَارِضَةِ الْأَحْوِذِيِّ، (427/3)، وَضَعَفَ إِسْنَادَهُ ابْنُ حَجَرٍ فِي فَتْحِ الْبَارِيِّ، (247/10)، وَالْأَلْبَانِيُّ فِي ضَعِيفِ سَنَنِ التِّرْمِذِيِّ، (176/1 برقم 1460).

(3) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الإمارة، باب في أخذ الجزية من المجوس، (168/3)، وأحمد في مسنده، (190/191)، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود، (589/2 برقم 2634).

(4) أخرجه مالك في الموطأ: كتاب العقول، باب ما جاء في الغيلة والسحرة، (628/2)، والبيهقي في سننه، بإسناد صحيح، (136/8)، وصححه الألباني في إرواء الغليل، (178/6 برقم 1758).

(5) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد قاسم وابنه محمد، ط مجمع الملك فهد بن عبد العزيز في المدينة المنورة، ط1، 1425هـ - 2004م، (384/29).

قال الشنقيطي: " فهذه الآثار التي لم يعلم أن أحدا من الصحابة أنكروها على من عمل بها، مع اعتضادها بالحديث المرفوع المذكور، هي حجة من قال بقتله مطلقا، والآثار المذكورة والحديث فيهما الدلالة على أنه يقتل ولو لم يبلغ به سحره الكفر؛ لأن الساحر الذي قتله جندب كان سحره من نوع الشعوذة ... وقول عمر: "اقتلوا كل ساحر" يدل على ذلك بصيغة العموم".⁽¹⁾

القول الثاني: يذهب إلى أن الساحر إذا عمل بسحره ما يبلغ به الكفر وجب قتله، إلا أن يتوب فتقبل توبته، ويسقط عنه القتل، فإن أدى سحره إلى قتل، فإنه يقتل به قصاصا، أما إذا لم يبلغ بسحره درجة الكفر، فإنه يعزر، وهذا مذهب الشافعي، ورواية عن أحمد، وبه قال ابن المنذر، والقرطبي.⁽²⁾

قال الشافعي: " وإذا سحر رجلاً فمات، سئل عن سحره، فإن قال: أنا أعلم هذا لأقتل، فأخطئ القتل وأصيب، وقد مات من عملي، ففيه الدية، وإن قال: مرض منه ولم يموت، أقسم أولياؤه مات من ذلك العمل، وكانت الدية. وإن قال: عملي يقتل المعمول به، وقد عمدت قتله به، قتل به قوداً".⁽³⁾

قال ابن المنذر: " وإذا أقرّ الرجل أنه سحر بكلام يكون كفراً وجب قتله إن لم يتب، وكذلك لو ثبت به عليه بيّنة، ووصفت البيّنة كلاماً يكون كفراً، وإن كان الكلام الذي ذكر أنه سحر به ليس بكفر لم يجز قتله، فإن كان أحدث في المسحور جنابة توجب القصاص اقتضت منه إن كان عمداً ذلك، وإن كان مما لا قصاص فيه ففيه دية ذلك".⁽⁴⁾ واستدلوا بأدلة من أبرزها ما يلي:

1- عن ابن عمر -رضي الله عنهما- أن رسول الله - ﷺ - قال: ﴿أُمِرْتُ أَنْ أَقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَشْهَدُوا أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَأَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ، وَيُقِيمُوا الصَّلَاةَ، وَيُؤْتُوا الزَّكَاةَ، فَإِذَا فَعَلُوا ذَلِكَ عَصَمُوا مِنِّي دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ إِلَّا بِحَقِّ الْإِسْلَامِ وَحِسَابُهُمْ عَلَى اللَّهِ﴾.⁽⁵⁾

1) أضواء البيان، (4/575).

2) الأم، محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة - بيروت، ط1، 1410هـ/1990م، (1/391-392). المغني، (12/302). الجامع لأحكام القرآن، (2/48).

3) مختصر المزني في فروع الشافعية، إسماعيل بن يحيى المزني، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، القاهرة، 1419هـ. 1998م، (ص 255).

4) الجامع لأحكام القرآن، (2/48).

5) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الإيمان، باب: ﴿إِنَّ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ﴾، (4/84) برقم 2946. ومسلم، في صحيحه، كتاب: الإيمان، باب: الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله

محمد رسول الله، (1/52) برقم 21).

2- عن عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: ﴿لَا يَجِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنَّي رَسُولُ اللَّهِ، إِلَّا يَأْخُذِي ثَلَاثٌ: النَّيْبُ الزَّانِي، وَالنَّفْسُ بِالنَّفْسِ، وَالتَّارِكُ لِدِينِهِ الْمَفَارِقُ لِلْجَمَاعَةِ﴾. (1)

وجه الدلالة في الحديثين: أن دم المسلم معصوم حرام، لا يجل إلا إذا ارتكب واحدا من الأمور التي ذكرت في الحديث وهي (النَّيْبُ الزَّانِي، وَالنَّفْسُ بِالنَّفْسِ، وَالتَّارِكُ لِدِينِهِ الْمَفَارِقُ لِلْجَمَاعَةِ) والسحر الذي لا يصل بصاحبه إلى درجة الكفر لا يعد ردة، فلا موجب لقتله حينئذ، وكذلك الأمر في السحر الذي لم يترتب عليه إزهاق نفس.

3- عن عمرة بنت عبد الرحمن رضي الله عنها أَنَّ عَائِشَةَ أَصَابَهَا مَرَضٌ، وَأَنَّ بَعْضَ بَنِي أَخِيهَا ذَكَرُوا شَكْوَاهَا لِرَجُلٍ مِنَ الزُّطِّ يَتَطَبَّبُ، وَأَنَّهُ قَالَ لَهُمْ: إِنَّكُمْ لَتَذْكُرُونَ امْرَأَةً مَسْحُورَةً، سَحَرْتَهَا جَارِيَةٌ لَهَا، فِي حِجْرِ الْجَارِيَةِ الْآنَ صَبِيٌّ قَدْ بَالَ فِي حِجْرِهَا. فَذَكَرُوا ذَلِكَ لِعَائِشَةَ، فَقَالَتْ: ادْعُوا لِي فَلَانَةَ الْجَارِيَةِ لَهَا، فَقَالُوا: فِي حِجْرِهَا فَلَانٌ صَبِيٌّ لَهُمْ قَدْ بَالَ فِي حِجْرِهَا. فَقَالَتْ: ائْتُونِي بِهَا، فَأُتِيَتْ بِهَا، فَقَالَتْ: سَحَرْتَنِي؟ قَالَتْ: نَعَمْ. قَالَتْ: لِمَهُ؟ قَالَتْ: أَرَدْتُ أَنْ أُعْتَقَ. وَكَانَتْ عَائِشَةُ أَعْتَقَتْهَا عَنْ دُبُرٍ مِنْهَا. فَقَالَتْ: إِنَّ لِلَّهِ عَلِيٌّ أَلَّا تُعْتَقِيَ أَبَدًا، انظُرُوا أَسْوَأَ الْعَرَبِ مَلَكَةً فَيَبِعُوهَا مِنْهُ، وَاشْتَرَتْ بِثَمَنِهَا جَارِيَةً فَأَعْتَقَتْهَا. (2)

وجه الدلالة: أن عائشة . رضي الله عنها . باعت مدبرة لها سحرها، ولم تأمر بقتلها، فدل ذلك على أن الساحر لا يقتل مطلقا وبكل حال كما ذهب إليه الجمهور، ولعل هذه المدبرة لم يكن سحرها من قبيل السحر الذي يكفر به صاحبه، بل هو من قبيل سحر العقاقير والأدوية والأدخنة. قال تقي الدين الشبلي: " ... وما يقال عن عائشة أنها باعت جارية لها سحرها، وجعلت ثمنها في الرقاب، على السحر الذي ليس فيه كفر؛ توفيقا بين الآثار، واعتمد في ذلك حديث: ﴿أَمْرٌ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ...﴾ " . (3)

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الديات، باب: قوله تعالى: (النفس بالنفس والعين بالعين)، (2521/6 برقم 6878). ومسلم في صحيحه، كتاب القسامة والمخربين والقصاص والديات، باب ما يباح به دم المسلم، (1302/3 برقم 1676).

(2) أخرجه الحاكم في مستدركه، ح (7723). وصححه الألباني في إرواء الغليل، ح (1757).

(3) المجموع شرح المهذب، يحيى بن شرف النووي، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، (246/19).

4- عن عائشة - رضي الله عنها - قالت : ﴿ سَحَرَ رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - رَجُلٌ مِنْ بَنِي زُرَيْقٍ، يُقَالُ لَهُ: لَيْبِدُ بْنُ الْأَعْصَمِ، حَتَّى كَانَ رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - يُحَيِّلُ إِلَيْهِ أَنَّهُ كَانَ يَفْعَلُ الشَّيْءَ وَمَا فَعَلَهُ، حَتَّى إِذَا كَانَ ذَاتَ يَوْمٍ - أَوْ ذَاتَ لَيْلَةٍ - وَهُوَ عِنْدِي، لَكِنَّهُ دَعَا وَدَعَا، ثُمَّ قَالَ: يَا عَائِشَةُ، أَشَعَرْتَ أَنَّ اللَّهَ أَفْتَانِي فِيمَا اسْتَفْتَيْتُهُ فِيهِ؟ أَتَانِي رَجُلَانِ، فَقَعَدَ أَحَدُهُمَا عِنْدَ رَأْسِي، وَالْآخَرُ عِنْدَ رِجْلِي، فَقَالَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ: مَا وَجَعُ الرَّجُلِ؟ فَقَالَ: مَطْبُوبٌ، قَالَ: مَنْ طَبَّهُ؟ قَالَ: لَيْبِدُ بْنُ الْأَعْصَمِ، قَالَ: فِي أَيِّ شَيْءٍ؟ قَالَ: فِي مُشْطٍ وَمُشَاقَّةٍ، وَجُفٍّ طَلَعِ نَحْلَةً ذَكَرَ. قَالَ: وَأَيْنَ هُوَ؟ قَالَ: فِي بئرِ ذَرْوَانَ. فَأَتَاهَا رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - فِي نَاسٍ مِنْ أَصْحَابِهِ، فَجَاءَ فَقَالَ: يَا عَائِشَةُ، كَأَنَّ مَاءَهَا نُفَاعَةٌ الْحَيَاءِ، أَوْ كَأَنَّ رُؤُوسَ نَحْلِهَا رُؤُوسُ الشَّيَاطِينِ. قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَفَلَا اسْتَخْرَجْتَهُ؟ قَالَ: قَدْ عَافَانِي اللَّهُ، فَكَرِهْتُ أَنْ أُثَوِّرَ عَلَى النَّاسِ فِيهِ شَرًّا فَأَمَرَ بِهَا فَدُفِنَتْ ﴿١﴾.

وجه الدلالة : أن لبيد بن الأعصم اليهودي سحر النبي - ﷺ - ومع ذلك لم يقتله، مما يؤكد أن الساحر لا يُقتل إلا إذا كفر بسحره. واليهودي كافر أصلي. أو قتل به، و الحال أن سحر اليهودي لم يترتب عليه القتل .

قال ابن قدامة: " فأما ساحر أهل الكتاب، فلا يُقتل لسحره إلا أن يُقتل به - وهو مما يُقتل به غالبًا - فيقتل قصاصاً؛ لما ثبت أن لبيد بن الأعصم سحر النبي - ﷺ - فلم يقتله، ولأن الشرك أعظم من سحره، ولا يُقتل به. قال: والأخبار وردت في ساحر المسلمين؛ لأنه يكفر بسحره، وهذا كافر أصلي...". (2)

والذي يظهر بعد استعراض أدلة كل فريق، رجحان ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني؛ لقوة ما استدلووا به، ولما فيه من الجمع بين الأدلة، فالنفس المسلمة معصومة محترمة، لا يجوز أن يتعرض لها إلا بيقين.

قال القرطبي: " ودماء المسلمين محظورة لا تستباح إلا بيقين، ولا يقين مع الاختلاف، والله تعالى أعلم " (3).

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطب، باب: السحر. (10/246 برقم 5763). ومسلم في صحيحه، كتاب السلام، باب: السحر، (4/720، برقم 2189).

(2) المغني، (9/37).

(3) الجامع لأحكام القرآن، (2/48).

ويقول الشنقيطي: " والأظهر عندي أن الساحر الذي لم يبلغ به سحره الكفر، ولم يقتل به إنساناً أنه لا يقتل؛ لدلالة النصوص القطعية، والإجماع على عصمة دماء المسلمين عامة إلا بدليل واضح . وقتل الساحر الذي لم يكفر بسحره لم يثبت فيه شيء عن النبي ﷺ، والتجرؤ على دم مسلم من غير دليل صحيح من كتاب أو سنة مرفوعة غير ظاهر عندي ". (1)

ويمكن أن يجاب عن أدلة الفريق الأول بالآتي:

- 1- إن ما جاء من الأدلة الصحيحة في قتل السحرة يُحمل على أن يكون سحرهم من قبيل السحر الذي يكفر به أصحابه، لا من قبيل الشعوذة والاحتيال، أو أن سحرهم أدى إلى القتل.
 - 2 - إن ما حصل من بعض الصحابة في قتلهم للسحرة، وإن كان سحرهم من قبيل الشعوذة والاحتيال هو اجتهاد منهم . رضي الله عنهم . خالفهم فيه غيرهم، وذلك كإنكار عثمان . رضي الله عنه . على حفصة عندما قتلت جاريتها التي سحرتها⁽²⁾، وكذلك فعل عائشة مع أمتها التي سحرتها، فلم تأمر بقتلها كما تقدم.
 - 3- لم يثبت شيء مرفوع إلى النبي ﷺ في قتل الساحر، مع وجود السحرة في عهده وانتشارهم، بل الذي ثبت عنه ﷺ أنه لم يقتله، كما حصل مع قصة لبيد بن الأعصم اليهودي.
- قال ابن المنذر: " وإذا اختلف أصحاب رسول الله - ﷺ - في المسألة، وجب اتباع أشبههم قولاً بالكتاب والسنة، وقد يجوز أن يكون السحر الذي أمر مَنْ أمر منهم بقتل الساحر سحراً يكون كفرةً، فيكون ذلك موافقاً لسنة رسول الله - ﷺ - ، ويحتمل أن تكون عائشة أمرت ببيع ساحرة لم يكن سحرها كفرةً. فإن احتج محتجٌ بحديث جندب عن النبي - ﷺ - أنه قال: **حَدَّثَ السَّاحِرِ ضَرْبَةً بِالسَّيْفِ** . فلو صح هذا لاحتمل أنه يكون أمر بقتل الساحر الذي يكون سحره كفرةً، فيكون ذلك موافقاً للأخبار التي جاءت عن النبي . ﷺ . أنه قال: **لَا يَجِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِأَحَدٍ ثَلَاثٍ ...** **ﷺ** ". (3)

وتأسيساً على ما تقدم فإن ما جاء في مشروع القانون الذي تقدمت به الهيئة العامة للأوقاف والشؤون الإسلامية بشأن تجريم السحر والشعوذة، قد اعتمدت فيه على أقوال معتبرة من أهل العلم، فلا نكير

(1) أضواء البيان، (4/576).

(2) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، (18747). وابن أبي شيبة في مصنفه، (27912).

(3) الإشراف على مذاهب العلماء، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد الناشر: مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة - الإمارات العربية المتحدة، ط1، 1425هـ - 2004 م (8/242-243).

عليهم فيما ذهبوا إليه. بل هو الراجح كما تقدم، ففي الفصل الثاني من مشروع القانون المتعلق بالعقوبات جاءت المادة الخامسة منه على النحو الآتي: " يعاقب الساحر بالقتل إذا ثبت أن سحره تضمن كفراً، أو ترتب على سحره قتل نفس معصومة".

والذي يفهم من هذا النص أن عقوبة القتل لا تنزل بالساحر إلا في حالتين:

1- إذا تضمن سحره كفراً، كأن سجد لغير الله، أو دعا غيره، أو لَطَّخ المصحف بالنجاسات، أو غيرها من الأمور التي تخرجه من ربة الإسلام، ولا شك أن هذه الأمور ردة عن الدين، وكفر برب العالمين، يرتب على صاحبه عقوبة القتل، فعن ابن عباس . رضي الله عنهما . أن رسول الله - ﷺ - قال: ﴿ من بدل دينه فاقتلوه ﴾⁽¹⁾. وهذا ما جاء أيضاً في القانون الليبي رقم (20) لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الليبي التي صدرت عن المؤتمر الوطني العام في المادة رقم (291) " يعاقب بالإعدام حداً كل مسلم مكلف ارتد عن الإسلام بقول أو فعل، وتسقط العقوبة بتوبة الجاني في أي مرحلة قبل تنفيذ الحكم ".

2- إذا ترتب على عملية السحر قتل نفس معصومة، وذلك كأن أقر الساحر بأنه هو الذي قام بسحر الجني عليه، وأدى به إلى الموت، فإن العقوبة المقررة في هذه الحالة هي القصاص . قال الله تبارك وتعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ * وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾⁽²⁾.

وجاء في القانون الليبي رقم (18) لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام قانون رقم (6) لسنة 1423م بشأن أحكام القصاص والدية التي صدرت عن المؤتمر الوطني العام في المادة الأولى: " يعاقب بالإعدام قصاصاً كل من قتل نفساً معصومة عمداً... ".

أما إذا كان السحر من قبيل الشعوذة وتعاطي العقاقير والأدوية، فتكون العقوبة تعزيرية، وقد جاء في مشروع القانون الذي تقدمت به الهيئة العامة للأوقاف والشؤون الإسلامية بشأن تجريم السحر والشعوذة

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب استنابة المرتدين والمعاندين وقتلهم، باب حكم المرتد والمرتدة واستنابتهم، (279/12 برقم 6524).

(2) سورة البقرة: 178-179.

جملة من العقوبات التعزيرية منها ما جاء في المادة (6) " وفي غير ما ذكر في المادة السابقة ؛ فللقاضي لأسباب يقدرها أن يحكم على الساحر بإحدى العقوبات الآتية : القتل، أو السجن المؤبد ، أو السجن لمدة لا تقل عن خمس عشرة سنة ، مع غرامة قدرها مائة ألف دينار" . وكذلك ما جاء في المواد 7-8-9-10-11-12 من مشروع القانون نفسه.

وقد يقول قائل: إن مشروع القانون الذي أعدته الهيئة العامة للأوقاف لم يأت بجديد؛ ذلك أن العقوبات التي نُصَّ عليها في مشروع القانون هي موجودة بالفعل في قانون العقوبات الليبي كما جاء في المادة 291 من القانون رقم (20) لسنة 2016م، المتعلق بحد الردة، وكذلك المادة الأولى من القانون الليبي رقم (18) لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام قانون رقم (6) لسنة 1423م بشأن أحكام القصاص والدية. فيجاء عن ذلك بأن العقوبات المقررة في القوانين السابقة جاءت بشأن جرائم محددة هي القتل والردة، ولم تنص على تجريم السحر والشعوذة، ومن المبادئ المقررة في قانون العقوبات أنه : "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، وهو ما جاء في المادة (1) من قانون العقوبات الليبي، فالسحر والتنجيم والشعوذة غير مجرم في القانون الليبي إلا إذا كان من قبيل النصب والاحتيال، بينما يمثل السحر والشعوذة جريمة تمس العقيدة الإسلامية، ولو لم يحدث الساحر أو المشعوذ ضرراً بغيره، فمجرد ارتكاب هذه الأفعال يعد جريمة في الشريعة الإسلامية توجب عقوبة على مرتكبها، ومما تميز به هذا المشروع أنه تولى تعريف السحر والشعوذة والكهانة وجرم هذه الأفعال، ورتب على مرتكبيها عقوبات تتناسب مع ما قاموا به من جرائم، وكل هذه الأمور ليست موجودة في قانون العقوبات الليبي.

الخاتمة

1. السحر في اللغة يأتي لعدة معان منها: (صرف الشيء عن وجهه، وكل ما لطف مأخذه ودق، والخديعة، والعلم). وتباينت تعريفات السحر عند العلماء بحسب أقسام السحر، فمنه الحقيقي، ومنه التخيلي .

2- إذا أطلق السحر، فإن المراد به الذي يكون بواسطة الاستعانة بالشياطين، والتقرب إليهم بالعبادات، وتعاطي المحرمات والخبائث، وهذا الأمر باتفاق أهل العلم كفر لاشك فيه. وأما ما كان من قبيل العقاقير، والأدوية، والأدخنة، فهو من قبيل الشعوذة، والاحتيال على الناس لأكل أموالهم، وذلك لا شك في تجريمه، إلا أنه لا يصل إلى درجة الكفر .

- 3- اتفاق الأئمة الأربعة أبوحنيفة ومالك والشافعي وأحمد على قتل الساحر إذا تضمن سحره كفراً، أو قتل بسحره؛ فإذا لم يتضمن السحر كفراً، أو لم يقتل به، فاختلّفوا على قولين: القول الأول: يُقتل مطلقاً، وهو قول أبي حنيفة ومالك وأحمد. والقول الثاني: لا يقتل، بل يعزر، وهو قول الشافعي، ورواية عن أحمد، وبه قال ابن المنذر، والقرطبي.
- 4- إن ما جاء في مشروع القانون الذي تقدمت به الهيئة العامة للأوقاف والشؤون الإسلامية بشأن تجريم السحر والشعوذة قد اعتمدت فيه على قول معتبر من أقوال أهل العلم، فلا نكير عليهم فيما ذهبوا إليه، بل هو الراجح كما تقدم من بيان الأقوال والأدلة .
- 5- السحر والتنجيم والشعوذة غير مجرم في القانون الليبي إلا إذا كان من قبيل النصب والاحتيال، ولا شك في قصور هذا القانون؛ لأن هذه الأفعال تعد جريمة في حد ذاتها؛ لما تشكله من مساس بالعقيدة الإسلامية، الأمر الذي يحتاج معه إلى ضرورة تجريم هذه الأفعال والمعاقبة عليها.

فهرس المصادر والمراجع

- 1- أحكام القرآن، أحمد بن علي الرازي الجصاص، تحقيق: محمد صادق قمحاوي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - مؤسسة التاريخ العربي 1992 - 1412 هـ.
- 2- أحكام القرآن، محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت.
- 3- الآداب الشرعية، محمد بن مفلح المقدسي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، و عمر القيام، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط2، 1421هـ.
- 4- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405 هـ .
- 5- الإشراف على مذاهب العلماء، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد الناشر: مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة - الإمارات العربية المتحدة ، ط1، 1425 هـ - 2004 م .
- 6- أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، محمد الأمين الشنقيطي، إشراف: بكر عبد الله بوزيد، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع.
- 7- الأم، محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة - بيروت، ط1، 1410هـ/1990م.
- 8- أنواء البروق في أنواء الفروق، أحمد بن إدريس القرابي، دراسة وتحقيق: مركز الدراسات الفقهية الاقتصادية، دار السلام، القاهرة، ط1، 1421هـ، 2001م.

- 9- التعريفات، علي بن محمد الجرجاني، تحقيق: عبد الرحمن عميرة، بيروت: عالم الكتب، ط1، 1407هـ.
- 10- تفسير التحرير والتنوير، محمد الطاهر ابن عاشور، تونس: الدار التونسية للنشر، 1984م.
- 11- تفسير القرآن العظيم، إسماعيل بن عمر المعروف بابن كثير، تحقيق: أ.د. حكمت بن بشير بن ياسين، أشرف على طبعه: سعد بن فواز الصميل، الرياض: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، ط1، 1431هـ.
- 12- تهذيب التهذيب، ابن حجر العسقلاني، تحقيق: إبراهيم الزبيق، وعادل المرشد، مؤسسة الرسالة، ط1، 1416هـ.
- 13- تيسير العزيز الحميد في شرح كتاب التوحيد، سليمان بن عبد الله بن محمد بن عبد الوهاب، تحقيق: زهير الشاويش الناشر: المكتب الاسلامي، بيروت، دمشق الطبعة: الأولى، 1423هـ/2002م.
- 14- الجامع لأحكام القرآن، محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1427هـ، 2006م.
- 15- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، محمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر.
- 16- الخرشني على مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوي، محمد الخرشني، المطبعة الكبرى الأميرية مصر، ط2، 1317هـ.
- 17- ديوان صريع الغواني مسلم بن الوليد الأنصاري، تحقيق: سامي الدهان، دار المعارف: القاهرة، ط3.
- 18- الذخيرة، أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، تونس، ط4، 2012م.
- 19- رد المختار على الدر المختار، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، دار الفكر-بيروت، ط2، 1412هـ 1992م.
- 20- الرسائل الشخصية (مطبوع ضمن مؤلفات الشيخ محمد بن عبد الوهاب)، محمد بن عبد الوهاب بن سليمان التميمي النجدي (المتوفى: 1206هـ) تحقيق: صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، محمد بن صالح العيلقي الناشر: جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، المملكة العربية السعودية .
- 21- روضة الطالبين وعمدة المفتين، محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، ط3، 1412هـ / 1991م .
- 22- سلسلة الأحاديث الصحيحة، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط4، 1405هـ.

- 23- السنن الصغرى، أحمد بن الحسين البيهقي، تحقيق: عبد المعطي قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية . باكستان، ط1، 1410هـ .
- 24- السنن الكبرى، أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، وفي ذيله الجوهر النقي لابن التركماني، دار الفكر، بيروت.
- 25- سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث أبو داود، تحقيق: محي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت، ط1.
- 26- سنن الترمذي، محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر و محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.
- 27- شرح السنة، الحسين بن مسعود البغوي، حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه: شعيب الأرنؤوط، بيروت: المكتب الإسلامي، ط 1403، 2هـ، 1983م.
- 28- شرح ديوان لبيد، تحقيق: إحسان عباس، وزارة الإرشاد والأنباء، الكويت، 1962م.
- 29- صحيح سنن أبي داود، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 1408هـ.
- 30- صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء، الرياض، ط1، 1980م.
- 31- ضعيف سنن الترمذي، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 1408هـ .
- 32- ضعيف النسائي، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 1408هـ.
- 33- عارضة الأحوزي بشرح صحيح الترمذي، محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، تصوير مكتبة ابن تيمية، القاهرة.
- 34- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، تحقيق: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت.
- 35- فتح المجيد شرح كتاب التوحيد، عبد الرحمن بن حسن بن محمد بن عبد الوهاب، دار الكوثر، القاهرة.
- 36- القاموس الجامع للمصطلحات الفقهية، عبد الله عيسى الغديري، بيروت: دار المحجة البيضاء، ط1، 1418هـ .
- 37- القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، رتبته ووثقه: خليل مأمون شيحا، دار المعرفة: بيروت، ط2، 2007م.
- 38- القول السديد شرح كتاب التوحيد، عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تحقيق: صبري بن سلامة شاهين، دار الثبات للنشر والتوزيع: الرياض، ط1، 1425هـ، 2004م.

- 39- الكامل في ضعفاء الرجال، عبد الله بن عدي الجرجاني، تحقيق: سهيل زكار، ويحيى غزاوي، دار الفكر، بيروت، ط3، 1409هـ.
- 40- الكباثر، محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، قرأه وقدم له وعلق عليه وخرج أحاديثه: مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة الفرقان، عجمان الإمارات العربية المتحدة، ط2، 1424هـ، 2003م.
- 41- لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور، مادة (سحر)، (3/129)، دار صادر: بيروت، ط3، 2004م.
- 42- المجموع شرح المهذب، يحيى بن شرف النووي، المكتبة السلفية، المدينة المنورة.
- 43- مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد قاسم وابنه محمد، ط مجمع الملك فهد بن عبد العزيز في المدينة المنورة، ط1، 1425هـ - 2004م.
- 44- مجموع فتاوى ومقالات متنوعة، عبد العزيز بن عبد الله بن باز، تحقيق: محمد بن سعد الشويعر، دار القاسم، الرياض، 1420هـ.
- 45- المحلى بالآثار، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، دار الفكر، بيروت.
- 46- المختصر الفقهي المبين لما به الفتوى، خليل بن إسحاق الجندي، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، دار المذهب، القاهرة، 1442هـ 2021م.
- 47- مختصر المزني في فروع الشافعية، إسماعيل بن يحيى المزني، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، القاهرة، 1419هـ . 1998.
- 48- المسند، أحمد بن عمرو العتكي البزار، تحقيق: محفوظ الرحمن زين الله، مكتبة العلوم والحكم، المدينة النبوية، ط1، 1409هـ .
- 49- مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن حنبل، دار صادر، بيروت، ط1.
- 50- المصنف في الأحاديث والآثار، أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان العبسي، تحقيق: عبد الخالق الأفغاني، الدار السلفية، الهند، 1980م .
- 51- المصنف، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي المكتب الإسلامي، بيروت، 1971م.
- 52- معارج القبول بشرح سلم الوصول إلى علم الأصول في التوحيد، حافظ بن أحمد حكيمي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1،
- 53- معاني القرآن، أبو زكريا يحيى بن زياد الفراء، عالم الكتب : بيروت، 1980م .
- 54- معجم ألفاظ القرآن الكريم، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، القاهرة، 1409هـ، 1988م.

- 55- المعجم الأوسط، سليمان بن أحمد الطبراني، تحقيق: طارق عوض الله، وعبد المحسن الحسيني، دار ابن الحرمين، القاهرة، ط1، 1415هـ.
- 56- المعجم الكبير، سليمان بن أحمد الطبراني، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، 1404هـ .
- 57- المغني مع الشرح الكبير، عبدالله بن قدامة ، الرياض : عالم الكتب، 1417هـ ، ط3.
- 58- مقاييس اللغة، باب السين والحاء وما يتلثهما، مادة "سحر" ،أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، راجعه وعلق عليه: أنس محمد الشامي، القاهرة: دار الحديث، ط1، 1429هـ ، 2008م .
- 59- مقدمة ابن خلدون، ولي الدين عبد الرحمن بن محمد ابن خلدون، حقق نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: عبد الله محمد الدرويش، دار يعرب، دمشق، ط1، 1425هـ، 2004م.

توثيق الأوقاف دراسة فقهية قانونية مقارنة
خطاب خالد خطاب خالد
محاضر بكلية القانون جامعة الزيتونة

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين، شفيعنا النبي الكريم، وعلي آله وصحبه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

أما بعد : فقد عنى المسلمون بتشريعات الوقف وأنظمتها الإجرائية، فكان من ذلك التوثيق، حيث عنوا بتوثيق الأوقاف تثبتاً لها وحفظاً، فعند حواضر العالم الإسلامي سجلات كثيرة لتوثيق الأوقاف، وهذه السجلات فيها دلالات كبيرة على جوانب من تاريخ الأمة وثقافتها وحضارتها ، فرأيت أن أسهم بكتابة هذا البحث تحت عنوان " توثيق الأوقاف دراسة فهيهة مقارنة "

ويستوجب هذا الموضوع منا الإجابة على هذا السؤال – ماهي أهمية توثيق الأوقاف ؟، وهل الفقهاء والتشريعات الوضعية اشترطت التوثيق لصحة الوقف؟

ملخص البحث

موضوع هذا البحث يدور حول مسألة توثيق الوقف من الناحية الشرعية والقانونية ، وطرحنا سؤالاً هل الفقهاء والقانون الوضعي اشترط التوثيق لصحة الوقف؟ ووصلنا إلى نتيجة أنه علي الرغم أن الفقهاء تناولوا أحكام التوثيق وشرائطه غير أنهم لم يوجبوا التوثيق لصحة الوقف .

غير أنه لولي الأمر عند قيام المصلحة أن يوجب توثيق الوقف عند إنشائه أو تغيير مصارفها وشروطه ، ولاشك أن المصلحة من إيجاب التوثيق موجودة منعا لدعاوي الكيد الباطلة، وسدا لذرائع الادعاء بغير حق .

ومن الناحية الشرعية كان النبي _ صلي الله عليه وسلم _ أول من قام بتنصيب ولاية التوثيق وهم مجموعة من الكتاب لهم اختصاصات متعددة ككتابة الديوان والبيع والشراء ونحو ذلك من الاختصاصات والمهام بولاية التوثيق، ومع هذا كله لم يرد عن الرسول صلي الله عليه وسلم -أنه وثق أوقافه ،وتكون بداية توثيق الأوقاف من قبل الواقف نفسة في عهد سيدنا عمر رضي الله عنه -وأما توثيق الأوقاف من قبل جهة تابعة للدولة كان ذلك في العهد الأموي، وتطور ذلك في العهد العباسي

أثناء قيام الدولة الفاطمية إلى أن وصل هذا التطور أيام الخلافة الإسلامية للدولة العثمانية ،وبعد ذلك قامت الدول الإسلامية بسن تشريعات خاصة للأوقاف الإسلامية نظمت توثيق الأوقاف .

منهج البحث : تستوجب طبيعة هذه الدراسة اتباع **المنهج التحليلي المقارن**، وذلك من حيث تحليل نصوص الوثائق التي سوف نذكرها في هذا البحث، والمقارنة بين آراء الفقهاء، وكذلك المقارنة بين التشريعات الوقفية في ليبيا، والكويت، ومصر .

أهمية البحث :

1- من أهم ما يحفظ الوقف من الضياع ولعب النظار ونموهم توثيقه بالكتابة وفي المحاكم الشرعية حتى يترتب عليه الأثر القانوني؛ لأن هذا التوثيق يحمى الوقف من الاستيلاء؛ لأن عدم وجود الوثيقة يعرضه للاعتداء كما حاول " الظاهر بيبرس " الاستيلاء على الوقف وذلك عن طريق مطالبة ذوى العقارات الموقوفة بوثائق الملكية وهو يعلم أن أكثر هؤلاء لا يملكونها، بل إن توثيق الوقف هو حفظ الوقف حتى من الواقف نفسه إذ ملكه عليه ليس ملكاً تاماً معه العدول عن الوقفية ببيع أو نحوه .

2- تعد الوثائق المكتوبة هي المصدر الأول لأى بحث تاريخي بل هي شاهد العيان ينقل تفاصيل الحدث التاريخي، كما تعتبر الوثيقة الوقفية دستوراً واجب الإحترام، وأن أحكامه واجبه التطبيق .

3- كما تفيدها الوثائق الوقفية ببعض الدلالات العلمية - والتاريخية - والسياسية - الاجتماعية - الاقتصادية - والحضارية والمذهبية والثقافية .

وقسمت هذا الموضوع الي مبحثين

المبحث الأول	: مفهوم التوثيق ومشروعيته
المطلب الأول	: مفهوم التوثيق
الفرع الأول	: التوثيق فى اللغة
الفرع الثانى	: التوثيق فى الإصطلاح
المطلب الثانى	: مشروعية التوثيق
الفرع الأول	: مشروعية التوثيق من الكتاب الكريم
الفرع الثانى	: مشروعية التوثيق من السنة المطهرة
الفرع الثالث	: مشروعية التوثيق من آثار الخلفاء الراشدين

الفرع الرابع	: مشروعية التوثيق من الإجماع
الفرع الخامس	: مشروعية التوثيق من المعقول
المبحث الثاني	: عناصر الوثيقة الوقفية
المطلب الأول	: محتويات الوثيقة الوقفية
الفرع الأول	: الاستهلال
الفرع الثاني	: ذكر المحكمة أو القاضى
الفرع الثالث	: ذكر الواقف مع إثبات ملكيته للعين
الفرع الرابع	: ذكر صيغة الوقف
الفرع الخامس	: ذكر مصارف الوقف
الفرع السادس	: ذكر شروط الواقف
الفرع السابع	: ذكر الناظر
الفرع الثامن	: ذكر الشهود والكاتب
الفرع التاسع	: التحذير من التغيير والإبدال
الفرع العاشر	: ذكر التاريخ
الفرع الحادى عشر	: تسليم الوقف للتوثيق
الفرع الثانى عشر	: بيان أهداف الوقفية
الفرع الثالث عشر	: المصادقة على صحة الخاتم والتوقيع
المطلب الثانى	: أهمية الوثائق الوقفية
المطلب الثالث	: التطور التاريخى لتوثيق الوقف فى العالم الإسلامى
الفرع الأول	: التطور التاريخى لتوثيق الوقف فى الدولة الإسلامية
أولاً	: توثيق الأوقاف فى عهد الخلافة الراشدة

ثانياً	: توثيق الأوقاف في العصر الأموي
ثالثاً	: توثيق الأوقاف في العصر العباسي
رابعاً	توثيق الأوقاف في العصر الفاطمي
الفرع الثاني	تطور توثيق الأوقاف في القوانين الوضعية
أولاً	القانون الليبي
ثانياً	مشروع قانون الوقف الكويتي
ثالثاً	القانون المصري

المبحث الأول: مفهوم التوثيق ومشروعيته

سوف نبين في هذا المبحث ما المقصود بمفهوم التوثيق ، ومشروعيته، وعناصر الوثيقة الوقفية، وأهميتها ، وهل التوثيق شرط لصحة إيقاع الوقف أم لا ؟.

المطلب الأول: مفهوم التوثيق

نتناول في هذا المبحث، مفهوم التوثيق في اللغة والاصطلاح ، وأدلة مشروعية التوثيق في القرآن، والسنة، وآثار الصحابة، والإجماع، والمعقول .

الفرع الأول: التوثيق في اللغة

أولاً: - التوثيق في اللغة

التوثيق في اللغة : يعود أصل الكلمة إلى مادة " وثق " وتدلل على عقد وإحكام، والجمع وثائق، وهو مصدر مشتق من فعل وثق يوثق (1) .

وهي : " العقود التي يسجلها الموثقون العدول " (2)

وكلمة التوثيق مأخوذة من قولك : " وثق بالشئ " - أي قوى وثبت، فهو وثيق : ثابت محكم. وأخذ فلان بالوثيقة في أمره : أي بالثقة، والجمع وثائق . قال ابن فارس: " إن مادة الواو والثاء والقاف - هي جذر كلمة " وثق " - تدل على " عقد وإحكام " فوثقت الشئ : أحكمته، والميثاق :

(1) ابن فارس : معجم مقاييس اللغة مادة : " وثق " 25/6 ، والتحليل بن أحمد : كتاب " العين " ، باب القاف والثاء : مادة : (وثق) ، 3/5

(2) عبد العزيز بن عبد الله ، " معلمة الفقه المالكي " ، 32

- العهد، والتوثيق في الأمر : إحكامه .(1) ومما سبق نجد أن معنى الوثيقة في اللغة العربية يطلق على معان عدة منها : 1- العقد والإحكام .
- 2- التقوية والثبوت والثقة.
- 3- الشدّ والإحكام.
- 4- الأخذ بالوثاقة والوثيقة
- 5- العهد والأيمان(2)

الفرع الثاني: التوثيق في الاصطلاح

التوثيق في الاصطلاح: " هو علم يبحث فيه عن كيفية إثبات العقود والالتزامات والتصرفات وغيرها على وجه يصح الاحتجاج والتمسك به ".(3)

والوثيقة الشرعية هي: " الورقة التي يدون فيها ما يصدر من شخص أو أكثر من التصرفات أو الالتزامات أو الإسقاطات أو نحو ذلك، على نحو يجعله منطبقاً على القواعد الشرعية، ومستوفياً لجميع الشروط التي اشترط الفقهاء لجعل هذا المدون صحيحاً بعيداً عن الفساد". (4) .

وقد عرّف بعضهم الوثيقة بأنّها: " صكٌ كُتِبَ ليكون حجةً في المستقبل لاثبات حقٍّ ، أو التقيّد بالتزام سواء أكان ذلك بين طرفين، أم بإرادة منفردة واحدة، كالوصية، والوقف". (5)

والموثق: " هو من يقوم بالتوثيق، أي بكتابة العقد أو الإقرار أو التصرف ونحو ذلك".(6)

والوثيقة هي: " الورقة التي يكتب فيها الموثق، وسميت هذه الورقة وثيقة؛ لأن مادة " وثق " : تنبئ عن الربط، فهي شرط كل من المتعاقدين بما التزم به ".(7)

المطلب الثاني: مشروعية التوثيق

- (1) معجم مقاييس اللغة : 85/6 مادة " وثق " : تاج العروس : 85/6 مادة وثق , لسان العرب , 271/15 - 271 مادة " وثق "
- (2) أساس البلاغة : ص 492 , المصباح المير , ص 248 , المعجم الوسيط 1022 .
- (3) مذكرات في علم التوثيق , ص 4 .
- (4) المرجع السابق , ص 5 .
- (5) " الوثائق " : (مجموعة أبحاث) 26 نقلاً عن عبد الله الحجيلي الأوقاف النبوية ووقفيات بعض الصحابة , 176 .
- (6) مذكرات في علم التوثيق , ص 6 .
- (7) المرجع السابق , ص 67 .

دلّت النصوص الشرعية، والسنن العلمية، وآثار الخلفاء الراشدين، والإجماع، والمعقول على مشروعية التوثيق ومن ذلك:

الفرع الأول: مشروعية التوثيق من القرآن الكريم

لقد أنزل الله عزوجل في الأمر بكتابة الديون ونحوها أطول آية في كتابه الكريم (يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ۗ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ...) (1)

هذه الآية الكريمة أمرت بالكتابة ، وقد اختلف الفقهاء والمفسرون هل الامر هنا للوجوب أم للندب ؟ سواء أكان الأمر للندب أم للفرض ، فالآية تقرر مبدأ مشروعية الكتابة.(2)

والشاهد من هذه الآية الكريمة : " إن هذه الآية الكريمة أمرت بكتابة الدين لدى كاتب موثوق معتمد ، مع توثيق الكتابة بالاشهاد عليها، وهذا السند العادى أو العقد الرسمى الذى يستعمل اليوم فى أنحاء العالم، وانتشر استعماله فى كل الأمور ، وعند كل الأشخاص يعد سنداً فى الدين ، وحجة فى القضاء يلزم صاحبه ويلزم القاضى الحكم به ما لم يثبت تزويره أو تغيره ".(3)

قال " السرخسى : - رحمه الله - " فإن الله - تعالى - أمر بالكتاب فى المعاملات ".(4)
وقال الإمام مالك : - لا يكتب الوثائق بين الناس إلا عارف بها، عدل فى نفسه مأمون ؛ لقوله تعالى : **وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ** .(5)

الفرع الثانى: مشروعية التوثيق من السنة المطهرة

دلّت سيرة النبي - صلى الله عليه وسلم - العملية على عنايته بالتوثيق فى جلّ معاملاته المتعلقة بالعهود ، أو المواعيد أو المكاتبات بينه وبين الملوك ونحو ذلك .

قال الجلالى - رحمه الله - : **وَمَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ أَمَرَ بِكِتَابَةِ الْعُهُودِ وَالْوَثَائِقِ (1)** . واتخذ النبي الكريم - صلى الله عليه وسلم - الكتابة وسيلة من وسائل تبليغ الرسالة

(1) سورة البقرة : الآية 282 .

(2) مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ، العدد 42 - ص 21 .

(3) الزحيلي : محمد الزحيلي ، وسائل الاثبات ، مشار اليه مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ، العدد 42-ص 21 .

(4) السرخسى : شمس الدين أبو بكر محمد ابن أحمد السرخسى 495 هـ / 1079 م - المبسوط دارالمعرفة - بيروت 1406 هـ / 1986 م . ج - 3 / ص 168 .

(5) القرطبي : أبو عبد الله الأنصارى القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن الكريم ، ج 2 ، دار الكتب المصرية / مصر 1372 هـ / 1952 م 384/3 . سورة البقرة الآية 282

إلى الناس في عصره من عرب وعجم، وكتب بعض الكتب إلى بعض ولاته في بيان الحلال والحرام ، وكتب المعاهدات مع قريش وغيرهم ، وكتب عقود الصلح والأمان .(2)

كما كتب الرسول - صلى الله عليه وسلم - لعمر بن حزم في الديات والفرائض والسنن(3) ، وكتب النبي - صلى الله عليه وسلم - في الصلح لأهل مكة ويهود المدينة المنورة وغيرهم(4) .

ومن أفعال النبي - صلى الله عليه وسلم - إنه نصب ولاية التوثيق وكتاب العدل وتعيينهم من الواجبات المناطة بولاية الأمر ، ولا يجوز لأحد أن يتخذ التوثيق مهنة ، أو حرفة بدون إذن من ولي الأمر ومن يعقل ذلك فقد افتات عليه .

ولا شك أن تنصيب ولاية التوثيق وكتاب العدل وغيرهم من الولاية من تصرفاته - صلى الله عليه وسلم - بموجب منصب الإمامه وهذا ما ذكره العلماء(5) .

فهذه الكتب الصادرة من النبي الكريم - صلى الله عليه وسلم - في أنواع شتى من أحكام الشريعة المطهرة، دليل واضح جلي على أن الكتاب حجة عند من جعل الكتاب ومن بلغه بالخطاب ، وعلى هذا كان العمل من قبل أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - لهذا اعتبر الفقهاء هذه الكتب حجة شرعية .

وبناءً على ما مضى فكل كتاب صادر من ذوى ولاية شرعية كالإمام أو القاضى أو الموثق، فكاتبه حجة شرعية يجب العمل بها عند كل العلماء ، وتقوم بها الحجة عند الإختصاص لدى قضاة العدل في كل زمان ، وهذا ما جرى عليه العمل من عهد النبي الكريم - صلى الله عليه وسلم - إلى عصرنا الحاضر(6) .

الفرع الثالث: مشروعية التوثيق من آثار الخلفاء الراشدين - رضى الله عنهم -

حيث كان لخلفاء الراشدين - رضى الله عنهم - كُتَّاب يُنَاط بهم أعمال التوثيق والكتابة . فكان لأبي بكر الصديق - رضى الله عنه - كاتبان ؛ هما (زيد بن ثابت وعثمان بن عفان - رضى الله عنهما) أمَّا عمر - رضى الله عنه - فكان لديه عبدالله بن الأرقم وزيد بن ثابت - رضى الله عنهما ...

(1) الحجلبى : عبد الله الحجلبى ، علم التوثيق الشرعى ، ص 62 .

(2) مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ، العدد 42 - ص 24 .

(3) أخرجه النسائى : 57/8 - 58 ، والحكام : 397/1 ، والدار قطنى 736 ، وابن حبان ، والبيهقى : 89/4 ، ومالك ، 849/2 .

(4) أبى عبيد ، كتاب الأموال ، ص 168 - 192 .

(5) مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ، العدد 42 - ص 28 .

(6) مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ، العدد 42 - ص 26 .

وعثمان - رضی الله عنه - كان لديه : مروان بن الحكم وأما علي - رضی الله عنه - فكتابه هو : عبد الله بن أبي رافع.(1)

الفرع الرابع: مشروعية التوثيق من الإجماع

أجمع العلماء - رحمهم الله - على جواز كتابة الوثائق والعهود، وتحصين الحقوق بالصكوك ، وحفظ الأموال بالكتابة ، امر مجمع عليه من عصر النبي - صلى الله عليه وسلم - ثم الخلفاء الراشدون ، وفي كل العصور الإسلامية إلى عصرنا الحاضر .

ولقد حكى الإجماع أكثر من فقيه ، وهذه نبذة من مقالاتهم ، قال الإمام السرخسي : " والناس تعاملوه أي - كتابة الوثائق - من لدن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى يومنا هذا ولا يتوصل إلى ذلك إلا بعلم الشروط ".(2)

ومثله قال الجلالی فی شروطه، وأبو نصر فی رسومه(3) والإمام السمنائي فی روضته(4) وقال : " وهو فعل أئمة العدل والجور " أي في كل زمان ومكان مضى فيما مضى من العصور الإسلامية السالفة .

" ولم يزل الخلفاء والقضاة والأمراء والعمال يعتمدون على كتب بعضهم لبعض ، ولا يشهدون حاملها على ما فيها و لا يقرؤونها عليه ، وهذا عمل الناس من زمن نبيهم إلى الآن " .

فها هو الإمام ابن القيم ينقل الإجماع على الاحتجاج بالكتب عامة مهما كان نوعها ، سواء كانت صكوكاً شرعية ، أم عهود ولاية ، أم كتاب قاض منه إلى آخر وغير ذلك من أنواع الوثائق والتوثيق المتعددة(5) .

الفرع الخامس: مشروعية التوثيق من المعقول

وقد نص عليه كثير من الفقهاء قديماً وحديثاً قال الإمام الجلالی : " إن في ترك الكتابة والإشهاد ضياع الحقوق والأموال ، وقد امرنا بصيانتها ، ونهينا عن إضاعتها في كافة الأحوال ، ثم الكتابة فضيلة سنية من بين الفضائل(6) .

(1) السمنائي ، روضة القضاة ، 113/1 .

(2) السرخسي ، المسوط ، مرجع سابق ج 30 / ص 168 .

(3) الجلالی ، شروط الجلالی ، مرجع سابق ، ص 97 .

(4) السمنائي ، روضة القضاة ، مرجع سابق ، ج 1 / ص 113 .

(5) مجلة الجامعة الإسلامية ، مرجع سابق ، العدد 42 / ص 31 .

(6) الجلالی ، مرجع سابق ، ص 7

والكتابة حجة شرعية نص عليها الفقهاء في كتبهم، وعَدوها من البيئات المرجحات، منهم جماهير الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة وغيرهم. قال الإمام ابن تيمية. " العمل بالخط مذهب قوي، بل قول جمهور السلف".(1).

وإذا نظرنا إلى حاجة الناس إلى التوثيق في عصرنا الحاضر وجدناها بحاجة ماسة، ولا يمكن الاستغناء عنها بحال من الأحوال، لدفع الحرج والمشقة عنهم في عصر كثرت فيه المعاملات الحالية بين الشعوب في شتى القارات الست، وتشعبت صورها وتعددت مجالاتها، وأصبح العالم اليوم قرية واحدة - كما يقولون - فلو لم يكن التوثيق للحقوق في شتى صورها اليوم معتمداً، لتعطلت مصالح الدول والأفراد، وضاعت الحقوق والأموال لعدم الثقة بالشهود. وقواعد الشريعة الخالدة الباقية إلى يوم القيامة ترفع الحرج والمشقة، تقول: " ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب... "(2).

واعتباره من الحاجات الخاصة التي تنزل منزل الضروريات في القواعد الفقهية والحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة(3). فلا ريب أن رفع الحرج والمشقة عن الأفراد والدول من مقاصد الشريعة الغراء وكذلك حفظ الحقوق بكافة أنواعها، والشريعة الغراء جاءت صالحة لكل زمان ومكان، كاملة من غير زيادة أو نقصان، وهذه الخصائص الفريدة التي امتاز بها الدين الخالص الخاتم.

المبحث الثاني: عناصر الوثيقة الوقفية

تتضمن الوثيقة الوقفية عناصر أساسها مشترك بين جميع الوثائق على اختلاف الأعصار، ولكن قد تختلف بعض الإختلاف لاعتبار الزمان أو لإعتبار مذهب الواقف الفقهى. ولتوضيح الأمر فإنى أذكر أبرز هذه العناصر عن طريق تحليل مجموعة من الوثائق مختلفة العصور.

المطلب الأول: عناصر الوثيقة الوقفية

الفرع الأول:- الاستهلال

حيث تبدأ الوثائق الوقفية في الغالب بالبسملة " بسم الله الرحمن الرحيم ". هذا ما كتب عبد الله عمر... (4) ووقفية محمد باشا دو كاجين أيضاً ستهلت بالبسملة(1) أو بالحمد لله - تعالى - فيقول: الحمد له والصلاة والسلام على رسول الله نبينا محمد ومن والاه(2).

(1) مختصر الفتاوى المصرية، ص 601.

(2) ابن اللحام، القواعد والفوائد الأصولية، ص 94.

(3) السيوطي: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي 911 هـ / 1569 م، الأشباه والنظائر ط 1، دار الكتب العلمية - بيروت 1403 هـ / 1973 ص 88.

(4) وقفية عمر - رضى الله عنه -

واستهلت وقفية محمد بن علي الحسيني ، بالحمد لله وحده(3) .

الفرع الثاني:- ذكر المحكمة أو القاضى

فوقفية صلاح الدين الأيوبي مثبت في السجل رقم 95 من سجلات المحكمة الشرعية في القدس من الصفحة 424 حتى الصفحة 441 . وقد قيدت هذه الوقفية في السجل بإذن القاضى محمد مصطفى سنة 1022 هـ، وأما القضاة الذين وقعوا على هذه الوقفية ووضعوا أختامهم عليها أكثر من عشر قضاة ذكر منهم على سبيل المثال لا الحصر الآتى :

- 1- قاضى القضاة صدر الدين إبراهيم بن عمر الشهرزورى الشافعى 17 رمضان المبارك سنة 595 هـ / سنة 1193 م، وكان هذا القاضى فى عهد صلاح الدين الأيوبي.
- 2- القاضى علائى الدين بن محمد بن السلم الشافعى بتاريخ 3 رجب سنة 626 هـ / سنة 1228م.
- 3- القاضى شهاب الدين محمد بن الخليل بن عيسى لآخورى بتاريخ 10 شوال سنة 1228م(4) .

الفرع الثالث:- ذكر الواقف مع إثبات ملكيته للعين

فهذا ما وقف وحبس وسبّل وأبد وتصدق به وتقرب إلى الله بما هو ملكه وفى يده الكريمة وتحت تصرفه وحيازته حال الوقف بشهادة من يذمر ادناه ، غير ممنوع عنه ولا منازع له فى ذلك ، امير الأمراء العظام كبير الكبراء الفخام ، ذو القدر والمجد والإحترام ،صحاب العز والسعادة والإحتشام ، ذو الوقار والتمكين والعز الشامخ المتين، والنسب الظاهر والحسب الباهر ، والمقام الرفيع والفضل البديع ، والخيرات الوافية والعبرات الكافية ، حضرة محمد باشا بن المرحوم احمد باشا(5) .

(1) الأرنأؤوط : محمد الأرنأؤوط ، دور الوقف فى المجتمعات الإسلامية ، ط دار الفكر المعاصر ، بيروت لبنان ، 1421 هـ - 2000 م / ص 163 .

(2) الضحيان : عبد الرحمان الضحيان ، الأوقاف الإسلامية ودورها الحضارى : 321 .

(3) الأرنأؤوط : مرجع سابق ، 170 .

(4) وثائق مقدسية تاريخية ص 103 وص 104 ، ووقفية صلاح الدين ص 9-ص11 نقلاً من الوقف الاسلامى بين النظرية والتطبيق ، عكرمة سعيد ص 501 .

(5) الجزيرى : عبد القادر الجزيرى ، الدور الفوائد فى أحنار الحاج وطرق مكة المعظمية ، تحقيق محمد الجاسر ، 1960/3 ، مشار إليه ، دور الوقف فى المجتمعات ، الأرنأؤوط، مرجع سابق.

وإن الواقف حرس ذاته الشريفة ، وقف هذا الوقف على تربة والدته المرحومة السعيدة الشهيدة المغفورة الحاجة لبيت الله الحرام ، المتوفاة بحلب ، المدفونة بالتربة المذكورة ، هى جوهر شاه سلطان بن عائشة بن سلطان بايزيد خان ، التى انشأها وعمّرها الواقف المتوه أعلاه يقرب المدرسة السفاحية .

وقف الشيخ يحيى شرف الدين بن محمد بن قاضى الصلت مكتبته الخاصة فى سنة 1007 هـ / سنة 1598 م ، ونص الوقفية مدون فى الصفحة رقم 488 فى السجل رقم 79 من سجلات المحكمة الشرعية بالقدس .

ووقف الشيخ محمد الخليلى مكتبته الخاصة، ووقف أيضاً عقارات وأراضى واسعة لصالح المكتبة وكان ذلك على مرحلتين : الوقفية الأولى كانت سنة 1136 هـ / سنة 1723 م . وأما الوقفية الأخرى فكانت سنة 1139 هـ / سنة 1726 ضمناً فى وقفية واحدة(1) . ويقول سيدنا عمر - رضى الله عنه - فى وقفية : " هذا ما كتب عبد الله فى تمغ " أو : " هذا كتاب فلان بن فلان الفلانى فى صحة سن بدنه وعقله وجوزا أمره"(2) .

وتدلّ الصيغ المسطرة فى هذه الوثائق على إثبات ملكية الواقف للعين بموجب الحج الشرعية الدالة على ذلك ، وعلى حقّه فى التصرف فيها(3) .

الفرع الرابع:- ذكر صيغة الوقف

جاء فى صيغة وقفية محمد باشا دو كاجين ، وفقاً صحيحاً شرعياً مؤيداً ، وصدقة جارية سرمداً لاتباع ذلك ولا يوهب ولا يملك ، بل كلما مرّ على هذا الوقف زمن أكده ، وكلما أتى عليه عصر أظده وسدّده ، فهو محرم مجرمات الله مبتغى به مرضات الله ، لا يجلّ لمن يؤمن بالله واليوم الآخر نقض هذا الوقف ولا تبديله ولا إفساده ولا تعطيله ، فمن بدّل بعد ما يسمعه فإنما إثمه على من بدّله(4) .

وجاء فى وقفية الحاجة " صافية بنت عبد الله الجزائرية " المغربية سنة 1058 هـ / سنة 1648 م جميع ممتلكاتها وفقاً صحيحاً شرعياً صحيحاً مرعياً لا سمحى اسم ولا يندرس رسم ولا يضيع عند الله ثواب أجره ، وكان وقفها إلى جهات البر والخير ، ومن ضمن شروطها توزيع خبز على الفقراء(5) .

الفرع الخامس:- ذكر مصارف الوقف

- (1) وثيقة مقدسية تاريخية، كامل جميل العسلي، عمان، الاردن ص 6 و ص 37 .
- (2) الشافعى : أبو عبد الله محمد بن أدريس الشافعى ، الأم ، ط 1 ، المكتبة القيمة للطباعة والنشر - القاهرة . 91/4 .
- (3) حمودة : محمود عباس حمودة ، " وثائق وقف من العصر العباسى " ص 24 .
- (4) ابن الشحنة ، الدر المنتخب ، 43 ، الأسدى أحياء حلب 116-118 مشار إليه عند الأرنأورط ص 166 .
- (5) كتاب (وقفيات المفارطة) ص 53 .

قد ورد في وقفية " خاصكى سلطان " زوجة السلطان العثماني سليمان القانوني ، تحديد مصارف الوقف ، تقديم الطعام والحساء (الشورية) لفقراء والمحتاجين منذ إن انشئت الوقفية حتى يومنا هذا ، وتقدم وجبات الطعام يومياً و في أوقات مختلف كشهر رمضان المبارك وأيام الجمع والأعياد حيث تقدم وجبات خاصة من الطعام وهذا مفصل في نص الوقفية ، كما توضح الوقفية كيفية توزيع الطعام على الموظفين والفقراء ، كما يوزع من الخبز خمسون ومائتان وألف رغيف يومياً .

ومن مصارف هذه الوقفية أيضاً ، العناية بالعلماء والدرابيش بتهيئة السكن المناسب لهم ، مع تقديم وجبات الطعام ، وقد أشارت الوقفية إلى تخصيص خمس وخمسين غرفة لهم في مبنى التكية حول المسجد / وهذه الغرف تمثل الرباط(1) .

ومن أهداف هذه الوقفية تشغيل عدد كبير من الموظفين زهاء خمسين موظفاً في هذه المؤسسة ، ليقوم كل موظف بالمهمة الموكلة إليه من إعداد الطعام والتنظيف والكناسة والحراسة وغيرها من الأعمال(2) .

وقد نصت وقفية " فاطمة خاتون " على صرف رواتب " معاشات " لخطيب لاجامع من ريع الوقف واشترطت فيه أن يكون صوته حسناً طيباً ويفوق أكثر الناس بزهده وعفته يقظ العاقلين ويوقظ الغافلين . وكذلك صرف رواتب للإمامين في المسجد وسائر الموظفين من المؤذنين والخدم والشعال(3)

الفرع السادس:- ذكر شروط الواقف

ورد في وقفية " صلاح الدين الإيوي " شرط من شروط الواقف ، وهو ان يجتمع الصوفيون بعد طلوع الشمس من كل يوم جمعة ، في الخانقة أو في المسجد الأقصى المبارك يقرؤون في الربعات الشريفة من القرآن الكريم ويدعون عقيب القراءة للواقف وللمسلمين و يقرؤون بحضور شيخهم ما تيسر من كلام الأئمة مشايخ الصوفية ، فقد ورد في الوقفية ما نصه (....) و شرط أيضاً الملك الناصر المحبس المذكور أن يجتمع المذكورون مع شيخهم بع طلوع الشمس من يوم الجمعة بهذا المكان أو المسجد الأقصى الشريف يقرؤون في ربعات شريفة ، ويدعون عقيب ذلك للواقف وللمسلمين ، يقرؤون بحضور شيخهم ما تيسر من كلام الأئمة المشايخ الصوفية نفع الله بهم في كل جمعة (4) . وشملت وقفية " الشيخ راغب الخالدي " على شرط للواقف يمثل في ان يكون غلة هذه الحصة المذكورة بعد العمارة الضرورية تدفع بتمامها في كل سنة إلى الرجل المعين الحافظ للكتب المذكورة كائناً من كانوا عليه أن يفتح المكتبة بالأوقاف المعينة

(1) وثائق مقدسية تاريخية ج 1 ص 125 ص 130 وص 131 وص 135 – ص 140 .

(2) المرجع السابق ج 1 ص 125 وص 131 .

(3) الشعال الذي يتولى تشغيل الأضواء والمصابيح .

(4) وثائق تاريخية ج 1 ص 94 . وقفية صلاح الدين ص 15 و ص 36 .

في كل يوم وأن يحرص على حفظ كتبها الموجودة فيها وهكذا على الدوام والاستمرار إلى ما شاء الله....(1) .

الفرع السابع :- ذكر الناظر

فيقوم الواقف بتحديد ناظر الوقت إما باسمه ، أو وضعه ، أو الجمع بين ذلك ففي أدلة يذكر الاسم ، ثم يذكر من بعده الوصف ، ففي بعض روايات وقفية عمر - رضى الله عنه - ما نصه " تلية حفصة ما عاشت ، ثم يليه ذو الرأي من أهلها " (2) .

وفي وقفية " ابن قاضي الصلّت " يبدأ الواقف بوضع شروط منها ان تكون النظارة لنفسه أولاً مدة حياته ثم من بعد لولده ثم من بعده لمن يكون أهلاً للتولية من المستحقين الموقوف عليهم ، ثم من علماء الشافعية لمن يكون إماماً في المسجد الأقصى المبارك ، وأذكر الفقرة التي تتعرض لبعض الشروط) وشرط الواقف شروطاً نص عليها فوجب العمل بها والمصير إليها ، ومنها : أنه شرط النظر على وقفه ذهناً لنفسه مدة حياته ثم من بعده لولده الشيخ محمد الموقوف عليه ثم من بعده لمن يكون أهلاً لذلك من الموقوف عليهم وإذا آل الإستحقاق لطلبة العلم بالقدس الشريف من السادة الشافعية ، يكون النظر عليه لمن كان إماماً بالمسجد الأقصى الشريف من السادة الشافعية ...) (3)

الفرع الثامن :- ذكر الشهود والكاتب

سجلت وقفية السلطان سليمان القانوني في شهر شوال سنة 967 هـ / سنة 1559 م ، وكان وكيل السلطان في إعلان الوقفية هو الوزير رستم باشا بن عبد الرحمن الذي قام بتعيين الحاج آغا بن عبد الرحيم مستولياً على الوقف ، وقد ذيلت الوقفية بأسماء ستة من قادة الجيش العثماني كشهود(4) .

وقد ورد للنص في وقفية " محمد بن علي الحسيبي " بعد الحمد له وحده ، ثبت في مجلس الشرع الشريف لدى مولانا وسيدنا الحاكم الشرعي ، الموقع خطّه الكريم أعلاه ، بشهادة الشيخ محمد بن الشيخ شمس الدين المصري الإمام من محله الجلوم بحلب المحروسة ، والشيخ محمد بن الشيخ محمد المشهور بإبن صدقة الجراح من محله سويقة على بحلب المحروسة ، والسيد علي بن السيد عبد المنعم الحسيني من محله ظاهر باب النسير بحلب المأنوسة ، المقبولين شرعاً بمحضر من الخصم الشرعي هو الحاج محمد بن الحاج علاء الدين المعروف بإبن السيوري القهواتي الدمشقي(5) .

(1) وثائق مقدسية تاريخية ج 1 ص 167 وبرنامج المكتبة الخالدية العمومية القدس 1318 هـ / 1900 م ص 2

(2) وقفية عمر - رضى الله عنه - تخرّيج .

(3) وثائق مقدسية تاريخية ج 1 ص 164 .

(4) المرجع السابق ، ص 145 - 150 .

(5) الأرنؤوط ، مرجع سابق ، ص 170-171 .

الفرع التاسع:- التحذير من التغيير والإبدال

جاء في وقفية " محمد باشا دوكاجين " التحذير من التغيير والإبدال ، وكان النص في ذلك : " لا يحلّ لمن يؤمن بالله واليوم الآخر نقض هذا الوقف ولا تبديله ولا إفساده ولا تعطيله ، فمن بدّله بعد ما يسمعه فإنما إثمه على من بدّله(1) .

وقد ورد النص في وقفية صلاح الدين الأيوبي ، " صدقة موقفة محبسة محرمة مؤبدة لوجه الله تعالى لا يدخل عليها وجه من وجوه التمليكات ولا يقدر فيها تقادم الأعوام والدهور محفوظة على شروطها لا تغيير ولا تبديل ولا يلحقها فسخ ولا تحويل أبداً ما دامت السموات والأرض إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها(2) .

وكان شرط الواقف في وقفية الشيخ الخليلي ، أنه لا يباع ولا يستبدل ولا يناقل ولا يرهن ولا يؤجر أكثر من سنة بعد سنة ، ولا يؤجر لمتغلب أو لذي شوكة ، فمن خالف فعليه لعنة الله وغضبه وأليم عقابه(3) .

الفرع العاشر:- ذكر التاريخ

فيقول الموثق : وبه شهد وحرر ، ووقع وسطر.

فتم تدوين وقفية الأمير تنكر " في شهر جمادى الأولى لسنة 1020 هـ / سنة 1611 م بإذن من سيد قضاة الإسلام وقتئذ عبد الحلیم مصطفى ، في حين أن تاريخ انعقاد الوقفية هو سنة 729 هـ / سنة 1328 م . ويبلغ عدد كلمات الوقفية حوالي " 4700 " كلمة ، وهناك بعض الكلمات القليلة مطموسة بسبب وضع الأختام فوقها ، كما أن هناك بعض الكلمات غير واضحة ويتعذر معرفتها ، ومع ذلك فإن صيغة الوقفية بوجه الإجمال واضح وسليم ومفهوم(4) .

وكان تاريخ وقفية " السلطان سليمان القانوني " في شهر شوال سنة 967 هـ / سنة 1559 م . أى بعد خاصكى سلطان بسنة واحدة تقريبا . وكان وكيل السلطان في إعلان الوقفية هو الوزير رستم باشا بن عبد الرحمن الذي قام بتعيين الحاج أغا بن عبد الرحيم متولياً على الوقف(5) .

الفرع الحادي عشر:- تسليم الوقف للتوثيق

(1) المرجع السابق ، ص 166 .

(2) الأرنؤوط، ص 166 .

(3) من نص الوقفية ص 42 و ص 43 .

(4) وثائق مقدسية تاريخية ص 105 – 106 .

(5) المرجع السابق ج 1 ص 126 ص 145 ص 150 .

قد ورد النص في وقفية " الشيخ الخليلي " أن النسخة الأصلية مخطوطة وهي محفوظة في المحكمة الشرعية بالقدس ، وصدر الإذن الشرعي بتسجيلها في السجل رقم 188 – الصفحة 244 بتاريخ 25 من ذى القعدة سنة 1332 هـ / سنة 1913 م (1) .

ووقف الشيخ " يحيى الدين بن محمد بن قاضى الصلت " مدون في الصفحة رقم 488 في السجل رقم 89 من سجلات المحكمة الشرعية بالقدس (2) .

كما أن وقفية " الأمير منجك " مسجلة في السجلات أو الدفاتر المحفوظة في أرشيف رئاسة الوزراء في إســـــــــــــــــتنبول رقمـــــــــــــــــ 522 صـــــــــــــــــفحة 27 والمؤرخـــــــــــــــــة في سنة 750 هـ/ سنة 1349 م (3) .

الفرع الثاني عشر:- بيان أهداف الوقفية

من خلال الاطلاع على العديد من الوقفيات ، تبين لنا إن من العناصر المهمة التي تتضمنها الوقفية ذكر أهدافها .

ولدى استعراض نص وقفية " أمينة الخالدي " بنت بن مصطفى الخالدي من مواليد مدينة القدس في حدود عام 1272 هـ / 1855 م تبين لنا عن لهذه الوقفية عدة أهداف هي :-

1- إقامة مستشفى إسلامي في مدينة القدس ... وأشارت الواقفة في وقفيتها إلى معالجة فقراء المسلمين مجاناً ، وكذلك أى مريض من أى ملة ولكن مقابل أجرة .

2- إقامة مسجد في مرافق المستشفى تشجيعاً للمرضى على الصلاة حيث لا تسقط عن المريض ، وإقامة صلاة الجنازة فيه وذلك على الذين يتوفون من المرضى (4) .

3- اهتمامنا بالفقراء والمساكين ، وقد ورد ذكرهم في عدة مواقع من الوقفية :

أ) فإذا أقفل هذا الميتم لا سمح الله – يصرف المتولون هذا المبلغ – 150 جنيهاً (لمن يريدونه من فقراء بيت المقدس والمسلمين) (5) .

(1) وثائق مقدسية تاريخية ص 6 وص 37 وص 45 وص 46

(2) صبرى : عكرمة سعيد صبرى ، الوقف الإسلامى ، ط 1 ، درا النقاس ، عمان ، الأردن ، 538 .

(3) معاهد العلم في بيت المقدس ص 208 وص 209 مشار إليه عند صبرى 515 .

(4) نص وقفية أمينة الخالدي – خارج السور – سبل 476 ص 112 من سجلات المحكمة الشرعية بالدس وكتاب (وقفية السيدة أمينة الخالدي) ص 162 وص 163 و ص 164 .

(5) من نص الوقفية السجل 476 ص 92 وص 93 .

(ب) وأيضاً على المتولين أن يصرفوا من غلة هذا الوقف مائة جنية يوم وفاتي في سبيل تجهيزي وتكفيني ، وصدقة لمن يروئهم من المستحقين من الفقراء المسلمين القاطنين بالقدس ومساكينهم (1) .

ج- (..... ويعالج في هذا المستشفى من يكون أكثر احتياجاً من مرضى المسلمين مجاناً) .

د- (وان يصرفوا عشرين جنيها لمن يريدونه ممن يقرؤون كتاب الله تعالى ويهبون ثوابه لي وذلك في الأيام : الأول والثاني والثالث بعد وفاتي ، وفي سبيل من يرونه مستحقاً من فقراء المسلمين في القدس) (2) .

هـ- (... بشرط أن لا يتعارض ذلك مع الغرض المقصود وهو معالجة الفقراء المسلمين مجاناً) (3) .

5- حرصها في المحافظة على العقارات والإملاك من ان تتسرب للعداء لأن الواقفة عاشت في وقت كان الأعداء طامعين بالأراضي والعقارات ، وان أنسب سبيل للمحافظة على الأراضي والعقارات هو وقفها وتحييسها(4) .

هذه أبرز الأهداف التي أشارت إليها وقفية المحسنة / أمينة الخالدي رحمها الله .

الفرع الثالث عشر:-المصادقة على صحة الخاتم والتوقيع

من خلال إستعراض نصوص بعض الوقفيات ، فإن المصادقة على صحة الخاتم والتوقيع من عناصر الوقفية ، ففي وقفية " الأمير تنكر " (5) ، جاء فيها (.... وهناك بعض الكلمات القليلة مطموسة بسبب وضع الختام فوقها .

كما بلغ عدد القضاء الذين على وقفية " صلاح الدين الأيوبي " ووضعوا أختامهم عليها خمسة عشر قاضياً ، بداية من قاضي القضاة " صدر الدين إبراهيم بن عمر السهرزوري الشافعي " ونهاية بالقاضي " أبو محمد بن عبد الله الحنفي " (6) وهذا دليلاً على التوقيع والختم من عناصر الوثيقة الوقفية .

(1) من نص الوقفية السجل 476 ص 92 و ص 93 .

(2) من وقفية أمينة الخالدي ، مرجع سابق ، السجل 476 ص 92 و ص 93 .

(3) المرجع السابق ، السجل 476 ص 94 و ص 95 .

(4) وقفية أمينة الخالدي ، مرجع سابق ص 155 .

(5) نسبة للأمير سيف أبي سعيد تنكر بن عبد اله الناصري (المتوفى سنة 741 هـ / لسنة 1340م) نائب السلطة بالشام .

(6) وثائق مقدسية تاريخية ص 103 و ص 104 وقضية صلاح الدين الأيوبي ص 6 - ص 11 .

هذه هي أهم العناصر التي تحتوي عليها الوثيقة الوقفية والتي توصلنا إليه من خلال إستعراض العديد من الوثائق الوقفية وتحليلها .

المطلب الثاني:-أهمية الوثائق الوقفية

تعد الوثائق المكتوبة هي المصدر الأول كأى بحث تاريخي بل هي شاهد العيان الذي ينقل تفاصيل الحدث التاريخي بزمانه ومكانه وأشخاصه وجزئياته .

فالوثيقة هي تسجيل ثابت للحدث ساعة حدوثه بما يحفظ تفاصيل الموضوع ويحميها من عوامل التغير والزيادة او النقص الذي يطرأ نتيجة لتبدل الأفكار والتوجهات وتأويلات المتأخرين وتحريفاتهم(1) .

وتفيدنا دراسة الوثائق الوقفية في التعرف على الجوانب الثقافية والاقتصادية والتجارية والاجتماعية والعمرانية .

فمن خلال هذه الوثائق لا نتعرف فقط على موقع وشكل المدارس ، إنما أيضا على الظروف التي كان يعمل فيها المدرسون والطلاب والمواد التي كانوا يدرسونها ، ومن ناحية أخرى نتعرف من خلال هذه الوثائق على مهن عديدة ، وعلى الأجور التي كان يحصل عليها أصحاب تلك المهن ، وعلى المستوى المعيشي للعاملين في تلك المهن من خلال القوة الشرائية لعملة المحلية ، كما إن ما لدينا من وثائق وقفية حتى الآن يشير إلى أن أول وقف من النقود في العهد العثماني برز في أدرنة ، العاصمة الأوربية للدولة العثمانية حينئذ سنة (1423 م) ، ويتعلق الأمر هنا بوقف مصلح الدين ، وهو من الحجم الصغير ، إذ إن المبلغ الموقوف عشرة آلاف أتجه ، بينما نسبة الفائدة السنوية (15%) وقد خصص حينئذ الدخل العائد من تشغيل هذا المبلغ للإنفاق على ثلاثة قراء (أتجه لكل واحد) (2) .

وفي هذا افطار تكشف لنا الوثائق الوقفية في بعض الجوانب في الحياة التجارية، وخاصة فيما يتعلق بتحول بعض الأوقاف إلى " بنوك " صغيرة " تقدم القروض بفائدة محددة للتجار واصحاب المهن(3) . كما تبين لنا الوثائق بعض المدن التي نشأت وتطورت بفضل الوقف " كإدلب " والقطفية في سورية ، وطنطا في مصر وغيرها ، إلا أن حلب بالذات تبدو لنا المدينة الوحيدة التي ارتبطت بالوقف إلى الحد الذي استهزت باسم " حلب الوقف " (4)

(1) البدراني : قائد بن موسى البدراني .

(2) الأرنؤوط ، مرجع سابق ص 155 – ص 14 .

(3) الأرنؤوط ، مرجع سابق ، ص 155 .

(4) المرجع السابق ، ص 154 .

ومن الطبيعي في مثل هذه الحالة أن تصبح الوثائق الوقفية " كتب الوقف أو الوقفيات ودفاتر الأوقاف والحجج الوقفية " لا غنى عنها في دراسة التاريخ المحلي لمثل هذه المدن، وذلك بسبب غياب المصادر الأخرى ، أو اختفاء المنشآت العمرانية نتيجة للتدمير أو التخريب المتعمد بسبب التحديث السريع . وفي هذه الحالة يمكن فقط للوثائق الوقفية بما تحويه من تفاصيل أن تساعدنا على إعادة تركيب الوضع الطبوغرافي لمثل هذه المدن .

وعلى الرغم من أهمية الوثائق الوقفية في إعادة التركيب الطبوغرافي لحلب وغيرها من المدن إلا أن هذه الوثائق تفيدنا أيضاً وكثيراً في التعرف على الجوانب الثقافية والاقتصادية والتجارية .

وإن كانت الوثائق الوقفية التي أصبحت تمثل أحد المصادر المهمة لتعرف على الوضع الاقتصادي والاجتماعي ، وعلى التطور العمراني والثقافي والحضاري ولا شك أن هذا الاهتمام المتزايد بالوثائق الوقفية يمثل أحياناً نوعاً من الاعتراف بالدور الكبير الذي لعبته الأوقاف في المجتمع العثماني ، ففى أى دين وفي أى مجتمع لا نجد هذا الدور الكبير للأوقاف كما نجده في الإسلام وفي المجتمع الإسلامي كما يتمثل في النموذج العثماني ، فبدون الأوقاف لا يمكن لنا تصور انتشار الإسلام في المناطق الأوربية والإزدهار العمراني الذي غير ملامح مع أوربا الجنوبية الشرقية " البلقان "(1)

وتزداد أهمية الوثائق الوقفية بحيث تصبح في هذه الحالة مصدراً مهماً لتعرف على الحياة الزراعية ، وللوثائق الوقفية اثار عظيمة ، من حيث أن الناس يتحدثون بها في كل زمان ومكان ، ويعتمدون عليها عند الجحود والإنكار ، وحفظ الحقوق بما أزمته متطاوله ، ولها أهمية في فصل النزاعات عند القضاء في حالة التخاصم والتحايد(2) لأن التوثيق وظيفة مساعدة للعملية القضائية ، وأن حاجة الناس إليها ماسة ، وكذلك القضاة . كما تبرز أهمية الوثائق الوقفية في حفظ الوقف من الضياع ولقت النظار ونموهم ، بالإضافة إلى عجم توثيق الوقف يكون ذريعة للاستيلاء عليه ، كما فعل " الظاهر بيبرس " الذي حاول الاستيلاء على الأوقاف عن طريق مطالبة ذوى العقارات بوثائق الملكية وهو يعلم أن أكثر هؤلاء لا يملكونها ، فكان يصادر كل ما لا يملك صاحب عليه مستنداً ، وقد تصدى العلماء ، وفي مقدمتهم الإمام النووي رحمه الله - " الظاهر بيبرس " وأعلموه انه لا يحل عند أحد من المسلمين ذلك ، بل من في يده شئ فهو ملكه لا يحل لأحد الاعتراض عليه ، ولا يكلف بإثباته بينه ، ولا زال العلماء به حتى كف عند ذلك(3) .

(1) الأرنأؤوط ، مرجع سابق ، ص 131 .

(2) مجلة الجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة ، مرجع سابق ، العدد 42-ص21 .

(3) إمام : محمد كمال الدين إمام ، الوصية والوقف في الإسلام مقاصد وقواعد ، ط 2 الاسكندرية مصر 1999 ، ص 210 .

واستخدام الوثائق الوقفية يستفاد منه الفصل في منازعات الحدود في المنطقة العربية وبالتحديد بمنطقة الخليج وفلسطين المحتلة، فهذه الوثائق مثلاً تثبت حق العرب والمسلمين في القدس بصفة خاصة وفلسطين بصفة عامة من آلاف السنين، وقبل مجيئ الاحتلال الصهيوني لها، كما أنها تثبت حق الشعب الإماراتي في السيادة على جزره الثلاثة طنّب الكبرى والصغرى، وأبو موسى .

كما يمكن معرفة عدد كلمات الوقفية من خلال هذه الوثائق فمثلاً وقفية " الأمير تنكر " عدد كلماتها " 4700 " كلمة ، وبين معرفة أهداف الوقفية واهتمّات الواقف من خلال الوثائق ، فمثلاً أهداف وقفية " الأمير تنكر " - تدريس الفقه ، وبخاصة الفقه الحنفي ، والعلوم الشرعية الاخرى ، وتدريس الحديث النبوي الشريف وذلك بتخصيص جناح لدار الحديث الشريف و تعيين شيخ لهذه الدار رعاية الأيتام : لقد أضيف للمدرسة لاتنكرية فيما بعد مكتب للأيتام 952 هـ / سنة 1545 م وقف القاضي أحمد حلبي على مكتب الأيتام أربعة ذكابين في باب السلسلة(1) . كما أن من أهداف هذه الوثيقة توفير المنامة وتقديم الطعام لطلب العلم والمتصوفين ، بالإضافة إلى المدرسين ، وتعين طبّاخين وخدم للقيام بهذه المهام(2) .

ففي وقفية " الأمير منجك " مثلاً تظّره لنا اهتمامه ، لقد عرف عن الأمير منجك أنه كان مهتما بالمنشآت العمرانية من مساجد ومدارس وأربسة وقنام ومسابل وقنوات وطرق في مصر كما أنشأ مدرسة باسمه في دمشق ومدرسة أخرى في غزة بالإضافة إلى المدرسة التي أنشأها في مدينة القدس وقد أوقفها جميعها ، وعرف عنه حبه للخير والبر(3) .

وتظهر أو تزداد أهمية الوثائق الوقفية في حفظ الأوقاف في البلاد الغير الإسلامية؛ لأن في ذلك حماية لها من أي اعتداء من قبل الأفراد والسلطات المحلية الطامعة.(4)

المطلب الثالث: التطور التاريخي لتوثيق الوقف في العالم الإسلامي

نحاول من خلال هذا المطلب أن نبين الإجابة على هذا السؤال، وهو: هل إنشاء الوقف لا بد فيه من التوثيق لكي يقع صحيحاً ؟

الفرع الأول: التطور التاريخي لتوثيق الوقف في الدولة الإسلامية

- (1) مقاصد العلم في بيت المقدس ص 128 و ص 339 والمفصل في تاريخ القدس ج 1 ص 244 .
- (2) وثائق مقدسية تاريخية ص 114 ص 115 عن سجلات المحكمة الشرعية بالقدس : السجل رقم 92 .
- (3) المفصل في تاريخ القدس ج 1 ص 249 .
- (4) منتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني ، تحديات عصرية واجتهادات شرعية في الطبقة الأولى ، الأمانة العامة للأوقاف بالكويت 1427 هـ - 2006 م ، ص 35 .

لم يشترط الفقه الإسلامي التوثيق على الوقف كشرط لصحته ، غير إن الشارع الحكيم أمر بكتابة الالتزامات وتوثيقها ، طبقاً لما جاء في آية المداينة، وعني الفقهاء بهذه الكتابة وبالتوثيق ، وأُفرد ولها أبحاثهم ، وأقاموا علماً خاصاً هو علم الشروط الذى يتناول كيفية كتابة الاتفاقات والتعاقدات والالتزامات ، وما تزال المخطوطات وسجلات المحاكم الشرعية تحتفظ بكثير من صكوك الأوقاف التى تحدد حقوق المنتفعين بها ، ويدل هذا كله على ان العناية بالتوثيق لم يكن من الأمور التى جددت فى العصر الحديث ، غير أن الواجب الإشارة إلى أن الفقهاء لم يوجبوا التوثيق والإشهاد لتصحيح التصرف وانعقاده ، أنما أوجبوه للحكم به وإثباته عند التخاصم والتنازع(1) . لأن توثيق الأوقاف يندرج ضمن الأصل العام فى التوثيق فى الفقه لاسلامى ، فلئن كان التوثيق فى الديون لحفظ حقوق الأفراد فإن الأوقاف لها متعلقات من جهات عدّة : فهى قريبة من القرب إلى الله - عزوجل - ولذلك فإن بعض العلماء يرون ان الوقف ينتقل إلى ملك الله عزوجلّ وعلاً - وهذا قول الحنفية والظاهرية وهو الراجح عند الشافعية ورواية عند الحنابلة(2) ، وهو حق للموقوف عليهم " أى : إنّ العين الموقوفة تنتقل إلى ملك الموقوف عليهم المنتفعين من الوقف ، وهو القول المشهور عند الحنابلة(3) ، وهو وقف الواقف تتّرب به إلى ربه ، ولهذا قال بعض العلماء : إن الوقف لا يُخْرَج العين الموقوفة عن ملكية واقفها ، بل تبقى فى مالكة مع تحسيبها لله - تعالى - فلا يحق له بيعها ، وبهذا قال المالكية وابن الهمام من الحنفية ورواية عند الحنابلة(4) .

فالوقف عين تعلّقت بها متعلقات كثيرة ، وكثرة المتعلقات تدل على وجوب حفظ الوقف العوادي، ومن أهم أسباب الحفظ التوثيق وهو حفظ الوقف حتى من الواقف نفسه إذ ملكه عليه ليس ملكاً تاماً معه العدول عن الوقفية ببيع أو نحوه .

وقد دلّ عمل المسلمين من العهود الأولى على قيامهم بتوثيق الأوقاف والذى كان يجري على

أنماط عدّة :-

(1) سراج : محمد احمد سراج ، احكام الوصايا والأوقاف ، دار المطبوعات الجامعية ، 1988 ، الاسكندرية مصر ، ص 174 .

(2) المرادوى ، " الإنصاف " ، ج 7 / ص 38 ، والتيزاوى ، " المهذب ، ج 1 / ص 447 - 448 . والمعنى ، " النيابة فى شرح الهداية " ، 141/6 - 142 ، وابن حزم ، " المحلى " ، 180/10 .

(3) ابن قدامة ، المغنى ، 189/61 - 190 .

(4) الباجى " المنتقى " ، 21/6 ، ابن مفلح ، " المبدع " ، 329/56 ، ابن الهمام ، فتح القدير ، 204/6 .

الأول : أن يوقف الواقف وقفه بنفسه ، ومن هذا وقفية عمر - رضى الله عنه - ففيها " بسم الله الرحمن الرحيم " هذا ما كتب عبد اله عمر في ثمغ(1) .

وعلى ذلك جرى الناس في أزمنة كثيرة ، فقد وثق صالح بن إبراهيم بن عيسى وقفيته بنفسه فقال : " الحمد له ، أقرَّ صالح بن ابراهيم بن عيسى في حال جواز صدور الاقرار منه شرعاً بأنه وقف ما هو في ملكه وتحت تصرفه ، وهى أرضه المسماة بالنخيلات " (2) .

الثاني : أن يوثق الوقف عند بعض الموثقين من أجل العلم وطلابه الذين ليس لهم ولاية قضائية ، وهذا لن التوثيق من باب الإثبات لما ينهى به الواقفون ، وليس من باب الحكم بين الخصوم .

يقول الشيخ ابن سام في ترجمة الشيخ عبد الرحمن بن سعدى رحمه الله : " كما نفع الله به الخاصة والعامة ، فإنه صار مرجع بلاده ، وعمدتهم في جميع أموالهم وشؤونهم ، فهو مدرس الطلاب ، وواعظ العامة ، وإمام الجامع ، وخطيبه ، ومفتى البلاد ، وكانت الوثائق ، ومحرر الأوقاف ، وعاهد الأنكحة.(3)

الثالث : أن يوثق الوقف قاض له ولاية شرعية ، وهذا يغلب على الأوقاف الخاصة بالخواضر ، والتي يوجد فيها قضاة، وفي أزمنة الاستقرار السياسي، وشواهد هذا كثيرة جداً ، ولكن السؤال الذى يطرح نفسه ، هل عرفت هذه الأنماط من التوثيق في عهد الرسول - صلى الله عليه وسلم - والأدوار التى مرت بها الدولة الاسلامية ؟

أجيب فأقول : حسب معرفتى المتواضعة فيما اطلعته عليه من مصادر أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - لم يوثق أوقافه بأي شكل من الأشكال الثلاثة السابقة الذكر ، والدليل على عدم توثيق الرسول - صلى الله عليه وسلم - لأوقافه هو اختلاف الفقهاء في أول وقف ؟ حيث قال الأنصار : بأن رسول - صلى الله عليه وسلم - هو أول من وقف وقال المهاجرون بأن عمر ابن الخطاب - رضى الله عنه - هو أول من وقف. فقد روى أحمد عن ابن عمر رضى اله عنهما قال : أول صدقة أي : موقوفة كانت في الإسلام صدقة عمر وروى عمر بن شبه عن عمرو بن سعد أن معاذاً قال : " سألنا عن أول حبس في الإسلام فقال المهاجرون : صدقة عمر . وقال الأنصار: صدقة رسول الله - صلى الله

(1) سبق تخرجه ، واللفظ لأبي داود .

(2) عبد الله البسمي ، " العلماء والكتاب في أشيقر " ، 38/2 .

(3) " علماء نجد " ، 222/3 .

عليه وسلم - وفي إسناده الواقدي، ففي مغازي الواقدي: إن أول صدقة موقوفة كانت في السلام أراضى مخيريق التي أوصى بها النبي - صلى الله عليه وسلم - فوقها(1)

فلو أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - وثق أوقافه لتبين لنا من خلال الوثيقة الوقفية وذلك عن طريق تاريخ الوقف الحين في الوثيقة لإيضاح هل إن الرسول - صلى الله عليه وسلم - أول من أوقف في الإسلام أم سيدنا عمر - رضى الله عنه - ولكن الرسول - صلى الله عليه وسلم - ولم يوثق أوقافه :

1- لذلك اختلف المهاجرون والأنصار في أول وقف في الإسلام ولكن هل عرف الخلفاء الراشدون والتابعين واتباع التابعين توثيق الأوقاف بأى شكل من الأشكال السابقة؟ للإجابة على هذا السؤال يجب علينا نتحدث على التوثيق في كل مرحلة من مراحل الدولة الإسلامية بشكل مؤجز.

أولاً: توثيق الأوقاف في عهد الخلافة الراشدة وثق سيدنا عمر - رضى الله عنه - وقفه بنفسه ، حيث جاء في الوثيقة الوقفية لسيدنا عمر " هذا كتب عبد الله عمر في ثمغ " وهذا دليل على ان الخلفاء الراشدون عملوا على توثيق الاوقاف وذلك في عهد سيدنا عمر - رضى الله عنه - ولكن اقتصر التوثيق في هذه المرحلة على توثيق الواقف وقفة بنفسه .

ثانياً: توثيق الأوقاف في العصر الأموى :

قد أدى التطور المتنامى في حجم الأوقاف في هذا العصر الى فصل الخدمات الخاصة بالأوقاف في ديوان خاص ومستقل عن بقية دواوين الدولة لتسجيل الأوقاف ، حماية للواقفين ومصالحهم . فقد إنتهى ديوان للوقف في مصر في زمن الخليفة هشام ، حيث كانت الأحباس " الأوقاف " في أيدي أهلها وأوصيائهم فلما رأى ذلك القاضي " توبة بن نعر " قال : ما أرى مرجع هذه الصدقات إلا إلى الفقراء والمساكين ، فأرى أن أضع يدي عليها حفاظا لها من الثورات ، فلم يحث توبه حتى صار للأحباس دوياناً عظيماً(2) .

(1) بدائع الصنائع ج 5 ص 214 ، السراج الوهاج ج 1 ص 197 وص 198 ، وتحفة المحتاج بشرح المنهاج ج 6 ، ص 236 ونيل الاوطار ج 2 ص 22 واحكام الاحكام لابن دقبق العبيد ج 3 ص 209 .

(2) الكندى ، ص 346 ، مشار اليه ، العمر : فؤاد عبد اله العمر ، استثمار الاموال الموقوفة ، الامانة العامة للأوقاف بالكويت ، 1428 هـ - 2007 م ص 10 .

ثالثاً : توثيق الأوقاف في العصر العباسي :

منذ أن أنشأ عام 118 هـ ت في العهد العباسي ديوان الأعباس للإشراف على الأوقاف وكان يتبع قاضى القضاة ، وكان يسمى أحياناً ديوان البرء وذلك في القرن الرابع الهجرى، وقد تمت إعادة النظر في هذا الديوان عام 301 هـ على يد الوزير على بن عيسى المقتدر بالله(1).

رابعاً: توثيق الأوقاف في العصر الفاطمي :

أما في العصر الفاطمي ، فقد أصبح للأعباس ديوان منفصل ملحق ببيت المال وأصبح الديوان مسؤولاً عن جباية الإيرادات وتوزيع المصروفات(2)

وأثناء حكم محمد على في بداية القرن التاسع عشر حيث تم محاولة إنشاء ديوان جديد للأوقاف عام 1835 م ، كما أدى صدور قانون التنظيمات عام 1858 م إلى تزايد إيقاف الناس والفلاحين لجوء إلى الحماية وهروباً من الضرائب(3).

وفي عام 1280 هـ (1863 م) فقد صدرت الدولة العثمانية نظام إدارة الأوقاف يحدد ضمن بنوده سبيل توثيق الأوقاف (4).

وقد أدت التنظيمات العثمانية التي صدرت في عام 1839 م كما يرى الباحثين إن صدور قانون الأوقاف العثماني في منتصف القرن التاسع قد ساعد في تطور الأوقاف في بلدان الهلال الخصيب ، كما هو ذلك عن الأوقاف في جبل لبنان ، ومما يؤكد ذلك إنه في فلسطين كان يتم تسجيل الأوقاف ومتابعتها كل ثلاثين سنة في العهد العثماني(5).

وفي الدولة العثمانية ، فإن لا يوجد لتسجيل دقيق للإراضى جميعها بما فيها إراضى الوقف من خلال قانون الإراضى لإحتساب الضرائب عليها قد أدى إلى المحافظة على هذه الأوقاف من الفساد المستشري في الإدارة العثمانية في ذلك الوقت ، وفي إطار هذه القوانين فقد أنشئ قيود الدفتر الخاقاني الذى سجلت فيه جميع الإراضى التي بها إرتباط خيرى أو تتعلق بمصالح عامة ، وتم حفظها في خزائن المحكمة ، ويؤكد ذلك أحد الباحثين حين خلص إلى محافظة الدولة العثمانية على الأوقاف في الدول

(1) السيد ، ص 216 ، الدورى ، (1995 م 59) مشار اليه ، العمر ، مرجع سابق ، ص 10

(2) الحزبى ، ص 10 ، مشار اليه ، العمر ، مرجع سابق ، ص 11 .

(3) غانم ، 1998 م ، 85 ، عبد الكريم ، 204 ، مشار اليه و العمر ، مرجع سابق ص 12

(4) العمر ، مرجع سابق ، ص 12 .

(5) قحف ، منذر قحف ، الوقف الاسلامى ، مرجع سابق ، ص 419 .

الإسلامية حيث تم تدوين الإراضى فى دفاتر التحرير كل على حده ففصله تفصيلاً كاملاً لمراقبتها، وتحصيل عوائدها(1).

ومن خلال هذا السرد المؤجز يتبين لنا التطور التاريخى لتوثيق الأوقاف فى الادوار التى مرت بها الدولة الإسلامية .

وخلاصة القول إن كان النبى الكرىم - صلى الله عليه وسلم - أول من قام بنصب ولاة التوثيق ، فقد كان النبى - صلى الله عليه وسلم - مجموعة من الكتبة ، لهم إختصاصات متعددة ، وقد نص أهل التاريخ على إن من هؤلاء الكتاب من خصه النبى - صلى الله عليه وسلم - بكتابة الديون والبيع والشراء ونحو ذلك من الإختصاصات والمهام المناطة بولاة التوثيق ، قال الإمام القضاعى " بعد أن ذكر بعض كتاب النبى - صلى الله عليه وسلم وإختصاصاتهم ومهامهم الكتبية ما يلى " وكان المغيرة بن شعبه والحصين بن نخير يكتبان المدانيات والمعاملات(2) ومع هذا كله لم يرد عن الرسول - صلى الله عليه وسلم - إنه وثق أوقافه . وتكون بذلك بداية توثيق الأوقاف من قبل الواقف نفسه فى عهد سينا عمر - رضى الله عنه - وأما توثيق الأوقاف من قبل جهة تابعة للدولة فكان ذلك فى العهد الاموى وتطور ذلك فى العهد العباسى وأثناء قيام الدولة الفاطمية إلى أن وصل هذا التطور أيام الخلافة الإسلامية لدولة العثمانية ، وبعد ذلك قامت الدول الإسلامية بسن تشريعات خاصة للأوقاف الإسلامية نظمت فيها مسألة توثيق الأوقاف و وذاها ما سوف نذكره بالتفصيل .

الفرع الثانى: تطور توثيق الأوقاف فى القوانين الوضعية

أوجد اعتبار الوقف صحيحاً من غير صدور إشهاد رسمى به كثيراً من الدعاوى الباطلة الملفقة ، التى استعان أصحابها بشهود الزور وما أكثرهم حتى ضج الناس بالشكوى . فتلافياً لهذا التحايل ، وتناسقاً مع التصرفات العقارية الأخرى ومحافظة على الوقف الخيرى المؤبد من أن تمتد إليه يد الطامعين إذ ما طال عليه الزمن إشتطت بعض القوانين التوثيق .

أولاً : القانون الليبى : نصت المادة الثانية من على وجوب الإشهاد عند إنشاء الوقف والتغيير فى مصارفه وشروطه والإستبدال به وذلك من تاريخ العمل بالقانون وحددت المادة الجهة التى يجرى الإشهاد أمامها بأنها للمحكمة الشرعية .

جاء شرح المادة فى المذكرة الإيضاحية للقانون بالقول " والإشهاد على العقود وسائر التصرفات وتوثيقها مما أمر به الله سبحانه وتعالى فى كتابه العزيز ، وقد تناولوا الفقهاء أحكام التوثيق وشرائطه غير

(1) العمر ، مرجع سابق ، ص 106 - 107 - 108 .

(2) الأرنأوط ، مرجع سابق ، ص 57 .

إنهم لم يوجبوا توثيق شئ من التصرفات ولم يشترطوا التوثيق لصحة التصرف ولم يمنعوا سماع الدعوى به إذا لم يكن مكتوباً أو موثقاً .

غير إنه لولى الأمر عند قيام المصلحة أن يوجب الإشهار عند إنشاء الوقف أو التغيير في مصارفه أو شروطه - و لاشك في وجود المصلحة من إيجاب الإشهاد منعاً لدعاوى الكيد الباطلة وسد لذرائع الإدعاء بغير حق - ولذلك إشتربت المادة الثانية الإشهاد على الوقف وأمرت بضبط الإشهاد عند صدوره بدفتر المحكمة صيانة للحقوق - ولم تجعل المادة تمام الوقف متوقفاً على حيازة الموقوف نظراً لأن الإشهاد يغني عن الحوز في إفادة تمام التصرف وقد عدل القانون في ذلك عن مذهب المالكية الذين يشترطون الحوز لتمام الوقف إلى مذهب الإمام أحمد الذي يقرر فيه في أحد القولين أن الوقف يتم بالصيغة دون توقف على القبض (الجوز) - وهذا هو ما يتحقق عقلاً مع إشتراط الإشهاد وإيجابه إذا لا يعقل أن يشهد الواقف على الوقف ثم يبقى الوقت بعد ذلك متوقفاً على حيازة الموقوف إذ لم يكن قد قبض فعلاً ، كأنه لا معنى لإيجاب الإشهاد بما يتطلبه من إجراءات ثم تعليق أمر الوقف وتمامه بعد ذلك على النحو وما أخذ به القانون يتفق مع مذهب الإمام أحمد .

وراعت الفقرة الأخيرة من المادة الثانية ما جرى عليه العمل قبل هذا المشروع من إنشاء الوقف دون إشهاد أو توثيق أو بالكتابة على المساجد أو الكتب ونحو ذلك فأجازت إثبات هذه الأوقاف بالطرق التي كانت متعارفة في إنشائها اعتباراً بالمصلحة من ذلك وأخذاً بالقاعدة العامة من خضوع التصرف في إنشائه للقانون الذي تم في ظله التصرف والذي لم يكن يوجب طريقاً خاصاً في إنشاء الوقف(1)

وجعلت المادة الثالثة سماع الإشهاد من إختصاص المحكمة الابتدائية الشرعية التي يقع بدائرتها أعيان الوقف كلها أو أكثرها قيمة - وقدرتي أن يكون الإختصاص بسماع الإشهاد لجنة القضاة زيادة في الإحتياط ولأن التصرف بالوقف من التصرفات الشرعية التي قد يدق فهم بعض أحكامها على غير القضايا .

وأعطت الفقرة الثانية من المادة للقاضي المختص بسماع الإشهاد ان يرفض سماعه إذا تبين له وجود ما يمنع سماعه كان يكون الواقف من أهل لصدور التصرف منه أو أن يكون في الإشهاد حرمان لبعض من يجب لهم إستحقاق في الوقت دون مبرر أو يكون الوقف لجهة لا يجوز الشرع الوقف عليها - وأباححت المادة لمن رفض القاضي سماع إشهاد بالوقف أن يتظلم من قرار القاضي بالرفض خلال مدة معينة - كم أعطى هذا الحق في التظلم أيضاً لمن حرمه الواقف من الإستحقاق في الوقف دون مبرر - خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالحرمان - ونصت المادة في فقرتها الأخيرة على إن قرار المحكمة

(1) المذكورة الإيضاحية للقانون رقم 124 لسنة 1972 م .

الإبتدائية في تظلم من رفض القاضى سماع إشهاده أو حرم من الإستحقاق دون مسوغ - يكون نهائياً حتى لإطول أمر التقاضى بعد أن نظر تظلم صاحب الشأن وقضى فيه .

ويلاحظ أن ما أوجبهه المادتان الثانية والثالثة من إيجاب الإشهاد على الوقف وتنظيم سماعه لا يحمل على أنه إيجاب شرط للوقف لم يذكره الفقهاء إذ أن إعتبار الوقف الذى لا ينشأ بإشهاد - غير صحيح - يتفق مع قول من قال بعدم جواز الوقف من ائمة التابعين وإذا صدر بالوقف إشهاد كان صحيحاً أخذ بقول جمهور الفقهاء وكذلك التغيير فى مصارف الوقف إذا لم يصدر به إشهاد كان غير صحيح أخذاً بأحد قولين فى مذهب الإمام أحمد وهو أن الواقف لا يملك التغيير فى مصارف وقفه وإن شرط ذلك(1).

ثانياً : مشروع قانون الوقف الكويتى :

جاء فى الفصل الثانى فيه بعنوان " إنعقاد الوقف وصحته ونفاذه " فى (المادة الثانية) . " ينعقد الوقف بإرادة الواقف وحده باللفظ أو بالكتابة , فإذا كان الواقف عاجزاً عنهما أنعقد الوقف بالإشارة المفهومة ، كما ينعقد الوقف بالفعل مع القرينة الدالة على إرادة الواقف(2).

شئ ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمادة (4) تحدد هذه المادة شروط إنعقاد الوقف وهى إرادة الواقف والصيغة ، فمن المقرر عند جمهور الفقهاء إن الوقف من عقود الإسقاطات التى تنعقد بالإيجاب فقط كالطلاق والعتاق ، ومن ثم فانه ينعقد بإرادة الواقف وحده دون توقف على إرادة الموقوف عليه حتى ولو كان معيناً ، لأن الموقوف عليه العين شرط للإستحقاق ، وليس شرطاً لإنعقاد الوقف .

وينعقد الوقف بأية صيغة تدل عليه باللفظ ، فإذا كان الواقف عاجزاً عن الكلام ، فإن الوقف ينعقد بالكتابة أو بالإشارة ، إذا كان لا يحسن الكتابة أو عاجزاً عنها و كما ينعقد الوقت بالفعل إذا اقترن بما يدل على إرادة الواقف كمن يقيم مسجداً ، أو مقبرة أو سبيل ماء ، ويخلى بينه وبين الناس(3).

وجاء فى الفصل العاشر ، من المشروع المادة " 74 " يمنع سماع دعوى الرجوع عن الوقف أو تغيير مصرف من مصارفه أو شرط من شروطه أو إستبداله أو إبداله إلا إذا صدر إشهار رسمى أمام اللجنة بإستثناء التصرفات التى تصدر قبل العمل بهذا القانون(4) .

(1) المذكرة الايضاحية لقانون رقم 124 لسنة 1972 م باحكام الوقف .

(2) مشروع قانون الوقف الكويتى ، الفصل الثانى و المادة الثانية ، د. اقبال عبد العزيز المطوع و اشراف : محمد بلتاچى حسن ص 44 .

(3) مشروع قانون الوقف الكويتى ، مرجع سابق ، ص 107 .

(4) مشروع قانون الاوقاف ص 19 .

شيء ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمادة " 79 " : خصص المشروع الفصل الأخير منه لسرد بعض الأحكام العامة ، فقد حددت المادة الرابعة والسبعون بعض التصرفات المتعلقة بالأوقاف ، وأوجبت توثيقها أمام اللجنة المشار إليها فيما سبق ، والإمتنع سماع أى دعوى متعلقة بتلك التصرفات ، ومن الطبيعي أن يستثنى من الحكم السابق التصرفات التي صدرت قبل العمل بالقانون(1) ، وكان بيان اقوال الفقهاء حول ما جاء في المادة (74) .

فالأعيان الموقوفة وخاصة في الوقف الخيري ، الذي يجوز تأييده عرضه للضياع ، وأمتداد يد الطامعين إليه ، وعدم وجود إشهار رسمي له يسهل ضياعه ونكرانه من قبل الآخرين . فسداً لذريعة الإحتيال ، وتنسيقاً لأحكام التصرف في العقارات ، ومحافظه على أعمال الوقف ، أشترط مشروع القانون لصحة الوقف الإشهار رسمياً أمام اللجنة المعدة من قبل الأوقاف(2) .

وتنص المادة " 85 " تصدر حجج الأوقاف موثقة من اللجنة وعلى الهيئة إتمام تسجيل عقارات الوقف ، وإخطار ذوى الشأن(3) . شرح ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمادة (85) : تخفيفاً عن الواقفين . وإزالة للعوائق الإدارية التي قد تحول دون إتمام إجراءات الوقف ، فإن المادة الخامسة والسبعين ، إعتبرت لجنة شئون الأوقاف الجهة الرسمية المختصة بتوثيق حجج الوقف ، وأسند إلى الهيئة إستكمال الإجراءات القانونية لتسجيل أعيان الوقف ، وهذا الإجراء هو في جعلته من قبل السياسة الشرعية ، والتي يملك ولى الأمر حرية تقريرها ما دامت تحقق المصلحة العامة ، وقد سبق أن ورد في مجلة الأحكام العدلية(4) ، نص مماثل للنص المقترح وهو : " لا يعمها بالوقفية فقط ، ولكنه إذا كانت مقيدة بسجل المحكمة الموقوف به ، والموقوف عليه ، فتكون معمولاً بها على ذلك الحال(5) ، وبيان أقوال الفقهاء حول ما جاء في المادة (75) . الحجة عند الفقهاء هي الوثيقة الشرعية المحتوية على قرار أحد الطرفين وتصديق الآخر و ختم وإمضاء القاضى الذى نظمها ، وقد يطلق علي الحجة أيضاً تعبير (سند شرعى) بإعتبار أن صاحبها يستند عليها لدى الحجة ، ويتخذها دليلاً لإثبات مدعاه(6)

(1) المذكرة الايضاحية لمشروع قانون الاوقاف ص 54 .

(2) المذكرة الايضاحية لمشروع قانون الاوقاف ص 54 .

(3) مشروع قانون الاوقاف ص 20 .

(4) باشا : رسم باشا ، مجلة الأحكام العدلية ط 5 ، مطبعة شعاركو ، بيروت ، 1388 هـ / 1968 م ، (1093/2) .

(5) المذكرة الايضاحية لمشروع قانون الاوقاف ص 54 .

(6) احكام الاوقاف و محمد شفيق العاني ص 186 ، مشار اليه ، مشروع قانون الوقف الكويتي ، د. اقبال عبد العزيز المطوع ، ص 348 .

أما اللجنة المختصة بذلك ، فقد إعتبرت لجنة شئون الأوقاف الجهة الرسمية المختصة بتوثيق حجج الوقف ، حيث أسند إلى الهيئة إستكمال الإجراءات القانونية لتسجيل أعيان ، وكان القصد منه هو تحقيق المصلحة للواقفين والمستحقين حتى تضمن حقوق الجميع ولا تضيع الأمانات .

ونصت المادة " 55 " تشكل لجنة أو أكثر لشئون الأوقاف برئاسة قاض تختاره جمعية المحكمة الكلية ويشترك في عضويتها نائب من إدارة الفتوى والتشريع ومسئول من الهيئة ، وتختص بالقيام بالأعمال الولائية والفصل في المنازعات التي تختص بها محاكم الدرجة الأولى وذلك إستثناء من القواعد المحددة الإختصاص القضائي والولائي لتلك المحاكم بالإضافة إلى إختصاصاتها بما يلي :

1- إصدار القرارات في الأمور الواردة في هذا القانون .

2- محاسبة النظار .

3- توثيق جميع الأوقاف .

4- النظر في طلبات التعويض التي تقدم من ذوى الشأن .

5- الفصل في منازعات الأوقاف .

ثالثا : القانون المصرى :

نضع بين يد القارئ القوانين التي تتعلق بإنشاء الأوقاف ودعاويها من سنة 1880 إلى سنة 1946 م ، ومن الموازنة بينهما يتبين جلياً ما نراه غرضاً للشارع ما جاء في لائحة سنة 1880 م أن دعاوى الوقف والإستحقاق فيه تسمح بالبيانات والحجج التي تسمح بها كل الدعاوى ، غير إنه إذا لم تكن له بيانات رجع فيه القاضى إلى سجل القضاة السابقين إذ كان مقيداً بسلبهم ، وهذا نص المادة " 15 " " إذا حصل تنازع في إستحقاق وقف بين مستحقه ، وكان أصل الوقف ثابتاً فيه بينهم ، ولم تثبت الدعوى بالبينة الشرعية لتقدم الوقف وموت شهوده ، وكان لهذا الوقف كتاب مسجل بالسجل المحفوظ الخالى من الشبهة في محل النزاع ، أو كانت شروط الوقف وكيفية إستحقاق مستحقه مقيدة بالسجل المذكور ، فإنه يرجع في كيفية قسمة الإستحقاق والعمل بشروط الوقف لما هو مدون بكتابه المطابق لسجله المحفوظ ، أو لما في السجل المحفوظ عند ضياع الكتاب المرقوم ، فإن قَدَ يجرى العمل فيما ذكر بما كان عليه القوم السابقون ، وبما كانت العادة مستمرة به في أعمالهم " .

وجاء في المادة " 16 " : " إذا كانت لوقف حجة شرعية بتغيير مثلاً على طبق شرط الواقف حسبما يقتضيه الحكم الشرعى ، وكانت تلك الحجة مسجلة بالسجل المحفوظ مطابقة له ، لا شبهة لما في سجلها في محل النزاع ووجد بعض المتنازعين ذلك مع التصادق على الشروط بمنع القضاة من سماع دعوى هذا الجاحد ويبقى العمل على ما في حجة التغيير في السجل المذكور على الوجه المسطور " .

ونرى من هذا إن كل القوة التي إعطيت الحجج المسجلة أنها تغنى عن البيانات عند العجز عنها ، وأنها تمنع سماع الدعاوى المتناقضة لها كما جاء في المادة " 16 " .

وكما حلت محل اللائحة سنة 1897 م جاء فيها منع سماع دعوى الوقف والإقرار به وشروطه ما لم يكن صادراً بإشهاد على يد حكام شرعى ، فقد جاء في المادة التمهدة للثلاثين منها " يمنع سماع دعوى الوقف أو الإقرار به أو استبداله ، أو الإدخال ، أو الإخراج ، أو غير ذلك من باقى الشروط العشرة إلا إذا صدر إشهاد بذلك ممن يملكه على يد حاكم شرعى أو مأذون من قبله وكان مقيداً بدفاتر إحدى المحاكم الشرعية ، وكذا الحال فى دعوى شرط لم يكن مدوناً بكتاب الوقف المسجل ودعوى مستحق لم يكن من الموقوف عليهم بمقتضى كتاب المذكور " .

ونرى من هذا أن تلك اللائحة سالبة بالنسبة لللائحة السابقة سلباً مطلقاً ، فاللائحة السابقة تجيز سماع البيئات غير الرسمية إلا فى أحوال خاصة ، أما تلك فلا تجيز سماع دعاوى الأوقاف وشروط الواقفين إلا إذا كانت ثابتة بإشهاد على يد حكام شرعى أو مأذون من قبله ، وكان مقيداً بدفاتر إحدى المحاكم الشرعية ، وكذلك الحال فى دعوى شرط لم يكن مدوناً بكتاب الوقف المسجل ، وفى دعوى مستحق لم يكن من الموقوف عليهم وقت الدعوى بمقتضى ما ذكر .

ومن الموازنة بينهما وبين لائحة سنة 1897 م نجد إن هذه تمنع سماع الدعوى مطلقاً عند الإقرار وعند الإنكار إلا إذا كان الوقت بإشهاد ؛ ولذا استنبطنا منها أن القانون لا يعترف بالوقف إلا إذا صدر إشهاد شرعى ، أما لائحة سنة 1915 فإنها لا تمنع سماع دعاوى الأوقاف مطلقاً بل عند الإنكار فقط ، ولما عدلت فى سنة 1920 هذه المادة لم تغير تلك الجزئية فيها ، بل إستمرت كما هى حتى بعد أن حلت لائحة سنة 1931 م محل لائحة سنة 1910 فتقيد منع سماع الدعاوى بحال الإنكار فقط ثابت فى كل التعديلات ، ولذلك نستطيع أن نقول ان هذا القانون يعترف بوجود الوقف ولو صدر من غير إشهاده بدليل سماع دعواه عند الإقرار إذ المنع مقيد بحال الإنكار كما رأيت .

ولهذا المعنى جاء القانون رقم 48 لسنة 1946 م ، فعالج هذه الحالة فإشترط فى المادة الأولى لإنشاء الوقف صحيحاً وجود الإشهاد بذلك ، وهذا نص المادة الأولى منه " من وقت العمل بهذا القانون لا يصح الوقف ولا الرجوع فيه ، ولا التغيير فى مصارفه وشروطه والإستبدال به من الواقف إلا إذا صدر بذلك إشهاد ممن يملكه لدى إحدى المحاكم الشرعية بالملكة المصرية على الوجه المبين بالمادتين الثانية والثالثة وضبط بدفتر المحكمة " .

وترى من هذه المادة أنها تلافيت ما كان من عيوب سابقة ، وقد كان ذلك متفقاً مع مقاصد هذا القانون ، وما أشتمل عليه ، لأنه قيد حرية الواقفين في مواضع كثيرة(1).

ومتى صدر إشهاد الوقف طبقاً لما جاءت به المادة وضبط بسجل المحكمة كان الوقف صحيحاً دون إن يتوقف ذلك على التسجيل ، فإذا سمع الإشهاد بالوقف وضبط بدفتر المحكمة كان صحيحاً قانوناً وترتب عليه أثره سواء حرر سنده أو لم يحرر ، سجل أو لم يسجل ، فيكون للوقوف عليه جميع الحقوق التي من شأنها أن يترتبها له من إستحقاق للعللة والنظر ، وهذا دون إخلال بأحكام المادة التاسعة من القانون رقم 114 لسنة 1946 ، ينظام الشهر العقارى ، لأن ثبوت الحقوق المترتبة تصرف شئى ، وإنتقال الحق العيني شئى أمر .

وإشترط التوثيق الذى جاء به القانون فى مادته الأولى صدر عاماً شاملاً لوقف المسجد ، ولكن هذا الظاهر غير مراد المشرع ، فوق المسجد صحيح وإن لم يصدر إشهاد رسمى ، وذلك لأن لا خلاف بين المسلمين فى صحة الوقف على المسجد ، إنما الخلاف فى غيره ما بين مانع ومجيز ، والمجيزون مختلفون فى لزومه . ومن ثم يكون هذا الشرط خاصاً بغير المسجد ، وإلا لكانت اللجنة التى قامت بوضه المشروع وقد خالفت اجماع الفقهاء وأبطلت حكماً متفق عليه ، وذلك يتنافى مع قرار تشكيلها المانع من إبطالها حكماً هو محل إجماع الفقهاء . وعلى هذا يكون وقف المسجد سكوتاً عنه ، فيرجع فى إمره إلى أرجح الأقوال فى مذهب الحنفية ، وهو يقرر إن وقف المسجد صحيح لازم غير متوقف على صدور إشهاد رسمى به(2) . وكان من مقتضى التنسيق أن تكون إقامة من القضاء عند إنشاء الوقف وذلك لا يكون إلا باشتراط إشهاد وضبطه لصحة الوقف ، ولذلك أعطى القضاء سلطة المانع من التوثيق ، كما جاء فى المادة الثانية ، وهذا نصها " إذا تبين للموثق وجود ما يمنع سماع الإشهاد رفع الأمر لرئيس المحكمة ليفصل فيه أو يحيله على أحد القضاة " ، وقد نصت المادة الرابعة على منع المحكمة من توثيق ما يخالف أحكام القانون فقد جاء فيها : " ويرفض سماع الإشهاد إذا اشتمل على تصرف ممنوع او باطل بمقتضى أحكام هذا القانون أو الأحكام الأخرى التى تطبقها المحاكم ، أو إذا ظهر ان المشهد فاقد الأهلية ، وقرار هيئة التصرفات الصادر لسماع الإشهاد أو رفض الإشهاد الذى تختص بسماعه و يكون من التصرفات التى يجوز استئنافها "(3) .

(1) أبو زهرة ، محمد أبو زهرة ، محاضرات فى الوقف ، دار الفكر العربى ، 2005 ، ص 64 الى 66 .

(2) حسنين : أحمد فراج حسنين ، أحكام الوصايا والأوقاف فى الشريعة الإسلامية الطبعة الأولى ، 2000 ، منشأة المعارف ، ص 254 - 255 .

(3) أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص 66 .

وخلاصة مسألة تطور توثيق الوقاف في القوانين الوضعية تقول أن معظم التشريعات القانونية قبل القرن العشرين انصب اهتمامها على صرف الغلة بدرجة أكبر مة اهتمامها بمسألة توثيق الأوقاف . ولما تولى العثمانيون مقاليد السلطة في معظم البلاد العربية صدرت قوانين وأنظمة متعددة لتنظيم شعون الوقف تشريعاً , ومن الأنظمة التي أصدرتها الدولة العثمانية نظام إدارة الأوقاف , والذي صدر في 19 جمادى الآخر سنة 1280 هـ (1863 م) والذي نظم سجلات الأوقاف وسجل توثيقها(1) , وقد أثرت هذه الأنظمة فيما بعد في كثير من تشريعات الوقف في البلدان العربية , ومن ذلك التشريع المصرى , فإن كان تنظيم الوقف في بادئ الأمر عن طريق اللوائح مثل لائحة سنة 1880 م ولائحة سنة 1897 – إلا إنَّ هذه اللوائح لم تشترط التوثيق لصحة إنشاء الوقف , ولكن جعلت التوثيق وسيلة للاثبات في الفصل في دعاوى الوقف والإستحقاق فيه كما سبق ذكره , ثم تطور التشريع في مصر إلى أن صدر قانون رقم 48 لسنة 1946 فإشترط في المادة الأولى لإنشاء الوقف صحيحاً وجود الإشهاد " التوثيق " .

وكما إشتراط هذا القانون أن تكون رقابة من القضاء عند إنشاء الوقف وذلك لا يكون إلا بإشتراط وضبطه لصحة الوقف .

أما في التشريع الليبي فنص في القانون رقم 124 لسنة 1972 م الخاص بأحكام الوقف في المادة الثانية على وجوب الإشهاد عند إنشاء الوقف , وجاء في المذكرة الايضاحية لهذا القانون لولى الأمر عند قيام المصلحة أن يوجب الإشهاد عند إنشاء الوقف ... , ولا شك في وجود المصلحة من إيجاب الإشهاد .

اما مشروع قانون الوقف الكويتي في الفصل العاشر لامادة (74) اشترطت لصحة الوقف الإشهاد عليه رسمياً امام اللجنة المعدة من قبل الوقاف , والتي تم تحديد اختصاصاتها في الفصل الثامن من المادة " 55 " من المشروع , وكان من ضمن اختصاصها – توثيق حجج الوقاف .

أما القانون اللبناني فإنه لم يشترط التسجيل إلا في وقف العقار باعتباره حقاً عينياً , والحقوق العينية لا تعتبر موجودة إلا بتسجيلات بالسجل العقارى , فهو يشترط أمرين لصحة الوقف العقارى .

أ- الإشهاد الرسمي أمام المحكمة الشرعية .

ب- التسجيل القانوني في السجل العقارى .

وهذه خلاصة التطور التاريخي لمسألة توثيق الوقاف عند الفقهاء والتشريعات الوضعية .

(1) إمام و مرجع سابق , ص 209 .

وعلى ذلك نرى إنَّ الفقهاء قد بذلوا جهوداً مضمينة لوضع أصول البناء المؤسسي لنظام الوقف على النحو الذي يحافظ على حرمة ، ويضمن له إستمرار النمو والعطاء اللذين يكفلان تحقيق الغاية منه في خدمة الرقى الاجتماعي العام ، ومن تلك الأصول إحترام إرادة الواقف ، وهى التى يقوم بالتعبير عنها - فى وثيقة وقفية - فى صورة مجموعة من الشروط التى يحدد بها كيفية إدارة أعيان الوقف ، وتقسيم ريعه ، وجهات الأستحقاق من هذا الريع ، ويطلق على تلك الشروط فى جملتها إصطلاح " شروط الواقف " .

وكان من الطبيعى فى تلك البدايات الأولى ان تتسم المؤسسة بالبساطة والبعد عن التعقيد ، ومحدودية العلاقات التنظيمية والإدارية ثم تطورت بمرور الزمن وتعددت بفعل إستمرارية إشراكهم التاريخي وأصبحت كثيفة العلاقات سواء على المستوى الخاص بكل مؤسسة وقفية على حدة أو على المستوى العام . وقد وفرت الإجتهدات الفقهية لنظام الوقف مجموعة من القواعد والإجراءات والمعايير التى كفلت له الإنتظام الإداري والإنضباط الوظيفي ، والفاعلية فى الاداء وتجسد ذلك فى كثير من الأمور ، منها إثبات الوقف (فى صك مكتوب) حجية الوقف ، وتسجيل كافة التصرفات التى تطرأ عليه ، وحفظ جميع وثائقه وأرستها(1) .

الخاتمة

- 1- يجب أن تُؤكَل مهمة توثيق الوقف بإذن من ولي الأمر إلى شخص عدل ومأمون.
- 2- وثيقة الوقف تسجيل ثابت لحفظ تفاصيل الوقف، وتعرفنا على الجوانب الثقافية والاقتصادية والتجارية والاجتماعية والعمرانية .
- 3- تبرز أهمية الوثائق الوقفية فى حفظ الوقف من الضياع ، وتزداد هذه الأهمية فى البلاد غير الإسلامية لأن فى ذلك صيانة لها من إي إعتداء.
- 4- أختلف الفقهاء فى أول من وقف ، حيث قال الأنصار بأن الرسول صلى الله عليه وسلم أول من وقف، ويرى المهاجرون أن عمر رضي الله عنه هو أول من وقف.
- 5- توثيق الوقف فى عهد سيدنا عمر رضي الله عنه اقتصر على توثيق الواقف وقفه بنفسه.
- 6- تطور توثيق الأوقاف فى العصر الأموي وذلك بفصل الخدمات الخاصة بالأوقاف فى ديوان خاص ومستقل عن بقية دواوين الدولة وذلك حماية للواقفين ومصالحهم.

(1) البيومى : إبراهيم البيومى ، فاعلية نظام الوقف فى توثيق التضامن بين المجتمع والدولة فى دول الخليج العربى ، ص

- 7- الإشهاد علي العقود وسائر التصرفات وتوثيقها مما أمر به الله سبحانه وتعالى في قوله تعالى (أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ۚ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ۚ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ...)
- 8- تناول الفقهاء أحكام التوثيق وشرائطه غير أنهم لم يوجبوا توثيق شي من التصرفات ولم يشترطوا التوثيق لصحة التصرف ولم يمنعوا سماع الدعوي به إذا لم يكن مكتوباً أو موثقاً.

المراجع

اولاً:- القرآن الكريم

1- الجامع لأحكام القرآن الكريم، أبو عبد الله الأنصاري القرطبي،

ثانياً:- السنة النبوية

- 1- أحكام الاحكام شرح عمدة الاحكام، أبو الفتح محمد القشيري الشهير بابن دقيق العبد، مطبعة الشرق، مصر.
- 2- السنن الكبرى، أبو بكر احمد بن حسين البيهقي، مطبعة دائرة المعارف حيدرآباد-الهند.
- 3- سنن الدارقطني، علي بن عمر الدارقطني، عالم الكتب، بيروت، لبنان.
- 4- سنن النسائي، أحمد بن شعيب النسائي، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1930

ثالثاً:- الفقه بمختلف مذاهبه

- 1- الأم، أبو عبد الله محمد بن أدريس الشافعي، ط1، المكتبة القيمة.
- 2- المبسوط: شمس الدين أبو بكر محمد ابن أحمد السرخشي دارالمعرفة - بيروت، لبنان.
- 3- السراج الوهاج: محمد حسن الزهري الغمراوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 4- القواعد والفوائد الاصولية: علاء الدين ابن اللحام البعلبي، المكتبة العصرية
- 5- بدائع الصنائع: علاء الدين مسعود ابوبكر الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.
- 6- تحفة المحتاج بشرح المنهاج: احمد بن حجر الهيتمي، دار صادر، بيروت، لبنان.
- 7- ونيل الاوطار: محمد بن علي محمد الشوكاني، بيت الافكار الدولية، عمان، الاردن.

رابعاً:- كتب حديثة في الوقف والفقة والقانون

- 1- أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، أحمد فراج حسنين، الطبعة الأولى، 2000، منشأة المعارف، مصر

- 2- أحكام الوصايا والأوقاف: محمد احمد سراج، دار المطبوعات الجامعية ، 1988 ، الإسكندرية
- 3- استثمار الأموال الموقوفة ، الامانة العامة للأوقاف بالكويت ، 1428 هـ - 2007
- 4- الوصية والوقف في الإسلام مقاصد وقواعد ،محمد كمال الدين إمام ،الاسكندرية مصر 1999
- 5- الوقف الإسلامى بين النظرية والتطبيق، عكرمة سعيد صبري، دار النفاس، بيروت، لبنان.
- 6- الوقف الإسلامى :منذر قحف، دار الفكر المعاصر ،بيروت ،لبنان.
- 7- الأوقاف الإسلامية ودورها الحضارى، عبد الرحمان الضحيان،
- 1- روضة القضاة وطريق النجاة، علي بن محمد السمناي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.
- 2- دور الوقف في المجتمعات الإسلامية ،محمد الأرنؤوط ، ، ط دار الفكر المعاصر ، بيروت لبنان
- 3- علم التوثيق الشرعي ،عبد الله بن محمد بن سعد الحجيلي ، دار البخاري ،المدينة المنورة ،المملكة العربية السعودية ،ط1
- 4- فاعلية نظام الوقف في توثيق التضامن بين المجتمع والدولة في دول الخليج ، إبراهيم البيومي ،دار الفكر العربي، مصر.
- 5- مذكرة في علم التوثيق، ابوبكر محمد حمير ،البيضاء، للطباعة انشر - القاهرة، مصر.
- 6- محاضرات في الوقف: محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2005.
- 7- مجلة الأحكام العدلية: رستم باشا، مطبعة شعاركو ،بيروت، لبنان 1388 هـ 1968م.
- 8- منتدى قضايا الوقف الفقهيية الثاني ، تحديات عصرية واجتهادات شرعية في الطبقة الأولى ، الأمانة لعامة.
- 9- مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ، العدد 42
- 10- كتاب الاموال: ابي عبيد القاسم بن سلام ،دار الهدى النبوي، القاهرة، مصر.
- 11- وثائق مقدسية تاريخية ، كامل جميل العسبلي، عمان، الاردن.

خامسا:- كتب اللغة العربية

- 1- أسس البلاغة، تاج الاسلام فخر حوارزم محمود عمر الزمخشري، دار صادر بيروت ،لبنان.
- 2- المعجم الوسيط، مجموعة العلماء، مجمع اللغة العربية ،القاهرة، مصر.
- 3-
- 4- المصباح المنير، أحمد بن محمد المقرئ الفيومي، المطبعة الأميرية ،القاهرة.

- 5- تاج العروس، مرتضي الزبيدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان
- 6- معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، الحسين، المحقق: عبد السلام محمد هارون الناشر، دار الفكر
- 7- لسان العرب، أبو الفضل محمد بن منظور، دار صادر، بيروت، لبنان.
- 8- أو عبيد، كتاب الأموال، ص 168 - 192

سادسا:- القوانين

- 1- قانون الوقف الليبي رقم 124 لسنة 1972م
- 2- القانون المصري للوقف 1949
- 3- مشروع قانون الوقف الكويتي
- 4- المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 124 لسنة 1972 م .
- 5- المذكرة الايضاحية لمشروع قانون الأوقاف.

معايير شرعية أنظمة الحكم في القانون الدولي
د. عبد الحكيم ضو زامونه
كلية القانون / جامعة طرابلس

مقدمة

إن شرعية أنظمة الحكم باتت من أهم المواضيع التي تلقى اهتماما بالغاً من قبل المجموعة الدولية، حيث لم تعد شرعية الأنظمة السياسية من المسائل الوطنية التي تدخل ضمن النطاق المحفوظ للدول، وتتصرف فيها كيفما تشاء.

إن المجموعة الدولية أصبحت تتعامل بفاعلية مع الأزمات المتعلقة بشرعية أنظمة الحكم التي تحدث بين الحين والآخر بعدد من دول العالم، وبدأت مسألة الشرعية تؤخذ في قوالب معينة ومعدة وفقاً للمبادئ العالمية الحديثة.

إن عوامة الديمقراطية ومبادئ حقوق الإنسان والحريات العامة وانفتاح دول العالم على بعضها البعض وتطور دور المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية له بالغ الأثر على نظرة المجموعة الدولية لمسألة شرعية أنظمة الحكم، حيث أصبحت كافة الشعوب تتطلع إلى حياة أفضل في إطار دولة القانون والمؤسسات الشرعية.

لقد أدى عوامة المبادئ المذكورة أعلاه وتنامي دور المنظمات الدولية إلى النص في عديد من الاتفاقيات التي تؤسس لتحالفات دولية وإقليمية على حسم مسألة شرعية أنظمة الحكم بخصوص الدول الأطراف بتلك الاتفاقيات من حيث تحديد الآليات الشرعية للوصول إلى السلطة وطرق ممارستها وصولاً لشروط استمرار وزوال هذه الشرعية.

إن الإشكالية الأساسية لهذا البحث تتمثل في تحديد المعايير الدولية الحديثة التي يمكن الاعتماد عليها لوصف نظام حكم ما بأنه نظام شرعي أونفي هذا الوصف عنه، وتنبثق عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات فرعية منها دراسة مسألة شرعية الأنظمة في القانون الدولي المعاصر من حيث النصوص الدولية وكذلك دراسة الممارسة الدولية في محاولة لتحديد ماهية المعايير الدولية الحديثة في وصف أنظمة الحكم الشرعية مع الاستشهاد بدور الدساتير الوطنية وعلاقتها بمبدأ الشرعية الدولية.

وبخصوص منهجية البحث سنعمد المنهج الوصفي لسرد نصوص الاتفاقيات الدولية والقرارات ذات العلاقة بموضوع الدراسة، وعلى المنهج التحليلي لدراسة هذه النصوص وكافة التطورات التي لحقت بالمعايير والممارسة الدولية فيما يتعلق بوصف الأنظمة بالشرعية ومدى اهتمام المجموعة الدولية بهذه المعايير.

وسيتيم تقسيم البحث إلى مطلبين يتناول (أولهما) المعايير الدولية الحديثة لشرعية أنظمة الحكم و (ثانيهما) مضمون الديمقراطية كأهم معيار من المعايير الدولية الحديثة لشرعية أنظمة الحكم.

المطلب الأول / المعايير الدولية الحديثة لشرعية أنظمة الحكم

إن مسألة شرعية أنظمة الحكم كانت ولا زالت من الأمور الجدلية التي تتعدد بشأنها الآراء بالقانون الدستوري والقانون الدولي وفي إطار العلاقات الدولية، وأيضاً تعتبر من الأمور التي يتم توظيفها من القوي العظمي لتبرير تدخلاتها في الشؤون الداخلية للدول المستقلة، فالحكم على شرعية نظام سياسي معين لازال محل خلاف بين المجموعة الدولية والدول منفردة وأحياناً بين القوي العظمي فيما بينهما وذلك حسب المصالح الوطنية لكل منها .

أيضاً يمكن القول بأن القانون الدولي العام كان ولعهد قريب يعتبر أن مسألة شرعية أنظمة الحكم من المسائل التي تتعلق بالاختصاص الداخلي للدول أو ما يعرف بالنطاق المحفوظ ولا علاقة للمجموعة الدولية بها، حيث إن لكل شعب الحق في تقرير مصيره باختيار نظامه السياسي الذي يلي أماله وتطلعاته، ولكن هذا المبدأ لم يبق كما كان عليه في ظل التطورات المتلاحقة بمبادئ القانون الدولي والعلاقات الدولية، فحق تقرير المصير قبل تأسيس منظمة الأمم المتحدة ليس هو ذاته بعد إنشائها، و أيضاً لم يبق كما هو بعد إنشاء المنظمات الدولية والإقليمية وإبرام الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة وانتشار مبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان والحريات العامة.

وسوف نستعرض (أولاً) المعايير الحديثة لشرعية أنظمة الحكم و (ثانياً) تضمين تلك المعايير بالدساتير الحديثة .

أولاً : المعايير الحديثة لشرعية أنظمة الحكم

إن مسألة نظام الحكم، كما تمت الإشارة إلى ذلك مسبقاً، لم تعد من الأمور المحلية التي تمارس عليها الدولة اختصاصاتها بحرية مطلقة، حيث لم يعد تغيير نظام الحكم في الدولة يحدث بمعزل عن المجموعة الدولية وأصبح بالتالي أكثر صعوبة وتعقيداً، فلم تعد هذه الأخيرة تقبل التغيير غير المبرر أو التغيير الذي تنفذه جماعة تطمح للوصول إلى السلطة بغض النظر عن أسباب ودوافع ذلك التغيير، فلا قبول حالياً للانقلابات العسكرية أو الانقلابات على الأنظمة الدستورية بدون إتباع الآليات الشرعية المنصوص عليها في الدستور، ولا قبول أيضاً لتغيير الأنظمة بالاستعانة بالأجنبي بشكل فردي ومعزل عن الجهات الدولية المعنية.

فبالرغم من استمرار حدوث عدة صور من التغيير غير الشرعي لأنظمة الحكم بالعالم، إلا أنها لم تعد تلقى قبولا من المجموعة الدولية، وأصبحت تشكل حرجاً للدول التي تحصل فيها، بل وللدول التي تعترف بهذا التغيير. فالوصول إلى الحكم بالآليات الشرعية المنصوص عليها بالدستور، أصبح من أهم المبادئ التي تراعيها الدول لكي تعترف بالحكومات وتقيم معها علاقات مباشرة، خاصة الدول الديمقراطية التي تحترم مبادئ حقوق الإنسان ويتنافس فيها السياسيون على الحكم بحرية وشفافية مطلقة.

إن الحكومات الديمقراطية باتت تحرص على أن تبين مدى اهتمامها بهذه المعايير في إطار علاقاتها الدولية ، وإلا فإنها ستكون محل انتقاد شديد من قبل الرأي العام الداخلي والمثالي على ذلك ما حصل عند زيارة ولي العهد السعودي للمملكة المتحدة البريطانية في شهر مارس سنة 2018 م ، حيث قوبلت تلك الزيارة بمعارضة شديدة من قبل المدافعين عن حقوق الإنسان في بريطانيا ، وشهدت العاصمة لندن مظاهرات واحتجاجات على هذه الزيارة معتبرين أن ما تقوم به المملكة العربية السعودية في حربها ضد اليمن آنذاك انتهاكا لحقوق الإنسان .⁽¹⁾

كما اتهمت الصحافة وأحزاب المعارضة الحكومة البريطانية بتلك الفترة بالتواطؤ مع حملة القصف الجوي الذي تنفذه القوات السعودية وحلفائها ضد اليمن ، على اعتبار أن بريطانيا تعد المصدر البارز لتوريد الأسلحة إلى السعودية ، الأمر الذي دعي الحكومة البريطانية إلى تأكيد استجابتها لتلك الاحتجاجات قبل الزيارة وإعلان رئيسة الوزراء بأنها سوف تؤكد خلال لقاءاتها مع ولي العهد السعودي على أهمية الوصول الكامل وغير المقيد للمساعدات الإنسانية والتجارية عبر الموانئ التي أغلقتها السعودية وبأنها ستدعو إلى التعجيل بالوصول إلى حل سياسي للأزمة⁽²⁾

إن كافة هذه الأسباب ساهمت وبشكل جلي في نقل مسألة شرعية أنظمة الحكم من الشأن الداخلي إلى الشأن الجماعي الإقليمي بل والدولي أحيانا .لهذا حرصت اغلب المواثيق الدولية والاتفاقيات الإقليمية الحديثة التي تختص بمسألة حقوق الإنسان بشكل مباشر أو غير مباشر على معالجة شرعية أنظمة الحكم في الدول الأعضاء بها ، وحرصت أيضا على ضمان استمرار هذه الشرعية بل وفرضت عقوبات على من يخالف قواعد الشرعية المنصوص عليها بتلك المواثيق والاتفاقيات.

إن عدم الاستقرار السياسي في بعض مناطق العالم وكثرة تغيير أنظمة الحكم عن طريق الانقلابات العسكرية ساهم مساهمة كبيرة في لفت انتباه المجموعة الدولية إلى ضرورة العمل لكبح جماح هذه التحركات والعمل على خلق استقرار سياسي بتلك المناطق الذي سيساهم حتما في النمو الاقتصادي وتحريك عجلة التنمية .

إن إقامة نظام حكم ديمقراطي مستقر يكون فيه الفصل للدستور والقانون ، وتحقيق وتنفيذ فيه إرادة الشعب ، مهما كانت الوسائل والآليات، سيؤدي حتما إلى فرض الأمن وتحقيق الاستقرار السياسي والاقتصادي، ولهذا شرعت الجماعات الإقليمية بالعصر الحديث في إبرام اتفاقيات تنظم مسألة شرعية

⁽¹⁾ انظر، تقارير وتصريحات الأمم المتحدة بخصوص حرب اليمن على الرابط <https://news.un.org/ar/story/2017/05/276602>.

⁽²⁾ احتجاجات تستقبل ولي عهد السعودية في أول زيارة له إلى بريطانيا ، خبر على موقع BBC عربي ، بتاريخ 7 مارس 2018 م، على الرابط : <http://www.bbc.com/arabic/mlddLeeast-43312684>.

أنظمة الحكم ، وتجب الإشارة إلى أن هذه لاتفاقيات لا تهدف إلى توحيد أشكال الحكم بكافة الدول الأطراف بها ، أو فرض نظام حكم معين ، وإلا فإنها ستكون منتهكة لمبدأ حق الشعوب في تقرير المصير الذي أكدت عليه محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري لسنة 1975 م المتعلق بالصحراء الغربية عندما ذكرت (لا وجود لأي قاعدة قانونية دولية تلزم الدول بتبني شكل محدد، والدليل هو تنوع أنظمة الدول في العالم اليوم) ⁽¹⁾

إن الاتفاقيات المشار إليها أعلاه تهدف إلى إيجاد معايير وسبل يتوجب مراعاتها للوصول إلى السلطة ومنع تكرار المحاولات غير الدستورية التي تؤدي إلى عدم الاستقرار السياسي والاقتصادي والانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان بهذه الدول وكذلك بالدول المجاورة .

إن الأمثلة على هذه الاتفاقيات كثيرة نذكر منها الاتفاقية المؤسسة لمنظمة الدول الأمريكية التي نصت صراحة في ديباجتها على (إن الدول الأعضاء على قناعة بان الديمقراطية النيابية تشكل شرطا ضروريا للاستقرار والسلام والتنمية في المنطقة وبان التضامن الأمريكي وحسن الجوار لا يمكن أن يتحققا إلا في ظل منظمة قائمة على مؤسسات ديمقراطية) ⁽²⁾

كما نص الميثاق الديمقراطي للدول الأمريكية لسنة 2001م على مبدأ الديمقراطية أيضا، حيث نصت المادة (2) منه على أن (الديمقراطية النيابية تشكل أساس الأنظمة الدستورية للدول الأعضاء في المنظمة) ⁽³⁾

من النصوص السابقة يتضح بأن هذه الاتفاقية تعتمد نظام الديمقراطية النيابية كمييار لشرعية الأنظمة السياسية للدول لأعضاء دون أن يفرض عليها شكل حكم معين.

ومن الأمثلة الأخرى للاتفاقيات والإعلانات التي تنظم مسألة الشرعية يمكن ذكر الاتفاقيات والإعلانات المنظمة للاتحاد الأوروبي ومنها إعلان كوبنهاجن لسنة 1993م الذي نص على جملة من المعايير التي يجب أن تتوفر في الدول التي ترغب في الانضمام إلى الاتحاد، حيث تم النص على جملة من الشروط السياسية والاقتصادية والتشريعية تقضي بضرورة أن تكون الدولة طالبة الانضمام تعتمد نظام حكم ديمقراطي يتضمن مؤسسات مستقلة تضمن الديمقراطية واحترام القانون وحقوق الإنسان وبأن تكون الانتخابات الشفافة والنزيهة هي الإلية الشرعية للوصول إلى السلطة بهذه الدول، وكذلك بان تعدل الدول الراغبة في الانضمام للاتحاد قوانينها وتشريعاتها بما يتطابق مع هذه المعايير، وحتى قبل النص

⁽¹⁾ موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948 - 1991، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 1992، وثيقة رقم 1 / ST/LEG.F، ص 133

⁽²⁾ مشار إلى ذلك لدي الشيباني أبو هامود، الديمقراطية في القانون الدولي بين المشروعية والقوة ، بيروت ، مركز دراسات الوحدة العربية ، ط 1، 2017 م ، ص 44 .

⁽³⁾ المرجع نفسه ، ص 45 .

على هذه المعايير بإعلان كوبنهاجن لسنة 1993م كانت سياسة الاتحاد الأوروبي هي رفض طلبات انضمام الدول التي لا تنتهج نظام ديمقراطي للحكم ولا تحترم التعددية أو التي كانت آلية الوصول إلى السلطة فيها بوسائل غير دستورية. وفي هذا الإطار قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية الحزب الشيوعي الموحد في تركيا سنة 1998م بأن (الديمقراطية هي الشكل السياسي الوحيد المتصور وفقا للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان سنة 1950م ، وبأنها الوحيدة المنسجمة معها).⁽¹⁾

أيضا تناول القانون التأسيسي للاتحاد الأفريقي مسألة الشرعية في نص المادة (30) منه والتي ذكرت بأنه (لا يسمح للحكومات التي تصل إلى السلطة بطرق غير دستورية بالمشاركة في أنشطة الاتحاد).⁽²⁾ من خلال النصوص التي تم ذكرهما، يتضح أن المجموعة الدولية تنحو إلى إقرار معايير جديدة لشرعية أنظمة الحكم، وهي معايير الديمقراطية وسيادة القانون واحترام حقوق الإنسان وترسيخ دولة المؤسسات، حيث أصبحت الحكومات الشرعية وفقا لهذه المعايير هي تلك الحكومات التي تصل إلى السلطة باليات دستورية والتي تحترم مبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان .

أن التساؤل الذي يثار في هذا المقام يتمثل في الآليات الدستورية للوصول إلى السلطة، وبما إن المسائل الدستورية لا زالت في إطار النطاق المحفوظ للدولة التي لا يحق التدخل الأجنبي بشأنها، فهل تضمن الدساتير الوطنية أن تكون آليات الوصول إلى الحكم ديمقراطية وتتطابق مع المعايير الدولية ؟ إن الواقع يثبت بأنه يمكن التحايل على الدساتير في كثير من الدول التي لا تؤمن السلطات الحاكمة فيها بالديمقراطية والتعددية السياسية والتداول السلمي على السلطة، والأمثلة على ذلك كثيرة نذكر فيها لجؤ الرؤساء ببعض الدول إلى تعديل الدساتير التي لا تسمح بتولي الرئيس منصب الرئاسة لأكثر من ولايتين كما حدث في تونس سنة 2000 م والجزائر سنة 2008 م وكذلك روندا سنة 2015م وغيرها، كما أن هناك دول لا تنص دساتيرها أصلا على الديمقراطية والانتخابات والتداول السلمي على السلطة كما هو الحال في دساتير الدول التي تعتمد نظام حكم الفرد أو الأسرة أو الحزب الواحد.

وتجب الإشارة إلى أنه في ظل انتشار مبادئ الديمقراطية وعمولة قضايا حقوق الإنسان والحريات العامة، أصبحت الشعوب تنادي بضرورة ضمان حقوقها السياسية المتمثلة في المشاركة بالحياة العامة واختيار النظام السياسي الذي يلي طموحاتها وتكون فيه السيادة للدساتير التي تؤدي دورها كضامن لحكم القانون.

⁽¹⁾ Recueil des arret et decisions pp .21-22 ، 1988

⁽²⁾ القانون التأسيسي للاتحاد الإفريقي ، معتمد في الدورة العادية (36) لمؤتمر رؤساء الدول والحكومات في لومي، التوجو ، 2000/7/11م.

إن اغلب دساتير دول العالم اليوم تنص على حق المواطنين في اختيار من يحكمهم ويمثلهم عن طريق الانتخابات الحرة والنزيهة، فلم تعد صور الحكم الشمولية التقليدية منتشرة كما كان عليه الأمر بالسابق، حيث أن اغلب الدساتير المعاصرة تنص على وجوب أن يكون نظام الحكم ديمقراطياً ويقوم على التعددية السياسية والتداول السلمي على السلطة.

ثانياً: تضمين المعايير الدولية بالدساتير الحديثة

إن الأمثلة على ذلك كثيرة، نذكر منها الإعلان الدستوري المؤقت بليبيا سنة 2011م، الذي ينص في مادته (30) على حق المواطنين في انتخاب من يمثلهم عن طريق انتخابات حرة ونزيهة.⁽¹⁾ ولقد تم التأكيد على ذلك أيضاً بمشروع الدستور الليبي الذي أعدته الهيئة التأسيسية.

أيضاً يمكن ذكر الدستور المغربي لسنة 2011م الذي ينص في مادته الأولى على أن (نظام الحكم في المغرب نظام ملكية دستورية، ديمقراطية برلمانية واجتماعية)، كما تنص المادة (11) منه على أن (الانتخابات الحرة والنزيهة والشفافة هي أساس مشروعية التمثيل الديمقراطي وإن السلطات العمومية ملزمة بالحياد التام إزاء المرشحين، وبدعم التمييز بينهم)⁽²⁾ أيضاً يمكن ذكر دستور دولة جنوب إفريقيا لسنة 1996م، الذي ينص في مادته الأولى على أن (جمهورية جنوب إفريقيا دولة ديمقراطية ذات سيادة تقوم على القيم التالية... ونظام الحكم الديمقراطي القائم على تعدد الأحزاب لضمان المساءلة الشفافية والعلانية)⁽³⁾

أيضاً ينص الدستور فنزويلي لسنة 1999م على الديمقراطية بأكثر من موضع، حيث تنص المادة الثانية منه على أن (فنزويلا دولة ديمقراطية واجتماعية تقوم على أساس القانون والعدالة)، وتنص المادة السادسة على أن (حكومة جمهورية فنزويلا البوليفارية والأجهزة السياسية التي تشكلها ديمقراطية وستكون أبداً ديمقراطية وتشاركية ومنتخبة ولا مركزية ومتناوبة ومسئولة وتعددية بسلطة قابلة للإلغاء)⁽⁴⁾

إن ما ذكر أعلاه من أمثلة لنصوص دستورية تؤكد على إن اغلب دول العالم بالعصر الحديث باتت تحرص على أن تكون أنظمتها حكماً ديمقراطية، حيث إن هذه الأخيرة أصبحت من أهم المعايير التي تقيم على أساسها أنظمة الحكم خاصة بعد النص على ذلك بالاتفاقيات والإعلانات الدولية والإقليمية والدساتير الوطنية.

(1) الإعلان الدستوري الليبي المؤقت لسنة 2011م الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي الليبي في 2011/8/3م.

(2) انظر، دستور المملكة المغربية الصادر سنة 2011م والمنشور عبر الموقع constituteproject.org بتاريخ 2018/7/27م

(3) انظر، دستور جنوب إفريقيا المنشور على الموقع: constituteproject.org

(4) انظر، دستور فنزويلا لسنة 1999م وتعديلاته لغاية 2009م، المنشور على الموقع constituteproject.org

وتجدر الإشارة إلى إنه لا يمكن القول بان كافة دول العالم باتت أنظمة حكمها ديمقراطية، فبالرغم من أن بعض الدول تنص دساتيرها الوطنية على وجوب أن تكون السلطة الحاكمة فيها ديمقراطية، أو وصلت إلى الحكم بهذه الطريقة، وبالرغم أيضا من أن بعضها أطرافا في اتفاقيات دولية تنص على وجوب أن تكون الأنظمة السياسية بهذه الدول ديمقراطية، إلا إن الواقع العملي نجده يختلف تماما عن تلك النصوص النظرية، حيث إن عديد من الدول تكون دساتيرها على أكمل وجه على الصعيد النظري من حيث تأكيدها على الديمقراطية واحترام حق الشعب في اختيار ممثليه عن طريق انتخابات حرة وشفافة ونزيهة، إلا إن الواقع العملي يختلف تماما عن تلك النصوص.

إن عديدا من الدول تكون أنظمة الحكم فيها شمولية دكتاتورية وتم الوصول إلى الحكم فيها عن طريق التحايل على النصوص والمبادئ الدستورية، ويتمثل ذلك في تزوير الانتخابات أو القضاء على المنافسين واستبعادهم أو التأثير على إرادة الناخبين حيث تصبح هذه الأنظمة دكتاتورية بالرغم من الصبغة الديمقراطية التي صبغت بها.

عموما: إن التحايل على النصوص الدستورية ومحاولات احتكار السلطة ببعض الدول والتفاوت فيما بينها بخصوص احترامها لمبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان لا يعيق حقيقة التغيير والتطور بخصوص مسألة انتشار هذه المبادئ والحكم الديمقراطي عالميا، فعالم اليوم ليس كما كان عليه الوضع في السابق، حيث نلاحظ تغييرا جذريا طرأ بعدد من الدول خلال العقود الماضية، فحتى روسيا بدستورها الجديد لسنة 1993م وتعديلاته ينص على إن وصول الرئيس إلى السلطة يتم عن طريق الانتخابات المباشرة وليس كما كان عليه الحال بعهد الاتحاد السوفيتي سابقا الذي كان يقوم على نظام الحزب الواحد.

أيضا اسبانيا اليوم وبعد اعتماد دستور سنة 1978م وتعديلاته، لم تعد كما كانت بعهد الجنرال فرانكو الذي حكم البلاد منفردا ولمدة تجاوزت ستة وثلاثين عاما متصلة وحتى وفاته سنة 1975م، حيث أن اسبانيا أصبحت ومنذ اعتماد الدستور بلد ديمقراطي ينتخب فيه المواطنين ممثلهم ويتم فيه التداول السلمي على السلطة ويتجهج الخيار الديمقراطي السائد عالميا.

كذلك يمكن القول بان حتى الدول التي كانت تدعى الديمقراطية وتتحايل عليها أصبحت تحترمها وذلك بتكريس مبدأ التداول السلمي على السلطة كالجهورية التونسية، حيث إن هذه الأخيرة كان يصل فيها الرئيس إلى السلطة عن طريق الانتخابات ولكنها كانت توصف بالصورية وتصل نسبة الفوز فيها للأكثر من 90% كما حصل في الانتخابات الرئاسية لسنة 2004م.⁽¹⁾ فتونس اليوم أكثر ديمقراطية ويتم التنافس فيها على الحكم من كافة المواطنين الذين تتوافر فيهم شروط الترشح، وذلك كما حصل

⁽¹⁾ بن علي يفوز بالانتخابات الرئاسية، خبر منشور على الانترنت عبر موقع المصور عبر الرابط

بالانتخابات الرئاسية لسنة 2014م التي فاز فيها الرئيس السابق الباجي قائد السبسي بنسبة 55% مقابل 45% من الأصوات لمنافسه المرزوقي.⁽¹⁾

أيضا يمكن الإشارة للانتخابات التي تليها أيضا سنة 2019م والتي فاز فيها الرئيس الحالي قيس سعيد بنسبة 72% مقابل 28% من الأصوات لمنافسه نبيل القروي، وبالتالي تراجع ما اعتاد عليه التونسيون بان يكون نسبة النجاح تفوق 90%.

عموما يمكن القول بان الاهتمام أصبح يتزايد بالديمقراطية على الصعيدين الوطني والدولي سواء من الناحية النظرية بالنص على ذلك بالدساتير الحديثة والاتفاقيات الدولية أو من الناحية العملية وممارسات الدول.

إن شرعية أنظمة الحكم إذا أصبحت مرتبطة بمفهوم الديمقراطية وأصبحت هذه الأخيرة معيارا مهما لوصف نظام حكم معين بأنه شرعي من عدمه، وفي هذا الشأن يمكن طرح عدة تساؤلات أهمها ما هو مضمون الديمقراطية؟ وهل لها صورة واحدة؟ وما هو مصدر مضمونها؟ وسنقوم بدراسة ذلك بالمطلب الثاني:

المطلب الثاني : مضمون الديمقراطية كأهم معيار لشرعية أنظمة الحكم

إن التحولات الفكرية وعولمة مبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان التي طرأت ببدايات القرن الواحد والعشرين أدت إلى مطالبات شعبية بضرورة مواكبة التشريعات الوطنية لهذه التحولات بكافة دول العالم، وبالتالي بدأ تضمين تلك المبادئ بشكل صريح بكافة الدساتير الوطنية الحديثة. أيضا، وكما تمت الإشارة مسبقا، هناك عديد من الاتفاقيات الدولية التي نصت وبشكل صريح على معيار الديمقراطية باعتبارها المعيار الأهم لوصف أنظمة الحكم بالشرعية وباعتبارها أيضا حق من حقوق الإنسان.

إذا سنحاول تحديد مضمون هذا المعيار أو الصورة المثلى للديمقراطية الحقيقية التي تلي الهدف من النص عليها على الصعيدين الوطني والدولي.

إن الديمقراطية مفهوم موسع ساهم في إثرائه عديد من المفكرين والباحثين وبمجالات متعددة، كل حسب تصوره، ومتأثرين في ذلك بالظروف والمعطيات والمبادئ والمعتقدات التي كانوا يعيشون في ظلها، إن ذلك أدب إلى الاختلاف بخصوص تفاصيل المفهوم رغم اتفاقهم حول الإطار العام له، ولقد أدب إلى وجود صور متعددة للديمقراطية وتعريفات مختلفة تعكس إيديولوجيات واضعيها.

إن التعريفات المتعددة للديمقراطية تتفق بشكل عام على أنها مشاركة الشعوب بشكل مباشر أو غير مباشر في تسيير شؤون البلاد وتحديد السياسات العامة للدولة، وذلك باختيار من يمثلهم في السلطة،

⁽¹⁾ قائد السبسي رئيساً لتونس، موقع قناة العربية الإخبارية بتاريخ 2014/12/21م.

فقاموس القانون الدولي يذكر بان الديمقراطية هي (نظام سياسي يقوم على مشاركة الشعب في الحكم ، وبأنها نظام سياسي يتصف باحترام الشخصية الإنسانية) (1)

أيضا من خلال النصوص القانونية سواء على المستوى الوطني أو الدولي، وبالنظر للممارسة العملية للديمقراطية بدول العالم ومن خلال التجارب الدولية بخصوص أزمات شرعية أنظمة الحكم ، نلاحظ إن أهم صورة من صور الديمقراطية والتي أصبحت تسود العالم هي الانتخابات ، فهذه الصورة باتت الأكثر انتشارا وشيوعا ومعتمدة بأغلب دول العالم فيما يتعلق باختيار حكوماتها وعلى الاستفتاء بخصوص إقرار دساتيرها.

إن دول العالم أولت اهتماما كبيرا بالية الانتخابات كوسيلة لتحقيق الديمقراطية من خلال النص على ذلك بالاتفاقيات والمواثيق الدولية، فهذه الأخيرة تؤكد على إن الانتخابات هي الوسيلة الفعالة لممارسة الديمقراطية وكحق من حقوق الإنسان والتي يتم من خلالها ممارسة كافة الحقوق السياسية الأخرى. إن الأمثلة على ذلك كثيرة على الصعيدين الوطني والدولي ويمكن الإشارة إلى بعضها في التالي:

أولا . النصوص الوطنية :

إن اغلب دول العالم باتت تنص في دساتيرها على الديمقراطية كمييار وحيد لشرعية نظام الحكم وبأن الانتخابات هي الوسيلة الشرعية للوصول إلى السلطة. فروسيا الاتحادية مثلا ينص دستورها الحالي الصادر سنة 1993م في المادة (3) فقرة (3) منه على أن (الاستفتاء والانتخابات الحرة هي التعبير الأعلى المباشر عن سلطة الشعب) (2)

كذلك تم النص على الانتخابات بالإعلان الدستوري المؤقت لدولة ليبيا الصادر سنة 2011م . حيث نصت المادة (30) منه على وجوب انتخاب أعضاء المؤتمر الوطني العام في ليبيا من قبل الشعب مباشرة (3)

أيضا الدستور المغربي لسنة 2011م ينص على الانتخابات بشكل مباشر في المادة (2) التي تعلن بأن (السيادة للأمة، تمارسها مباشرة بالاستفتاء، وبصفة غير مباشرة بواسطة ممثليها، وتختار الأمة ممثليها

(1) انظر، salmon(Jean) Dictionnaire du droit international public ,BuuxeLLes, 2001 , p.319 .

(2) انظر. دستور الاتحاد الروسي الصادر سنة 1993م وتعديلاته ، منشور على شبكة المعلومات الدولية عبر موقع <http://cutt.us/q3ARi> بتاريخ 2018/7/27م . عبر الرابط <http://cutt.us/q3ARi> ، تاريخ الزيارة 2022/6/5م

(3) انظر. الإعلان الدستوري الليبي المؤقت لسنة 2011م، مرجع سابق، ص 6-7 .

في المؤسسات المنتمجة بالاقتراع الحر والنزيهة والمنظم) كما تناول الدستور الانتخابات في المادة (11) أيضا والتي تنص بان (الانتخابات الحرة والنزيهة والشفافة هي أساس مشروعية التمثيل الديمقراطي)⁽¹⁾ كما أن دستور دولة جنوب إفريقيا لسنة 1996م نص هو أيضا على الانتخابات في المادة (1) فقرة (3) والتي تنص على أن الجمهورية تقوم على جملة من القيم من بينهما (الاقتراع العام للبالغين، والسجل العام الوطني للناخبين، والانتخابات الدورية، ونظام الحكم الديمقراطي القائم على تعدد الأحزاب لضمان المساءلة والشفافية والعلنية)⁽²⁾

أما الدستور الموريتاني لسنة 1991م وتعديلاته لغاية سنة 2017م فينص هو أيضا بالجزء المتعلق بالحقوق السياسية على أن (الشعب هو مصدر كل سلطة والسيادة الوطنية ملك للشعب يمارسها عن طريق ممثليه المنتخبين وبواسطة الاستفتاء) كما نص أيضا بالمادة (2) من الباب الأول على تجريم الانقلابات العسكرية واعتبارها من الجرائم التي لا تسقط بالتقاوم.⁽³⁾

وأخيرا يمكن الإشارة أيضا للدستور التركي لسنة 1982م الذي نص على الانتخابات واعتبرها الأداة التي تمكن المواطنين من المشاركة في الحياة السياسية، حيث تنص المادة (67) منه على انه (للمواطنين الحق في التصويت والترشح والمشاركة في الحياة السياسية سواء بصفة مستقلة أو من خلال حزب سياسي وتكون المشاركة في الاستفتاء وفقا للشروط المنصوص عليها في القانون وتجرى الانتخابات وفقا لمبادئ الاقتراع الحر والمتساوي والسري والمباشر والعام، وفقا لمبدأ الفرز العلني للأصوات)⁽⁴⁾

ثانيا: النصوص الدولية.

إن المجموعة الدولية أصبحت تولي موضوع الديمقراطية اهتماما بالغا وذلك كنظام حكم تتطلع إليه كافة الشعوب بالعالم، وباتت تسعى إلى نشر هذا النظام على أوسع نطاق ليحل محل أنظمة الحكم التقليدية التي كانت تقوم على حكم الفرد أو العائلة أو القبيلة وبعيدا عن التعددية والتداول السلمي على السلطة.

إن المجموعة الدولية حرصت وبالعديد من المناسبات بالنص على الديمقراطية كنظام حكم وعلى الانتخابات كوسيلة وحيدة للوصول لهذه الغاية، ونذكر من هذه النصوص على سبيل المثال المادة

(1) انظر: دستور المملكة المغربية الصادر سنة 2011م، مرجع سابق، ص 4 .

(2) انظر: دستور جنوب إفريقيا لسنة 1996م وتعديلاته، مرجع سابق ص 12.

(3) انظر: دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية الصادر في 20/7/1991م وتعديلاته لغاية سنة 2017م والمنشور على موقع الرشد لترقية الثقافة والديمقراطية والحكامة الرشيدة في موريتانيا عبر الرابط <http://cutt.us/tFFED>، 5مايو 2022م

(4) انظر: الدستور التركي لسنة 1982م وتعديلاته لغاية سنة 2011م المنشور بالموقع constitueproject.org بتاريخ 29 يناير 2019م

(21) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 10 ديسمبر 1948م، والتي تنص على أن (إرادة الشعب هي مناط سلطة الحكم، ويجب أن تتجلى هذه الإرادة من خلال انتخابات نزيهة تجرى دوريا وبالاقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين)⁽¹⁾

أيضا نص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على الانتخابات في المادة (25) والتي تنص على انه يحق لكل مواطن دون أي وجه من وجوه التمييز أن (ينتخب ويُنتخب في انتخابات نزيهة تجرى دوريا وبالاقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين)⁽²⁾

أيضا ميثاق باريس لسنة 1990م نص هو أيضا على أن (الحكومة الديمقراطية تقوم على إرادة الشعب المعبر عنها بشكل دوري بواسطة انتخابات حرة) كما نص الميثاق على أن (الديمقراطية التمثيلية والتعددية تفترض المسؤولية تجاه الانتخابات والتزام السلطات العامة بالعمل وفقا للقانون وحيادية القضاء)⁽³⁾

كذلك اعتبرت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لسنة 1969م الانتخابات حق من حقوق الإنسان، حيث نصت في المادة(23) بالفقرة الأولى على حق الإنسان في (أن ينتخب ويُنتخب في انتخابات نزيهة تجرى دوريا بالاقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين وبالتصويت السري وتضمن التعبير الحر عن إرادة الناخبين)⁽⁴⁾

كما نصت المادة (24) من الميثاق العربي لحقوق الإنسان لسنة 2004م على الانتخابات حيث ذكرت بان لكل مواطن الحق في (ترشيح نفسه أو اختيار من يمثله بطريقة حرة ونزيهة وعلى قدم المساواة بين كافة المواطنين)⁽⁵⁾

وبخصوص منظمة الأمم المتحدة، فتجدر الإشارة إلى أن الجمعية العامة أصدرت عديد من القرارات التي تتناول الانتخابات وتحث الدول على الاعتماد عليها كوسيلة لدعم الديمقراطية وضمان الحقوق السياسية، ويمكن الإشارة هنا إلى القرار رقم 157/43 لسنة 1988م الذي اعتمده الجمعية العامة في دورتها العادية رقم (43)، والذي كان تحت عنوان زيادة فعالية مبدأ إجراء انتخابات دورية ونزيهة،

⁽¹⁾الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة بتاريخ 10-12-1948م.

⁽²⁾العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة رقم 2200، 16 ديسمبر 1966م.

⁽³⁾ميثاق أوروبا الجديدة المعروف بميثاق باريس الصادر عن مؤتمر الأمن والتعاون في أوروبا، منشور على الرابط :

[https:// www.osse.org/mc/39516?downLoad=true](https://www.osse.org/mc/39516?downLoad=true)

⁽⁴⁾الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، أقرت في نوفمبر سنة 1969م.

⁽⁵⁾جامعة الدول العربية، مجلس الجامعة، الميثاق العربي لحقوق الإنسان الصادر في 23 مايو 2004م، منشور على

الرابط : [http:// hrLibrar.umn.edu/arab/aoo3-2.html](http://hrLibrar.umn.edu/arab/aoo3-2.html) 2022/5/6

والذي تم فيه التأكيد على النصوص المتعلقة بالانتخابات والواردة في كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية اللذان يقران بان سلطة الحكم مصدرها الأساسي هو إرادة الشعب المعبر عنها في انتخابات دورية ونزيهة. كما نصت الفقرة الثانية من القرار على أن الجمعية العامة للأمم المتحدة (تؤكد اقتناعها بان الانتخابات الدورية النزيهة عنصر ضروري لا غنى عنه في الجهود المتواصلة المبذولة لحماية حقوق ومصالح المحكومين)⁽¹⁾

كما يمكن الإشارة إلى قرار الجمعية العامة رقم 146/44 لسنة 1989م والمعنون هو أيضا بزيادة فعالية مبدأ إجراء انتخابات دورية ونزيهة، حيث تنص الفقرة الثالثة منه على أن الجمعية العامة (تعلن إن تقرير إرادة الشعب يستلزم عملية انتخابية توفر لجميع المواطنين فرصة متكافئة لترشيح أنفسهم والإدلاء بأرائهم السياسية)⁽²⁾.

وتجب الإشارة إلى إن الجمعية العامة أصدرت قرارات عدة وفيديوات متتالية تؤكد جميعها على تعزيز دور الأمم المتحدة في زيادة فعالية مبدأ إجراء انتخابات دورية ونزيهة وتشجيع عملية إقامة الديمقراطية نذكر منها القرار رقم 150/45 لسنة 1990م والقرار 137/46 لسنة 1991م وكذلك القرارات 190/49 و 129/52 و 173/54 للسنوات 1994م، 1997م، 1999م، على التوالي.

وعلى الصعيد العملي، وبالإشارة للازمات التي عصفت بعدد من دول العالم، نلاحظ بان المجموعة الدولية في إطار المنظمات العالمية والإقليمية تلجا لحل تلك الأزمات المتعلقة بالصراع على السلطة إلى الانتخابات باعتبارها الوسيلة الوحيدة التي تعبر عن إرادة الشعب بشكل مباشر وباعتبارها أيضا تضمن تحقيق الديمقراطية والمشاركة السياسية للمواطنين خاصة عندما تكون حرة ونزيهة وشفافة، والأمثلة على ذلك كثيرة نذكر منها أزمة كمبوديا حيث دعت الجمعية العامة في قرارها رقم 44/22 بشهر نوفمبر لسنة 1989م بالسماح للشعب الكمبودي بممارسة حقه في تقرير مصيره عن طريق إجراء انتخابات حرة نزيهة وديمقراطية وتحت إشراف دولي.⁽³⁾

أيضا اتخذ مجلس الأمن الدولي نفس الموقف بخصوص العراق حيث انه طلب من مجلس الحكم العراقي الانتقالي بتبني خطة واضحة وجدولا زمنيا لكتابة دستور للبلاد وإجراء انتخابات ديمقراطية بناء على ذلك الدستور.⁽⁴⁾

(1) الأمم المتحدة، الجمعية العامة، قرار رقم 157/43، 157/43، 8/12/1988م وثيقة رقم A/RES/43/157

(2) الأمم المتحدة، الجمعية العامة، إقرار رقم 146، 15/44، ديسمبر 1989م، وثيقة رقم A/RES/44/146

(3) انظر، الأمم المتحدة، الجمعية العامة، قرار رقم 22/44 (الحالة في كمبوديا) 15 نوفمبر 1989م، وثيقة رقم

A/RES/44/22

(4) انظر، قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1511 بشأن العراق الصادر في 16/10/2003م، وثيقة رقم

S/RES/1511

كما دعت الأمم المتحدة أيضا لإجراء انتخابات رئاسية وبرلمانية لحل أزمة الصراع على السلطة في ليبيا ولقد تم التأكيد على ذلك من المبعوثين الأميين إلى ليبيا في أكثر من مناسبة بالإحاطات التي تم تقديمها لمجلس الأمن حيث أنهم يروا بان الانتخابات هي المسار السليم الذي يمكن من خلاله إنهاء الأزمة.

ولقد أكدت اللجنة الدولية الرابعة الخاصة بليبيا والمكونة من بعثة الامم المتحدة والاتحاد الافريقي والاتحاد الاوربي وجامعة الدول العربية في شهر مايو 2015 على ضرورة العمل من أجل إجراء انتخابات رئاسية وبرلمانية في ليبيا وبأن ذلك يمثل المسار الوحيد لإنهاء الازمة.

أيضا بخصوص سوريا دعى المبعوث الاممي لها (ستيفان دي مستورا) في احاطته أمام مجلس الأمن بتاريخ 2017/12/19م إلى إجراء انتخابات حرة ونزيهة تضمن مشاركة كافة السوريين لحل الأزمة ودعي مجلس الأمن إلى دعم هذا المسار.

أيضا يمكن الإشارة، ونحن بصدد تناول سلوك المجموعة الدولية بالخصوص، إلى اهتمام الأخيرة، وخاصة منظمة الأمم المتحدة، بالانتخابات أثناء تعاملهم مع الحكومات التي تصل إلى السلطة عن طريق الانقلاب على الحكومات المنتخبة، فعادة ما ترفض المجموعة الدولية الاعتراف بالسلطات التي تصل إلى الحكم بهذه الطريقة، والأمثلة على ذلك كثيرة نذكر منها ما حصل بجايتي بعد انقلاب سنة 1991م على الحكومة المنتخبة، حيث لم يتم الاعتراف بحكومة الانقلابيين من قبل الأمم المتحدة والمجموعة الدولية، ولقد ترتب على ذلك تدخل عسكري تم بموجبه إزاحة حكومة الانقلابيين وإعادة الحكومة المنتخبة للحكم بعد اتخاذ عدة قرارات من مجلس الأمن بخصوص هذه الأزمة.

أيضا يمكن ذكر عدم اعتراف الأمم المتحدة والمجموعة الدولية بشرعية الرئيس (لوران باغبو) المنتهية ولايته بساحل العاج سنة 2011م، حيث انه رفض التنحي عن السلطة بعد خسارته في الانتخابات الرئاسية وفوز منافسة (الحسن وثارا) الذي اعتبرته الأمم المتحدة الرئيس الشرعي لساحل العاج.⁽¹⁾

إن السوابق الدولية متعددة خلال العقود الثلاثة الماضية والتي نستخلص منها بأن التعامل الدولي مع الأزمات الدولية المتعلقة بنظام الحكم يؤكد بأن الانتخابات هي الوسيلة المثلي لحل تلك الأزمات، وبأنها الآلية الحقيقية للتعبير عن إرادة المواطنين والتي تضمن مشاركتهم السياسية على النحو الذي تم النص عليه في المواثيق والمعاهدات الدولية.

ويمكن القول في هذا المقام بأنه وبالرغم من تعدد النصوص على الصعيدين الوطني والدولي وكذلك الممارسات الدولية التي تؤكد علي أن الانتخابات هي الصورة المثالية للديمقراطية والوسيلة الفعالة لحل

⁽¹⁾الأزمة السياسية في ساحل العاج ، جريدة الحياة الجديدة، عدد 5432، 18 ديسمبر 2010م، ص14

النزاعات المتعلقة بالصراع على السلطة، إلا انه لا يمكن الجزم بأن كافة الحكومات التي تصل إلى السلطة عن طريق الانتخابات هي حكومات ديمقراطية أو أنها تلتزم باحترام مبادئ حقوق الإنسان . إن الانتخابات لا تعتبر إذا في حد ذاتها المعيار الوحيد لوصف الحكومات بأنها ديمقراطية، أو لنزع هذه الصفة عنها، حيث نلاحظ بأن هناك عديد من الحكومات وصلت إلى السلطة عن طريق الانتخابات ولكنها حكومات شمولية ترسخ نظام حكم الفرد ولا تراعي معايير حقوق الإنسان والحريات العامة، فيمكن القول إذا بأنه يتم أحيانا الوصول إلى السلطة بتزوير الانتخابات أو بسن قوانين الانتخابات من فئة معينة ولكيفية معينة تخدم مصالح تلك الفئة وتضمن بقائها في السلطة. لذلك حرصت المواثيق الدولية على ضرورة أن تكون الانتخابات حرة ونزيهة وشفافة ودورية، فكافة هذه المعايير يتوجب توافرها في العملية الانتخابية لكي لا توصف بأنها شكلية أو صورية.

أيضا تجب الإشارة إلى ان الدول العظمى المؤثرة في مجلس الأمن انتهجت ومازالت تنتهج سياسة ازدواجية المعايير أو ما يعرف بالكيل بمكيالين في التعامل مع بعض الأزمات الدولية المتعلقة بشرعية أنظمة الحكم، فالولايات المتحدة الأمريكية على سبيل المثال ترفض التعامل مع بعض الحكومات وتنعته بأنها دكتاتورية ووصلت إلى السلطة بطريقة غير شرعية ولكنها تتعامل في نفس الوقت مع دول لا تعترف أصلا بالديمقراطية في نظامها السياسي ولم تجر أي انتخابات منذ نشأتها. لا شك بان للمصالح السياسية للدول العظمى وخاصة الولايات المتحدة الأمريكية دور أساسي في هذا الشأن فعلى سبيل المثال نجد أن الرئيس الفنزويلي (هوغو تشافيز) المعروف بمعاداته لأمريكا والامبريالية وبالرغم من انه وصل إلى السلطة عن طريق الانتخابات إلا أن حكومته كانت توصف بغير الشرعية من قبلهم⁽¹⁾ بينما نجد هذه الدول تقيم علاقات قوية جدا مع دول لم تجر انتخابات على الإطلاق.

إن الولايات المتحدة وحلفائها رفضوا أيضا الاعتراف بنتائج الانتخابات التشريعية الفلسطينية سنة 2006 التي فازت فيها حركة حماس، حيث اعتبروا ان هذه الحركة غير شرعية وان تم انتخابها مراعاة لمصالح حليفهم الاستراتيجي اسرائيل.

إن الدول الغربية رفضت أيضا الاعتراف بنتائج الانتخابات الرئاسية الإيرانية سنة 2009م، التي فاز فيها الرئيس (محمود احمدي نجاد) متهمين بتزوير الانتخابات وكان ذلك بفترة الصراع الحاد بين الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها مع إيران بسبب برنامجها النووي.

⁽¹⁾ انظر، D'aspremont L'ETAT،

Nou- democratique en droit international مشار إليه في الشيباني أبو هامود، مرجع

إجمالاً يمكن القول بأن كافة الممارسات التي تقوم بها بعض القوى العظمى، المشار إليها أعلاه، لاتعني بان المجموعة الدولية لا تولى اهتماماً بمسألة شرعية أنظمة الحكم أو ديمقراطيتها، حيث أثبت التعامل الدولي بان المنظمات الدولية والدول كافة تتدخل ضد الانقلابات العسكرية التي تطيح بأنظمة الحكم الشرعية وذلك كما حدث في هايتي وساحل العاج وجمهورية مالي سنة 2013م، وكذلك التدخل الإفريقي في سيراليون الذي نفذته المجموعة الاقتصادية لدول غرب أفريقيا بمباركة من مجلس الأمن في قراره رقم (1181) لسنة 1998م.⁽¹⁾

أيضاً تم التأكيد على ذلك بالنصوص الواردة بالاتفاقيات الدولية والإقليمية التي تمت الإشارة إليها مسبقاً والتي تحث على الديمقراطية وتدعم الجهود المبذولة في سبيل تحقيقها، ولكن ذلك لا يعني عدم تأثير مسألة شرعية أنظمة الحكم في الممارسات الدولية بالعوامل المتعلقة بالمصالح والعلاقات شأنها في ذلك شأن غالبية مبادئ القانون الدولي والعلاقات الدولية، حتى وان كان هذا التأثير لا ينفي القاعدة العامة المتعلقة بشرعية نظام الحكم والتي أبدت بها الجماعة الدولية اهتماماً كبيراً خلال العقود الماضية، الأمر الذي أدى إلى ندرة الانقلابات العسكرية بالعالم اليوم واتساع رقعة الدول التي تعتمد نظام الانتخابات للوصول إلى السلطة.

الخاتمة

بدراسة موضوع معايير شرعية أنظمة الحكم في القانون الدولي ومدى التطور الذي لحق بها نخلص إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: النتائج

- 1- إن مسألة شرعية نظام الحكم لم تعد من المسائل التي تدخل ضمن النطاق المحفوظ للدول، بل إنها باتت من المواضيع التي تتدخل بشأنها المجموعة الدولية عن طريق المنظمات الدولية والإقليمية التي أصبحت تقيم أنظمة الحكم والتغيرات التي تطرأ عليها.
- 2- هناك سوابق وممارسة دولية تشير إلى وجود قاعدة عرفية تتبلور وفي طور التكوين تتعلق بتحديد معايير واضحة يتوجب توافرها في نظام الحكم لكي يوصف بأنه نظام شرعي ومن أهم هذه المعايير أن يكون النظام السياسي منبثقاً عن انتخابات حرة وشفافة ونزيهة ودورية يسمح فيها للشعب بالمشاركة بكل حرية في اختيار من يمثله وان تكون هذه الانتخابات محكومة بقانون انتخابات ودستور مستفتي عليه من الشعب.

⁽¹⁾ انظر، قرار مجلس الأمن الدولي رقم (1181) بشأن الحالة في سيراليون، وثيقة رقم s/RES/1181

3- إن الصراع الدولي وتضارب المصالح السياسية والاقتصادية بين الدول وتأثير الدول الكبرى ساهم مساهمة كبيرة في عدم تسريع ترسيخ القاعدة العرفية المتعلقة بالمعايير الواجب توافرها لوصف نظام الحكم بالشرعي وبالتالي فان القاعدة تتبلور بشكل بطيء.

ثانياً: التوصيات

- 1- إن الانتخابات الحرة والنزيهة والشفافة تحتاج إلى رقابة دولية عند إجرائها خاصة بالدول حديثة العهد بهذه الآلية ، وبالتالي نقترح إنشاء أجهزة تابعة للمنظمات الدولية والإقليمية والتجمعات الدولية المختلفة تكون مهمتها القيام بهذا الدور جنباً إلى جنب مع مؤسسات المجتمع المدني.
- 2- نقترح إبرام بروتوكول خاص يتعلق بتحديد المعايير التي يجب توافرها في الانتخابات لكي يتم وصفها بأنها حرة وشفافة ونزيهة ودورية.

قائمة المصادر والمراجع

المصادر

أولاً: وثائق الأمم المتحدة :

- 1- اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، فيينا، 1969م.
- 2- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، نيويورك، 1966م.
- 3- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، باريس، 1948م.
- 4- قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة، الجمعية العامة، الوثائق الرسمية، سنوات 1988-1989-1991-1992-2014.
- 5- قرارات ومقررات مجلس الأمن، مجلس الأمن، الوثائق الرسمية، سنوات 1993-1994-1995-1998-2003-2010-2011-2012.
- 6- موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948-1991، نيويورك، منشورات الأمم المتحدة، 1992م.
- 7- موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1992-1996، نيويورك، منشورات الأمم المتحدة، 1998م.
- 8- موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 2003-2007، نيويورك، منشورات الأمم المتحدة، 2008م.
- 9- ميثاق الأمم المتحدة، سان فرانسيسكو، 1945م.

ثانيا :المواثيق التأسيسية والمعاهدات

- 1- الميثاق العربي لحقوق الإنسان، تونس، 2004م.
- 2- القانون التأسيسي للاتحاد الإفريقي، لومي، 2000م.
- 3- ميثاق أوروبا الجديدة، مؤتمر الأمن والتعاون الأوروبي، باريس، 1990م.
- 4- ميثاق جامعة الدول العربية، القاهرة، 1946م.

ثالثا : الدساتير

- 1- الإعلان الدستوري الليبي المؤقت لسنة 2011م وتعديلاته.
- 2- دستور الاتحاد الروسي لسنة 1993 وتعديلاته لغاية سنة 2014م.
- 3- دستور المملكة المغربية لسنة 2011م.
- 4- دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية لسنة 1991م وتعديلاته لغاية 2017م.
- 5- دستور الجمهورية التركية لسنة 1982م وتعديلاته لغاية سنة 2011م.
- 6- دستور جمهورية جنوب إفريقيا لسنة 1996م وتعديلاته لغاية سنة 2012م.
- 7- دستور جمهورية فنزويلا البوليفارية لسنة 1999م وتعديلاته لغاية سنة 2009م.

المراجع

أولا : الكتب

- 1- الشيباني أبو هامود، الديمقراطية في القانون الدولي بين المشروعية والقوة، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، ط2017، 1م.
- 2- بن عامر تونسي، قانون المجتمع الدولي المعاصر، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2003، 4م.
- 3- طه عدنان الدوري، القانون الدستوري والنظم السياسية، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ط2002، 1م.
- 4- عبد العزيز رمضان الخطابي، تغيير الحكومات بالقوة، دراسة في القانون الدستوري والقانون الدولي العام، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ب ط ، 2013م.
- 5- عمران الصفرائي، مجلس الأمن وحق التدخل لغرض احترام حقوق الإنسان(دراسة قانونية) ، بنغازي، منشورات جامعة قارونس، ط2008، 1م.

6- محمد طه بدوي، مدخل إلى العلاقات الدولية، بيروت، دار النهضة العربية، ب ط، 1972م.

ثانيا : البحوث والمقالات

- 1- أحلام نوري، تراجع السيادة في ظل التحولات الدولية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، الجزائر، العدد الرابع، 2011م.
- 2- الأزمة السياسية في ساحل العاج، جريدة الحياة الجديدة، عدد 5432، 2014م.
- 3- عبد العزيز النويضي، اشتراطيه حقوق الإنسان، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 18، 1999م.
- 4- علي جعفر جواد، مفهوم الديمقراطية، مقال منشور على شبكة المعلومات الدولية عبر موقع كلية الآداب بجامعة بابل على الرابط <http://cutt.un/v5yao>

تدويل الدستور والآثار المترتبة عليه

د. مفتاح أغنية محمد

الأستاذ المشارك بقسم القانون العام/ كلية القانون جامعة بني وليد

المقدمة

تتمتع الدولة بمجال محفوظ فيما يخص سن الدستور الملائم لها ، وفق مبدأ سيادة القانون، المستمد بدوره من سيادة الدستور ذاته، والذي تخضع له جميع القواعد القانونية ، منبثقاً من ضمير الأمة، ووجدانها، فهو وليد المجتمع يتطور وينمو معه، لتشكّل حقوق الإنسان فيه موروثاً لجميع الأفراد في مواجهة السلطة ، كحقوق أساسية، نابعة من إرادة المشرع الدستوري، الذي ينتج الالتزام الدستوري بها ، ويحدد مفاهيم وأطر السمو، وسيادة القانون ، وفي إطار التوازن بين الحقوق والمصلحة العامة، كون الدستور وثيقة التأسيس للمجتمع السياسي ، ويمثّل ركيزة البناء لحكم مؤسّساتي، أساسه دولة القانون ، وهو ذاته الشريعة العامة لها، وحصن الحقوق ، وملاذ الأفراد والجماعات.

لقد مثّل التطور الهائل للقانون الدولي إلى إحداث تداخلاً مع القانون الداخلي، وتحديدًا في مضامين الدساتير الوطنية، وخاصة ما يتعلق بحقوق الإنسان ، مما فرض على الدساتير إدماج القواعد الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان نصاً ، وهو ما يسمى " بالتدويل"، أي نفاذ هذه القواعد عن طريق المعاهدات الدولية ، ومن خلال القنوات الدستورية المنظمة لذلك، وهو ما أثر بشكل كبير على النظام القانوني للدولة، وعلى مبدأ السيادة الوطنية تحديداً، وهو جدير بالبحث فيه عميقاً، وبيان كنهه، وسبره.

إن (أهمية) هذا البحث تكمن في الغوص في طبيعة العلاقة بين القانون الدولي، والقانون الدستوري، فيما يتعلق بحقوق الإنسان، كنقطة إلتقاء وتوافق من ناحية ، ومن ناحية أخرى بيان مدى تأثير هذه العلاقة على النظام القانوني للدولة بأسره، ومبدأ السيادة الوطنية تحديداً! وكذلك فإن ظهور القانون الدستوري الدولي ، وتلاشي الحدود بين القانون الدولي والداخلي ، وأقول نجم السيادة الوطنية ، وتقهره الملحوظ أمام المركز القانوني للفرد في القانون الدولي ، ألقى بظلاله على هذا الموضوع، ناهيك عن بروز علاقة متميزة أنتجت ثوابت وقيم موحّدة ، وهو ما يستوجب بداية تحديد (إشكالية) هامة حول مدى التأثير الذي أحدثته الاتفاقيات، والمعاهدات المتعلقة بحقوق الإنسان على الدستور ، وبيان (الإشكاليات) الأخرى التي تترتب عليه ، وتحديدًا فيما يتعلق بالنظام القانوني للدولة متمثلاً في سلطاتها الثلاث ، وتضاعل مجالها فيما يتعلق بالسيادة الوطنية، ومفاهيم حقوق الإنسان، الى نحو غير مسبوق، مرده تمتع الفرد بمركز قانوني دولي مرموق..

وسأحاول من خلال (منهج) تاريخي استقرائي تحليلي، يتضمن سبر أغوار العلاقة بين القانونين الداخلي والدولي، من خلال النصوص الدستورية والدولية، وتحليل نصوصهما، ابتغاء الوصول لانسجام وتوافق تام بينهما.

المبحث الأول/ تدويل الدستور ومقتضياته القانونيةالمبحث الثاني/ الآثار المترتبة على تدويل الدستور**المبحث الأول/ تدويل الدستور ومقتضياته:-**

اتخذ مفهوم التدويل عدة أبعاد ، سياسية وقانونية ، سواء من حيث الاحتكام، واللجوء لأحكام القانون الدولي العام، أو من حيث تنظيم العلاقة بين القانون الدولي العام، والقانون الداخلي، وهذا المفهوم يعد حديث نسبياً، ثم تطور لاحقاً واتخذ عدة صور وقواعد من التدويل الوظيفي إلى التدويل الشامل حيث شكّلت المعاهدات النواة الأساسية ، لوضع بعض الدساتير المعاصرة ، فاستمدت منها القاعدة الدستورية روحها، وقد تم صياغة بعضها بمعاهدة دولية دون استفتاء عليها ، أو مصادقة البرلمان ، مثل دستور (البوسنة والهرسك/1995) الصادر بموجب اتفاقية جنيف/2004، ودستور تيمور الشرقية/1996، أو حتى تعيين الهيئة التأسيسية ، مثل دستور كوسوفو/2007 وأعدم التقييد بالدستور السابق للدولة، كحالة دستور جنوب السودان /2011.

المطلب الأول: ماهية التدويل ومظاهر تميّزه

للتدويل أكثر من مفهوم ومدلول ، كما أنه يتميز عن المفاهيم الأخرى المتشابهة، لكن سأحاول التركيز هنا على تدويل الدستور تحديداً، بعد أن نأخذ لمحة عن التدويل بشكل عام، وذلك من خلال الآتي :

الفرع الأول/ ماهية التدويل:- يقصد بالتدويل: الاشتراك بين طرفين دوليين في تنظيم شأن قانوني معين، أو نقل أمر قانوني داخلي وتحويله إلى أمر دولي ، بمعنى معالجة الأمر القانوني بصفة دولية¹، أو بمعنى آخر إخضاع علاقة ما أو حالة للقانون الدولي محكومة سابقاً بالقانون الداخلي ، وقد اختلف الفقه القانوني بشأنها، حيث هناك من يرى (التوسع) في مفهوم التدويل ليشمل الاستثمار المشترك سواء لمناطق مأهولة ، أم غير مأهولة، بينما يرى جانب (آخر) بأنه تنظيم إنشائي نابع من الإرادة

¹. عبد السلام هماش، دراسة في مفهوم التدويل واستخداماته في القانون الدولي العام مجلة علوم الشريعة والقانون، مج/ 83، ع/ 2، مجلة المنهل الالكترونية، الاردن، ص، 592، يراجع/ للمزيد تعريف موسوعة (الأمم المتحدة والاتفاقيات الدولية) وكذلك قاموس (اوكسفورد) الانجليزي، وكلاهما يركز على الحماية الدولية متعددة الأطراف لإقليم معين بموجب اتفاقيات دولية أو لغاية وضع دولة أو اقليم تحت الإدارة المشتركة أو الحماية الدولية أو مجموعة مشتركة من الأمم، لكنه الآن اتخذ مفاهيم أكثر تطوراً لحد إخراج مسائل معينة من النظام القانوني الوطني للنظام القانوني الدولي الذي قيّد مبدأ السيادة من خلال إلزامية حل النزاعات بالطرق السلمية وتأثرها بتدويل حقوق الانسان، راجع ناجي كمال ، دور المنظمات الدولية في قرارات التحكيم الدولي، اطروحة دكتوراه، منشورات مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت، 2007، ص/111.

الدولية، وحاجتها للإتفاق، والتراضي بإخراج منظمة ما ،وتدويلها وإدارتها بشكل مؤقت، أو دائم فلا يوجد إذن إجماع على تحديد طبيعة التدويل، وأماطه وآلياته ، وكذلك من حيث ديموميته أو تأقيته¹.
 لكن الأرجح أن التدويل ينبغي أن يكون ذو طبيعة تأقيتية، كونها تحفظ السلم ، والأمن الدوليين²،
 كما أن للتدويل كنظام مستقل بذاته سمة لا تجعله يتشابه مع غيره من الأنظمة القانونية الأخرى، فهو قد نشأ، وبرز ونما عن طريق العرف الدولي ، بحيث تبنى التدويل إحداث معالجة قانونية للوقائع، من خلال إخراجها من المجال المحكوم به في القانون الداخلي إلى المجال الدولي، وإخضاعها بالتالي لقواعد القانون الدولي، وقد نشأ التدويل كنتيجة للتعاون الأوروبي المشترك ، في عهد المؤتمرات الدولية الخاصة بعد (فيينا/ 1815) والتي سوّت الحرب بين فرنسا ، والدول الأوروبية الأخرى ، وأوجد بدوره توازناً معتبراً بين الدول الأوروبية، حيث أعتمدت كوسيلة لفض المنازعات بين هذه الدول على منطقة أو استراتيجية ما ، لكنها لم تُرسخ لتصادمها مع فكرة السيادة أصلاً ،(فالتدويل) كمصطلح يمتد ليشمل كافة فروع القانون كالدستوري والجنائي والدولي وتحديداً ما يتعلق بتدويل الحرب والاقتصاد والأمن وغيرها³."وعليه، فإن وجود معايير دولية واجبة التعامل معها يؤثر بلا شك على الدستور، وذلك مرده التطور الحقوقي والفكري في القانون الداخلي والدولي معاً، كنتيجة طبيعية لظاهرة التدويل والذي انعكس بدوره على نطاق السيادة الوطنية والقواعد الدستورية في المجلد . وهكذا نجد أن مصطلح التدويل رغم غموضه ومرونته سهل الاستعمال، كما أنه يحتوي العديد من الاشكاليات القانونية ، التي تُعبّر بدورها عن تطور حركة المجتمع الإنساني، حيث يظهر بجلاء تأثير الدساتير الوطنية بظاهرة التدويل من خلال الاتفاقيات والمواثيق الدولية ، ومن خلال القواعد الآمرة في القانون الدولي العام تحديداً كونها تُؤلّد التزامات على الكل في مواجهة الكل، فعلى جميع الأعضاء الإمتثال لها كحظر الرق، أو التهديد باستخدام القوة⁴، لكن لم تترسخ مفاهيم التدويل بشكل قانوني، لعدم إكتمال أركانها وتصادمها مع مبدأ السيادة الوطنية وما يثيره من إعتبارات سياسية و أيولوجية ودستورية، حتى وصل الامر لإعطاء المبادئ العامة للقانون

¹. هلييتورار، تدويل الدساتير الوطنية، ترجمة باسيل يوسف بجك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،لبنان ،ط،2010،1،ص15.

².عبد السلام هماش، المرجع السابق،ص،594.

³. عبد السلام هماش- المرجع السابق.ص،595،وايضاً / هيلين تورار، المرجع السابق،ص17،

⁴. انظر /ميثاق الأمم المتحدة 1945- والاعلان العالمي لحقوق الإنسان - 1948. منشورات هيئة الامم المتحدة.

الدولي مكانة فوق القانون الوطني واستخدامه كمرجعية عند الإقتضاء¹. إذن التدويل لا يعني بالضرورة وجود نظام قانوني مستقل ، ومختلف عن بقية الأنظمة القانونية، وبالتالي كان إرتباط التدويل بوظيفة القانون من خلال ظهور تنظيمات متخصصة، لتنظيم بعض الشؤون العامة ، وهو ما تطلب النزول عن جزء من السيادة ، لصالح هذه المنظمة من قبل الدولة، كما يرتبط التدويل من جهة أخرى بمن يمارس السلطة السياسية ، ويحتكرها، وهو ما ساهم بدوره في ظهور فكرة التدويل لأراض، وأقاليم بإدارتها من قبل مجموعة من الدول، وبذلك شكّل هذا التعاون والتبادل غير المسبوق بين الدول، وعدم جدوى الإنغلاق، إضافة إلى عجز الدولة وتفاعسها عن تلبية إحتياجاتها منفردة رافداً ، لما يسمى بالتدويل الوظيفي أو تدويل القوانين ، ويتم التدويل الوظيفي من خلال إستقبال الدستور لقواعد القانون الدولي، وجعلها جزء منه ، ترقى لأن تكون قيم و مبادئ دستورية كاملة، وإحداث إنسجام وتناغم تام بينهما، كما أنه يتم عن طريق الإدماج التشريعي لقواعد القانون الدولي، وتحويل القاعدة القانونية الدولية إلى النظام القانوني الداخلي، بمقتضى تشريع، وبإجراءات محددة في الدستور، وكما سنرى فإن نفاذ القاعدة القانونية الدولية إلى المنظومة الداخلية لا يكون إلا إذا تم صياغتها في شكل قانوني داخلي يُمكن الأفراد والقاضي من الإستناد عليها²، وحتى لا يحدث تعارض في إلتزام الدولة على المستويين الداخلي والدولي، يجب أن تكون منظومتها متناسقة، ومنسجمة ، مع القواعد الدولية الملزمة لها في مجال حقوق الإنسان³

الفرع الثاني / مظاهر تميز التدويل عن المفاهيم الأخرى:-

هناك عدة مفاهيم أخرى تتشابه مع التدويل لكنها تختلف عنه ، وتتميز بعدة خصائص، ومن هذه المفاهيم والمصطلحات العولمة/ وتعني الترابط ، والتداخل على المستوى العالمي ، وهي ترتبط بأفكار الإدماج ، والترابط ، وتعدد الجوانب ، أي بمعنى وجود روابط دولية ، بين جميع العضلات على المستوى

¹. انظر/ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، دارالشروق، القاهرة، 2000، ص، 71، 78. وكذلك/ شاريهان جميل مخامرة، تدويل الدساتير، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط ، عمان ، الأردن/ 2013، ص، 62.

². سعاد رايح ، الجزائر والقانون الدولي لحقوق الإنسان، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر، 2017، ص 23 ، 24. وهياين تورار ، المرجع السابق، ص 18.

³. حسن هادي ساحت، نظرية تدويل الدساتير وتطبيقاتها في الدول العربية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة ذي قار، العراق، 2016- ص 120، 121.

المحلي، والمستوى الدولي¹، وبمعنى التأسيس على العقل الإلكتروني، والثورة المعلوماتية الكوكبة/ وتعني جمع عدة عناصر متفرقة، وهي تنتج عن عوامل خارجية للدولة، مثل تقنين الاتصالات، والنقل، وتبادل السلع²، أي وجود تداخل واضح بين الدول في المجالات السياسية، والإقتصادية، والإجتماعية، والثقافية دون الإعتداد بالحدود الوطنية، أو الإلتزام الوطني، بل تتعدى مجال القانون، فالعولمة تلتقي مع التدويل من حيث التأثير العام على الدولة، وإنحسار نفوذها، وتراجع سيادتها، وهددت بإنتزاعها لصالح التدويل، بل قادتها إلى تفكيك كيانها إلى إثنيات لما دون الوطنية. العالمية/ وتعني انفتاح العالم على بعض، مع الإعتزاف المتبادل بالتنوع الحضاري بين الشعوب، وهنا يظهر التدويل كتنظيم إستثنائي مبني على القانون، لكن العولمة والعالمية تتسع لتشمل كافة المجالات، والأهداف، وبالتالي فالعالمية هي إنفتاح على العالم، والإقرار بالتباين، لكن العولمة توصف بأنها إنفتاح على ثقافة، ونمط محدد، وهي الثقافة الغربية³.

الاتصال السياسي: ويعني التدفق المستمر للمعلومات بين وحدات النظام السياسي، وبين النظم الأخرى داخل وخارج المجتمع، ويتم من خلال جماعات المصلحة، ويشمل نظام الاستقبال، ونظام القيم⁴، وتختلف بذلك عن التدويل الوظيفي والقانوني، من حيث العلاقة بين وحدات النظام الداخلي والخارج، كما تختلف عن نظام العلاقات الدولية كون الأخير يمثل اقتراباً سوسولوجي لبيان العلاقات السياسية الدولية، أي تحليل العلاقة التبادلية بين الظواهر الاجتماعية والعلاقات الدولية المعاصرة⁵. / التراث المشترك للإنسانية: وهو ما يجمع عليه العالم من حضارة، أو استغلال مشترك، وهو يعني، حماية الآثار من الإندثار ويشمل ثروات وسط وأعلى البحار⁶، وهو يختلف بذلك عن التدويل من حيث الهدف والغاية، وإن كان يتفق معه في وجود قاسم مشترك بين الدولة ومحيطها.

¹. صلاح محمد محمود وآخرون، العولمة ومستقبل حقوق الإنسان، العولمة وغياب المحاسبة، منشورات دار الاهالي للنشر والتوزيع - دمشق، 2005، ص 65.

². هيلين تورار- تدويل الدساتير الوطنية، مرجع سابق، ص 16.

³. صلاح محمد محمود، المرجع السابق، ص 67.

⁴. د. اسماعيل عبد الكافي، الموسوعة الميسرة للمصطلحات السياسية، عربي انجليزي، (ب، م، ب، س،) ص/20.

⁵. المرجع السابق نفسه، ص/ 96.

⁶. المرجع السابق نفسه، ص/ 98.

العلاقات الدولية/ وتُعنى بمعالجة المسائل التي تظهر على المسرح السياسي الدولي، وتحليل طبيعة العلاقات بين الدول، وتقييم عوامل الصراع بين الدول، والمناطق ذات النفوذ، والتجمعات السياسية، وتشارك مع التدويل في الجانب القانوني الوظيفي، وتختلف عنه من حيث طبيعة الالتزام في كل منهما ومصدره.

أ. القانون الدولي العام/ يعد القانون الدولي قانوناً فوق أممي يحدد حقوق الدول وواجباتها في العلاقات المشتركة ومتميز بطبيعة اللامركزية وكونه يعبر عن شرعية دولية ويهدف لحل الصراعات وهو أساس العلاقات الدولية وقت السلم والحرب ويعد أكثر النظم البشرية تكاملاً ويتم استقبال قواعد القانون الدولي وادماجها في التشريع الداخلي، وهو نظام تسود وتسمو فيه بعض الأجهزة على الدولة القومية مثل هيمنة مجلس الأمن حالياً، ناهيك عن تناغمه مع التدويل من حيث المصدر والالتزام بالقواعد الناتجة عنه، ولقد تطورت العلاقة بين القانون الداخلي والقانون الدولي فأنتجت فرع قانوني جديد تتمثل في تدويل حقوق الإنسان مع تزايد إنضمام الدول للمعاهدات الدولية لحقوق الإنسان وتبوأها مكانة سامية ضمن القانون الداخلي، وهو تطور ملحوظ تأثرت به الدساتير كنتيجة طبيعية لتنامي نفوذ القانون الدولي حتى أصبحنا تحت مفهوم جديد يتجاوز الفكر القانوني الدولي نحو توحيد الدساتير "1"، وإحداث عملية بناء حديثة تواكب التطور القانوني الهائل للمنظمات الدولية، وبما يكفل حماية الفرد ومنحه مركزاً قانونياً قوياً وفاعلاً في إطار المنظومة الداخلية.

ب. المطلب الثاني/ المقتضيات القانونية للتدويل

يستوجب قيام التدويل وجود مجموعة من المقتضيات والأسس التي يتركز عليها وتحدد طبيعة علاقته مع الأنظمة القانونية المغايرة وهنا لا بد من تحديد السبب الذي يدفع لإخراج مسألة معينة من إطارها الوطني وتحويلها للقانون الدولي، وهذا يستوجب بيان العلاقة وتحديد طبيعتها:- الفرع الأول: طبيعة العلاقة بين القانون الداخلي والقانون الدولي من منظور دستوري:- لقد أصبح سمو القانون الدولي وأسبقيته على القانون الداخلي أمراً ظاهراً ومبدأ راسخاً، فمتى تم تنازع بين أحكام معاهدة دولية، وقواعد القانون الوطني يتم تغليب حكم المعاهدة، ولا يمكن للدولة أن تحتج بالقانون الداخلي لغرض

¹. نبيلة محللين- تدويل الدساتير في مجال حقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2019، ص 5. وكذلك / شاريهان جميل مخامرة، مرجع سابق، ص، 71.

التنصل من إلتزاماتها الدولية، وتُجدر الإشارة هنا الى ان المحكمة الدستورية بالولايات المتحدة الامريكية أقل المحاكم الدستورية تأثراً بالقانون الدولي، ومن ذلك قرارها الصادر / 1950 في قضية (السينترج ضد جو هانسون) والذي قضى "بأن العدو الأجنبي المدان أو المعتقل خارج الدولة الامريكية ليس لديه الحق الدستوري للولاية القضائية أمام محاكم الولايات المتحدة..."¹.

إن مسألة بحث العلاقة بين القانون الدولي والدستور لم تحظى بإهتمام الفقهاء كونها نابعة من النظرة إلى فرعين مستقلين فلا يخضع القانون الدولي للدستور ولا يخضع الدستور لأحكام القانون الدولي، لكن التقارب الذي حدث بين النظامين الدولي والداخلي غير من طبعة المعادلة، فكيف يمكن للدستور مواجهة تغلغل القاعدة القانونية الدولية وتسربها للداخل؟ فلا يمكن والحال هذه الاحتفاظ بالذاتية والتعويل عليها بل يجب على الدستور أن يعيد تموضعه بشكل يسمح بتحقيق الانسجام والتكامل مع القانون الدولي، وهكذا يستمد الدستور سموه على قواعد القانون الداخلي والدولي من سمو الإرادة الشعبية كمصدر للسيادة الوطنية، وهو نهج أغلب الدساتير يمنح القواعد الدولية مرتبة أدنى من القواعد الدستورية لكن الاختلاف يكمن في القيمة القانونية مقارنة بالتشريعات الداخلية فقد رأت بعض الأنظمة القانونية سمو المعاهدة الدولية على القانون وذهب البعض الآخر إلى منح المعاهدة الدولية قوة القانون²، وقد أخذ القانون الليبي والاجتهاد القضائي في هذا الشأن بأن المعاهدة أعلى من القانون وأقل من الدستور من حيث القوة القانونية كما سنرى تفصيل ذلك لاحقاً. إن إجتياح القواعد القانونية الدولية للفضاء المحجوز للدستور لا يؤثر في مكانته، ولا يقدر في سموه بل يظل القانون الأساس، الذي يمنح القيمة القانونية التي تحددها الدولة، وبالتالي تظل المسائل المتعلقة بالسيادة والنظام السياسي، ومؤسساته ضمن النظام القانوني الداخلي، ويعترف القانون الدولي بسمو الدستور وعمله، وهو ما يضفي قداسة ومهابة عليه فهو سبيل القانون الدولي في استقبال النصوص الدولية وإدماجها في النظام

¹. شاريهان جميل مخامرة مرجع سابق ص 87، وأنظر كذلك / حكم المادة (27) من معاهدة فيينا للمعاهدات/ 1969. المشار إليها.

². انظر / من الفئة (الأولى) على سبيل المثال دساتير (فرنسا، الجزائر، ألمانيا) وأنظر/ من الفئة (الثانية) دساتير (مصر - قطر - الكويت) شبكة المعلومات الدولية "الانترنت". موسوعة الدساتير العربية، تاريخ الزيارة / 29، 12، 2021.

الداخلي وتحديد مكانتها القانونية وبدون الدستور يستحيل ذلك كما أن ترك القواعد الدستورية وعدم احترامها يترتب عليه ابطال المعاهدات الدولية كسبب وحيد وفقاً لما ورد في اتفاقية فيينا /1969 المشار إليها¹، وقد أكد مجلس الدولة (الفرنسي) أن سمو المعاهدات الدولية لا يطبق في النظام الداخلي على الأحكام ذات الطبيعة الدستورية وبالتالي فإن مبدأ سمو القانون الجماعي في النظام القانوني الداخلي لا يؤدي إلى إنكار سمو الدستور²،

وبالتالي يمكن القول بوجود قواعد قانونية فوق الدستورية مستمدة من القانون الطبيعي، وهكذا تكون الاعلانات المتعلقة بحقوق الانسان كاشفة لها وليست منشئة. وهذا ما يقود للحديث عن الاستقلالية المعيارية والذاتية للقواعد الدستورية وتميزها بقوة الشرعية إنطلاقاً من طبيعتها ومكانتها في هرم المشروعية ، وما يترتب على مخالفتها من بطلان، حيث لا يهتم القانون الدولي بالتنظيم الإداري والسياسي الداخلي للدولة، فلا يملك تعديل النظام السياسي أو تنظيم المؤسسات والسلطات فيها أم المساس بالنظام السياسي القائم بشكل عام³.

ولا جدال في أن التطور الهائل الذي شهده القانون الدولي ولّد قواعد قانونية وضعية فوق الدستورية تسرّبت إلى النظام القانوني الداخلي، وتغلّغت في أحكامه حتى فرضت نفسها عليه، فالشريعة الاسلامية مثلاً هي مبادئ فوق الدستورية، ولا يجوز إصدار ما يخالفها ، وهي المصدر الرئيس، والمصدر الوحيد للتشريع في أغلب الدول العربية⁴.

وقد ذهبت محكمة العدل الدولية الدائمة إلى رفض منح القواعد الدستورية قيمة قانونية دولية، وقد شايعتها في ذلك بعض الجهات القضائية الوطنية، بالتأكيد على سمو القانون الدولي على الدساتير

¹. أنظر/ حكم المجلس الدستوري الفرنسي بشأن إدراج الالتزامات الدولية في النظام القانوني الداخلي لا يؤدي للإعتراف بطبيعتها الدستورية وهذا فيه تجاهل لأحكام القانون الدولي انظر / قراره رقم (1975/12/30) وكذلك/ حكم المحكمة الدستورية البلجيكية في القرار رقم (36 في 1991/10/6).

². أنظر/ قراري مجلس الدولة الفرنسي رقم (169219 / 1996/7/3) ورقم (200286 ، 200287 ، 1998/10/30).

³. ذهب المجلس الدستوري الفرنسي إلى أن القواعد الجماعية التي تتناقى مع احترام السيادة الوطنية ، أو تتضمن مساساً بسلطات واختصاصات المؤسسات الدستورية غير مقبولة في النظام القانوني الداخلي أنظر/ قراره رقم (76 – 71 – 1976/12/30).

⁴. أنظر/ في هذا الشأن المادة (1) من الإعلان الدستوري الليبي/ 2011 وكذلك/ المادة (6) من مشروع الدستور الليبي الجديد/ 2017.

الوطنية¹، فلا يمكن في نظر المحكمة لأي دولة التمسك تجاه دولة أخرى بأحكام دستورها، للتهرب من الالتزامات التي يفرضها القانون الدولي والاتفاقيات الدولية سارية المفعول.

الفرع الثاني/ دور القانون الدولي في صياغة الدستور أو تدويله:- إن تدويل الدستور بدأ مع تسرّب قواعد القانون الدولي في القانون الداخلي وتحديدًا في الدستور كونه القانون الأساسي والناظم لعلاقة الدولة بالقانون الدولي وهذا ما حدث مع تزايد نفوذ الأخير حتى بدأ التناغم والانسجام واضحاً وهذا مرده أن الدستور هو من يحدد عمل السلطات ومن له صلاحية تمثيل الدولة في الالتزامات الدولية وبيان كيفية استقبال القاعدة الدولية، وإدماجها في القانون الداخلي ، وما قيمتها القانونية ضمن القوانين الأخرى؟ لذلك يظهر بجلاء هذا التناغم المتنامي في الإطار الدولي بمناداة الفقه بضرورة إجراء تعديلات دستورية تزيل أي تعارض أو تنافر بين القواعد الدستورية ، والنظام الأساسي لمحكمة الجنايات الدولية ، وهو ما ذهب إليه المجلس الدستوري (الفرنسي) والمجلس الدستوري (البلجيكي) في هذا الشأن²، وقد قامت دول عدة بالنص في دساتيرها على إحداث نص شامل، يتضمن إستقبال الاختصاص الكامل لهذه المحكمة طبقاً لما ورد في نظام (روما الأساسي) وبرزت عدة تعديلات دستورية لبعض الدول بقصد المؤاماة بين قواعد القانون الدولي والقواعد الدستورية، وتحديدًا بما يتعلق بالحماية الدولية لحقوق الإنسان ، ومعايير الحكم الرشيد ، وتطور العدالة الجنائية الدولية إضافة لفقدان بعض النصوص الدستورية لبريقها ، وعدم قدرتها على مسايرة الإتجاهات الحديثة في المجتمع الدولي، حتى أن بعض الدساتير ذهبت إلى أن تطبيق أحكام الدستور لا يخلبما ارتبطت به هذه الدولة من معاهدات أو اتفاقيات دولية مع الدول أو الهيئات الأخرى³، وعليه ، فإن إجراء التعديلات الدستورية لتتجاوب مع القانون الدولي لا يقدح في فاعليتها أو قيمتها القانونية، بل تظل ذات مكانة مرموقة ، فالدستور كناظم هو وسيط أيضاً بين النظام القانوني الداخلي، والنظام القانوني الدولي، إن إرغام المشرع الدستوري على

¹. أنظر/ حكم محكمة العدل الدولية الدائمة ، رقم (44) الصادر بتاريخ 1932/2/4 ، وكذلك / حكم محكمة النقض البلجيكية رقم (1996/2/12) وقرار مجلس الدولة البلجيكي رقم (1996/11/25) منشور على موقع ، مامون نت، تاريخ الزيارة، 2021، 8، 27.

². أنظر/ قرار المجلس الدستوري الفرنسي بشأن المصادقة على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، 1999/1/22 وضرورة اجراء تعديل دستوري في هذا الشأن.

³. أنظر/ مثلاً المادة (177) من الدستور الكويتي (1962) والمادة (143) من الدستور القطري (2004). المشار إليهما.

تعديل الدستور إبتغاء المصادقة على معاهدة دولية دليل على مكانة القواعد الدستورية وقيمتها القانونية، فالتعايش بينها يتطلب إعادة تنظيم القانون الدستوري بما يكفل التناغم والانسجام وكيفية تنظيم قواعد القانون الدولي ذات الشق الحمائي لحقوق الإنسان ضمن الكتلة الدستورية الشاملة، وإحداث حلول ناجحة للتقريب والإندماج التام بين النظامين ، وتحديدًا فيما يتعلق بحاضر السيادة الوطنية، الذي بدأ يتآكل، ويضمحل نسبيًا، ولم يعد يقوى على مواجهة تدويل الدستور¹، وقد ذهبت في هذا الشأن المحكمة الدستورية (الألمانية) لإعطاء المبادئ العامة للقانون الدولي قوة القانون الاتحادي، وقد أجهت المحكمة الدستورية (الإيطالية) لإستخدام القواعد المتعلقة بحقوق الانسان كمرجعية لأحكامها. كما أن محكمة العدل الدولية، تضطلع بدور بارز، في إصدار احكام ملزمة عند النزاع وبصورة مسبقة، وهو ما يعطي المحكمة ولاية النظر في المنازعات التي تثار، وتكون أحكامها ملزمة للدول حال صدورهما متى تعلقت بالنزاع المتفق عليه مسبقاً لما ورد في (المادة/1/36 والمادة/2/36) من النظام الأساسي ، وقد ضُمَّنت العديد من الإتفاقيات الدولية بمحتوى نص (المادة/2/36) لإعطاء الدور الإلزامي لها وفق (المادة/9) من اتفاقية منع الإبادة الجماعية ، والمعاقبة عليها و(المادة/3) من اتفاقية مناهضة التعذيب المشار إليها.

الفرع الثالث: دور القاضي الوطني في تطبيق وتفسير المعاهدة:- إن تطور قواعد القانون الدولي بشكل لافت ، أدى إلى أن أصبحت مواضيعه تشمل تلك التي كانت من صميم الاختصاص الداخلي للدولة، فالدولة كأهم أشخاص القانون العام تؤثر وتتأثر بما يسود المجتمع الدولي من علاقات قانونية، وهيافاعل الحقيقي فيه ، وهو ما يستوجب بيانه من حيث إبرام المعاهدات ، وأهدافها ، وآثارها ، وعلاقتها بالدستور من خلال الآتي:

أهداف المعاهدات والاتفاقيات الدولية: حددت اتفاقية (فيينا 1969) للمعاهدات في ديباجتها أن أهمية تكمن في تحقيق مقاصد الأمم المتحدة طبقاً لميثاقها ، وصيانة السلم والأمن الدوليين، وتحقيق التعاون بين أعضاء الأسرة الدولية وإتماء علاقاتهم، وكذلك فإن المعاهدات بين الدول والمنظمات الدولية

¹. خلفان كريم وصام إلياس، العلاقة بين قواعد القانون الدولي وأحكام القانون الدستوري تبعية سمو أم تكامل مجلة المجلس الدستوري، الجزائر العدد، 3 - 2014. ص، 23، احمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص70-78. انظر/ للمزيد حول محكمة العدل الدولية ، عبد علي محمد، القانون الدولي الانساني ، مركز حوراني للدعم القانوني ، العراق / 2009 ص12.

ذات أهمية خاصة مع تمتع هذه المنظمات بشخصية قانونية ذاتية، وأهلية إبرام المعاهدات كونها أساس العلاقة بين أشخاص القانون الدولي، وهي أبرز صور الإلتزام الدولي.

علاقة المعاهدة الدولية بالدستور: - أشرنا إلى أن دستور الدولة هو أداة قانونية، ومنظومة متكاملة، ومتطورة في غنى عن أية نصوص تسمو عليه كونه القانون الأساسي، والناظم لمؤسسات الدولة، والضامن للقيام بدورها، وممارسة اختصاصاتها، فلم يعد مقبولاً القول بوجود انفصال تام بين المعاهدة والدستور، فالمعاهدة الدولية / هي إتفاق دولي معقود بين دول بصورة خطية وخاضع للقانون الدولي سواء أثبت في وثيقة واحدة أو اثنتين أو أكثر من الوثائق المترابطة وأيا كانت تسميته الخاصة¹، وبمحكم أن الدستور يُمثل الركيزة الأساسية في الدولة فقد اختلفت نظرة الدساتير في تحديد مكانة المعاهدة الدولية في النظام القانوني الداخلي، وهو إختلاف ناجم عن طبيعة النظرة تجاه وحدة القانون، أو ثنائيته أو النظرة التوافقية بينهما، وعليه، فلا يفرض القانون الدولي على الدول قاعدة محددة أو إجراء معين لإستقبالالتزاماتها الدولية، ويكتفي فقط بالإلزام بتطبيق قواعده في القانون الداخلي²، وعند عدم تحديد وضع القانون الدولي، ومكانة الاتفاقية الدولية بالنسبة للقواعد الداخلية الدستورية علواً أو تعادلاً، وغياب أي مقتضى دستوري. وقد ذهب (الفقه) في هذا الشأن إلى ترجيح الاتفاقيات الدولية مثلاً في غياب النص، وقد يلج القضاء ذات المسلك لكنه يظل محدود الفاعلية كونه لا يشكل قاعدة مرجعية مطلقة ويلقي بظلاله على الأحكام فتتصف بالتباين والفوضى وهو أمر غير مستساغ في النظام القانوني، وتجدر الإشارة هنا لما ذهب إليه (مارتي دلماس) من أن التدويل لا يعني فئة قانونية معينة وإنما يتعلق الامر في العمق بضرورة وبدينية تعبر عن ملامح الانظمة القانونية بهدف تقيص الحدود بين ما هو داخلي وما هو خارجي، وهذا ما ورد على سبيل المثال في الدستور المغربي السابق **1996** إلا إن الدستور الجديد **2011** حسم الخلاف وأعطى الاتفاقية الدولية مكانة تسمو على التشريعات الوطنية فور نشرها، والعمل على ملاءمة هذه التشريعات مع ما تتطلبه المصادقة³،

1. أنظر/ المادة (2/أ) من اتفاقية فيينا للمعاهدات 1969المشار إليها.

2. خير الدين زيوي، إدماج المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي الجزائري، طبقاً لدستور 1996، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2003- ص8.

3. أنظر / دستور المحكمة المغربية لسنة / 2011، الجريدة الرسمية المغربية، العدد، 5964، بتاريخ 2011/7/30، للمزيد / راجع د. الحسن بوقنطار، دستور، 2011 والقانون الدولي، منشور بموقع/ هسبرس الإخباري، تاريخ الزيارة/

إن القواعد الدولية لا يمكن أن تطبق في القانون الداخلي ذاتياً إلا بتوفر خاصيتين هما:

- (الأولى) الخاصية الذاتية، وتعني إيجابية الأطراف المتعاقدة بمنح المعاهدة التطبيق المباشر، وهو يعني ترتيب حقوق مباشرة وبالتالي يمكن تطبيقها أمام المحاكم الوطنية. (الثانية) الخاصية الموضوعية، وهي إتجاه نية الأفراد للتطبيق المباشر للمعاهدة بالإضافة إلى المطالبة بتطبيقها أمام المحاكم الوطنية متى اقتضى الأمر ذلك وبمعنى إحتواء القاعدة نفسها على نصوص واضحة ومحددة ومكثفة بذاتها، أي لا يتطلب تطبيقها اتخاذ أية اجراءات داخلية أو دولية.¹ والجدير بالتنويه عليه هنا أن القانون الدولي فيما يتعلق بمحتوى القاعدة القانونية الدولية لا يتضمن معياراً شكلياً لقبالية التطبيق لمثل هذا النوع من الأحكام في القانون الداخلي.

التقييد الدستوري للقاضي في تطبيق المعاهدة الدولية: لا توجد في الأنظمة الدستورية والقانونية قاعدة موحدة لكيفية تطبيق القاعدة الدولية داخلياً لتعارضه مع مبدأ سيادة الدولة كما سنرى لاحقاً، وهو مبدأ مستقر لكن بمجرد اندماج المعاهدة الدولية في القانون الداخلي حسب الدستور فإنها تصبح قانوناً نافذاً وملزماً لجميع المحاكم والسلطات في الدولة، وهنا يلجأ القاضي عند حدوث نزاع لتطبيق القاعدة الدولية إلى البحث في معرفة القيمة القانونية ومكانتها في النظام القانوني التي حددها المشرع الدستوري وفق الشروط الآتية:- أن تكون المعاهدة مستوفية كل شروط ابرامها وفق القانون الدولي. أن تكون المعاهدة قد استوفت جميع القواعد الدستورية لسريانها في الداخل مثل موافقة البرلمان أو التصديق أو النشر. أن تكون المعاهدة قد دخلت حيز التنفيذ وفق السياق المتبع من حيث الطريقة والتاريخ المنصوص عليهما طبقاً للمادة / 24 من معاهدة (فيينا) المشار إليها. أن تكون نصوص المعاهدة ذات صبغة قانونية واضحة ومحددة، تقبل التطبيق مباشرة أمام القاضي الوطني، دون الحاجة لإصدار ما يكملها أو يحددها وفق ما أشرت إليه سلفاً، فيما يتعلق بالتطبيق الذاتي والموضوعي²، أي إتجاه نية الطرفين إلى ترتيب حقوقاً مباشرة، وبالتالي المطالبة بتطبيقها أمام محاكم هذه المدينة³. أن يعطي الدستور الوطني للمعاهدة الدولية التطبيق على القانون الوطني عند التعارض بينهما، وهنا يكون القاضي الوطني ملزماً

¹. خالد عطوي- شروط تطبيق القاضي الجزائري للمعاهدات الدولية، مرجع سابق، ص/ 47.

². خالد عطوي- مرجع سابق ص 73.

³. أنظر / الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدائمة في قضية (بولندا) ضد مدينة (دانزج) الحرة، 1923، والتي اقتطعت من (المانيا) بموجب معاهدة (فرساي/ 1919، م/ 5 / 104) فلاجمال للإحتجاج هنا بالدستور، او القانون الداخلي، للتصل من الالتزام الدولي، انظر/ كذلك / خالد عطوي مرجع سابق ص 74.

بالتأكد من توفر الشروط في المعاهدة الدولية ، وبحيث يمتنع عن التطبيق إن تخلف أحد شروطها ، وفي حالة إستيفائها يلتزم بإعمالها ، وتحديدًا إن كانت تمس بحقوق وحرّيات المواطنين أوالمقيمين على السواء كمعاهدات تسليم المجرمين، أو تنفيذ الأحكام الأجنبية في الدولة،وبحكم أن القانون الليبي منح المعاهدة مرتبة أسمى من القانون كما سنرى ، فعلى القاضي تأكيد هذا السمو حسب الشروط ، والضوابط المحددة .فما موقف القضاء الوطني متى طُرح عليه نصاً قانونياً داخلياً يتعارض مع معاهدة دولية مرتبطة بها الدولة الليبية؟ بدايةً يقوم القاضي بمحاولة التوفيق بين أحكام المعاهدة والقانون الوطني، وطرح التعارض متى أمكنه ذلك، وإن تعذر فيتم النظر إلى طبيعة النظام السائد من حيث وحدة القانون ، أو ثنائيته، فالإختلاف بين الدساتير في نظرتها للقيمة القانونية للمعاهدة الدولية قائم، فالبعض اعتبرها أقوى من القانون الداخلي ، حتى يصل الأمر إلى إمكانية تعديل الدستور متى تعارض مع المعاهدة¹. كما أن للقاضي الوطني دوراً في تفسير المعاهدة الدولية طبقاً لنص المادة (31) من اتفاقية (بيننا) لقانون المعاهدات ، اذ يجب أن تُفسّر المعاهدة بحسن نية في المعنى العادي الواجب إعطاؤه لمعايير المعاهدة في إطارها العام، وفي ضوٍ غرضها وهدفها، وهنا يكون التعرض للتفسير من قبل القاضي الوطني بمناسبة النظر في المنازعات الفردية، ودون أن يمتد ذلك لتقويم تصرفات السلطة التنفيذية وأياً كانت جهة التفسير قضائية ، أم إدارية ، أو حتى منظمة دولية ، أو إحدى أجهزتها². إن مما يقلل التعارض بين الاتفاقية والمبادئ الدستورية الأساسية كمبدأ الشرعية الجرائم والعقوبات ضرورة إصدار المشرّع لقانون يحدد الجزاء الذي تفتقر إليه الاتفاقية الدولية ، وهو ما يسهّل علم الكافة بما كونها صدرت في قانون واضح يُجلي أي غموض بها³، فللقاضي إزالة أي تعارض للاتفاقية مع القانون الجنائي سواء بين الاتفاقية اللاحقة والتشريع السابق أو بين الاتفاقية السابقة والتشريع اللاحق⁴، كما يملك القاضي الإداري في مجال منازعات المشروعية سواء من حيث طبيعة القاعدة، دولية كانت أم لائحية ، وشكل القاعدة الداخلية أقانون هيأماً لائحة ؟ ثم تاريخ صدور القاعدة الداخلية بالمقارنة بالمعاهدة المطعون فيها، فإن تعلق الأمر

1. عادل الوردى- مكانة الاتفاقيات الدولية في الدستور المغربي ص 3.

2. جمال عبد الناصر مانع - القانون الدولي العام - المدخل والمصادر - منشورات دار العلوم للنشر والتوزيع- عنابة - الجزائر- ص، 155- 156.

3. حسينة شرون، تطبيق الاتفاقيات الدولية أمام القاضي الجزائري - مجلة العلوم الإنسانية - جامعة محمد خيضر - الجزائر - 2007 ، ص 96.

4. المرجع السابق نفسه - ص 98 - 99.

بقرار إداري لاحق بمعاهدة دولية وتعارض رصدها ، حينئذ فإن القاضي ملزم بإلغائه حتى طعن فيه على أساس المشروعية ، أما إن تعلق الأمر بمخالفة قانون المعاهدة فليس له سوى فحص الإلغاء من تاريخ إدماج القاعدة القانونية في النظام الداخلي ، وعليه أن يقضي ببطان الاجراءات التنفيذية للقانون، لتكتسب الأحكام الصادرة عنه حُجَّةً لأنها مبنية على مخالفة مبدأ المشروعية ، كما أن دور القاضي الإداري يبدو بارزاً فيما يتعلق بمنازعات المسؤولية ، وهي المترتبة على أعمال السلطة التشريعية والأخرى المترتبة على أعمال السلطة التنفيذية، والملاحظ هنا أن مسؤولية الدولة عن القوانين التي تخرق المعاهدات الدولية لا تجد لها أساساً في المبادئ التقليدية للمسؤولية الإدارية ، مما يتطلب إحداث تغيير في هذه المبادئ حتى تواكب التطورات الحديثة فيشتى المجالات القانونية¹. المبحث الثاني: الآثار المترتبة على تدويل الدستور: - كما أشرنا فقد تعاضم دور القانون الدولي عن طريق المعاهدات والاتفاقيات الدولية على المبادئ الدستورية، وتحديد ما يتعلق بالسيادة الوطنية وتوزيع السلطات العامة داخل الدولة ، وهنا يبرز بجلاء دور الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان وتعلقها بالأمن الاجتماعي والسلام الدولي والبيئة، وهذا التنظيم لم يعد حكراً للدولة من خلال الدستور والقوانين ، بل أصبحت تنظم بموجب اتفاقيات دولية ، أصبحت لها الأولوية في التطبيق على القانون الداخلي بالنص عليها في الدستور والقوانين ذات العلاقة، وليس يخاف دور القانون الدولي في توسيع مفاهيم حقوق الانسان من خلال التفسير المكمل لنصوص الدستور، وذلك في تالزم مع توسع المحاكم الدستورية في استنباط الحقوق بشكل ضمني ، حتى تكون لها الحجية في مواجهة سلطات الدولة والأفراد. المطلب الأول/ أثر تدويل الدستور على سيادة الدولة والسلطات العامة: - لقد أشرنا فيما سلف للتطبيق المباشر للمعاهدة الدولية المستمد من القانون الدولي، وتحديد ما يتعلق من حيث نوعية القاعدة القانونية الدولية، بينما تنفيذ الذات لها مستمد من الدستور، وتحديد حيث الآليات المنظمة لفاذ المعاهدات الدولية في القانون الداخلي كالتصديق والنشر². وهو ما يقودنا الآن للحديث بشئ من التفصيل عن أثر التدويل على سيادة الدولة.

¹. أنظر / حكم محكمة العدل للمجموعة الأوروبية في قضية "فرانكوفيتش" والتي اعتبرت أن قانون الاتحاد الأوروبي يفرض على الدول الأعضاء إصلاح الأضرار اللاحقة بالأفراد نتيجة خرق القانون الاتحادي ومن خلال تبني نظام تعويض عادل خاص بكل دولة شريطة أن يكون هذا النظام فعالاً - مشار إليه لدى/ عزيز والحي ، الرقابة القضائية على القواعد الدستورية و اللائحية في القانون الجزائري مدونة القانون الشامل ، على الموقع/ 2018 Droit7blogspot.com ، ص4.

². هيلين تورار - تدويل الدساتير الوطنية - مرجع سابق، ص/ 589.

الفرع الأول/ آثار التدويل على سيادة الدولة: -إن مفهوم السيادة كمصطلح يعني أن الدولة لها السلطة العليا في إدارة إقليمها بلا معقب عليها، وهي غير خاضعة في إدارته لأي دولة أخرى، وهي تتسم بعدم القابلية للإنتقاص ، او التجزئة ، او التصرف ، وهي سلطة تامة لا تقهر، وهي دائمة ومستمرة ، فهي لا تُكتسب ، وغير قابلة للتقادم ، وقد تزامن ظهورها مع نشأة الدولة القومية، مما أحاطه بحالة من القداسة ، وجوداً وعدمياً، لكنه تحوّل من حق مطلق إلى حق نسبي ، ومن فكرة سياسية دفاعية سلبية، إلى فكرة قانونية إيجابية ، بفعلتطور قواعد القانون الدولي، مما تراجع معه مبدأ السيادة كثيراً.¹ وبمحكم أن السيادة تمثل المبدأ القانوني ، والسياسي الذي تمارسه الدولة على شعبها، وفوق إقليمها ، وفي إطار حدودها الوطنية كولاية إنفرادية ومطلقة. إلا أن تطور المجتمع الدولي أدى بدوره لتطور مفهوم السيادة لمواكبة المفاهيم المتجددة للقانون الدولي في صورته الحالية ، فالسيادة خاضعة لمتغيرات المجتمع الدولي المحكوم اصلاً بقواعد القانون الدولي، فقد حدثت هنا عملية إنتقال ملحوظة من حقبة الإستعمار و الهيمنة والسيطرة ، إلى التعاون وفق ميثاق الأمم المتحدة، حيث يُعد احترام السيادة الإقليمية أساساً جوهرياً من أسس العلاقات الدولية ، وكذلك من المبادئ التي يستند عليها ميثاق الأمم المتحدة. لقد خطى المجتمع الدولي خطوات هامة، في مجال بناء مركز الفرد في القانون الدولي، وهو ما أثر بدوره على المظهر الداخلي للسيادة ، من خلال إعمال الحد الأدنى بالموازنة ، بين مصلحة الدولة المنتمي لها الأجنبي، ومصلحة الدولة المتواجد عليها فيما يسمى بمعيار الحد الأدنى من الحضارة²، وكذلك الحق في الديمقراطية ، أو الحق في إتخاذ القرار المناسب ، وما يتمتع بالحقوق والحريات³، إن أهم القيود التي أوردتها الميثاق فيما يتعلق بالسيادة القيد المتمثل في إلزامية حل النزاعات بالطرق السلمية، وتأثر السيادة بتدويل حقوق الانسان، ومن خلال إحداث عملية بناء دستورية ناجزة، وقد نتج عن هذا البناء لمركز الفرد في القانون الدولي رقابة على علاقة الدولة، مع الفرد لمواجهة متى أعتدت على حق من حقوقه أمام الهيئات

¹. عبد القادر ابوراس - التدخل الدولي الإنساني ، وتراجع مبدأ السيادة الوطنية- دار الجامعة الجديدة- الاسكندرية- 2009 - ص 32. وكذلك/ غالب حوامدة، ، السيادة واشكالياتها في القانون الدولي، مجلة القانون ، كلية الحقوق، دار جامعة عدن للطباعة، اليمن، 2008، ص1.

². هيلينيتورار- تدويل الدساتير الوطنية - مرجع سابق- ص400، وكذلك / عبدالقادر القادري ، القانون الدولي العام، مكتبة المعارف ، الرباط، 1984، المغرب، ص، 67

³. راجع/ المادة (8) من إعلان هلسنكي ، 1975/8/1 على الموقع / <https://w.w.w.osle.org>، الزيارة- 2021/12/28.

الدولية عن طريق نظام الشكاوي أمام اللجان الدولية، والوكالات الدولية المتخصصة والهيئات القضائية غير الوطنية، كالمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان والمحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان، والمحكمة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب، ويتم الإمتثال للرقابة الدولية يتم عن طريق إلزام الدولة بنظام التقارير، وضرورة بيان الإجراءات التشريعية، والقضائية، والإدارية، المتخذة طرف الدول لتنفيذ التزاماتها الدولية، في مجال حقوق الإنسان، سواء كانت تقارير أولية أم دورية أم إضافية.¹ ومع إلزام الدولة كذلك بضرورة الإستعراض الشامل، وبشكل دوري للوفاء بالالتزامات الدولية، ويكون لجؤ الافراد للمحاكم الدولية كالمحكمة الأوروبية، والمحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان بشكل مباشر أو غير مباشر أو تقدم الشكوى الى لجان متخصصة دون شرط أن يكون الفرد حاملاً لجنسية الدولة المشتكى عليها أو تقدم لأحد المنظمات الدولية كمنظمة العمل الدولية، او اليونيسكو، في مجال حقوق الإنسان وتحت إشراف مجلس حقوق الإنسان، وكذلك التقارير المقدمة من طرف المنظمات غير الحكومية إلى المفوض السامي لحقوق الإنسان. كما أن التدخل الدولي الإنساني، قد اعترف به ميثاق الأمم المتحدة، كوسيلة لحماية حقوق الإنسان، ليتحول لاحقاً الى مسؤولية الحماية بعد العام / 2005، حيث تضاعف معه المجال المحفوظ لسيادة الدولة، أمام تطور مفاهيم حقوق الإنسان دولياً، والتي خرجت فيه من المجال المحفوظ للدولة، ذلك أن الحماية الدولية للحقوق تتطلب تحقيقها بأية وسيلة متاحة، حتى أصبح التدخل الدولي الإنساني يتم بأية وسيلة كانت، ويهدف منع الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان²، ومحاولة وأدها في مهدها بتضافر كافة الجهود، وهذا ما يتطلب وضع مفاهيم قانونية جديدة للسيادة لتحديدها، وبحيث تنير السبيل أمام القاضي والمشرع ليهتديا بها في مواكبه للمتغيرات الدولية. الفرع الثاني: حدود سلطة الدولة في الحد من التدويل: - بعد تنامي مد القانون الدولي وتحديد في مجال حقوق الإنسان وتراجع مفهوم السيادة بشكل لافت، إلا أن للدولة اللجوء لعدة اجراءات تحفظ سيادتها في مواجهة التدويل وهي:

1- حق التحفظ مكفول للدولة، كون الانضمام للمعاهدة الدولية رضائياً، وبالتالي لها أن تطرح حكماً من المعاهدة أو إزالة ما يشوبها من غموض حتى يتم الالتزام بها من خلال تحفظها سواء عند الانضمام

¹. هيلين تورار، المرجع السابق ص/636، وللمزيد يراجع / محمود قنديل - الأمم المتحدة وحقوق الإنسان - مركز القاهرة لحقوق الإنسان - ط. 2- القاهرة 2009 - ص 36.

². للمزيد / حول الآراء الفقهية بشأن التدخل الإنساني راجع / عبد القادر ابوراس، التدخل الدولي الإنساني، مرجع سابق، ص 178-180. وقد طُبّق هذا التدخل تحت مسمى مسئولية الحماية على دولة "ليبيا" بموجب قراري مجلس الامن رقمي (1971-1973) لسنة 2011.

أو التوقيع أو التصديق وفق الشروط طبقاً لإتفاقية(فيينا) المشار إليها، وهو بلا شك عامل للحفاظ على المعاهدة من خلال توسيع نطاق المعاهدة من ناحية ، وتحقيقها للهدف الاصلي من وجودها من ناحية أخرى¹ ، وجواز التحفظ على معاهدات حقوق الإنسان بشكل عام ، وأن تمنع التحفظ على مواد معينة أو اشتراط نصاباً معيناً للتحفظ أو بالسكوت وعدم الحظر²، وهكذا يكون للتحفظ دوراً هاماً في الحفاظ على سيادة الدولة ، من خلال مظهرها الداخلي إستبعاد النصوص القانونية الدولية المتعارضة مع النصوص الداخلية، بما يُقَيّد سيادة السلطة التشريعية ، ومن ناحية أخرى إستبعاد نظام الرقابة الدولية في هذا الشأن.

3. الإعلان التفسيري، ويتم اللجوء إليه من قبل الدولة لتحديد مدى ملاءمة القواعد القانونية الدولية للقواعد القانونية الداخلية من خلال تحديد معنى المعاهدة أو بعض أحكامها، وبالتالي فإن الإعلان التفسيري ، هو اجراء كاشف لموقف الدولة الصادر عنها عند تفسيرها لحكم معين في المعاهدة الدولية ، وهو عكس التحفظ ، الذي يستثني بعض الأحكام منها من خلال إدراج بند في المعاهدة يتضمن تفسيرها ، أو إبرام اتفاق تكميلي بهدف تفسير المعاهدة ، أو بعض أحكامها، وقد يكون مترامناً مع وقت ابرام المعاهدة ، أو في وقت لاحق لها³،

4. يحق للدولة إعلان حالة الطوارئ والاحتجاج بها كحالة استثنائية طارئة، يقرها الدستور، متى تعرضت البلاد لخطر داهم يهدد سلامة الأمة ، أو وجودها، و يتطلب إتخاذ تدابير خاصة للمحافظة على البلاد ، مما قد يضطر الدولة إلى فرض قيود على حقوق الإنسان وحرياته . وقد تمت معالجة حالة الطوارئ في أغلب الدساتير ، لأهميتها سواء بالتنظيم المسبق ، أو المتزامن للأحداث، أو الاتجاه الموازن بين الإجتاهين السابقين، وقد حدد القانون الدولي الحالات التي لا يجوز فيها تقييد بعض الحقوق⁴، وقد أجاز القانون الدولي للدول التحلّل من بعض الالتزامات، والاعتراف بأثارها ،

¹. أنظر/ مصطفى كرعلي- التحفظ في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان - رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة محمد بوقرة- بومرداس - الجزائر -ص 40.

² مصطفى كرعلي- المرجع السابق- ص44.

³. ليث الدين صلاح حبيب - التحفظات الدولية على اتفاقيات حقوق الانسان- مجلة كلية القانون للعلوم القانونية- والسياسية - كلية الحقوق، جامعة كركوك ، ع/4- 2013- ص306.

⁴. مفتاح اغنية محمد اغنية - الحماية الدستورية للحقوق والحريات العامة أثناء الظروف الاستثنائية الموجبة لحالة الطوارئ - أطروحة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة الحسن الثاني- المغرب- 2011- ص.434.

وأن يتم بيان الحالة، وتحديد المنطقة المعنية بها ، ومدة سريان حالة الطوارئ ، وتاريخ سير، ووقف سريانها، مع حظر المساس ببعض الحقوق أثناء الطوارئ ومع ضرورة الاعلان والاختار بذلك.¹ كما يحق للدولة الانسحاب من معاهدات حقوق الإنسان، بإرادتها المنفردة، بقصد التحرر من الالتزام بالمعاهدة ، وهو ما ينتج عنه استبعاد أي أثر قانوني ناجم عنها ، طبقاً لنص المادة (54) من اتفاقية (فيينا) للمعاهدات ، ويكون الانسحاب وفقاً لنصوص المعاهدة ، أو في وقت يرضي جميع الأطراف بعد التشاور مع الدول المتعاقدة طبقاً للمواد (56،65،67)، ذلك أنه في حالة وجود نص لا يوجد إشكال، لكن الأمر يدق عند عدم وجود نص في الاتفاقية يميز الانسحاب فإنه لا يلغي الحق فيه، ويكون الانسحاب ممكناً عند غياب النص بشرطين هما: إن تثبت نية الأطراف إلى إجازة الانسحاب أو أمكن استنباطه من طبيعة المعاهدة ذاتها²، فالعهديين الدوليين لحقوق الإنسان (1966) مثلاً اتجهت إرادة واضعيهم إلى حظر الانسحاب منهما نظراً لطبيعتهما الخاصة بوصفهما الشرعة الدولية لحقوق الإنسان فلا يمكن أن تكون محلاً للنقص أو الانسحاب من طرف الدول فيهما³.

الفرع الثالث: أثر التدويل على السلطات العامة:- ويتم تحديده من خلال الآتي/أثر التدويل على

السلطة التنفيذية:-تقوم كل سلطة في الدولة بممارسة اختصاصاتها المرسومة لها بمقتضى الدستور حيث تتمتع السلطة التنفيذية في الدولة بمقتضى الدستور بأولوية فيما يتعلق برسم السياسة الخارجية للدولة، وتأسيساً على هذا الامتداد تقوم السلطة التنفيذية بعقد المعاهدات الدولية، ومن خلال الدستور يتم إلزام الدولة ، كون السلطة التنفيذية فيها قد أبرمت المعاهدة بالتعاون مع الهيئات الوطنية والدولية ، حتى نجد أنه على المستوى الأوروبي قد تم تضمين مواد في الدساتير تتعلق بإحالة حقوق سيادية إلى منظمة دولية كما هو شأن بعض الدساتير الأوروبية التي اسلفنا ذكرها، فالسلطة التنفيذية، هي المعبر عن إرادة الدولة خارجياً وزاد من دورها وجود منظمات ومجموعات تحت الدولة مكانة أثرت في ذلك، وهكذا نجد أن

1. المرجع السابق نفسه- ص.447.

2. للمزيد أنظر/ عادل أحمد الطائي- القانون الدولي العام - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الأردن / ط.1، 2009- ص185.

3. أنظر/ تعليق اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، رقم 26/ 1997 - الدورة - 61 الوثيقة رقم (53/40) متاح على الموقع / <https://www.onchr.org.2012.8.18>. والمتعلق بالرد على طلب دولة كوريا الشمالية الانسحاب من العهديين المشار إليهما.

التطورات الهائلة في قواعد القانون الدولي تستلزم مواكبة، وتفاعل على الصعيد المحلي عن طريق السلطة التنفيذية في الدولة، وتفعيل دور الفرد فيها.

أثر التدويل على السلطة التشريعية:- عند إبرام معاهدة أو اتفاقية دولية فإن تشريها نحو القانون الداخلي تستوجب على المشرع صياغة ملائمة ومتوافقة لإزالة أي لبس أو تعارض فهو ليس بمنأى عن التطور القانوني الذي ذكرناه وحتى لا يتم تنازع بين هذه القواعد فإن الأمر يستلزم وضع قواعد قابلة للتطبيق من خلال تبي أساليب وطرق تسهل ولوجها للقانون الداخلي من حيث اعتبارها مساوية له أو تعديل النصوص المتعارضة أو الغاؤها بما يكفل إنسياب القاعدة القانونية الدولية وتسريها إلى الداخل، وبجيث تكون جزءاً لا يتجزأ من النظام القانوني ، وهذا الأمر يضيق بلا شك من سلطة المشرع من حيث إلزامه بإتخاذ الاجراءات اللازمة لمطابقة التشريع الوطني وتوافقه مع الالتزامات الدولية ، سواء من حيث تنظيم المسائل ذات العلاقة بالحقوق والحريات العامة ، أو ما يسمى بالقانون الدولي لحقوق الإنسان ، ودراستها تمهيداً لتعديل التشريعات بما يتوافق معها، وقد عدلت عدة دول تشريعاتها تبعاً لما يتوافق مع الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، حيث طبقت (فرنسا) مثلاً تشريعاتها مع قرار مجلس الأمن رقم (1996 / 872) بشأن إنشاء محكمة دولية (ليوغسلافيا) السابقة ، وبما يفضي إلى مشاركتها ، وتعاونها غير المحدودي القضاء الجنائي الدولي الجديد، كما عدلت دولة (سويسرا) تشريعاتها تبعاً لقرار المحكمة وأصلحت القانون العسكري لها وفقاً للمادة (5) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان.المطلب الثاني: أثر تدويل الدستور على حقوق الإنسان:- انتقلت الحماية لحقوق الإنسان من الأنظمة الداخلية إلى القانون الدولي بشكل كبير حيث نص على ضرورة احترامها في كل المواثيق والمعاهدات وهي ملزمة للجميع بعد التطور اللافت لحقوق الانسان على المستوى الدولي.الفرع الأول/ طبيعة القواعد الدولية الأمرة وحقوق الإنسان :- يُشكّل ميثاق الأمم المتحدة (1945) والإعلان العالمي لحقوق الإنسان (1948) قواعد أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها والزاميتها أمر لا جدال فيه حيث استقرت هذه المبادئ لتكون جزءاً من القانون الدولي العرفي¹. كما جاء العهدان الدوليان للحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاجتماعية والاقتصادية ليشكلا معاً رافداً جديداً سواء من حيث النص على الحقوق أو من حيث ما ورد فيهما من إلزام لجميع الأطراف وقد اعتبرت لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم

¹. علي معزز ،حقوق الإنسان بين العالمية والخصوصية ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ،جامعة مولودي معمري، الجزائر، 2016 ،ص153.

المتحدة أن نصوص العهدين تمثل القانون الدولي العربي ذات الطبيعة الآمرة لا أن تكون مجرد تحفظات¹، إذ في حالة أي تعارض فالأفضلية للمواثيق ولها أولوية في التطبيق وهو ما يعني الاتفاق الجماعي الذي يضع تنظيمًا دستورياً للجماعة الدولية، وهي بلا شك خطوة في إطار التدويل لحقوق الإنسان، وذلك من خلال السمو سواء من حيث تحديد مفاهيم حقوق الإنسان وتطويرها وحمايتها والاعتراف لها بمكانة عليا وأسبقية في مختلف الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة أو من حيث تدعيم هذه الحقوق تجاه الدول من خلال إيلائها مكانة مقدمة ضمن تشريعاتها الوطنية²، فمن نتيجة تدويل لحقوق الإنسان عدم أحقية أي فرد أو دولة أو جماعة إهدار هذه الحقوق أو الانتقاص منها³، ويظل ذلك سارياً حتى في ظل الظروف الانشائية أو الطارئة التي تمر بها البلاد وتستدعي إعلان حالة الطوارئ من قبل السلطة في الدولة حفاظاً على كيانها، وهو ما يعني اتخاذ الدول للتدابير في أضيق نطاق ممكن وبحيث لا تتناقى مع التدابير والالتزامات الأخرى المترتبة بمقتضى القانون الدولي وحظر التمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي⁴، فما هو اذن الأثر المترتب على تضمين الحقوق في الدستور؟ إن السمو الذي يكتسبه الدستور نابع من معيارين (موضوعي) يتضمن بأن الدستور، هو المحدد لشكل الدولة، وعمل السلطات بها والحقوق والحريات، وآخر (شكلي) يرتبط بالإجراءات التي يتم بها وضع الدستور، وإجراءات تعديله، وبالتالي يصبح النص على الحقوق والحريات العامة ضمن الدستور يعطيها مرتبة عليا على القوانين، كونه ضامناً لها وقد أصبح وجودها في الدستور سمة بارزة، ونقطة اتصال، بين جل الدساتير الوطنية، وهذا ما نلاحظه في الاعلان الدستوري الليبي المؤقت/ 2011، وكذلك مسودة الدستور الليبي/ 2017، حتى وصل الأمر إلى حظر المساس بها، أو تعديلها، أو النيل من مكتسبات حقوق الإنسان، وحرياته المصونة دستورياً، ويكون بذلك الغرض من أعمال مبدأ السمو لحقوق الإنسان محلياً، ودولياً هو وضع قواعد قانونية وأخلاقية تحظر المساس بها أو إنتهاكها وتحول دونها⁵. وهكذا نجد أن التطور الذي عرفته قواعد القانون الدولي ألقى بظلاله على الدساتير الوطنية، التي لا يمكن إنكار

1. المرجع السابق نفسه - 166.

2. هيلين تورار- تدويل الدساتير الوطنية- مرجع سابق- ص 395.

3. راجع / المادة (30) من الاعلام العالمي لحقوق الإنسان 1948، والمادة (5) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية/ 1966، والمادة (5) من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية/ 1966.

4. أنظر/ المادة (4) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية/ 1966.

5. حسين هادي ساحت - مرجع سابق- ص 38.

دورها في بناء الدساتير، وهذا التطور برز بجلاء في تطور منظومة حقوق الإنسان ، من خلال النص عليها في صلب الدساتير وهو ما كان لافتاً في الانسجام والتكامل بين القانونين (الدولي والداخلي) في هذا المضمار فالمعاهدات الدولية الشارعة لها علوية ناهيك عن إشتراط بعضها ما يسمى (بالشرط الدستوري) وذلك بإستثناء بعض المسائل التي يديرها القانون الدستوري فتبقى خارج نطاق شروط المعاهدة ، فلا بد أن يكون للإتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان أولوية، وأسبقية في التطبيق، وكفالة وجود رقابة حازمة لإحترامها. الفرع الثاني: القيمة الدولية للقواعد الدستورية:-أشرنا إلى موقف القانون الدولي من نشر المعاهدات الدولية داخلياً، كما أوضحنا في سمو القواعد الدستورية على قواعد القانون الدولي، واتضح لنا جلياً توسع دور القاضي الدولي في تكريس سمو المعاهدات الدولية على الدستور¹. وتمثل ذلك في زيادة الإحالة إلى القانون الدولي في دستور الدولة وهو تأثير إيجابي يؤدي إلى إعتداد مزيد من الضمانات لحقوق الإنسان، ومثال على ذلك الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وتتجلى هذه القيمة في:- اتفاقية فيينا للمعاهدات (1969) حيث أكدت على ضرورة وجود سلطة لها صلاحية التعبير عن مواقف الدولة والإلتزام باسمها ولحسابها ويكون تحديد صحة تمثيل هؤلاء لدولتهم بالرجوع للقواعد الدستورية في الدولة التي تحدد وظائفهم كما ورد في المادة (2/7) من الاتفاقية. موقف القضاء الدولي والذي أكد على الصفة الدولية للقواعد الدستورية حيث قد يؤدي الإخلال بالقواعد الداخلية الجوهرية المتعلقة بإبرام المعاهدات الدولية إلى إبطالها². حظر تدخل القانون الدولي في تنظيم المؤسسات الدستورية في الدولة ، ذلك أن القانون الدستوري له ذاتية واستقلالية ، فلكل دولة مجال أوسع، وسلطة مطلقة في اختيار التنظيم السياسي الملائم لها، ورسم قواعده الأساسية وهذا منبعه السمو الذي يتمتع به الدستور. الرقابة الدستورية وتقوم على إحترام مبدأ الشرعية ، وضمانها عن طريق التسلسل الهرمي للنصوص القانونية سواء أكانت رقابة قضائية عن طريق المحكمة العليا، الدائرة الدستورية او المحكمة

¹. اعتبر القضاء الدولي المعاهدة اسمى من الدستور، كما في قضية (مونيتجو) بين الولايات المتحدة وكولومبيا / 1875 ، وكذلك/ قضية معاملة الرعايا البولنديين في (دانج) الألمانية، 1932 ، فلا يحق التحجج بالدستور للتصل من الإلتزامات الدولية كما رأينا سابقاً.

². انظر / الحكم التحكيمي في قضية الحدود البحرية بين السنغال وغينيا / 1989 ، كما أكدت محكمة العدل الدولية في قضية الحدود بين قطر والبحرين/2002 واعتبرت أن القواعد المرتبطة بسلطة التوقيع على المعاهدات باسم الدولة هي قواعد دستورية ذات أهمية جوهرية ، مشار إليه لدى / كريم خلفان، العلاقة بين قواعد القانون الدولي وأحكام القانون الدستوري - مرجع سابق ص/16.

الدستورية حسب مشروع الدستور، في النظام القانوني الليبي، أو عن طريق المجلس الدستوري كحام للشرعية، وبالتالي فإن مناط الشرعية الدستورية ضمان استمرار المؤسسات الدستورية في البلاد، وهنا يثور الإشكال فيما يتعلق بمدى دستورية المعاهدات الدولية! حيث يوكل للمحكمة الدستورية مراقبة المعاهدات الدولية، والأفضل أن تكون هناك رقابة سابقة قبل المصادقة على المعاهدة، بحيث لو قضت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا بعدم دستورتها فلا يمكن المصادقة عليها، أو المصادقة مع التحفظ. ومن خلال قراءة مسودة الدستور الليبي / 2017، نجد أن هناك مكانة متميزة لحقوق الإنسان، وإعتبار الاتفاقيات والمعاهدات الدولية بشأن هذه الحقوق، وحماتها مرجعية معتبرة عند صياغته، وللدائرة الدستورية بالمحكمة العليا حالياً، أو للمحكمة الدستورية حسب مسودة الدستور الليبي كهيئة رقابة، أن تضمن التعاون بين سلطات الدولة، وبالتالي ضمان عدم وجود معارضة بين المعاهدات التي تبرمها الدولة الليبية مع الدستور، وتؤكد على أنه متى حصل تعارض بين المعاهدة الدولية، والدستور كلاً أو جزءاً، فلا يؤذن بالمصادقة عليها إلا بعد تعديل الدستور، مع ضرورة تحديد الجهة التي تأذن بالمصادقة، والجهة التي تفصل في وجود والتعارض من عدمه¹، فالدستور وحدة متكاملة، وهو الناظم لمؤسسات الدولة، وشكلها، وكيفية الإنسجام داخل نظامها القانوني كل حسب إختصاصه، وهو الذي يُحدّد نسق الشرعية، وبالتالي فإن الجرائم التي تمس كيان المجموعة الدولية، أو السلم والأمن الدوليين تعتبر ذات طبيعة آمرة، وهي ملزمة لجميع الدول، وتسمو على الأنظمة القانونية الوطنية، وكذلك القواعد الدولية الأخرى غير الآمرة²، ونشير إلى أن تعديل الدستور نتيجة لحكم قضائي دولي منفذ لمعاهدة دولية وارد، من خلال مبدأ سمو المعاهدات المادة /27 من اتفاقية (فيينا) للمعاهدات نجد أن بعض المعاهدات تلزم الأطراف بوجود سن التشريعات اللازمة لضمان تنفيذ المعاهدة، أو تعديل التشريعات الداخلية القائمة، وبما يتفق مع أحكام المعاهدة³، كما أن هذا الأمر يُثار بشكل جلي في

¹. تتولى الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا- المحكمة العليا بموجب القانون رقم 6 لسنة 1982 لسنة وتعديلاته وتمارس حالياً عن طريق الدائرة الدستورية بينما مشروع الدستور الليبي 2017 أوكل المهمة للمحكمة الدستورية وهو اتجاه محمود المشرع الليبي.

². راجع / المادة (27) من اتفاقية فيينا للمعاهدات 1969، المشار إليها.

³. أنظر/ حكم محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية تبادل السكان بين (تركيا، وبلغاريا)، وقضية مدارس الاقليم في (البانيا)، انظر للمزيد/ نوال ايزعوين، أثار المعاهدات الدولية، رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة الجزائر 2005، ص، 53.

تعديل الدستور، وذلك بوضع حد للنص الدستوري غير المتلائم مع أحكام القانون الدولي، وإلتزامات الدولة التعاقدية، وهي نفس القاعدة التي تُطبَّق في القانون الداخلي عند التعارض مع الدستور، عن طريق اتباع الإجراءات المحددة بالإلغاء، بحيث يظل القانون المتعارض، أو المخالف للدستور نافذاً وصحيحاً حتى إلغائه¹، إذن القاعدة الداخلية التي تتعارض مع القاعدة الدولية يجب أن تختص في المجال الداخلي، بوضع حد لسريانها ولو كانت قاعدة دستورية. وهكذا فالدستور الذي يتم التوافق عليه بشكل موسّع يكون أكثر إتراناً، ويعمّر طويلاً، كونه يُمثّل توافقاً واسع النطاق يستجيب لمطالب الشعب، وأمانيه، وتطلعاته، وبما يُضفي عليه شرعية تصل لحد الشعور بملكيته، مما يخلق تصميمًا وإصراراً على حمايته، والحفاظ على مكانته المرموقة.

(الخاتمة)

لقد أفضى هذا البحث لجملة من النتائج والتوصيات تم إجمالها فيما يلي:-

أولاً:- (النتائج) ويمكن إجمالها فيما يلي :- وجود علاقة وطيدة، ومتطورة، بل وجد هامة بين القانون الدولي، والقانون الدستوري، حيث لم يعد هناك فاصلاً بينهما بعد نفاذ القواعد القانونية الدولية للداخل، فقد تصاعدت جلياً تأثيرات القانون الدولي، في عملية التدويل الى داخل نصوص القانون الدستوري، بمنح الأفراد ضمانات قانونية، وحقوقية، تحفظ لهم مراكزهم القانونية، حيث أصبحت حقوق الانسان من المصالح العليا المشتركة، التي تهم المجتمع الدولي، ولم تعد من الإختصاصات المطلقة، أو المجال المحفوظ للدولة. 2- إن تدويل حقوق الانسان، تعد حلقة وصل، وإلتقاء بين القانونين الداخلي والدولي، وهي هدف سام لكليهما، وذلك مناط الإنسجام، والتناغم، والتوافق، في القضايا ذات الإهتمام المشترك. - إن تدويل الدستور يمس بمبدأ الفصل بين السلطات، من خلال تقوية السلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية، وما يترتب عليه من آثار بالغة الخطورة، حيث تتجه الدساتير الحديثة لإعتماد القانون الدولي كإستراتيجية ونقطة إنطلاق مقيدة، تعزز الثقة بين الدول وتبين مكانتها الدولية. - إن تدويل الدستور ألقى بظلاله على مبدأ السيادة الوطنية الذي شهد إنحساراً في مواجهة التدويل. إن تدويل الدستور أصبح امراً واقعاً، لما يشكّله من جانب حمائي لحقوق الانسان، وما يتطلبه من وضع آليات وطنية لإستيعابه، وذلك مرده مرونة

¹. محمد ناصر ابو غزالة، التنزع بين المعاهدة الدولية والقانون في المجال الداخلي في ضوء احكام القانون الدولي العام، اطروحة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 2010، ص/ 343،345.

القواعد الدولية الحديثة ، كعامل أساس في تطوير القانون الدولي، إن المحاكم الدستورية كان لها دور رئيس ، في استقبال قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان ، وهو ظاهر بجلاء في عديد الأحكام والقرارات ذات الصلة. 7- بروز قدرة المجتمع الدولي للتدخل الإنساني، ومسئولية الحماية ، من خلال انشاء محاكم خاصة لمحاكمة مرتكبي الإنتهاكات الجسيمة لحقوق الانسان. إن التدويل قد أثر في مفاهيم كثيرة كالسيادة ، وسمو الدستور، فلا مجال لشيء ثابت مطلقاً ، إذ نلاحظ تأثر هذه المضامين بظواهر داخلية وخارجية، حتى ظهر لدينا اخيراً ما يسمى بالقانون الدستوري الدولي، كفرع مستقل عن القوانين الأخرى، انطلاقاً من مفهوم دستوري واسع متعدد المستويات .

ثانياً:(التوصيات) وتتضمن الآتي:-

1- ضرورة إلزام السلطة التنفيذية بإتخاذ الإجراءات اللازمة طبقاً للدستور، لنشر المعاهدات ، والإتفاقيات الدولية ذات العلاقة بحقوق الإنسان ، وإدماجها في القانون الداخلي ، حتى يتسنى للكافة العلم بها، والمطالبة بحقوقهم الواردة بها.- لا بد من وجود توافق وتنسيق بين السلطتين التشريعية ، والتنفيذية فيما يخص آلية الإدماج.- ينبغي ان يكون للقاضي سلطة واسعة في فحص المعاهدات الدولية ، تمهيداً لإقرارها ، ومدى مطابقتها للدستور والتقييد بالضوابط المحددة فيه ، وهنا يجب أن يكون للقضاء الدستوري صلاحية وأد أية قيم غربية، لا تتناسب مع خصوصيتنا الدينية ، والثقافية، والنظام العام الإسلامي .- مراعاة النظام العام لكل دولة عند إبرام المعاهدات، من حيث الأسس الدينية ، والثقافية ، والأخلاقية، في كل دولة، وأن تأخذ حيزاً كبيراً من النقاش المعمق، قصد الوصول لأفضل النتائج.5. تطوير القوانين الوطنية كنتيجة طبيعية لتطوير الدساتير، وبما يتناسب مع المعايير الدولية.

6- العمل بجدية على إصلاح منظومة الامم المتحدة، وتحديد المجلس الأمن فيما يخص الفصل السابع من الميثاق عند القيام بالتدخل الأنساني، أو مسؤولية الحماية.7- الإهتمام بتدريس القانون الدولي الدستوري في كليات القانون، وإعداد الندوات والبرامج المتخصصة لذلك، والإستفادة من تجارب الدول الأخرى في هذا الشأن.

قائمة بأهم المصادر والمراجع:-

أولاً/الكتب والمؤلفات العامة:

- 1 - صلاح محمد محمود ، وآخرين ، العولمة ، ومستقبل حقوق الانسان ، منشورات دار الاهالي للنشر والتوزيع، دمشق، 2005.2
- عادل أحمد الطائي ، القانون الدولي العام ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ط،1، 2009.
- عبدالقادر ابوراس، التدخل الانساني، وتراجع مبدأ السيادة الوطنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
- محمود قنديل، الامم المتحدة وحقوق الانسان، مركز القاهرة لحقوق الإنسان ، ط2، القاهرة، 2009.5 -
- مفتاح اغنية محمد اغنية ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات العامة ، اثناء الظروف الإستثنائية الموجبة لحالة الطوارئ ، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ،جامعة الحسن الثاني، الدارالبيضاء، المغرب، 2011. 6
- هيلين تورار، تدويل الدساتير الوطنية ، ترجمة ، باسيل بجك ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2010.

ثانياً/الاطروحات والرسائل الجامعية:

- 1 - علي معزوزي، حقوق الانسان بين العالمية والخصوصية، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ،جامعة مولودي معمري ، تيزي وزو، الجزائر 2016.2
- محمد ناصر ابوغزالة، التنازع بين المعاهدة الثنائية ، والقانون في المجال الداخلي ، في ضوء أحكام القانون الدولي، اطروحة دكتوراه ، معهد العلوم الادارية، بن عكنون، الجزائر، 3، 1996
- ناجي كمال ، دور المنظمات الدولية في قرارات التحكيم، أطروحة دكتوراه ، منشورات مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت، 2007
- حسن هادي ساحت ، نظرية تدويل الدساتير، وتطبيقاتها في الدول العربية، رسالة ماجستير، جامعة ذي قار، العراق 2016.5.
- شاربه انجيميل مخامرة ، تدويل الدساتير، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط ،عمان الأردن، 2013.6

- نبيلة محلين، تدويل الدساتير في مجال حقوق الانسان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، ام البواقي، الجزائر، 7.2019.

نوال ايزعوين، آثار المعاهدات الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005.

ثالثاً/البحوث والدراسات ذات العلاقة:

1. حسنية شرون، تطبيق الإتفاقيات الدولية امام القاضي الجزائري، بحث منشور، بمجلة العلوم الانسانية، جامعة، محمد خيضر، الجزائر، 2007، 2

.خلفان كريم، وصام إلياس، العلاقة بين قواعد القانون الدولي، وأحكام القانون الدستوري، تبعية سمو أم تكامل، بحث منشور، بمجلة المجلس الدستوري، العدد 3، 2014.

عبد السلام هماش، دراسة في مفهوم التدويل، وإستخداماته القانون الدولي العام، بحث منشور، بمجلة علوم الشريعة والقانون، مج 8، ع 2، المنهل الالكترونية، 2011.

4-ليث الدين صلاح حبيب، التحفظات الدولية على إتفاقيات حقوق الإنسان، بحث منشور، بمجلة القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة كركوك، العراق، 2013.

الدساتير والاعلانات:

1. الدستور الملكي الليبي /1951،

الإعلان الدستوري الليبي / 2011 وتعديلاته.2.

مشروع الدستور الليبي/2017. 3

-الدستور الفرنسي / 1958النسخة العربية.

-الدستور الكويتي/1962. الدستور الجزائري/1996.

الدستور القطري / 2004.

7. الدستور المغربي / 2011.

. الدستور التونسي / 2014.

الشكلية في الدعوى المدنية والجزاء الناشئ عن مخالفتها"

د/عافية صالح مسعود النقراط / أ/ إبراهيم الحوسين عتيق الهليب

المقدمة

الشكل هو الوسيلة التي يظهر بها العمل أمام الغير وهو بهذا المعنى موجود دائما بالنسبة لكل الأعمال القانونية، وعناصر العمل الإجرائي يقصد بها كل ما يشترطه القانون لوجود العمل وصحته، فالقاعدة هي أنّ العمل الإجرائي عمل شكلي ويجب أن يتم مطابقا للوسيلة التي حددها القانون ولكي ينتج العمل الإجرائي آثاره يجب أن يكون مطابقا لنوع وشكل النشاط الذي يرخص به الأمر الوارد في القاعدة القانونية والشكل بهذا المعنى يعتبر من عناصر العمل الإجرائي بل من أهم عناصره، وإلى جانب العناصر الشكلية اللازمة لصحة العمل الإجرائي فالعناصر الموضوعية لازمة لوجود العمل ذاته وكلاهما ضروري لإنتاج العمل الإجرائي لآثاره.

والأشكال الإجرائية أيّا كان مظهرها إنما تهدف إلى تحقيق غايات تطلبها القانون، وإذا كانت الغاية من تقدير الحقوق هي المساواة في المراكز الإجرائية للخصوم فإن المشرّع يستخدم الأشكال الإجرائية لتحقيق هذه الغاية، وإذا كان مبدأ المواجهة أهم تطبيقات حق الدفاع فإنّ هناك جوانب أخرى لاحترام هذا الحق تتمثل في الالتزامات المفروضة على الخصوم وكذلك الالتزامات المفروضة على القاضي لاحترام حقوق الدفاع وضمائنه في أثناء الخصومة وحتى انتهائها بصدور حكم فيها.

وإذا كان تحقيق العدالة لا يجب أن يترك إلى حرية المتقاضين وتحكم القاضي فإنّ الشكلية الحديثة أصبحت ضرورة لا بد منها وإذا كان القانون قد أوجب أن تتم الإجراءات في شكل معين فإنه قرار البطلان الإجرائي في حالة مخالفة الشكل، ورغم ذلك يجب عدم المبالغة بالشكل وإنما يجب أن يكون احترامه بالقدر الواجب لتأدية دوره كوسيلة حماية وهو ما تختلف فيه التشريعات الحديثة بحسب المعيار الذي تعتنقه لتحديد البطلان لمخالفة الشكل، ولا يحكم بالبطلان إن لم يترتب على العيب ضرا بالخصم.

أهمية البحث:

تكمن أهمية الموضوع في أنّ للشكل أهمية كبيرة حيث إنّ العمل الإجرائي يجب أن يتم وفق شكل معين، وعليه فإنّ الشكل يعدّ عنصرا من عناصر العمل الإجرائي، فالعنصر الداخلي فيتمثل بالكتابة كالأوراق القضائية والبيانات التي تتضمنها والأشكال القولية كشهادة الشهود والنطق بالحكم والأشكال الفعلية كالحضور أمام المحكمة والانتقال للمعينة، والعناصر الخارجية للعمل الإجرائي متمثلة في زمن الإجراء والمكان الذي يجب أن يتخذ فيه وهو ما يمكن أن يطلق عليه الظروف الشكلية للإجراء وتعد من صور التنظيم الشكلي للإجراء.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى بيان الإجراءات المتعلقة بشكل الدعوى المدنية التي ينبغي مراعاتها عند رفع الدعوى حتى لا تتعرض للبطلان لعيب في الشكل، ويهدف البحث إلى بيان دور الشكل في حماية حقوق الدفاع

تساؤلات البحث:

ما المقصود بالإجراء الشكلي كعنصر في العمل الإجرائي؟

ما الفرق بين الشكل الجوهرى والشكل الثانوي في الدعوى؟

ماهي الغاية من مراعاة الشكل في الدعوى؟

ما هو الجزاء المترتب على مخالفة الإجراءات الشكلية في الدعوى؟

منهج البحث:

المنهج المتبع في هذه الدراسة هو المنهج الإستقرائي وبالإضافة إلى المنهج المقارن في بعض الأحيان و تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع سواء في القانون الليبي أو المصري، وعرض الآراء الفقهية وموقف القضاء منها من خلال أحكام المحاكم.

تقسيم البحث:

المبحث الأول: الشكلية في الإجراءات القضائية

المطلب الأول: الشكل كعنصر في العمل الإجرائي

المطلب الثاني: دور الشكل في حماية حقوق الدفاع

المبحث الثاني: الجزاء الناشئ عن مخالفة الشكل

المطلب الأول: مخالفة الشكلية

المطلب الثاني: جزاء مخالفة الشكلية

المبحث الأول: الشكلية في الإجراءات القضائية

إذا كان الأصل في القانون الموضوعي هو مبدأ حرية الشكل⁽¹⁾ بمعنى أنَّ للأفراد حرية التعبير عن إرادتهم على النحو الذي يريدونه ويرتب القانون آثارًا على مضمون العمل أيا كانت الوسيلة التي تم بها، فإن الأمر ليس كذلك في القانون الإجرائي إذ المبدأ في هذا القانون هو قانونية الشكل بمعنى أن جميع أوجه النشاط التي تتكون منها الخصومة يجب كقاعدة أن تتم تبعًا للوسيلة التي يحددها القانون⁽²⁾. ولهذا التحديد أهميته في تقدير ما إذا كانت الوسيلة أو الشكل الذي اتخذ فيه العمل مطابقا للتحديد النموذجي التشريعي فعندئذ تنطلق آثار العمل نظرا لمصلحته وإن لم يتحقق هذا التطابق وصف العمل بأنه معيب وقعد عن توليد آثار الإجراء الصحيح.

فالقاعدة الإجرائية شأنها شأن كل قاعدة قانونية تنظم بشكل عام ومجرد سلوكًا معينًا، وترتب أثرًا معينًا على القيام بهذا السلوك أو عدم القيام به أو على القيام به بشكل غير صحيح، فالقيام بالسلوك المنصوص عليه في القاعدة بشكل كامل وصحيح يولد جميع الآثار الكامنة في هذه القاعدة وعدم القيام بالسلوك المنصوص عليه أصلا أو القيام به بشكل معيب يرتب جزءًا إجرائيًا، كما يولد وصفًا للعمل الذي لا يتطابق مع السلوك⁽³⁾.

والمقرر في محكمة النقض المصرية أنه يتعين لسلامة الحكم أن يورد في أسبابه الدفوع الشكلية وغيرها من الدفوع الموضوعية الأخرى، والرد عليها أيًا كان حظها من الصواب أو الخطأ وإلا كان ذلك مشوبًا بالبطلان...⁽⁴⁾.

وإنَّ الشكل في الإجراء القضائي بالمعنى الضيق هو الوسيلة الفنية التي يتم بموجبها تنظيم العمل، ويدخل بهذا المعنى كيفية القيام بالعمل والمظهر الخارجي له، فالقانون قد يشترط كشكل للعمل أن يتم كتابه أو شفاهه، وقد يتطلب غير هذا أن تتضمن الورقة بيانات معينة كتوقيع المباشر ومحل الإعلان وتاريخ وقوعه

(1) يعني القانون الإجرائي ببيان الكيفية العملية لأداء الحقوق التي تقرها القوانين الأصلية كالقانون المدني أو القانون التجاري واحترامها، وجزاء الاخلال بها، ومن هذا المنظور فهو قانون يهتم بالشكل، أي بالأوضاع الإجرائية التي من واجب الأفراد مراعاتها حتى يطمئنوا على حقوقهم، ومن واجب القضاة الالتزام بها لأن ذلك من متطلبات حسن سير القضاء ومن ضمانات المساواة بين المتقاضين . انظر د . نورالدين الغزواني، إجراءات مدنية وتجارية القانون الإجرائي العام، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2012، ص13.

(2) د. فتحي والي . ود. أحمد زغلول : "نظرية البطلان في قانون المرافعات"، منشورات دار الطباعة الحديثة، القاهرة، 1997م، ص151.

(3) د. نبيل إسماعيل عمر: "عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات"، منشورات دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016م، ص26.

(4) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 1000 لسنة 75 ق، جلسة 2006/6/27م.

واسم المحكمة التي أمرت بإجراء الإعلان، والتي تبين البيانات التي يجب أن يحتويها العمل الكتابي الذي يقوم به المباشر وتبعاً لغلبة عنصر الكتابة أو عنصر الشفهية في نظام إجرائي معين يمكن أن يقال أنَّ المُشرِّع يأخذ بنظام الكتابة أو بنظام الشفهية، كما أن طريقة القيام بالعمل الإجرائي قد تكون عينية ومثالها: قيام الخبير بالمعاينة، أو قيام المحكمة بالكشف، إذ لا بد وأن يتم إفراغ خطوات ونتيجة الكشف والخبرة بتقرير كتابي، ويجب أن تتم الأعمال الإجرائية سواء أكانت شفوية أم كتابية كقاعدة عامة باللغة الرسمية للدولة أي اللغة العربية⁽¹⁾.

والمحكمة العليا الليبية أكدت على أنَّ القضاء في الشكل تنحصر حجته في إجراءات الخصومة ذاتها ولا يتعداها إلى غيرها....⁽²⁾.

وقضت محكمة النقض المصرية بأن الشكل ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينة في الخصومة فالقانون عندما يتطلب شكلاً معيناً لا بد من توافر هذا الشكل أو البيان....⁽³⁾.

فالعامل الإجرائي لا يتم ولا يرتب آثاره إلا إذا استوفي الشكل الذي يحدده القانون مقدماً، وبذلك يمكن القول وبحق أنَّ "الأعمال الإجرائية أعمال شكلية" مثل ما نصت عليه المادة 7 من قانون المرافعات الليبي "كل إعلان أو تنبيه أو تبليغ أو لتنفيذ يكون بواسطة المحضرين وقد رسم القانون للمحضر الطريقة التي يمارس بها العمل، ففرض عليه أن يقوم به في وقت معين وأن يعلنه على نحو معين⁽⁴⁾ كما نص القانون على شكل معين يجب إتباعه لإصدار الحكم وكذلك الأمر بالنسبة للطعن في الأحكام وهكذا في سائر الأعمال الإجرائية المختلفة فقانون المرافعات يحتوي في أغلب الأحوال على تنظيم شكل الأعمال الإجرائية سواء كانت صادرة من القاضي وأعوانه أو من الخصوم ومساعدتهم أو من الغير كالشهود والشكلية في العمل الإجرائي مقررة لصحة العمل لا لإثباته ولهذا فإنه إذا كان العمل معيناً بعبء شكلي فلا يجوز تكملة هذا النقص عن طريق الإثبات فإذا لم يبين المحضر في ورقة الإعلان قيامه بإجراءات الإعلان التي ينص عليها القانون فلا يجوز إحالة الأمر إلى التحقيق لإثبات أنه قد قام فعلاً بهذه

(1) د. حسن موسى الطراونة: "نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات المدنية"، منشورات دار وائل، الأردن، 2016م، ص 213.

(2) حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 371 لسنة 42ق، جلسة 2002/3/4.

(3) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 7154 لسنة 79ق، جلسة 2010/4/4م.

(4) مع ملاحظة التعديل الذي أدخله القانون رقم (25) لسنة 2001م، على المادة السابقة من قانون المرافعات الليبي وسمح بموجبها لتشاركيات ومكاتب خاصة القيام بعملية الإعلان وفق ضوابط وأسس محددة نظمها قرار اللجنة الشعبية العامة سابقاً، الخاص بتنظيم أعمال المحضرين التي تؤدي عن طريق المكاتب والتشاركيات في ليبيا، رقم (128) لسنة 2002م المعدل بالقرار رقم (191) لسنة 2006م.

الإجراءات "والقاعدة أنَّ الشكل القانوني يعتبر أنه قد احترام وعلى كل من يدعي وجود مخالفة له أن يثبت هذه المخالفة"⁽¹⁾.

والشكل قد يكون ظرفا يقف خارج الإجراء ولا يدخل في تكوينه، ولكن يجب أن يتم العمل فيه وإذا اتخذ العمل بالمخالفة للشكل كظرف للإجراء سواء كان ظرف زمان أم ظرف مكان فإنه يكون باطلا لسقوط الحق في اتخاذه.

ومن المقرر في محكمة النقض المصرية بأنَّ الأساس في تقرير البطلان هو تحقق الغاية من الشكل أو عدم تحققها دون تفرقة بين حالة النص على البطلان أو عدم النص عليه...⁽²⁾.

والمحكمة العليا الليبية قررت أن تخلف وظيفة الشكل أو تخلف الغاية التي قصدتها القانون من تقريره، وأن تكون هناك علاقة سببية بين تخلف الشكل أو الإجراء الجوهرية والضرر الذي لحق بالخصم....⁽³⁾.

والشكل يعتبر جوهرياً إذا تعلق المخالفة بالنظام العام كعدم توقيع المحضر صحيفة الدعوي أو عدم توقيع القاضي أو جميع أعضاء الهيئة التي أصدرت الحكم عليه⁽⁴⁾ أو إغفال تاريخ اليوم والشهور والسنة والساعة التي حصل فيها الإعلان⁽⁵⁾ وخلو الحكم من الأسباب⁽⁶⁾ وكذلك عدم حضور محامي مع المتهم بجناية⁽⁷⁾ وجميع المخالفات المتعلقة بتشكيل المحاكم وبولايتها⁽⁸⁾ ومخالفة مواعيد الطعن في الأحكام⁽⁹⁾.

(1) د. فرج علواني هليل: "البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية"، منشورات دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008 ص 74.

(2) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 9405 لسنة 80، جلسة 2012/3/27م.

(3) حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 15 لسنة 16ق، جلسة 1970/5/19م.

(4) حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 16 لسنة 28 ق جلسة 1984/4/9م، مجلة المحكمة العليا، س 21، ع 4، ص 69، والطعن المدني رقم 71 لسنة 41 ق جلسة 1996/4/15م.

(5) حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 54 لسنة 24 ق جلسة 1978-5114 مجلة المحكمة العليا، س 15، ع 2، ص 49، طعن شرعي رقم 34-44 جلسة 1998/6/25م.

(6) حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 38 لسنة 45 ق جلسة 1998/6/20م.

(7) حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الجنائي رقم 184 لسنة 20ق جلسة 1974/2/5م، مجلة المحكمة العليا، س 1، ع 3، ص 235.

(8) حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الجنائي رقم 291 لسنة 24 ق جلسة 1978/2/7م، مجلة المحكمة العليا، س 14، ع 4، ص 188.

(9) حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الشرعي رقم 18 لسنة 19ق، جلسة 1973/3/18م، مجلة المحكمة العليا، س 9، ع (3، 4)، ص 16.

وعلى العكس من ذلك لا يعتبر عيباً جوهرياً عدم بيان اسم الكاتب الذي حضر الجلسة في الحكم⁽¹⁾ وخلق الصحيفة من اسم الممثل القانوني للشخص المعنوي متى كان اسم الشخص المعنوي مذكوراً⁽²⁾، أو خلو الحكم من التاريخ الهجري⁽³⁾ أو إغفال الحكم ذكر حضور وغياب الخصوم طوال جلسات نظر الدعوي⁽⁴⁾ ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في شأن تحديد العيب الجوهري ذلك أن صيغة "الشكل الجوهري" صيغة مرنة جداً، وهو أمر مقصود من المشرع لإعطاء القاضي هذه السلطة، ولا يشترط وجود نص عليه حتى يحكم القاضي به وإن كان يجب تحقق ضرر نتيجة مخالفته⁽⁵⁾.

والأشكال التي لا تتعلق بالنظام العام وغير الجوهرية، أو ما يسمى بالأشكال الثانوية أو التبعية فهي تخضع لقواعد البطلان لعيب في الشكل، ودائرته ضيقة جداً، ويجب للحكم بالبطلان نتيجة مخالفته وجود نص يسمح بذلك، وأن يتحقق ضرر نتيجة عدم احترامها، ومن أمثلة الأشكال التي استقر القضاء على اعتبارها ثانوية بعض البيانات التي تتصل بتعيين المدعي على الأقل تلك المتصلة بشخصه واسمه - مهنته بصفة خاصة اسم المحضر ومحل إقامته خاصة عندما تكون البيانات الأخرى مثل الختم الموضوع على الظرف المغلق - تسمع بتكملة النقص تحديد الدائرة التي يجب طرح النزاع عليها، وكذلك بعض القواعد المتعلقة بالإعلان مثل تلك المتعلقة بأيام وساعات العمل أو النيابة التي يجب أن تودع لديها الصحيفة عندما يكون موطن المعلن إليه بالخارج⁽⁶⁾.

(1) حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 383 لسنة 42 ق جلسة 1999/4/26م.

(2) حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 33 لسنة 16 ق جلسة 1971/3/7م، مجلة المحكمة العليا، س7، ع3، ص55.

(3) حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 72 لسنة 27 ق، جلسة 1983/2/21م، مجلة المحكمة العليا، س20، ع(1، 2)، ص108.

(4) حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 39 لسنة 19 ق جلسة 1974/1/27م، مجلة المحكمة العليا، س10، ع3، ص154؛ وإذا كان الأصل والقاعدة العامة أن غياب الخصوم كلهم أو بعضهم لا يجوز دون أن تنظر المحكمة الخصومة القائمة أمامها بل والفصل فيها بحكم نهائي حتى لا يؤدي تحايل الخصوم وتهمهم وإهمالهم في متابعة سير الخصومة القضائية إلى عرقلة سير العدالة؛ فإن هذا لا يعني أن حضورهم كغيابهم لا يؤثر على سير الخصومة، بل إنما ترتب قوانين المرافعات على تخلفهم جميعاً أو بعضهم آثاراً تختلف باختلاف مركز الخصم الغائب ويكون من شأنها التأثير على عجل سير الخصومة القضائية. انظر أ. سندس قاسم خورشيد: "حضور وغياب الخصوم"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية 2019م، ص92.

(5) د. أحمد هندي: "التمسك بالبطلان في قانون المرافعات"، منشورات دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005م، ص67.

(6) د. أحمد هندي: "التمسك بالبطلان في قانون المرافعات"، مرجع سابق، ص67-68.

ونجد تطبيق في قضاء محكمة النقض الفرنسية والذي اعتبر الشكل الجوهري هو الذي يرتبط بسبب وجوده ويعتبر لازماً لتحقيق موضوعه، وقد اعتبر الحكم شكلاً جوهرياً في الإعلان بيان موطن المعلن إليه، إذ هذا البيان يساهم في تمييز شخص المعلن له ويسمح بإعلانه في موطنه⁽¹⁾.

وسوف نوضح الشكل كعنصر في العمل الإجرائي في الفرع الأول كما يلي:

المطلب الأول: الشكل كعنصر في العمل الإجرائي

الشكل الإجرائي أياً كان مظهره، وكذلك التابع الإجرائي للخصومة إنما تهدف إلى تحقيق ضمانات معينة فالمشرع لا يفرض الأشكال في مجالات للخصومة إلا لغايات محددة.

الفرع الأول: الشكل كعنصر داخلي في العمل الإجرائي

الشكل كعنصر داخلي في العمل الإجرائي يأخذ أكثر من صورة وقد تتعدد الأشكال في العمل الواحد، وقد يتكون الإجراء من نوع واحد من الأشكال، فصحيفة الدعوي شكلها الرئيسي هو الكتابة، أما إصدار الحكم فتتعدد العناصر الشكلية فيه إذ تجتمع الكتابة مع الشفوية مع ظروف العلنية، والشكل كعنصر داخلي في العمل الإجرائي يتمثل في الكتابة أو الأقوال الشفوية أو الفعل والنشاط الصادر عن القائم بالعمل الإجرائي وسوف نوضح هذه الأشكال فيما يلي:

أولاً: الشكل الكتابي في العمل الإجرائي:

تلعب الكتابة كعنصر شكلي في العمل الإجرائي دور مهم في الإجراءات الحديثة حتى صار من المؤلف تسمية الأعمال الإجرائية بالأوراق القضائية، وقد تكون الكتابة مطلوبة كركن في التصرف القانوني أو شرط لصحته، بحيث لا يوجد هذا التصرف أو لا يكون صحيحاً إلا بها⁽²⁾.

وإذا تطلب المشرع أن يكون العمل الإجرائي مكتوباً كتحرير صحيفة الدعوي فإنه يستلزم أن يقع المحرر على نوع معين وإلا كان المحرر باطلاً⁽³⁾.

ويري جانب من الفقه⁽⁴⁾ أنه توجد شكلية قانونية إذا حدد المشرع العمل تحديداً جامداً فلا يترك أي خيار للشخص، ولهذا لا توجد شكلية قانونية إذا كان هناك حرية للشخص وإن كانت مقيدة بعض الشيء كما إذا منع القانون القيام بعمل ما في مكان ما أو في وقت ما، أو منع القيام به بطريقة معينة ففي مثل هذه الحالات نكون بصدد تقييد للشكل ولكننا لسنا بصدد شكلية قانونية.

(1) د. حسن موسى: "نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات المدنية"، مرجع سابق، ص 221.

(2) د. الأنصاري حسن النيداني: "القاضي والوسائل الإلكترونية الحديثة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009م، ص 155.

(3) د. عبد الحكم فوده: "البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1991م، ص 57.

(4) د. حسن موسى: "نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات المدنية"، مرجع سابق، ص 215.

في حين يرى جانب آخر من الفقه⁽¹⁾ أنه يجب عدم إعطاء الشكلية ذلك المعنى الجامد لأن الشكلية في القانون الحديث لم تعد جامدة كتلك التي كانت في القانون الروماني، ولهذا فإن العمل يكون شكلياً ولو كانت هناك حرية في الاختيار بين وسيلتين أو أكثر، فالوصية مثلاً تصرف شكلي ولو أنه يمكن القيام بها بأكثر من وسيلة كذلك توجد شكلية، ولو كانت هناك بعض الحرية لمن يقوم بالعمل في كيفية تحديد الوسيلة التي يحددها القانون، ولهذا فاشتراط الكتابة يعتبر مظهرًا من مظاهر الشكلية ولو أنه يمكن تحقيقها بطرق مختلفة وذلك في الحالات التي لا يشترط فيها القانون أن تكون الكتابة رسمية بل توجد شكلية إذا اشترط القانون أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً إذ في هذا تقييد الحرية الإرادة في التعبير عنها، ولو أن لها اختيار الطريقة التي تعبر بها صراحة، ويكون العقد باطلاً إذا اشترط القانون كتابته ولم يكتب وقت انعقاده على أنه إذا كتب فيما بعد يسري من تاريخ كتابته⁽²⁾.

وقد أكد القضاء العراقي في العديد من القرارات على بطلان الإعلانات عند اقتراحها بعيب جوهري يفوت الغاية من الإعلان أو يؤدي إلى الإخلال بصحته، فقد قضى لا يجوز تبليغ المدعي عليه في جلسة المرافعة عن المدعي عليه الثاني باعتباره ابنه ويسكن معه بل يجب تسليم ورقة الإعلان للشخص نفسه أو لأحد أقاربه في محل إقامته⁽³⁾.

وذهب جانب من الفقه إلى إمكانية حصول الإعلان بغير ورقة الإعلان فيعتبر الخصم مبلغاً إذا ثبت لحق علمه عن طريق آخر بما يجب تبليغه به كإقراره بذلك بموجب ورقة أو تقديمه صحيفة تفيد لحق علمه بذلك⁽⁴⁾، وحيث إنَّ الشَّكل الجوهري هو الشكل اللازم لوجود العمل، بمعنى أنه الشكل الذي يترتب على تخلفه عدم الوجود والأشكال الجوهرية هي الأشكال التي تضيف على العمل صفته المميزة وطبيعته الخاصة والتي بدون وجودها يكاد يكون العمل غير موجود⁽⁵⁾.

وللشكل أهمية كبيرة حيث إن العمل الإجرائي يجب أن يتم وفق شكل معين، وعليه فإن الشكل يعدُّ عنصراً من عناصر العمل الإجرائي، ويتكون من عنصريين أحدهما داخلي والآخر خارجي، فالعنصر

(1) د. حسن موسى: المرجع السابق، ص 216.

(2) د. سامي عبد الحميد إبراهيم: "بطلان الإجراءات وآثاره في قانون الإجراءات المدنية"، بحث مقدم لمجلة جامعة النيلين، السودان، 2016م، ص 114.

(3) قرار محكمة التمييز العراقية، رقم 431 لسنة 1979 جلسة 1979.9.29، نقلاً عن د. معروف حسين عبدالقادر: "بطلان التبليغات القضائية في قانون المرافعات العراقي"، بحث مقدم لمجلة الخليج العربي، العراق 2009م، ص 79.

(4) د. معروف حسين عبد القادر: المرجع السابق، ص 73.

(5) أ. سوزان محمد شحاده: "الغيب الجوهري وأثره في بطلان الإجراءات القضائية، رسالة ماجستير في القانون، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2009م، ص 20.

الداخلي فيتمثل بالكتابة كالأوراق القضائية والبيانات التي تتضمنها والأشكال القولية كشهادة الشهود والنطق بالحكم والأشكال الفعلية كالحضور أمام المحكمة والانتقال للمعينة، ولما كانت الأوراق القضائية متنوعة بقدر تنوع الأعمال الإجرائية فسوف نقتصر على بيان خصائص هذه الأوراق والبيانات العامة التي يجب أن تحتويها.

أ- خصائص الأوراق القضائية:

تميز الأوراق القضائية بخاصيتين أساسيتين:

1- شكلية أوراق المرافعات: وهذه هي الخاصية الأولى للأوراق القضائية فهي أوراق شكلية يجب أن تتضمن بيانات معينة نص عليها القانون وأن تدل بذاتها على توافر شروط صحتها، بحيث لا يجوز استكمال ما نقص أو تعيب من بياناتها إلا من الورقة ذاتها أو من ورقة أخرى تعد جزءاً لا يتجزأ منها.

2- الأوراق القضائية أوراق رسمية- لأن من يقوم بتحديد ما هو موظف عام مختص يترتب على ذلك عدم جواز إثبات عكس ما جاء بها إلا عن طريق الطعن بالتزوير، ولكن هذه القاعدة قاصرة على ما سجله الموظف بالورقة من أمور وقعت أمامه أو يكون قد باشرها بنفسه، وما عدا ذلك مما جاء بالمحرر فيجوز إثباته بكافة طرق الإثبات.

ب- البيانات العامة للأوراق القضائية.

تختلف بيانات الأوراق القضائية باختلاف الغرض الذي تهدف إليه الورقة، فهناك ورقة الحكم وصحيفة الدعوي والطلبات العارضة فضلاً عن أوراق المحضرين الذين ينفردون بإعلانها⁽¹⁾.

وقد يتطلب القانون أداء رسم مالي عند القيام ببعض الأعمال الإجرائية، هذا الرسم أو بيان أداء الرسم لا يعدُّ من شكلية العمل الإجرائي ومن ثم لا يترتب البطلان على عدم سداد الرسم المالي المقرر وقد جري القضاء على أنَّ المخالفة المالية في القيام بعمل لا يبني عليه بطلان هذا العمل ما لم ينص القانون على البطلان بسبب هذه المخالفة.

ويرى البعض أهمية الرسم المالي في الواقع العملي تقترب من أهمية الشكل في العمل الإجرائي ومع ذلك فإذا صدر الحكم دون تنبه القاضي أو الموظف المختص إلى عدم سداد الرسم فلا يجوز إبطال الحكم لهذا السبب لأن الرسم المالي ليس شكلاً للعمل الإجرائي⁽²⁾.

ثانياً: الأشكال القولية والفعلية:

العمل الإجرائي قد يكون قولياً وقد يكون فعلياً بمعنى أنه قد يكون عبارة عن عبارات لفظية تهدف إلى غرض معين، وقد يكون سلوكاً فعلياً على نحو معين، فشهادة الشهود والنطق بالحكم وإبداء المدعي

(1) د. نبيل إسماعيل عمر: "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 704.

(2) د. فتحي والي: "الوسيط في قانون القضاء المدني"، دار النهضة العربية القاهرة، 2008م، ص 306.

لادعاءاته، وشرح المدعي عليه لدفاعه كلها إجراءات قولية يهيمن عليها الشكل الشفوي، لأن الإجراءات القولية قد يأخذ الشكل الشفوي أو الكتابي، وقد يكون مجرد فعلاً، ومن ذلك الحضور فعلاً أمام المحكمة وفض الجلسة أو رفعها وانتقال المحكمة للمعانة فهذه إجراءات تتم في شكل فعل أو نشاط، وانتقال المحضر إلى موطن المطلوب تبليغه والبحث عنه من الشكليات التي تأخذ صورة الفعل أو النشاط. ولقد نصت المادة 90 من قانون الإثبات المصري على أنه "تؤدي الشهادة شفاهه ولا يجوز الاستعانة بمفكرات مكتوبة إلا بإذن المحكمة أو القاضي المنتدب وحيث يسوع ذلك طبيعة الدعوي".

ونص المادة 106 إثبات على أنه "للمحكمة كذلك أن تأمر بحضور الخصم الاستجواب سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصمه وعلى من تقرر استجوابه أن يحضر بنفسه الجلسة التي حددها القرار. وباعتبار أن أهم الأعمال الإجرائية الاستجواب والشهادة ويجب أن تتم باللغة العربية فذلك هو الأصل، ولكن يستثنى من ذلك حالة الخصوم أو الشهود الذين يجهلون اللغة العربية عندئذ يجوز للمحكمة أن تأذن لهم بتأدية الشهادة أو الإدلاء بإجابات الاستجواب باللغة الأجنبية مع الاستعانة بمترجم يتولى ترجمة هذه اللغة إلى اللغة العربية بعد تأدية اليمين القانونية، وهذا الاستثناء قاصر على الأعمال الشفهية، ولا يمتد إلى الأعمال الكتابية التي يجب أن تتم باللغة العربية مثل رفع الدعاوي وتحرير المذكرات وإصدار الأحكام وتحرير الأسباب، وإذا استلزم الأمر تقديم مستند محرر بلغة أجنبية تعين إرفاق ترجمة رسمية بالعربية له، أو ترجمة عرفية لست محل نزاع من الخصم، والحكم الذي يستند إلى محرر بلغة أجنبية دون ترجمة حكم باطل قانوناً وإذا كانت اللغة الأجنبية جائزة للخصوم والشهود في حالات استثنائية فهي ليست جائزة بالنسبة للمحامي الذي عليه الترافع باللغة العربية وتقدم مذكراته بنفس اللغة⁽¹⁾.

ولقد ذكرت المادة 10 من قانون المرافعات الليبي سجلاً بالبيانات التي يجب أن يحتويها العمل الكتابي الذي يقوم به المحضر، وتبعاً لعلبه عنصر الكتابة أو عنصر الشفهية في نظام إجرائي معين يقال إن المشرع يأخذ بنظام الخصومة الكتابي أو بنظام الشفهية، كما أن الطريقة قد تكون عينية ومثلها قيام الخبر بالمعانة أو قيام المحكمة بها وتأخذ الكتابة في الوقت الحاضر مكان الصدارة بالنسبة للإجراءات القضائية ليس فقط عندما يستلزم القانون الكتابة بل حتى في أحوال الإجراءات الشفوية حيث يجري العمل على كتابتها، وإن لم يستوجب القانون ذلك⁽²⁾، ويجب أن تتم الأعمال الإجرائية سواء كانت شفهية أو كتابية كقاعدة عامة باللغة الرسمية للدولة أي اللغة العربية وقد ورد ذلك بالمادة (26) من قانون نظام

(1) د. عبد الحكم فوده: "البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية"، مرجع سابق، ص 66-67.

(2) د. الكوي على اعبودة: "قانون علم القضاء"، منشورات المركز القومي للبحوث والاستشارات العلمية، ط1، الجزء الثاني، طرابلس، 1998م، ص 14.

القضاء رقم (6) لسنة 2006م، إذا نصت على: "لغة المحاكم هي اللغة العربية وتسمع المحكمة أقوال الخصوم أو الشهود الذين لا يجيدونها بواسطة مترجم محلف"⁽¹⁾. وإذا كان لكل شكل من الأشكال السابقة مزاياه وعيوبه وله غاية يحققها فإن نقطة البدء في تنظيم إجرائي للخصومة المدنية تبرز في اختيار الأشكال التي تحقق الغاية من فرضها، بحيث لا ينص على شكل يؤدي إلى زيادة الأعباء الشكلية في الخصومة المدنية، فالشكل وسيلة فنية يجب أن تستخدم بقدر الحاجة إليها، والتنظيم الجيد للشكل ادعي لفعالية الإجراءات يسهل الوصول إلى نظام إجرائي يزيد من هذه الفعالية، ولا يهدد الضمانات الأساسية للتقاضي. وقضت محكمة النقض المصرية بأنه "ليس على من تقرر الشكل لمصلحته من الخصوم إلا أن يثبت تحقق العيب ويتمسك بالبطلان...."⁽²⁾.

الفرع الثاني: الشكل كعنصر خارجي في العمل الإجرائي:

العناصر الخارجية للعمل الإجرائي والمتمثلة في زمن الإجراء والمكان الذي يجب أن يتخذ فيه وهو ما يمكن أن يطلق عليه الظروف الشكلية للإجراء وتعد من صور التنظيم الشكلي للإجراء، فلا يكون العمل صحيحاً ويرتب آثاره القانونية إذا لم يحترم ميعاده القانوني أو المكان الذي يجب أن يتم فيه.

أولاً: الزمان كظرف للعمل الإجرائي:

يتصل الزمان بالعمل الإجرائي في أربع صور، الصورة الأولى يتبين فيها أن يتخذ الإجراء داخل الميعاد المحدد. والصورة الثانية يتعلق أن ينقضي الميعاد قبل مباشرة الإجراء، والصورة الثالثة يتعين فيها أن يتخذ الإجراء قبل حلول الميعاد. والصورة الرابعة يتعين فيها أن يتخذ الإجراء بين ميعادين معينين وسوف ذلك فيما يلي:

أ- الإجراء داخل ميعاد محدد:

حددت هذه الصورة بنص المادة الخامسة مرافعات على أنه "إذا نص القانون على ميعاد حتمي لا يتخذ إجراء يحصل بالإعلان فلا يعتبر الميعاد مرعياً إلا إذا تم إعلان الخصم خلاله".

فإنّ المشرّع إذا تطلب إعلان خصم بأمر معين في ميعاد معين فلا يكفي مجرد سداد الرسم المقرر لهذا الإجراء أو تقديمه لقلم المحضرين بل يتعين أن يتم الإعلان خلاله مثال ذلك: ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (82) مرافعات: "إذ لم يحضر المدعي ولا المدعي عليه حكمت المحكمة في الدعوى كانت صالحة للحكم فيها وإلا قررت شطبها فإذا بقيت مشطوبة ستين يوماً، ولم يطلب أحد الخصوم السير

(1) إنّ استعمال الحكم لأرقام غير عربية لا يترتب عليه البطلان، طعن مدني رقم 61 لسنة 36 ق جلسة 1991/11/18م.

(2) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 7154 لسنة 79ق، جلسة 2010/4/4م.

فيها اعتبرت كأن لم تكن" ومفاد ذلك أن الخصم الذي يرغب في السير في الدعوي المشطوبة عليه أن يعلن خصمه بإجراء التجديد من الشطب خلال الستين يوما ولا يكفي مجرد سداد رسم التجديد من الشطب خلال المدة⁽¹⁾.

وفكرة الميعاد التي ترتبط بفكرة الزمن في القانون الإجرائي تقوم على استعمال المشرع لعنصر الزمن واعتباره ظرفا يجب اتخاذ الإجراء خلاله أو قبله أو بعد انقضائه⁽²⁾ واستخدام المواعيد الإجرائية رغم تعدد صورها قد يكون عاملا مساعدا للمتقاضين، وقد يكون عقبة أمامهم فالمواعيد في قانون الإجراءات المدنية قد تسبب مضايقات للمتقاضين؛ لأن مضي الميعاد الإجرائي قد يكون مصلحتهم ولكن في الغالب يكون له أثر سلبي بالنسبة لهم.

ولما كانت الإجراءات المدنية وسيلة يستخدمها الناس على اختلافهم، فمنهم من يستعجل انتهاء الخصومة ومنهم من أعتاد على سلوك طريق المماطلة والتأخير لذلك تعد المواعيد الإجرائية أداة في يد المشرع للإسراع بالإجراءات وفي الوقت نفسه لحماية حقوق الدفاع⁽³⁾ فمع أهمية المواعيد في الإجراءات المدنية فإن لكل ميعاد وظيفته وغرضه الخاص الذي يؤديه في الخصومة المدنية فمواعيد الطعن في الأحكام لها وظيفتها الإجرائية التي تتمثل في تمكين الخصم من تحديد موقفه فيما أن يقبل الحكم وإما أن يطعن عليه في الميعاد المحدد لذلك.

وإذا أراد الخصوم وقف الدعوي لمدة محدودة، وبعد انتهاء هذه المدة رغب أحد الخصوم بالسير فيها، فمن المتوقع عليه أن يتقدم بطلب السير فيها خلال الميعاد المحدد لذلك وإلا سقطت الدعوي وجوباً من قبل المحكمة، لأن هناك مخالفة للزمن المحدد للعمل الإجرائي.

ب- وجوب انقضاء الميعاد المحدد قبل مباشرة الإجراء:

وفي هذه الصورة يجب على الخصم أن يقوم بالعمل الإجرائي في الدعوي بعد انقضاء الميعاد المحدد لذلك العمل فإذا لم يراع هذا الميعاد فيكون هناك مخالفة لأصول وقواعد القانون ومن الأمثلة على ذلك تبليغ المدعي عليه صحيفة دعوي صلحيه فإنه لا يستطيع تقديم جوابه إلا في موعد الجلسة أي بمضي الوقت بين تاريخ تبليغه وموعد الجلسة.

ويجب أن ينقضي الميعاد قبل مباشرة العمل الإجرائي فإذا بوشر قبل انتهاء الأجل كان باطلا لمباشرته قبل الأوان مثال ذلك ما نصت عليه المادة 419 مرافعات من أن "تحدد في محضر إيداع قائمة شروط البيع لنظر الاعتراضات أول جلسة تحل تحل بعد انقضاء ثلاثين يوما من تاريخ انقضاء الميعاد المشار إليه في

(1) د. عبد الحكم فوده: "البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية"، مرجع سابق، ص 67، 68.

(2) د. نبيل إسماعيل عمر: "سقوط الحق في اتخاذ الإجراء"، منشورات منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 52.

(3) د. وجدي راغب: "مبادئ القضاء المدني"، دار الفكر العربي، 1986م، ص 321.

المادة 417" وحتى ذلك أن التحديد الذي يتم قبل انقضاء مدة الثلاثين يوما يكون باطلا لمخالفته للشكل الإجرائي المتعلق بالمدة⁽¹⁾.

والمواعيد الإجرائية ليست كلها من النظام العام وبالتالي فليست كل مخالفة تصيب المواعيد تؤدي إلى بطلان العمل بطلانا مطلقاً فهناك مواعيد متعلقة بالنظام العام وأخرى غير متعلقة بالنظام العام، والمواعيد الإجرائية التي يترتب على مخالفتها البطلان هي المواعيد الحتمية التي تؤثر بحسن سير القضاء وهي بالتحديد المواعيد المتعلقة بالطعون⁽²⁾، وقد نصت المادة 227 من قانون المرافعات المصري على أنه يكون ميعاد الاستئناف 40 يوماً ما لم ينص القانون على غير ذلك، ويكون الميعاد خمسة عشر يوماً في المواعيد المستعجلة أيًا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم، ويكون ميعاد الاستئناف ستين يوماً بالنسبة للنائب العام أو من يقوم مقامه.

ج- اتخاذ الإجراء قبل حلول الميعاد:

يجب القيام بالإجراء القضائي في ميعاد محدد باليوم وفي ساعة معينة، فالمهم أن تحديد الزمن ليس تحديداً مجرداً في أي يوم⁽³⁾ وشكل هذه الصورة أن المشيِّع حدد موعداً مباشرة الإجراء ووجوب الإسراع بالقيام به قبل أجل معين وإلا وقعت المخالفة للعمل الإجرائي والفرق بين هذه الصورة والصورتين السابقتين في أنه بعكسهما يرمي لا إلى الابعاد بين عمليتين أو عمل وواقعة بل إلى التقريب بينهما⁽⁴⁾.

مثال ذلك ضرورة تبليغ المدعي عليه بميعاد حضور جلسة المحاكمة قبل حلول هذا الميعاد ولقد نصت المادة 426 من قانون المرافعات المصري على "أنه يخبر قلم الكتاب بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول الأشخاص الوارد ذكرهم في المادة 417 بتاريخ جلسة البيع ومكانه، وذلك قبل الجلسة بثمانية أيام على الأقل" ومفاد ذلك بطلان الأخطار إذا وقع قبل الجلسة بمدة تقل عن ثمانية أيام وذلك حتى تتاح الفرصة للمدين والحائز والكفيل العيني والدائنين لتدبير الأمر قبل جلسة البيع بوقت كاف، ولقد قضت محكمة النقض المصرية على أن إعلان الطعن في الميعاد المحدد له هو من الإجراءات الحتمية التي يترتب على إغفالها سقوط الحق فيه وبالتالي عدم قبول الطعن⁽⁵⁾.

د- اتخاذ الإجراء بين ميعادين:

(1) د. عبد الحكم فودة: "البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية"، مرجع سابق، ص 68.
(2) أ. فايق نشأت فايق: "بطلان الإجراءات في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية- دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية القانون- جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2012م، ص 27.
(3) د. حسن موسى: "نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات المدنية"، مرجع سابق، ص 243.
(4) د. فتحي والي: ود. أحمد ماهر زغلول "نظرية البطلان"، مرجع سابق، ص 173.
(5) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 152 لسنة 29ق، جلسة 1963/12/18، مكتب فني 17، ص 117، والطعن رقم 546 لسنة 25ق، جلسة 1961/2/2.

إنَّ تحديد الزمن بميعاد معين بين لحظة البدء ولحظة الانتهاء وتؤدي هذه المواعيد دوراً مهماً في الدعوي، ذلك أن الدعوي تتكون من مجموعة من الأعمال الإجرائية وفرض المشرِّع مواعيد بينها تساعد على تنظيم سير الدعوي بما يضمن تحقيق الغاية منها، ومن ناحية أخرى فإن فرض المواعيد يؤدي إلى وضع حد للنزاع فلا تبقى الدعوى بغير نهاية.

والمشرِّع يحدد ميعادين ويتعين على مباشر الإجراء اتخاذه بين الميعادين مثال ذلك نص المادة 419 من قانون المرافعات المصري التي تحدد المدة بين جلسة نظر الاعتراضات وجلسة البيع حيث نص على أنه "ولا تقل المدة بين هذه الجلسة وجلسة البيع عن ثلاثين يوماً ولا تزيد عن ستين يوماً"، وكذلك نص المادة 1/441 مرافعات على أن "كل حكم يصدر بتأجيل البيع يجب أن يشتمل على تحديد جلسة لإجرائه في تاريخ يقع بعد ثلاثين يوماً وقبل ستين يوماً من يوم الحكم، ويترتب على ذلك أن المشرِّع يحدد مواعدين أحدهما حد أقصى والآخر حد أدنى، ويتعين وضع الإجراء خلالهما وإلا كان باطلاً بمخالفة الشكل المتعلق بزمان مباشرة الإجراء⁽¹⁾.

ثانياً: المكان كظرف شكلي للعمل الإجرائي:

غالبا ما تتم الأعمال الإجرائية في مقر المحكمة، ومع ذلك فقد يتطلب القانون أن تتم بعض الأعمال في أماكن محددة⁽²⁾ فيكون المكان في مثل هذه الحالات ظرفاً شكلياً في العمل الإجرائي، وأهم مثال لارتباط العمل الإجرائي بمكان محدد هو الإعلان القضائي والذي اهتم المشرِّع المصري بتحديد الأماكن التي يجوز فيها تبليغ الأوراق القضائية بحيث يقع الإعلان باطلاً إذا لم يتم في المكان الذي حدده القانون، وإذا لم يحدد القانون مكاناً معيناً يجب أن يتم فيه الإجراء فإنه يتم في المكان الطبيعي له، ومن ذلك إصدار الأحكام فهو لا يكون إلا في مقر المحكمة فإذا لم يرد مكان المحكمة في ورقة الحكم فإن بيان المحكمة التي أصدرت الحكم يعني عنه وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية أن بيان مكان المحكمة ليست له أهمية جوهرية بعد بيان اسم المحكمة التي أصدرته⁽³⁾، وتقول أيضاً إنه لا يترتب البطلان على إغفال بيان المحكمة في الحكم متى كان قد ذكر اسم المحكمة التي أصدرته⁽⁴⁾ كما قضت أيضاً بأنه إذا كانت المادة (349) من قانون المرافعات السابق قد أوجبت أن يشتمل الحكم على بيانات معينة منها بيان مكان إصداره ولكنها لم ترتب البطلان لمخالفة هذا البيان ومن ثم فإن إغفاله لا يترتب عليه البطلان.

(1) د. عبد الحكم فوده: "البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية"، مرجع سابق، ص 69.

(2) د. وجدي راغب: "مبادئ القضاء المدني"، مرجع سابق، ص 317.

(3) قانون المرافعات المصري لا يشترط في بيانات الحكم بيان مكان المحكمة وإنما يشترط بيان المحكمة التي أصدرته، انظر المادة 178 من قانون المرافعات المصري.

(4) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 441 لسنة 34ق، جلسة 1969.6.24 ص 1043، مجموعة قواعد النقض في خمسين عاماً، الجزء الأول، المجلد الثالث رقم 157 ص 2259.

ومن مظاهر الشكلية في العمل الإجرائي المكان الذي يجب أن يتم فيه فأحياناً يشترط اتخاذ الإجراء في مكان معين ويرتب المشرع على مخالفة هذا الشكل البطلان.

حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (10)⁽¹⁾ مرافعات على أنه "تسلم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو في موطنه ويجوز تسليمها في الموطن المختار في الأحوال التي يبينها القانون" فالمشرع أوجب تسليم الأوراق المطلوب إعلان الخصم بها إما لشخصه أو في موطنه أو في محلة المختار ومخالفة ذلك ترتب البطلان، فهذه الأماكن أشكال جوهرية يتعين التزامها عند الإعلان، كما نصت المادة 3/13 مرافعات على أن تسلم صورة الإعلان بالنسبة للشركات التجارية في مركز إدارة الشركة، كما نصت المادة 4/13⁽²⁾ مرافعات على تسليم صور الإعلان المتعلقة بالشركات المدنية والجمعيات والمؤسسات الخاصة وسائر الأشخاص الاعتبارية في مركز إدارتها.

ومن مظاهر الشكلية في العمل الإجرائي التي تتصل بالمكان المعينة التي تقوم بها المحكمة، فيجب أن تتم في مكان الشيء المتنازع عليه وذلك بناء على طلب أحد الخصوم وتقرر المحكمة الانتقال للمعينة بمهيتها كاملة أو تنتدب أحد قضاةها لذلك، وتحرر المحكمة، أو القاضي المنتدب لذلك، محضراً تبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعينة، إذ يجوز للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم الانتقال لمعينة الشيء المتنازع عليه، ويجوز أن يتم الكشف والمعينة من قبل الخبير الذي تندبه المحكمة لتلك المهمة للكشف مثلاً على الشيء المتنازع عليه، وذلك بعد تحليفه يميناً بأن يؤدي عمله بصدق وأمانة وإلا كان عمله باطلاً⁽³⁾.

وبالإضافة إلى المعينة وإعلان أوراق المحضرين كمظهر من مظاهر الشكلية المتعلقة بالمكان هناك أيضاً تحرير محضر الحجز والنطق بالحكم حيث نصت المادة 171 من قانون المرافعات المصري على أن النطق بالأحكام يكون في الجلسة، ومن ثم فهذا العمل الإجرائي يجب أن يتم في علانية ولا يجوز النطق به في غرفة المداولة، وقد أكدت ذلك المادة 174 من قانون المرافعات المصري على أن مخالفة نص المادة⁽⁴⁾ 171 يترتب عليه البطلان بقولها "ينطق القاضي بالحكم بتلاوة منطوقة، أو بتلاوة منطوقة مع أسبابه ويكون النطق به علانية وإلا كان الحكم باطلاً".

(1) انظر المادة (10) من قانون المرافعات المصري.

(2) انظر المادتان (3/13)، (4/13) من قانون المرافعات المصري.

(3) د. حسن موسى: "نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات المدنية"، مرجع سابق، ص 241؛ انظر أيضاً المادة (131) من قانون الإثبات المصري.

(4) انظر المادة 171-174 من قانون المرافعات المصري.

وفيما يتعلق بتحرير محضر الحجز نص المادة (1) 1/353 مرافعات على أنه "يجري الحجز بموجب محضر يحرز في مكان توقيعه وإلا كان باطلاً، والمشرّع اشترط ضرورة مراعاة المكان كمظهر شكلي لصحة الإجراء فمحضر الحجز يجب أن يحرز في مكان توقيعه حيث توجد المنقولات. وبعد أن بينّا الشكل كعنصر في العمل الإجرائي في المطلب الأول سوف نوضح في المطلب الثاني دور الشكل في حماية حقوق الدفاع.

المطلب الثاني: دور الشكل في حماية حقوق الدفاع

المبدأ في قانون أصول المحاكمات هو قانونية الشكل بالنسبة للأعمال الإجرائية، ولذا يعدُّ العمل الإجرائي عملاً شكلياً بحيث لا ينتج آثاره القانونية إلا إذا تم في الشكل الذي قرره القانون والشكل بهذا المعنى يعد عنصراً من عناصر العمل الإجرائي بل هو أهم عناصره. والأشكال الإجرائية أياً ما كان مظهرها وكذلك التابع الإجرائي للخصومة إنما تهدف إلى تحقيق ضمانات معينة، فالمشرّع لا يفرض الأشكال في مجال الخصومة إلا لغايات محددة، وسوف نوضح دور الشكل في احترام حق الدفاع في الفرع الأول، ودور الشكل في احترام مبدأ المواجهة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: دور الشكل في احترام حق الدفاع:

يعدُّ احترام حق الدفاع من المبادئ الأساسية في الإجراءات المدنية ويراها البعض قاعدة قانونية بالمعنى الفني الدقيق، وقد اختلف الفقه حول أساس حق الدفاع فذهب جانب إلى أنه من المبادئ العامة للقانون على أساس أنه قاعدة أساسية في الإجراءات، ومنثمّ يجب أن يعترف به كمبدأ عام حتى ولو لم ينص عليه القانون، ويقوم حق الدفاع على شقين حق الخصم في العلم وحقه في سماع دفاعه، وهو ما يطلق عليه في الفقه الحديث مبدأ المواجهة. وإن كان هذا المبدأ هو أهم تطبيقات حق الدفاع فإن هناك جوانب أخرى لاحترام هذا الحق وتتصل في الالتزامات الإجرائية المفروضة على الخصوم في أثناء سيرالخصومة، وكذلك الالتزامات المفروضة على القاضي لاحترام حق الدفاع وإذا كانت الغاية من تقرير حق الدفاع هي المساواة في المراكز الإجرائية للخصوم فإنّ المشرّع يستخدم الأشكال الإجرائية لتحقيق هذه الغاية ومنها.

أ. شكليات الإعلان

وهي الوسيلة الأولى للعلم فيما بين الخصوم، والإعلان على يد محضر مختص بذلك يحقق الطمأنينة بالنسبة لعملية الإعلان ويعتبر تاريخ الإعلان من البيانات الجوهرية لورقة الإعلان، إذ يعد هذا التاريخ مبدأ لسريان مواعيد الطعن في الحكم، السريان الفوائد القانونية، كما أنه موعداً لقطع مرور الزمن "عندما

(1) انظر المادة 1/353. من قانون المرافعات المصري.

يتعلق الإعلان بمطالبة قضائية" وعلى ذلك فإنَّ إغفال هذا البيان في ورقة الإعلان يؤدي في الأصل إلى بطلان هذا الإعلان⁽¹⁾، والمشرِّع العراقي أشار إلى أن العيب في الإعلان إذا كان جوهرياً يخل بصحته أو يفوت الغاية منه، وأكد القضاء العراقي في العديد من القرارات على بطلان الإعلانات عند اقتراحها بعيب جوهري فقد قضى بأنه: "يعتبر الإعلان باطلاً إذا شابه عيب يخل بصحته ويفوت الغاية منه"، كما قضى بأن: "عدم إلحاق نسخة من الإعلان على باب المحل عند الامتناع عن الإعلان يجعل الإعلان باطلاً وتبطل جميع الإجراءات المثبتة علي"⁽²⁾.

وإن ذكر محل الإعلان لا يعتبر في الأصل بياناً جوهرياً، ويؤدي إغفاله بالتالي إلى بطلان الإعلان، إنما قضى بالنسبة إلى الإعلان الحاصل بواسطة رئيس قلم المحكمة بأنه يجب أن يذكر في وثيقة الإعلان إلى الخصم بالذات، وذكر المباشر ذلك في ورقة الإعلان بناء على تصريح المبلغ إليه بأنه هو المقصود به ودون أن يثبت من هويته بطريقة أخرى ونازع المطلوب تبليغه في حصول الإعلان إليه وأنكر وجوده في مقامه وقت حصول الإعلان فإن عدم ذكر محل الإعلان، ولا سيما أنه قد حصل خارج مقام المطلوب تبليغه، يؤدي على بطلان الإعلان فلأجل صحة هذا الإعلان فإن على المباشر أن يثبت من هوية المبلغ إليه بأوراق رسمية⁽³⁾.

وللإعلان أهمية كبيرة فهو إعمال حقيقي لمبدأ المواجهة بين الخصوم وهو أحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها أي نظام قضائي هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنَّ أي إجراء لا يحدث أثراً إلا من تاريخ تبليغه، ولا يحدث الإعلان أثره إلا إذا كان صحيحاً⁽⁴⁾.

وعدم ذكر اسم طالب الإعلان واسم هوية من يمثله يؤدي إلى بطلان الإعلان، غير أنه اعتبر النقص أو الخطأ في هذا البيان لا يفضي إلى البطلان إذا كانت بقية بيانات المحضر أو الأوراق المطلوب إبلاغها والمرفقة به تمكن المبلغ إليه من معرفة شخصية طالب الإعلان بدون لبس أو شك، وإذا تعدد طالبوا الإعلان وجب ذكر اسم ولقب كل منهم، وإذا أغفل ذكر اسم أحدهم أو بعضهم اعتبر الإعلان باطلاً بالنسبة لهؤلاء حتى لو أضيف إلى اسم الطالب المعينين لفظ ورفاقهم⁽⁵⁾.

والمحضر وحده هو الذي يستطيع أن يقوم بإجراء عملية الإعلان فإذا تم الإعلان بواسطة شخص غير المحضر فإن ذلك الإجراء يكون باطلاً وهو بطلان متعلق بالنظام العام، ويجب على المحكمة أن تقضي به

(1) د. حسن موسى: "نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية"، مرجع سابق، ص 252.

(2) د. معروف حسين عبد القادر: "بطلان التبليغات القضائية في قانون المرافعات العراقي"، مرجع سابق، ص 72.

(3) د. حسن موسى: "نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية"، مرجع سابق، ص 252.

(4) د. عبد الحميد الشواربي: "البطلان المدني الإجرائي والموضوعي"، منشورات منشأة المعارف،

الإسكندرية، 1991م، ص 38

(5) د. حسن موسى: "نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية"، مرجع سابق، ص 253.

من تلقاء نفسها، كما أن نطاق دائرة عمل المحضر المكاني يتحدد بنطاق المحكمة التي يعمل بها، فلا يجوز له أن يتولى عملية الإعلان خارج هذا النطاق وإلا كان عمله باطلاً⁽¹⁾.

ب. مبدأ العلانية

الأصل في الجلسات أن تكون علنية إذ إنها تضيء نوعاً من الرقابة الشعبية على أعمال الهيئة القضائية وتخلق نوعاً من الاطمئنان في نفوس المتقاضين، لذلك تعد علنية الجلسات من الضمانات الأساسية للتقاضي، فهي من الظروف الملائمة لنزاهة القضاء وبالنظر للأهمية البالغة لهذه القاعدة الأصلية، فإنها من الإجراءات المتعلقة بنظم التقاضي الأساسية المتعلقة بالنظام العام، التي يترتب عليها بطلان الأحكام الصادرة بالمخالفة لها.

والعلنية قد يكون لها تأثير سلبي على المتقاضين والغير مما دفع المشرع إلى النص صراحة على جواز إجرائها سرّاً، ولا يخل هذا بمبدأ العلنية طالما كانت دواعي النظام العام وحسن الآداب تقتضي أن تكون الجلسة سرية ومع ذلك نظرت الدعوى في جلسة علنية⁽²⁾. إلا أن محكمة النقض المصرية ناهضت هذا القول بحق وقضت بأن نظر قضايا الضرائب⁽³⁾ بجلسات علنية باطلاً بطلاناً مطلقاً لمخالفته قاعدة أساسية من النظام العام، ذلك أن المشرع حينما وضع هذا النص، فقد كان حريصاً على مصلحة المجتمع بالمحافظة على حرمة الأسرة وعدم إذاعة أسرارها⁽⁴⁾.

ومن المقرر في محكمة النقض المصرية أن ينطق القاضي بالحكم ويكون النطق به علانية وإلا كان الحكم باطلاً...."⁽⁵⁾.

ومن المقرر في محكمة النقض المصرية أيضاً بأن تكون جلسات المحاكم علانية وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علنية..."⁽⁶⁾.

ج- ميعاد الحضور

(1) أ. فوزي دهم الرشدي: "بطلان العمل الإجرائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي - دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011م، ص 69.

(2) د. أحمد أبو الوفاء: "التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية"، منشورات منشأة المعارف، الإسكندرية، 1978م، ص 455.

(3) "القانون رقم 157 لسنة 1981" الخاص بضرائب الدخل في مصر، حيث يوجب نظر قضايا ضريبة الدخل في جلسات سرية.

(4) د. عز الدين الدناصوري وحامد عكاز: "التعليق على قانون المرافعات"، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 989.

(5) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 2731 لسنة 61ق، جلسة 2010/6/10م.

(6) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 2823 لسنة 61ق، جلسة 2007/11/16م.

إذا كان الغرض الأول من ورقة التكليف بالحضور هو دعوة المعلن إليه بالحضور أمام المحكمة في يوم معين، فإن لها غرضاً آخر يتصل باحترام حق الدفاع، وذلك لأن ميعاد التكليف بالحضور لا يقصد به مجرد حضور المعلن إليه وإنما يهدف أيضاً إلى منحه مهلة لإعداد دفاعه وذلك بالاستعداد لهذا الدفاع وتوكيل من يحضر عنه أمام القضاء، وميعاد الحضور هو المدة ما بين إعلان المدعي عليه أو ممثله القانوني في صحيفة الدعوى وتاريخ الجلسة بتكليفه بالحضور⁽¹⁾.

ومن المقرر في محكمة النقض المصرية بأن "ميعاد الحضور خمسة عشر يوماً أمام المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف، وثمانية أيام أمام محاكم المواد الجزئية، ويجوز في حالة الضرورة نقص هذين الميعادين إلى ثلاثة أيام وإلى أربع وعشرين ساعة، ويجوز في حالة الضرورة نقص الميعاد وجعله من أربع وعشرين ساعة إلى ساعة بشرط أن يحصل الإعلان للخصم نفسه..."⁽²⁾.

ولقد قضت محكمة النقض المصرية بأن ميعاد الحضور هو الميعاد الواجب مراعاته في خصوص اعلان التاريخ المعين...."⁽³⁾.

د. شكلية صحيفة الدعوى:

حتى يمكن مباشرة حق الدفاع يجب أن تشتمل صحيفة استحضار الدعوى على اسم المدعي والمدعى عليه ولقبه ومهنته ووظيفته وموطنه واسم من ينوب عنه قانوناً ولقبه ومهنته وصفته، وتاريخ تقديم الدعوى والمحكمة المرفوع أمامها الدعوى والمحل المختار إن وجد ووقائع الدعوى وأسبابها والأدلة المؤيدة لها ومطالب المدعي وبيان المستندات المرفقة⁽⁴⁾.

هـ. تسبيب الأحكام:

يعدُّ تسبيب الأحكام شكلية جوهرية في الحكم، وهو التزام مفروض على القاضي احتراماً لحق الدفاع وهو من ضمانات الدفاع الرقابية التي منحها القانون للخصوم لرقابة عمل القاضي، لبث الطمأنينة في نفوس المتقاضين وتقديم الدليل على أنّ القاضي تناول بالفحص كل وسائل الدفاع المقدمة من الخصوم.

⁽¹⁾د. محمد علي سكيكر: "موسوعة البطلان في الدعاوى المدنية في ضوء التشريع والفقهاء والقضاء"، منشورات دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012م، ص106.

⁽²⁾حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 42 لسنة 55ق، جلسة 19/4/1988.

⁽³⁾حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 2323 لسنة 55ق، جلسة 15/1/1989.

⁽⁴⁾د. حسن موسى: "نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية"، مرجع سابق، ص235.

ومن المقرر في محكمة النقض المصرية بأنه يجب بذل الجهد في تمحيص القضايا حتى وتكون ناطقة بالعدالة وموافقه للقانون، وتأكيد وجوب تسبيب الأحكام بإخضاعها لمراقبة محكمة النقض في الحدود المبينة بالقانون " (1).

الفصل الثاني: دور الشكل في احترام مبدأ المواجهة

يعتبر مبدأ المواجهة مجرد تطبيق من تطبيقات حق الدفاع، فحقوق الدفاع تشمل مبدأ المواجهة، وتمتد حتى بعد صدور الحكم، وأن حماية حقوق الدفاع هو أحد مظاهر مبدأ المواجهة كأساس للإجراءات هو المناقشة التواجهية ولذا فحقوق الدفاع ليست إلا تطبيقاً لمبدأ المواجهة في لحظة معينة⁽²⁾.

ويقوم مبدأ المواجهة في حق الخصم في العلم وحقه في الرد، ومع ذلك فإن إتاحة الفرصة كاملة لكي يعلم الخصم وهو ما يتحقق به احترام مبدأ المواجهة، وإذا كان حق الدفاع يقتضي المساواة بين مراكز المتقاضين لكفالة مناقشة عادلة بينهم، فإنه لا يتحقق إلا بالعلم بين الخصوم، وأداة العلم هي الإعلان والذي يتكفل قانون المرافعات بتنظيم وسائله والذي تلعب فيه الشكلية الدور الأساسي، ويجب أن يتم الإعلان بالوسائل وفي الشكل الذي حدده القانون.

ومن المقرر في محكمة النقض المصرية بأن حق التقاضي احترام مبدأ المواجهة الذي يستلزم تمكين الخصوم من الإلمام بما يبدى ضدّهم وتمكينهم من الدفاع في شأنه ولا يقتصر هذا الحق على منع الخصم من إبداء دفاع في غيبة الخصم الآخر " (3).

وقضت محكمة النقض المصرية أيضاً بأن " المواجهة لا تكون إلا بعد بدء الخصومة"⁽⁴⁾، ويتلخص مضمون مبدأ المواجهة بحق الخصم في العلم الكامل بكل عناصر القضية، سواء التي اتخذت من الخصوم أو من القاضي، ويشمل العلم بموضوع المطالبة القضائية والعلم بما قدمه الخصم عن وسائل دفاع واقعية أو قانونية بالحجج والمستندات، وبما اتخذه القاضي من إجراءات، وسماع القاضي للخصم وأن القاضي عليه واجب احترام مبدأ المواجهة وإلزام الخصوم به.

(1) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 268 لسنة 84ق، جلسة 2016/1/26.

(2) د. أحمد أبو الوفا: "المرافعات المدنية والتجارية"، منشورات دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007م، ص 60.

(3) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 6976 لسنة 72ق، جلسة 2016/1/28؛ وحق التقاضي غير المرافعة أمام القضاء، وحق التقاضي رخصة لكل فرد في الإلتجاء إلى القضاء، أما المرافعة أمام القضاء التي تستلزم وكالة خاصة وفقاً للمادة (702) من القانون المدني فهي النيابة في الخصومة للدفاع أمام القضاء وقد اختص بها المشرع أشخاصاً معينين أمام حسيما تقضي به المادة (25) من قانون المحاماة؛ وأنظر المستشار/ أحمد محمد عبد الصادق: "تقنين المرافعات - التعليق على نصوص قانون المرافعات في ضوء قضاء النقض حتى عام 2013"، المجلد الأول، 2015م، ص 998.

(4) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 1182 لسنة 68ق، جلسة 2016/1/28م.

والمشرّع يستخدم وسائل عديدة لتحقيق مبدأ المواجهة منها الإعلان القضائي الذي يعدُّ من أهم الوسائل لضمان علم الخصم بقيام الخصومة أو ما يتطلب القانون أن يصل إلى علمه بهذه الطريقة⁽¹⁾ والقانون عندما يتطلب وسيلة أو شكل معين لتحقيق القلم بين الخصوم فإنه يجب احترام ذلك، وإلا كان العمل باطلاً، وذلك أن مبدأ المواجهة مكرس لضمان الشكلية الإجرائية⁽²⁾، ويتحقق العلم بالحضور الشخصي بالجلسة وتبادل المذكرات والمستندات للاطلاع عليها، فالمناقشة التواجهية قد تتم كتابة وقد تتم بأسلوب المناقشة الشفوية، ويتحقق التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة بوسائل عديدة منها الحضور الشخصي والاستجواب وإعادة فتح باب المرافعة والتأجيل.

المبحث الثاني: الجزاء الناشئ عن مخالفة الشكل

لكي يوقع القاضي جزاء البطلان لمخالفة الشكل لا بد أولاً من ثبوت المخالفة أو ثبوت تعيُّب الشكل، فذلك هو الشرط المفترض لتوقيع جزاء البطلان. فإذا لم يثبت ذلك فإن الشكل يكون صحيحاً وعندئذ لا محل للبطلان ولو تضرر الخصم من الشكل في ذاته، والمشرّع عندما يقرر إجراءات ومواعيد محددة حفاظاً على سير القضاء يجب على الخصوم كما يجب على القضاة مراعاتها، لذلك من البدهي أن يترتب على مخالفة تلك الإجراءات والمواعيد جزاءات معينة ليضمن احترامها، فالأمر أو النهي القانوني بدون جزاء يتم إعماله عند المخالفة لا يكفل الفعالية والاحترام لأوامر القانون ونواهيه⁽³⁾.

والقانون الإجرائي يعدُّ من القوانين الشكلية ويتعين أن تتم الإجراءات حسب الشكل المحدد قانوناً، ورغم الانتقادات التي وجهت للشكلية على أنها عراقيل تحول دون سرعة وتسهيل المعاملات، ومع ذلك فلا مناص من الشكل لما يوفره من ضمانات للخصوم، ولأنه يحول دون تحكُّم القضاة، ورغم ذلك فإنه يجب عدم المبالغة في احترام الشكل إلى الحد الذي يؤدي إلى إهدار الحقوق، وإنما يجب أن يكون احترامه بالقدر الواجب لتأدية دوره كوسيلة حماية فلا يحكم بالبطلان إن لم يترتب على العيب ضرراً في الخصم، سواء ورد نص على البطلان أو في حالة عدم النص، وهذا ما اختلفت فيه التشريعات نتيجة للميعاد

(1) د. نبيل إسماعيل عمر: "إعلان الأوراق القضائية"، منشورات دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004م، ص 6.

(2) د. وجدي راغب: "دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني"، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة 18، العدد الأول، 1976م، ص 149.

(3) د. نبيل إسماعيل عمر: "عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات"، مرجع سابق، ص 7؛ والمقرر في قضاء محكمة النقض المصرية أن "الغاية من الشكل القانوني مسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض، فلا يستطيع أن يذهب إلى أن الغاية من الشكل هي غاية معينة غير تلك التي أرادها المشرّع...، حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 1681 لسنة 91 ق، جلسة 2022/1/16م.

الذي اعتنقته كل منها، لتقرير البطلان الناشئ عن مخالفة الشكل⁽¹⁾ تبعًا للدور الذي لعبته الشكلية عبر التطور الطويل الذي مرت به.

المطلب الأول: مخالفة الشكلية

لم تعد الشكلية في قانون المرافعات هي شكلية القانون الروماني بألفاظه المقدسة وصيغاته المحددة، بل شكلية القانون الحديث التي تهدف إلى العدالة واستقرار النظام وتحقيق مصلحة الخصوم، والمخالفة الإجرائية تتمثل في مخالفة الأوضاع الشكلية التي تطلبها المشرع لصحة الإجراء ذاته⁽²⁾، وإذا كان التنظيم القانوني ضرورة تفرضها طبيعة الخصومة⁽³⁾، ويدعوا إليها وجوب تحقيق المساواة بين الخصوم ومنع القاضي من التعسف، فإن القانون لا يكتفي بفرض تنظيم معين للخصومة، بل يوجب أن يتم كل عمل إجرائي وفقًا لشكل معين⁽⁴⁾، فتحقيق العدالة لا يجب أن يترك إلى حرية المتقاضين وتحكم القاضي، وتعد الشكلية في هذا المجال بمثابة الحماية من تحكم الخصوم أو تحكيم القاضي، فلا يكفي أن تقدم للأفراد دعوى وقاضيًا، ولكن يجب أن يكون هناك قواعد تحكم نظر هذه الدعوى، وإذا كانت الشكلية في التصرفات القانونية لها أهميتها فإنها في مجال الإجراءات المدنية تلعب دورًا حائميًا له أهميته بالنسبة للقاضي والمتقاضين معًا، وهذا يفترض ضرورة احترام الشكل، وتنظيم الشكل يحقق المساواة أمام القضاء إذ الجميع يتقاضون أمام المحاكم نفسها والأشكال نفسها وتلك ضمانات أخرى ضد التعسف، فاتباع إجراءات منضبطة ومراعاة مواعيد محددة تمنع ما قد يقع من المفاجئات فيما بين المتقاضين، وترد سعي المتهم سيء النية منهم.

وقد يستلزم المشرع وصفًا شكليًا معينًا يتعين أن يفرغ فيه العمل الإجرائي، وقد يوجد بالعمل بديل لهذا الوضع بحيث لا يعقل القول ببطلان العمل الإجرائي لعدم اتباع هذا الوضع الشكلي، عندئذ يجوز أن يحل البديل محل الشق المعيب طالما تحققت نفس الغاية. مثال ذلك أن الفقرة الثالثة من المادة 9 مرافعات قد تطلبت ذكر اسم المحضر في ورقة المحضرين التي تقوم بإعلانها ولكن جاء بالفقرة السادسة

(1) د. فتحي والي: "نظرية البطلان"، مرجع سابق، ص 183.

(2) د. عبد الحكم فودة: "البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية"، مرجع سابق، ص 81.

(3) الخصومة ظاهرة حية تقبل الحركة والنشاط، وهي كفعل لا بد أن يقابلها رد فعل قابل لأن يؤدي إلى التغيير والتعديل في معطياتها، فضلًا عن أن مضمونها ومحملها هو رابطة أو مجموعة من الروابط القانونية غير القابلة للحجز داخل إطار معين وثابت، فالنزاع الأصلي قد يتولد عنه أو يرتبط به مجموعة من المنازعات قد تصل إلى حد إعطائه وجهًا جديدًا أو شكلًا آخر مختلفًا عن ما بدأ به وهو ما يعبر عنه بفكرة تطور المنازعة؛ وانظر د. أحمد ماهر زغلول: "دعوى الضمان- دراسة لأساسيات الخصومة المدنية"، ط 2، 1986م، ص 120.

(4) د. فتحي والي: "نظرية البطلان"، مرجع سابق، ص 180.

من نفس المادة ضرورة وضع المحضر لتوقيعه على كل من الأصل والصورة وقد استقر قضاء النقض على كفاية وضع التوقيع دون حاجة إلى ذكر الاسم، ومن ثم لا يؤدي إغفال ذكر الاسم الحكم ببطلان العمل الإجرائي لوجود البديل الذي يحقق نفس الغاية.⁽¹⁾

والشكلية من السمات المميزة لقانون المرافعات، بل إن اسمه كقانون إجرائي يحمل على أن المقصود منه تنظيم الإجراءات، فهو يخل بالشكل لاتصاله الوثيق به لأنه يحقق العدالة، وإذا كانت الشكلية هي السمة المميزة لقانون المرافعات عن باقي فروع القانون الموضوعي فإن هذه الشكلية تكون واضحة بالنسبة للأعمال الإجرائية.⁽²⁾

ولقد نصت المادة 330 مرافعات على ضرورة ذكر اسم المحضر في ورقة المحضرين التي تقوم بإعلانها ولكن جاء بالفقرة السادسة من نفس المادة ضرورة وضع المحضر لتوقيعه على كل من الأصل والصورة، وقد استقر قضاء النقض على كفاية وضع التوقيع دون حاجة إلى ذكر الاسم ومن ثم لا يؤدي إغفال ذكر الاسم الحكم ببطلان العمل الإجرائي لوجود البديل الذي يحقق نفس الغاية.

وفرض الشكلية على النشاط القانوني بصفة عامة له ما يبرره، فالشكل القانوني كالدعوة الرسمية التي توضع على العمل فتبين ما هو هذا العمل، وما الذي يترتب عليه من آثار قانونية فيقوم الشخص بالعمل مطمئناً، ويستطيع القاضي بالنظر إلى الشكل الذي اتبع أن يعرف العمل القانوني الذي تم⁽³⁾ فضلاً عن ذلك، فالخصومة⁽⁴⁾ يشترك فيها عدة أشخاص، يقوم كل منهم بأعمال إجرائية بقصد تحقيق الغاية النهائية وهي تحقيق العدالة، ولذا كان من الضروري تنظيم هذه الأعمال بإحكام حتى تؤدي وظيفتها في الخصومة المدنية، والخصومة المدنية تتكون من أعمال مختلفة، ولا يمكن السماح بالبحث في

(1) د. عبد الحكم فودة: "البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية"، مرجع سابق، ص 83.

(2) د. عبد الحكم فودة: المرجع السابق ص 8.

(3) د. فتحي والي: "نظرية البطلان"، مرجع سابق، ص 180؛ وراجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 1394 لسنة 86، جلسة 2017/6/13م.

(4) والأصل في الخصومة أنه ينبغي أن تتحدد بالحدود التي وضعتها لها صحيفة افتتاحها وألا تضم الخصومة في مختلف مراحلها إلا من كانوا خصومًا فيها من أول الأمر؛ لأن الخصومة قد نشأت بينهم منذ البداية، فلا يمتد أثرها إلى غيرهم ولا يفيد منها سواهم؛ ينظر: د. محمد العشماوي، ود. عبد الوهاب العشماوي: "قواعد المرافعات"، ج 2، 1985م، ص 309؛ ود. مصطفى أحمد الدراجي: "مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعي الإضافية أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي"، بحث منشور في مجلة العلوم الشرعية والقانونية، كلية القانون - جامعة المرقب، ليبيا، العدد الثاني، 2015م، ص 212.

عنصر الإرادة بالنسبة لكل عمل، لمعرفة طبيعة العمل المراد القيام به، إذ إنَّ هذا يعرقل السير في الخصومة ويؤدي إلى عدم تحقيق الغاية منها بالسرعة اللازمة ويسر وسهولة⁽¹⁾.

وإذا كان البعض يرى عدالة القضاء المدني، عدالة شكلية أكثر منها واقعية، إذ تصدر من أجل الخصوم وبناءً على دفاعهم فيها.⁽²⁾ والقانون أوجب أن تتم الإجراءات بالشكل الذي يحدده القانون، وقرر البطلان الإجرائي وحالة مخالفة الشكل، سواءً وقعت المخالفة من القاضي أم معاونوه أو وقعت المخالفة من الخصوم، رغم ذلك فإنه يجب عدم المبالغة في الشكل إلى الحد الذي يؤدي إلى إهدار الحقوق أو إنما يجب أن يكون احترامه بالقدر الواجب لتأدية دوره كوسيلة حماية، وهذه صعوبة تواجهها التشريعات وتختلف الحلول بشأنها نتيجة للمعيار الذي تعتنقه كل منها لتنظيم البطلان الناشئ عن مخالفة الشكل، ويعدُّ البطلان من مشكلات القانون، فكل نظام إجرائي يقف حياله غير قادر على الوصول فيه إلى قاعدة تتفق مع مقتضيات العدالة وتسلم من النقد⁽³⁾.

ومن صعوبات البطلان، مشكلة وضع نظام يتلاءم مع كل قاعدة من قواعد الشكل فقواعد الشكل متعددة ومتنوعة، وليس لها نفس الأساس فقد يكون لكل قاعدة غاية فيجب احترام الأشكال الضرورية لسير مرفق القضاء، وهذا التباين في غاية الأشكال الإجرائية، يعقد من مشكلة البطلان، ويزيد من صعوبتها ومحاوله وضع نظام واحد للبطلان، مع اختلاف شروط تطبيقه من شكل لآخر، هي محاولة صعبة.

المطلب الثاني: جزاء مخالفة الشكلية

مخالفة الشكلية تتمثل في مخالفة الأوضاع الإجرائية التشريعية سواءً تمثلت في مباشرة الإجراء على نحو مخالف لما تطلبه المشرع أو بعده، والأوضاع الإجرائية في قانون المرافعات متعددة ومنها صحيفة الدعوى، حيث الأصل أنه لا تقبل صحيفة الدعوى من المدعي ما لم تكن مرفقة بصورة منها وبالمستندات التي تؤيد دعواه إلا إذا كانت الدعوى من الدعاوى التي يجب إقامتها خلال مدة معينة، وكانت هذه المدة على وشك الانتهاء كدعوى الشفعة أو دعوى ضمان العيب، ففي هذه الحالة تقبل الصحيفة، ولكن لا تعين المحكمة يوماً للمرافعة النظر في الدعوى التي قبلت إلا بعد تقديم المستندات والصور المطلوبة، وإذا

(1) د. فتحي والي: "نظرية البطلان"، مرجع سابق، ص 182.

(2) د. وجدي راغب: "دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني"، مرجع سابق، ص 73.

(3) د. أحمد أبو الوفا: "نظرية الدفع في قانون المرافعات المدنية والتجارية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980م، ص 281.

لم يقدم المدعي هذه الصور والمستندات خلال مدة معينة من تاريخ دفع الاسم تعتبر صحيفة الدعوى مبطللة بحكم القانون.⁽¹⁾

كما أنّ خلو الصحيفة من توقيع المحامي يؤدي إلى بُطلانها وإن أمكن تصحيح هذا البطلان باستدراك ذلك، وأيضاً الدفع ببطلان صحيفة الدعوى للتجهيل بالمدعي به. وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة. دفع شكلي يجب إبداءه قبل التعرض لموضوع الدعوى إلا سقط الحق في التمسك به. ويعدُّ البطلان الذي يلحق بالصحيفة بسبب هذا التجهيل بُطلاناً نسبياً لا يتعلق بالنظام العام ويعتبر الكلام في الموضوع مسقطاً في جميع الأحوال للحق في التمسك بهذا الدفع، أما الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة فهو دفع موضوعي يقصد به الرد على الدعوى برمتها، فإذا كان الثابت أنّ الطاعن أبدى الدفع ببطلان صحيفة الدعوى للتجهيل بالمدعي به بعد سابقة إبدائه الدفع بعدم قبول الدعوى، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أصاب صحيح القانون، إذ أيدُّ الحكم الابتدائي في قضائه بسقوط الحق في التمسك ببطلان صحيفة الدعوى تأسيساً على ما قضت به المادة 132 من قانون المرافعات المصري السابق من وجوب إبداء هذا الدفع قبل إبداء الدفع بعدم قبول الدعوى.⁽²⁾

ولقد أوجب قانون المرافعات اتخاذ أوضاع معينة قبل صدور الحكم وإلا كان باطلاً، وتبدأ هذه الأوضاع من المرافعة في الدعوى في كتابة أسباب الحكم والنطق به، فما يتعلق بالمداولة لا يجوز أن يشترك فيها غير القضاة الذين سمعوا المرافعة، فسماع المرافعة شرط للمداولة لإصدار الحكم، وهي جزء متمم للمداولة وشق أصيل في إصدار الحكم، فلا تكفي مجرد قراءة أوراق الدعوى ومستنداتها بل يتعين الإمام بما دار بالجلسة عن بصر وبصيره قبل الدخول في المداولة، فإذا اشترك قاض في المداولة حاله كونه لم يشترك في سماع المرافعة، فإن الحكم الصادر بناء على هذه المداولة يكون باطلاً ببطلاناً مطلقاً.⁽³⁾

والحكم هو الشُّكل الخارجي للعمل القضائي، وهو أيضاً الشكل العام له⁽⁴⁾ وباعتبار الحكم إجراءً قضائياً أو جزءاً من إجراءات الخصومة إلا أنه ليس مجرد عمل مادي، كما أنه ليس تصرفاً قانونياً إنما هو قرار إجرائي، ولذا فإنه يخضع للقواعد العامة للإجراء القضائي من حيث صحته وبطلانه فيكون منعدياً

(1) د. عطا عبد الحكيم أحمد: "البطلان في قانون المرافعات المدنية"، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2017م، ص65؛ وراجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 7672 لسنة 80 ق، جلسة 2018/12/16م.

(2) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني جلسة 23-12-1969 أشار إليه د. عبد الحكم فودة: "البطلان في قانون المرافعات"، مرجع سابق، ص89.

(3) انظر: المادة (167) من قانون المرافعات المصري.

(4) د. أحمد أبو الوفا: "نظرية الأحكام في قانون المرافعات"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989م، ص13.

أو باطلاً إذا تخلف أو تعيب أحد عناصره عدا الشكل الذي يرتبط بالبطلان في حالة تعيبه بعدم تحقيق الغاية منه.

ومن المقرر في محكمة النقض المصرية بأن مخالفة الشكل من شأنها المساس بأسس التقاضي وضمانات المتقاضي....⁽¹⁾.

ومن المسلم به أنه إذا كان من أثر مخالفة الشكل المساس بالمبادئ للتقاضي، كمبدأ مواجهة الخصوم فإن هذا العيب يعدُّ من العيوب الموضوعية التي تتعلق بالنظام العام، فيكون للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها، على أنه يلاحظ أنَّ هناك أشكالاً للعمل لازمة دائماً لتحقيق الغاية منها، بمعنى أن الغاية من الشكل لا تتحقق أبداً إذا تخلف الشكل، وتفسير هذا أنَّ الشكل القانوني قد يرمي إلى ضمان تحقيق واقعة مادية تتوافر بتوافرها حماية قانونية معينة، وفي هذه الحالة لا تعتبر الحماية القانونية مرتبطة ارتباطاً مباشراً بالشكل القانوني ولكن الشكل قد يعتبر هو نفس الواقعة المادية التي تتوقف عليها مباشرة الحماية القانونية، فتوجد رابطة بين الشكل القانوني والغاية منه بحيث لا تتوافر الغاية بغير وجود الشكل.⁽²⁾

لذلك استقر الفقه والقضاء على تعلق بطلان الحكم بالنظام العام، في حال تخلف أو تعيب إجراء من إجراءات إصداره، أو الإجراءات التالية لإصداره كما في حال تخلف أو تعيب بياناً من البيانات الجوهرية التي أوجب القانون أن يشتمل عليها الحكم بموجب نص المادة 178 من قانون المرافعات المصري، وبناءً على ذلك فإن الأحكام الباطلة هي أحكام موجودة ولكنها معيبة وتتمتع بحجية الشيء المحكوم فيه، ويجب احترام الحكم الصادر من القضاء مهما شاب الحكم من خطأ أو بطلان، ويعبر الفقه عن ذلك لا دعاوى بطلان ضد الأحكام، أو دعاوى البطلان لا ترد على الأحكام⁽³⁾.

(1) راجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 9405 لسنة 80، جلسة 2011/3/27م.

(2) د. فتحي والي: "نظرية البطلان"، مرجع سابق، ص 354.

(3) د. فتحي والي، المرجع السابق ص 596.

الخاتمة

وفي نهاية هذا البحث المتواضع حول الشكالية في الدعوى المدنية والجزاء الناشئ عن مخالفتها نتوصل إلى مجموعة من النتائج و التوصيات نَجْمَلها في الآتي:

أولاً النتائج:

1. نستنتج أنّ من مظاهر الشكالية في العمل الإجرائي التي تتصل بالمكاناالمعاينة التي تقوم بها المحكمة، فيجب أن تتم في مكان الشيء المتنازع عليه وذلك بناء على طلب أحد الخصوم.
2. نستنتج أنّ المواعيد الإجرائية ليست كلها من النظام العام وبالتالي فليست كل مخالفة تصيب المواعيد تؤدي إلى بطلان العمل بطلاناً مطلقاً فهناك مواعيد متعلقة بالنظام العام وأخرى غير متعلقة بالنظام العام، والمواعيد الإجرائية التي يترتب على مخالفتها البطلان هي المواعيد الحتمية التي تؤثر بحسن سير القضاء وهي بالتحديد المواعيد المتعلقة بالطعون.
3. نستنتج أنّ العمل الإجرائي لا يتم ولا يترتب آثاره إلا إذا استوفى الشكل الذي يحدده القانون مقدماً، وبذلك يمكن القول أنّ الأعمال الإجرائية أعمال شكلية.
4. نستنتج أنّه يجب عدم المبالغة في الشكل إلى الحد الذي يؤدي إلى إهدار الحقوق و إنما يجب أن يكون احترامه بالقدر الواجب لتأدية دوره كوسيلة حماية، وهذه صعوبة تواجهها التشريعات وتختلف الحلول بشأنها نتيجة للمعيار الذي تعتمده كل منها لتنظيم الجزاء الناشئ عن مخالفة الشكل.
5. نستنتج أنّ مخالفة الشكل من شأنها المساس بأسس التقاضي و ضمانات المتقاضين في الدعوى.

ثانياً : التوصيات:

1. على المشرّع الليبي أن يضع قواعد وشروط خاصة تحكم الإجراءات الشكلية المتبعة في الدعوى المدنية لكي يسهل الأمر على القضاة في الفصل في الدعاوى .

المصادر والمراجع

أولاً: الكتب

1. أحمد أبو الوفا: "المرافعات المدنية والتجارية"، منشورات دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007م.
2. أحمد أبو الوفا: "نظرية الأحكام في قانون المرافعات"، منشورات منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989م.
3. أحمد أبو الوفا: "نظرية الدفع في قانون المرافعات المدنية والتجارية"، منشورات منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980م.
4. أحمد أبو الوفا: "التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية"، منشورات منشأة المعارف، الإسكندرية، 1978م.
5. أحمد ماهر زغلول: "دعوى الضمان - دراسة لأساسيات الخصومة المدنية"، ط2، 1986م .
6. أحمد محمد عبد الصادق: "تقنين المرافعات - التعليق على نصوص قانون المرافعات في ضوء قضاء النقض حتى عام 2013"، المجلد الأول، 2015م.
7. أحمد هندي: "التمسك بالبطلان في قانون المرافعات"، منشورات دار الجامعة الجديدة، 2005م.
8. الأنصاري حسن النيداني: "القاضي والوسائل الإلكترونية الحديثة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009م.
9. حسن موسى الطراونة: "نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات المدنية"، منشورات دار وائل، ط1، عمان-الأردن، 2016م.
10. عبد الحكم فوده: "البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية"، منشورات دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1991م.
11. عبد الحميد الشواربي: "البطلان المدني الإجرائي والموضوعي"، منشورات منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991م.
12. عز الدين الدناصوري وحامد عكاز: "التعليق على قانون المرافعات"، منشأة المعارف، الإسكندرية.

13. عطا عبد الحكيم أحمد: "البطلان في قانون المرافعات المدنية"، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2017م.
14. فتحي والي: "الوسيط في قانون القضاء المدني"، دار النهضة العربية القاهرة، 2008م.
15. فتحي والي. و. أحمد زغلول: "نظرية البطلان في قانون المرافعات"، منشورات دار الطباعة الحديثة، 1997م.
16. فرج علواني هليل: "البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008م.
17. الكوني على اعبودة: "قانون علم القضاء"، منشورات المركز القومي للبحوث والاستشارات العلمية، ط 1، الجزء الثاني، طرابلس 1998م.
18. محمد العشماوي، د. عبد الوهاب العشماوي: "قواعد المرافعات"، ج 2، 1985م.
19. محمد علي سكيكر: "موسوعة البطلان في الدعاوى المدنية في ضوء التشريع والفقهاء والقضاء"، منشورات دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012م.
20. نبيل إسماعيل عمر: "أصول المرافعات المدنية والتجارية"، منشأة المعارف، الإسكندرية.
21. نبيل إسماعيل عمر: "إعلان الأوراق القضائية"، منشورات دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004م.
22. نبيل إسماعيل عمر: "سقوط الحق في اتخاذ الإجراء، منشأة المعارف، الإسكندرية.
23. نبيل إسماعيل عمر: "عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات"، منشورات دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016م.
24. نورالدين الغزواني، إجراءات مدنية وتجارية القانون الإجرائي العام، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2012م.
25. وجدي راغب: "مبادئ القضاء المدني"، دار الفكر العربي، 1986.

ثانياً: الرسائل

1. سندس قاسم خورشيد: "حضور وغياب الخصوم"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية 2019م.

2. سوزان محمد شحاده: "العيب الجوهري وأثره في بطلان الإجراءات القضائية، رسالة ماجستير في القانون، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2009م.
3. فايق نشأت فايق: "بطلان الإجراءات في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية- دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية القانون- جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2012م.
4. فوزي دهيم الرشدي: "بطلان العمل الإجرائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي- دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011م.

ثالثاً: المجالات والدوريات

1. سامى عبد الحميد إبراهيم: "بطلان الإجراءات وآثاره في قانون الإجراءات المدنية"، بحث مقدم لمجلة جامعة النيلين، السودان، 2016م.
2. مصطفى أحمد الدراجي: "مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعي الإضافية أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي"، بحث منشور في مجلة العلوم الشرعية والقانونية، كلية القانون- جامعة المرقب، ليبيا، العدد الثاني، 2015م.
3. معروف حسين عبدالقادر: "بطلان الإعلانات القضائية في قانون المرافعات العراقي"، بحث مقدم لمجلة الخليج العربي، العراق، 2009م.
4. وجدي راغب: "دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية"، السنة 18، العدد الأول، 1976م.

رابعاً: القرارات والقوانين

1. القانون المصري رقم 157 لسنة 1981 الخاص بضرائب الدخل .
2. قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968م، المعدل.
3. قانون المحاماة المصري رقم 7 لسنة 1983م، المعدل.
4. القانون المدني المصري.
5. قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968م، المعدل .
6. قانون المرافعات الليبي لسنة 1953م، المعدل.
7. قرار اللجنة الشعبية العامة سابقا، الخاص بتنظيم أعمال المحضرين التي تؤدي عن طريق المكاتب والتشاركيات في ليبيا، رقم (128) لسنة 2002م المعدل بالقرار رقم (191) لسنة 2006م.

خامساً: أحكام المحاكم

1. حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 33 لسنة 16 ق جلسة 1971/3/7م، مجلة المحكمة العليا، س7، ع3، ص55.
2. حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الجنائي رقم 184 لسنة 20 ق جلسة 1974/2/5م، مجلة المحكمة العليا، س1، ع3، ص235.
3. حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الجنائي رقم 291 لسنة 24 ق جلسة 1978/2/7م، مجلة المحكمة العليا، س14، ع4، ص188.
4. حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الشرعي رقم 18 لسنة 19 ق، جلسة 1973/3/18م، مجلة المحكمة العليا، س9، ع (3، 4)، ص16.
5. حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 16 لسنة 28 ق جلسة 1984/4/9م، مجلة المحكمة العليا، س21، ع4، ص69، والطعن المدني رقم 71 لسنة 41 ق جلسة 1996/4/15م.
6. حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 15 لسنة 16 ق، جلسة 1970/5/19م.
7. حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 371 لسنة 42 ق، جلسة 2002/3/4م.
8. حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 38 لسنة 45 ق جلسة 1998/6/20م.
9. حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 383 لسنة 42 ق جلسة 1999/4/26م.
10. حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 39 لسنة 19 ق جلسة 1974/1/27م، مجلة المحكمة العليا، س10، ع3، ص154.
11. حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 54 لسنة 24 ق جلسة 5114 لسنة 1978 مجلة المحكمة العليا، س15، ع2، ص49، طعن شرعي رقم 34-44 جلسة 1998/6/25م.
12. حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 72 لسنة 27 ق، جلسة 1983/2/21م، مجلة المحكمة العليا، س20، ع (1، 2)، ص108.
13. حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 2323 لسنة 55 ق، جلسة 1989/1/15.
14. حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 2731 لسنة 61 ق، جلسة 2010/6/10.
15. حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 2823 لسنة 61 ق، جلسة 2007/11/16.

16. حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 42 لسنة 55ق، جلسة 1988/4/19.
17. حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 1000 لسنة 75ق، جلسة 2006/6/27م.
18. حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 1182 لسنة 68ق، جلسة 2016/1/28.
19. حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 152 لسنة 29ق، جلسة 1963/12/18، مكتب في 17، ص 117،
20. حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 546 لسنة 25ق، جلسة 1961/2/2.
21. حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 441 لسنة 34ق، جلسة 1969/6/24م، مجموعة قواعد النقض في خمسين عاما، الجزء الأول، المجلد الثالث رقم 157 ص 2259.
22. حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 61 لسنة 36 ق جلسة 1991/11/18م.
23. حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 7154 لسنة 79ق، جلسة 2010/4/4م.
24. حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 9405 لسنة 80ق، جلسة 2012/3/27م.
25. حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 9405 لسنة 80ق، جلسة 2011/3/27م.
26. حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 268 لسنة 84ق، جلسة 2016/1/26.
27. حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 6976 لسنة 72ق، جلسة 2016/1/28.
28. حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 7154 لسنة 79ق، جلسة 2010/4/4م.
29. حكم محكمة النقض المصرية في الطعن المدني رقم 7672 لسنة 80 ق، جلسة 2018/12/16م.

شفعة الجار وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"
د. أحمد أبو عيسى عبد الحميد
أستاذ مشارك / الأكاديمية الليبية للدراسات العليا

مقدمة:

حق الشفعة نظام استمد أحكامه من الشريعة الإسلامية، فهي المصدر المادي والتاريخي له، وقد اعتنى الفقه الإسلامي بتنظيم قواعد وأحكام الشفعة تنظيماً يفوق كل القوانين الوضعية. ورغم اتفاق فقهاء المسلمين على جواز الشفعة في المال الشائع، إلا أنهم اختلفوا في شفعة الجار، وهذا الاختلاف تترتب عليه آثار مهمة باعتبار الشفعة قيماً على حرية التملك والتصرف والتعاقد، فبمقتضاها يجد المشتري نفسه مجبراً على التخلي عن العقار الذي اشتراه، ويجد البائع نفسه طرفاً مع شخص آخر غير الذي باع له، ويجد الشفيع نفسه طرفاً في عقد لم يناقش بنوده ولم يعرف شروطه مسبقاً. ودوماً ما يحتج بأن الشفعة إنما شرعت لدفع المضار تطبيقاً لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"⁽¹⁾، فأحكام الشريعة الإسلامية بنيت على أساس رعاية مصالح العباد في العاجل والأجل، وجلب المنافع للعباد، ودفع المفاسد عنهم، وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" تعد من أهم القواعد الفقهية لتناولها أمراً مهماً اعتنت الشريعة الإسلامية به ألا وهو منع الضرر وإزالته؛ لأن الأصل في الضرر والضرار التحريم والمنع، قال تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾⁽²⁾.

وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" تتضمن دفع الضرر قبل وبعد وقوعه، كما يفهم منها أن جميع أنواع الضرر لا تجوز إلا إذا كان بحق.⁽³⁾

وإذا كان الأساس الذي تستند عليه أحكام الشفعة مضنة دفع الضرر المتوقع من المشتري، فهل ينطبق ذلك على الجار باعتباره مجاوراً للمشتري وقد يتضرر منه؟

اختلف فقهاء المسلمين في مدى حق الجار في الأخذ بالشفعة، ورغم ورود أحاديث كثيرة تتحدث عن شفعة الجار، حاول الفريق الرافض لشفعة الجار تأويلها بما يتفق ورأيه، أما الفريق المؤيد لشفعة الجار، فقد أخذ بصراحة الأحاديث معطياً بذلك للجار الحق في الأخذ بحق الشفعة. وأمام هذا الاختلاف، وللوقوف على حقيقة شفعة الجار، أحاول في هذا البحث استعراض وجهة نظر الفريقين ومناقشتها حتى نقف على الراجح منها والمرجوح. وقد قسم هذا البحث بعد المقدمة على مبحثين وخاتمة.

المبحث الأول: مفهوم شفعة الجار. الذي قسم على مطلبين:

المطلب الأول: تعريف شفعة الجار.

⁽¹⁾ رواه مسلم، كتاب البر والصلة، باب تحريم الظلم، حديث رقم (2577).

⁽²⁾ سورة الحج، الآية (78) رواية قالون عن الإمام نافع.

⁽³⁾ الفتح المبين بشرح الأربعين، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحقيق/ أحمد جاسم وآخرون، دار المنهاج - بيروت، ط 1، 1428هـ - 2008، ص 516.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لشفعة الجار.

المبحث الثاني: أحكام شفعة الجار، الذي قسم على ثلاث مطالب:

المطلب الأول: عدم جواز الأخذ بشفعة الجار.

المطلب الثاني: جواز الأخذ بشفعة الجار.

المطلب الثالث: الرأي الراجح في شفعة الجار.

الخاتمة.

المبحث الأول: مفهوم شفعة الجار

للتعرف على مفهوم شفعة الجار يتطلب الأمر تعريفها وبيان الحكمة التشريعية منها، في مطلب

أول، ثم الوقوف على طبيعتها القانونية في مطلب ثان.

المطلب الأول: تعريف الشفعة وبيان الحكمة التشريعية منها.

أتناول هذا المطلب في فقرتين: تعريف شفعة الجار في فقرة أولى، والحكمة التشريعية منها في فقرة ثانية.

الفقرة الأولى: تعريف شفعة الجار.

نعرفها أولاً لغة، لنقف بعدها على تعريفها اصطلاحاً.

أولاً: تعريف شفعة الجار لغة.

للشفعة عدة اشتقاقات ومصادر في اللغة العربية منها: مصدر شفّع: أي الشفّع، وهي ضد الوتر⁽¹⁾ فيقال كان وتراً فشفّعه، ويقول العرب: شفّع الشيء صيره شفعا أي زوجاً بأن يضيف إليه مثله.⁽²⁾ ويقال: شفّع الشيء شفعا، أي ضم مثله إليه جعله زوجاً، ولهذا يقال: شفّع البصر الأشباح، أي رآها مثلياً. والشفائع هي المزدوجات، فيقال شفائع النبت وهو ما ينبت مزدوجاً، ويقال ناقة شفوع، وهي التي تجمع بين محلبين في حلبة واحدة. والشفّع في العدد هو الزوج وجمعها شفعاء⁽³⁾، فيقال: شاة شافع، أي معها ولدها، ويقال في الصلاة: شفعت الركعة، أي جعلتها اثنتين.⁽⁴⁾ قال تعالى: ﴿ومن

(1) محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، ط1، دار الكتاب الحديث - الكويت، 1993م، ص329.

(2) ابن منظور، لسان العرب، دار لسان العرب - لبنان، 1988م، ص333.

(3) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ط2، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع - اسطنبول، تركيا، بدون تاريخ، ص487/1.

(4) علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي - بدون ذكر البلد، 1996م، ص265/2.

يشفع شفاعة حسنة يكن له نصيب منها ومن يشفع شفاعة سيئة يكن له كفل منها⁽¹⁾ أي: من يرغب في زيادة عمله وتنميته، إنما يكون بضم عمل إلى عمل. ومن خلال المعنى اللغوي للشفعة يتضح أنها تتمحور حول معنى واحد لها وهو الضم والزيادة والاضافة ، وهو ما يتوافق مع المعنى الشرعي والفقهية لها الذي يعني ضم ملكية العقار المشفوع فيه إلى أملاك الشفيع جبراً على مالكه ومشتريه.

ثانياً: تعريف الشفعة شرعاً.

تعددت آراء الفقهاء في تعريف الشفعة منها:

1- عرفها المالكية بعدة تعريفات منها:

- عرفها ابن عرفة بأنها: "استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه".⁽²⁾
- وعرفها الشيخ الدردير بأنها: "الشفعة استحقاق شريك لأخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته".⁽³⁾

ويلاحظ على هذين التعريفين أنهما استعمالاً لكلمة (استحقاق) والهدف من ذلك أن من حق الشريك أخذ عقار شريكه الذي باعه لغيره مقابل ثمن يبعه إن كان العقد بيعاً، أو قيمة العقار الذي بادله به إذا كان العقد مقايضة على أساس أن البيع والمقايضة لهما نفس الحكم في الشريعة الإسلامية.

- وعرفها الشيخ أبو زهرة بأنها: "حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن".⁽⁴⁾

ويلاحظ على هذا التعريف أن كلمة (حق) المقصود منها أن الشفيع له الحق أي الاختيار وليس جبراً، وأن عبارة (كله أو بعضه) ليس المقصود منها أن يأخذ الشفيع بالشفعة في كل العقار المبيع أو جزءاً منه، إنما المقصود إذا تعدد الشفعاء وكانوا من طبقة واحدة يقسم بينهم بحسب نصيب كل شفيع تحقيقاً للعدالة والمساواة في الأنصبة.

(1) سورة النساء، الآية 85، برواية قالون عن نافع المدني.

(2) محمد بن حارث الخشني، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، حققه وعلق عليه: محمد أبو الأجنان وآخرون، الدار العربية للكتاب - تونس، 1985م، هامش 134.

(3) سيد أحمد الدردير، الشرح الصغير، المطبوعات الجميلة - الجزائر، 1992م، ص 254/3.

(4) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي - القاهرة، 1988م، ص 150.

- 2- عرفها الحنفية بعدة تعريفات منها:
- عرفها ابن عابدين بأنها: "تملك النفعة جبرا على المشتري بما قام عليه"⁽¹⁾، والمقصود بالنفعة في هذا التعريف العقار المشفوع فيه.
 - وعرفها عبد العزيز أبو غدير بأنها: "ضم بقعة مشتراة إلى عقار الشفيع بسبب شركة أو جوار"⁽²⁾، والملاحظ على هذا التعريف أنه اعتبر الجوار سببا من أسباب الأخذ بالشفعة.
 - وعرفها ابراهيم مصطفى بأنها: "الشفعة حق الجار في تملك العقار جبرا على مشتريه بشروطه التي رسمها الفقهاء"⁽³⁾.
 - وعرفتها مجلة الأحكام العدلية في المادة (950) بأنها: "الشفعة تملك العقار جبرا على مشتريه بما قام عليه من الثمن"⁽⁴⁾.

ثالثاً: تعريف الشفعة قانوناً.

- رغم اتفاق الفقه القانوني على اعتبار الشفعة سببا من أسباب اكتساب الملكية، إلا أن هناك اختلاف بين القوانين في تعريف الشفعة منها:
- 1- عرّف القانون المدني الكويتي الشفعة في المادة 891 من القانون المدني بأنها هي: "الحلول محل المشتري عند بيع العقار أو المنقول في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها"⁽⁵⁾.
 - 2- وعرفها القانون المدني اليمني في المادة 1255 من القانون المدني بأنها: "حق تملك عقارات ولو جبرا ملكت لآخر بعقد صحيح بعوض مال معلوم على أية صفة كانت مثلية أو قيمية أو منقولة أو غير منقولة بما قام عليها من العوض والمؤن"⁽⁶⁾.
- والملاحظ على هذين التعريفين:
- أن التعريفين يعطيان الحق في الأخذ بالشفعة سواء في العقارات أو المنقولات.

(1) محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ط2، مطبعة مصطفى البابلي الحلبي - القاهرة، 1963م، ص142/5.

(2) عبد العزيز محمد أبي غدير، التعليق على نصوص الشفعة في القانون المدني، دار نور الفجر للطباعة - الاسكندرية، بدون تاريخ، ص9.

(3) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص487.

(4) نقله سليم رستم باز، شرح مجلة الأحكام العدلية، ط2، دار إحياء التراث العربي - لبنان، 1986م، ص561.

(5) مرسوم بالقانون رقم (67) لسنة 1980م بإصدار القانون المدني، جريدة الكويت اليوم، العدد (1335) الصادر بتاريخ 29 صفر 1401هـ - الموافق 5 يناير (كانون الثاني) 1981م.

(6) قرار جمهوري رقم (14) لسنة 2002م بشأن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد (1/7) لسنة 2002م.

- القانون المدني اليمني يعتبر الشفعة حق تملك في جميع عقود المعاوضات أي في البيع وغيره، أما القانون المدني الكويتي فلا يعتبرها لا حق ولا رخصة وأورد عبارة (حلولاً محل المشتري) وتكون في بيع العقارات والمنقولات فقط دون عقود المعاوضة الأخرى.
- 3- وعرفها القانون المدني الأردني في المادة 1150 من القانون المدني بأنها: "الشفعة هي حق تملك المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات"⁽¹⁾.
- والملاحظ أن القانون الأردني لا يأخذ بحق الشفعة إلا في بيع العقارات فقط.
- 4- وعرفها القانون المدني المصري في المادة 935 من القانون المدني بأنها: "رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية"⁽²⁾.
- 5- وعرفها القانون المدني الليبي في المادة 939 من القانون المدني بأنها: "رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية"⁽³⁾.
- ويتضح من خلال هذه التعريفات أنها تتفق جميعاً على اعتبار الشفعة سبباً أو طريقاً مشروعاً لكسب ملكية العقارات واعتبارها مجرد رخصة للشفيع، فله الخيار في التمسك بها أو التنازل عنها دون أن يجبره أحد على ذلك.

الفقرة الثانية: الحكمة التشريعية من شفعة الجار.

إن تنظيم الشفعة على مَرَّ العصور لم يكن عبثاً وغاية في التضييق على الناس في معاملاتهم، وعلى الرغم من بعض العيوب الطفيفة التي تؤخذ على الشفعة، إلا أن ما تحققه من إيجابيات وفوائد لها علاقة بالمصلحة العامة، ودرء لدفع الضرر المتوقع حدوثه في حالة وقوع هذا الضرر على الشريك أو الجار من المشتري الجديد.

نفهم من ذلك أن تصرف الشريك قد يترتب عليه ضرر من الشريك الجديد أو الجار الجديد، وفي المقابل فإن دفع هذا الضرر واجب متى كان ذلك ممكناً.

فما هو الضرر الذي يمكن أن يوصف بأنه ضرر شرعي يعتد به، وهل يمكن أن يتحقق ذلك في شفعة الجار؟.

أولاً: الأساس الشرعي لدفع الضرر.

⁽¹⁾ قانون مؤقت رقم (43) لسنة 1976م، الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية، عمان، بتاريخ الأحد 5 شعبان 1396هـ الموافق 1 آت 1976م، العدد (2645).

⁽²⁾ الوقائع المصرية، جريدة رسمية للحكومة المصرية، عدد غير اعتيادي، العدد (108) مكرر، الصادر في يوم الخميس 22 رمضان سنة 1367هـ - 29 يوليو 1948م، السنة (119).

⁽³⁾ القانون المدني الليبي المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 20 فبراير 1954م، تم إعادة طباعته من قبل الإدارة العامة للقانون بتاريخ 1988م.

لقد تعدّ علماء الأصول والفقهاء المسلمون قواعد أصولية وفقهية مستلهمة من أحكام القرآن والسنة، وأهم قاعدة في ذلك قاعدة "لا ضرر ولا ضرار".

الضرر في اللغة خلاف النفع، والمضرة خلاف المنفعة، ويطلق الضرر على معان عدة منها: النقصان وشدة الحال والضيق، وكلها ترجع إلى ما كان خلاف النفع.⁽¹⁾

وقد عرف الضرر بتعريفات عدة منها: "بأنه إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً"⁽²⁾، وعرف أيضاً بأنه: "الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير تعدياً أو تعسفاً أو إهمالاً".⁽³⁾

وأساس هذه القاعدة نص حديث نبوي شريف، وهي إحدى القواعد الخمس الكبرى، وتشهد لها نصوص كثيرة من الكتاب والسنة.

ولفظ القاعدة صريح في نفي الضرر عن الفرد والأمة؛ لأن ذلك من الظلم، والله لم يبيح الظلم بحال، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "فالعدل واجب لكل أحد على أحد في جميع الأحوال والظلم لا يباح شيء منه بحال"⁽⁴⁾.

ونفي الضرر يشمل دفعه قبل وقوعه بكل الأساليب الممكنة، فإذا وقع وجب رفعه بكل ما يمكن من التدابير والوسائل التي تزيل آثاره وتمنع تكراره.⁽⁵⁾

ونفي الضرر نهي عن مقابلة الضرر بمثله على وجه غير مشروع بما يؤدي إليه من توسيع دائرة الضرر بلا منفعة.⁽⁶⁾

إن القانون المدني عندما قرر عدم الأخذ بشفاعة الجار، وإن استند إلى قاعدة: "درء المفسد أولى من جلب المصالح" أي أنه إذا تعارضت مفسدة مع منفعة بأن كان الحصول على المنفعة لا يتأتى إلا بإحداث المفسدة، فإن المفسدة تدفع بترك المنفعة وعدم جلبها، إلا أن تطبيق هذه القاعدة يجب عدم التوسع فيها بحيث تنسف باقي القواعد المكملة لها والتي من أهمها:

(1) لسان العرب، ابن منظور، مادة ضرر.

(2) القواعد الفقهية، علي أحمد الندوي، دار القلم - بيروت، ط1، 1406هـ/1986م، ص252.

(3) الضرر في الفقه الإسلامي، أحمد موافي، دار ابن عفا، ط1، 1418هـ، ص97.

(4) مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب/ عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، وساعده ابنه محمد، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد/ السعودية، 1428هـ/2004م، ص339.

(5) المدخل إلى دراسة التشريع الإسلامي، محمد عوض الهزائم - ومصطفى أحمد نجيب، دار عمار/ الأردن، ط1، 1996م، ص115.

(6) القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، محمد بن عبد الله بن عابد الصواط، مكتبة دار البيان الحديثة/ الطائف - السعودية، 1422هـ/2001م، ص306/1.

1- قاعدة : "الضرر لا يزال بضرر أكبر"⁽¹⁾.

هذه القاعدة مندرجة تحت القاعدة الكبرى "لا ضرر ولا ضرار" إذ أن نفي الضرر يستلزم إزالته بكل وسيلة بشرط ألا يترتب على الإزالة ضرر مثله أو أكثر منه، وبيان ذلك أن الضرر المراد إزالته لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: ألا يترتب على الإزالة ضرر مطلقا، وحينئذ فالضرر يزال بالكلية.

الحالة الثانية: أن ينشأ عن إزالة الضرر ضرر آخر، ولا يخلو الأمر حينها من حالتين:

(1) أن يكون الضرر الناشئ أخفّ من الضرر المزال، والحكم أنه يرتكب الضرر الأخف من أجل دفع الضرر الأعظم.

(2) أن يكون الضرر الناشئ أكثر من الضرر المزال أو مساويا له، وهذا هو مجال هذه القاعدة، فالضرر لا يزال بمثله ولا بما هو أشد منه، بل يشترط أن يزال بلا ضرر إن أمكن، وإلا فبضرر أخف منه.⁽²⁾

وعدم الأخذ بشفاعة الجار وإن كان يهدف إلى إزالة الضرر المتوقع الذي قد يحل بالمشتري، فإن عدم الأخذ بشفاعة الجار يترتب عليه ضرر محقق للجار الذي لا يمكنه دفع هذا الضرر بعد ذلك.

2- قاعدة " يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام".

هذه القاعدة منبثقة من القاعدة العامة " لا ضرر ولا ضرار" ويقصد بها أن مصلحة الجماعة مقدمة على مصلحة الفرد، وأنه يتوجب على الفرد أن يضحي بمصلحته من أجل النفع العام الذي يعود على المجموع، فالضرر العام يصيب عموم الناس، والضرر الخاص يصيب فردا أو فئة قليلة، ولهذا كان هذا الضرر دون الضرر العام وإن استلزم دفعه إيقاع ضرر خاص.⁽³⁾

(1) المدخل الفقهي العام، مصطفى بن أحمد الزرقاء، مطبعة طربين/ دمشق، ط10، 1387هـ، ص178/2.

(2) للمزيد حول هذه القاعدة أنظر:- إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر الزرعي المعروف بابن قيم الجوزية، مراجعة/ طه عبد الرؤوف سعد، ص139/2.

- الأشباه والنظائر، تاج الدين عبد الوهاب السبكي، دار الكتب العلمية/ بيروت - لبنان، 1411هـ/1991م، ص41/1.

- القواعد في الفقه الإسلامي، أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب، مكتبة الكليات الأزهرية/ القاهرة، ط1، 1392هـ/1972م، ص73.

- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، دار إحياء الكتب العربية/ مصر، ص95.

(3) القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، محمد بن عبد الله بن عابد الصواط، مرجع سابق، ص306/1.

ونحن لا نقول بالتضحية بمصلحة الأفراد المتوقع وقوع الضرر عليهم؛ لأن الضرر الذي يمكن أن يجل بالمشتري هو في الحقيقة تم جبره من خلال استحقاقه لثمن البيع الذي دفعه للبائع، أما الضرر الذي يقع بالجار أو الجيران، فهو ضرر أكبر؛ لأن هذا الضرر لا يمكن دفعه إلا بمشقة، وحتى مع ذلك تبقى آثاره بين الجيران.

3- قاعدة "تصرف ولي الأمر على الرعية منوط بالمصلحة".

والرعية هم عموم الناس الذين هم تحت ولاية ولي الأمر، والمصلحة يقصد بها المصلحة العامة للناس لا الخاصة بفرد أو بعض الأفراد.

وتبين هذه القاعدة حدود الإدارة العامة والسياسة الشرعية في سلطان الولاية وتصرفاتهم في الرعية، فيجب أن تكون هذه الأعمال والتصرفات مبنية على مصلحة الجماعة وتهدف إلى خيرها.⁽¹⁾ إن مقاصد الشريعة الإسلامية في الخلق تحقق ثلاثة أنواع من المصالح تحت مسمى المصالح المعتبرة وهي: المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية.

والمصالح الضرورية هي التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تخر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج⁽²⁾، والأمور التي تتوقف عليها حياة الناس في الدنيا وبدونها لا تستقيم الحياة تنحصر في خمسة أمور: الدين، والنفوس، والعقل، والنسل، والمال، ولهذا المصالح الضرورية تكاليف يحفظ بها كل نوع منها، وحول بيان تلك المصالح ووسائل حفظها يقول الإمام الغزالي: "ومقصود الشارع من الخلق أن يحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعقلهم ونسلهم وما لهم، وكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة، وهذه الأصول حفظها واقع في مرتبة الضرورة فهو أقوى المراتب في المصالح التي اعتبرها الشارع". وقد يقول قائل بأن إقرار شفعة الجار هو من باب الأمور المباحة التي تندرج تحت السياسة الشرعية المخولة لولي الأمر.

نقول بأن الأمور المباحة وفق السياسة الشرعية لولي الأمر ليست مطلقة، وإنما تحكمها قواعد تجعلها جائزة في بعض الأحيان ومحظورة في أحيان أخرى؛ لأن الأمور المباحة لولي الأمر مقيدة بالمقاصد الشرعية للشريعة الإسلامية، فينبغي أن يراعى في تناول المباحات الأصول الكلية التي تندرج تحتها، فلا يكفي في تناول المباح التعلق بمطلق الإذن، بل لا بد من النظر إلى مدى تحقق الحكمة من تشريعه، ومدى تأثيره على الآخرين ممن تعلق حقوقهم به؛ لأنه لما ثبت أن الأحكام الشرعية شرعت لمصالح العباد كانت

(1) المدخل إلى دراسة التشريع الإسلامي، محمد عوض الهزايمة - ومصطفى أحمد نجيب، مرجع سابق، ص 117.

(2) القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، محمد بن عبد الله بن عابد الصواط، مرجع سابق، ص 205/1 - 206.

الأعمال معتبرة بذلك، ولهذا فإن بعض الأشياء تعطى أحكاماً غير الإباحة مع أن أصلها الإباحة، لاشتمالها على مضار يتعين اجتنابها، أو منافع يُعَدُّ تفويتها مضرة، فمشروعية تناول المباح متوقفة على تحقيق مناط مشروعيته وهو المقصد الذي شرع من أجله، ويكون على ولي الأمر في دائرة المباح أن يوجب على الناس منه ما تستوجب مصلحتهم العامة إيجابه عليهم، أو أن يحظر عليهم ما تستوجب مصلحتهم العامة حظره عليهم؛ لأن من القواعد الأساسية المسلمة في الفقه الإسلامي أن تصرف ولي الأمر منوط بالمصلحة، والمصلحة في ذلك هي ذات حدين، فهي تصلح أساساً يعتمد عليه ولي الأمر لتقييد المباح، كما تصلح ضابطاً يمنع من تجاوز سلطته لغير ما قصدت منه.

إن من أهم وظائف الدولة -متمثلة في دور ولي الأمر- إقامة العدل ومحاربة الظلم ومنعه من الوقوع فيه؛ لأن العدل هو من أهم الدعائم التي يقوم عليها كل مجتمع صالح، فهو مرتبط بنظام الإدارة والحكم والقضاء وكتابة العهود والمواثيق، بل إنه مرتبط بنظام الأسرة والتربية والاقتصاد والاجتماع والسلوك والتفكير إلى غير ذلك من أنظمة الإسلام المختلفة.

والمجتمع العادل هو المجتمع الذي له من النظم والقوانين ما يسهل لكل فرد من أفرادها أن يرقى بنفسه على قدر استعداداته، فلا يكون المجتمع عادلاً حتى تتوفر لكل طائفة من الناس وسائل رقيهم، فإذا قامت الأمة بتوفير هذه الوسائل حق لها أن تسمى مجتمعاً عادلاً.⁽¹⁾

وبتطبيق الإباحة الممنوحة لولي الأمر على الضرر المتوقع والضرر الواقع، فإن الأمر يكون على النحو التالي:

(1) إذا كان الضرر واقعاً فإنه لا خلاف بين العلماء في ضرورة إزالته؛ لأن الله أرشدنا إلى أن إباحته لشيء ما مشروطة بسلامته من الضرر والأيذاء.

والضرر المقصود هنا ما كان أعظم من المصلحة المستجلبه، أو كان متعلقاً بمجموع الأمة بناء على قاعدة "أخف الضررين" أو قاعدة "تحمل الضرر الخاص في سبيل المصلحة العامة".

(2) أما إذا كان الضرر متوقعاً، فإنه لا يخلوا من أمرين:

(أ) أن يلحقه بترك المباح حرج ومشقة، فلا أثر للضرر المتوقع؛ لأن الحرج بالترك واقع ومحقق فلا يتصور التعارض بين المتوقع المتهوم وبين الواقع المتحقق.

(ب) أن لا يلحقه بتركه حرج ومشقة، وهذا مجال اجتهاد؛ لأنه إذا كان الضرر المتوقع معتبراً وممكناً فلا شك في منع تناول المباح حماية للمصلحة العامة وتحملاً لأخف الضررين⁽¹⁾.

⁽¹⁾ رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ضوابطه وتطبيقاته، صالح بن عبد الله بن حميد، جامعة أم القرى/ السعودية، ط1، 1403هـ، ص51.

ولا شك أن عدم إقرار شفعة الجار فيه ظلم محقق لطائفة كبيرة من هذا المجتمع، ينبغي عدم الاستمرار فيه؛ لأنه إذا فقد العدل انتشر الظلم بين الناس وأكل بعضهم حق بعض وكثرت الفتن والجرائم وأصبح كل فرد من أفراد المجتمع عرضة للاعتداء.

إذا نخلص إلى أن قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" هي أصل تشريعي ودليل لمنع الفعل الضار، ومعالجة عواقبه بما يتفق وقواعد العدالة، فما هو الضرر المتوقع من عدم الأخذ بالشفعة بصفة عامة، وشفعة الجار بصفة خاصة؟.

ثانياً: الأضرار المتوقعة من عدم الأخذ بالشفعة.

شرعت الشفعة لدفع جملة من الأضرار من أهمها:

1- الضرر المتوقع من المشتري الجديد.

تهدف الشفعة من ضمن ما تهدف إليه دفع ضرر الشريك الجديد الذي قد يلحق بباقي الشركاء، فالشريك القديم -البائع- اعتاد باقي الشركاء عليه، وعلى طريقة التعامل معه، فهم على دراية بطبيعة أخلاقه وتصرفاته، فاطمأنوا بذلك على أموالهم وحصصهم، ومن هنا استقر عملهم في الشراكة، إلا أن دخول شريك جديد عليهم ممن لا يعلمون بحاله وبطريقة التعامل معه، الأمر الذي قد يترتب على دخوله شريكا معهم حدوث نزاعات وخصومات مما يؤدي إلى حل الشراكة، لذلك شرعت الشفعة، فيحل الشريك أو أحد الشركاء محله في شراء ذلك النصيب بدلا من المشتري، وفي ذلك درء لدفع ضرر محتمل ودون إلحاق ضرر بالبائع أو المشتري مع تحقق نفع للشريك من الشركاء.

كما أن الشفعة فيها نفع للعقار نفسه من وقوع ضرر القسمة إذا لم يتفق الشركاء أو أحدهم مع الشريك الجديد، ففي الأخذ بالشفعة تبقى ملكية العقارات في يد شخص واحد.

2- المحافظة على وحدة عناصر الملكية. الملكية التامة هي التي تحول المالك حق الاستعمال والاستغلال والتصرف طبقا لنص المادة 811 من القانون المدني، لكن قد تكون الملكية غير تامة، بحيث يكون حق الاستعمال أو الاستغلال مقرر لشخص آخر غير مالك حق الرقبة، فإذا ما تقرر مثلا حق انتفاع لشخص وبقي حق الرقبة للمالك الأصلي، فيحتمل أن تقع خلافات ونزاعات بين المالكين -أما بالنسبة لحقي الاستعمال والسكنى فهما حقان شخصيان فلا يجوز لمن تقرر لهما هذان الحقان أن يتنازلا عنهما للغير- لذلك أعطي الحق في طلب الأخذ بالشفعة لكل من صاحب حق الرقبة وصاحب حق الانتفاع -بحسب الأحوال- دفعا للضرر المحتمل، وهو ضرر في حالة وقوعه يكون ضرا أكبر من الضرر

(1) مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر بن عاشور، دار سحنون/ تونس - دار السلام/ مصر، ط2،

الذي سيلحق بالمشتري؛ لأن المشتري سيعوض عن ثمن البيع إذا كان قد دفعه للبائع ، وبذلك تجتمع عناصر الملكية في يد واحدة ليصبح مالك الرقبة هو صاحب حق الانتفاع والعكس صحيح.

2- عدم تجزئة العقار.

من أهم الأسباب التي بموجبها يتم الأخذ بالشفعة هو عدم تجزئة العقار المشفوع فيه، حيث تؤدي عملية القسمة إلى تجزئته؛ لأن بيع الشريك حصته في المال الشائع إلى أجنبي ينتهي عادة بالقسمة خاصة إذا كان الشيوع بين شخصين فقط، ويتأكد ذلك في حالة كان المشتري الجديد على خلاف مع أحد الشركاء، فالشفعة تجنب عملية القسمة وتجزئة العقار إلى عدة أجزاء، وتجميع أجزاء هذا العقار في يد واحدة، وهي من الناحية الاقتصادية مهمة؛ لأنها تؤدي إلى وجود مساحات كبيرة قابلة للإنتاج، وهو هدف عادة ما تسعى التشريعات الداخلية إلى تحقيقه، ففي ليبيا مثلاً هناك العديد من التشريعات التي تهدف إلى محاربة الأراضي القزمية، وإلى منع تجزئة العقارات الزراعية بهدف وجود مساحات صالحة للزراعة.

فالشفعة إنما شرعت دفعا للضرر المحتمل، وهو ضرر في حالة وقوعه يكون ضرراً أكبر من الضرر الذي سيلحق بالمشتري؛ لأن المشتري سيعوض عن ثمن البيع إذا كان قد دفعه للبائع إذا نخلص إلى أن دفع الضرر سواء من الشريك الجديد، أو ما قد يصيب العقار من أضرار بالمحافظة على وحدة عناصرها، وعدم تجزئتها، هي الأساس الذي من خلاله شرعت شفعة الشركاء، والسؤال هل هذا الضرر يمكن أن يلحق الجار ويحق له بذلك طلب الأخذ بالشفعة، أم أن هذا الضرر لا يلحقه، ولا يحق له طلب الأخذ بالشفعة؟.

3- دفع ضرر الجار الجديد.

اختلف الفقهاء في حق الجار في الأخذ بالشفعة من عدمه، فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم ثبوتها للجار؛ لأنها جاءت على غير الأصل فلا يتوسع فيها.

أما الحنفية فقالوا بجواز أخذ الجار بحق الشفعة، ودليلهم صراحة الأحاديث النبوية الشريفة منها قوله -ﷺ-: "جار الدار أحق بدار الجار"، وقوله -ﷺ-: "الجار أحق بصقبه"؛ لأن في الأخذ بالشفعة من قبل الجار فيه دفع لضرر متوقع حدوثه من المشتري، فهو شخص جديد عن الجيران يحتمل أن تكون طباعه وأخلاقه مختلفة عن الجيران، فتنشأ بذلك الخلافات والمنازعات، لذلك يجوز لأحد الجيران أن يأخذ بالشفعة لدفع الضرر المحتمل؛ لأنه لو لم يعط هذا الحق واتضح فيما بعد ضرر الجار الجديد (المشتري) لم يعد بإمكان الجيران إخراجهم من هذا العقار؛ لأنه أصبح مالكا مثلهم، وبالطبع فإن الضرر الذي يصيب الجيران بسبب هذا الجار الجديد هو أكبر بكثير من الضرر الذي يصيب المشتري؛ لأنه في

حالة الأخذ بالشفعة يعرض المشتري عن مبلغ البيع الذي دفعه للبائع، وحسب القواعد الفقهية، فإن الضرر الأكبر يدفع بالضرر الأخف، بل إن القاعدة العامة في ذلك هي أن "لا ضرر ولا ضرار"، خاصة وأن الذي سيصيبه الضرر هو الجار الذي وصى الرسول الكريم ﷺ - بإكرامه، قال - ﷺ: "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره".

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لشفعة الجار.

اختلف فقهاء القانون حول الطبيعة القانونية للشفعة، فهناك من يرى أنها حق، وهناك من يرى أنها رخصة، بينما يرى فريق ثالث أنها في منزلة وسطى بين الحق والرخصة، في حين اعتبرها فريق رابع أنها واقعة مركبة.

الفقرة الأولى: الشفعة حق.

يرى فريق من العلماء أن الشفعة حق، لكنهم اختلفوا في نوع هذا الحق، هل هو حق عيني أم حق شخصي؟.

الفريق الأول: الشفعة حق شخصي.

يرى هذا الفريق أن الشفعة من الحقوق الشخصية، وهم لا يقصدون بذلك الحق الشخصي المقابل للحق العيني، إنما يقصدون ذلك الحق الشخصي اللصيق بشخص الشفيع الذي لا يورث عنه، ولا تجوز حوالته، كما لا يجوز لدائي الشفيع أن يستعملوه باسمه.⁽¹⁾

الفريق الثاني: الشفعة حق عيني.

يرى هذا الفريق أن الشفعة تدخل ضمن الحقوق العينية، الأمر الذي يترتب عليه بعض الآثار المهمة تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في دعاوى الشفعة وهي المحكمة الواقع في دائرتها العقار المشفوع فيه، وهو ما أخذ به القانون الليبي من خلال نص المادة 947 من القانون المدني التي تنص على أن: "ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار...".

والسبب في ذلك هو أن الشفيع عندما يطالب بحق الشفعة فهو بذلك يطلب حقا عينيا على ذلك العقار، ومادام حقا عينيا فهو متولد عن ملكية العقار ذاتها، وينتقل بذلك عبر سلسلة المالكين لهذا العقار بانتقال هذا الملك من شخص إلى آخر.⁽²⁾

(1) سلطة ولي الأمر في تقييد الأمر المباح، البشير المكي العبدلاوي، دار مكتبة المعارف / بيروت - لبنان، ط1، 1432هـ/2011م، ص216.

(2) مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، علال الفاسي، مؤسسة علال الفاسي، 1429هـ/2008م، ص59 وما بعدها.

وأمام هذا الاختلاف ظهر رأي ثالث يقول بأن الشفعة ما هي إلا حق ذو طبيعة مختلطة، أي أنه ليس حقاً عينياً بحتاً، ولا حقاً شخصياً محضاً، على أساس أنه لا يخول للشفيع إلا لاعتبارات شخصية خاصة به، وهذا يقربه من الحق الشخصي، كما أن حق الشفعة لا يتعلق إلا بالعقارات، وهذا يقربه من الحق العيني.⁽¹⁾

- وهناك من يرى من الفقهاء بأن حق الشفعة هو من الحقوق الترخيضية أو المنشئة، ويرجع أصل هذه الفكرة إلى القانون الألماني والاطالي ثم انتقلت إلى القانون السويسري.
- ويقصد بالحقوق المنشئة تلك الحقوق التي يتوقف نشوؤها على إعلان إرادة من تقرر له هذا الحق، فهو لا يتقرر لأي شخص، إنما يتقرر لشخص معين بناء على المركز القانوني الذي يتواجد فيه، مثل حق المسترد في استرداد الحصة الشائعة التي تم بيعها⁽²⁾، فكذلك حق الشفعة إنما يعبر عن مكنة اختيارية تتقرر في حالة بيع عقار يسمى بالعقار المشفوع فيه لشفيع عين القانون أحواله وجعله يشفع بعقار آخر يملكه وقت الشفعة ويسمى بالعقار المشفوع به ليحل محل المشتري ويسمى بالمشفوع منه إذا توافرت شروط محددة.⁽³⁾

- كما يرون أن مكنة طلب الأخذ بالشفعة هي حق من الحقوق المالية، لكنه ليس بالحق العيني أو الحق الشخصي، إنما هو حق من نوع خاص⁽⁴⁾ إلا أن كثيراً من الفقهاء يرون بأن الشفعة ليست حقاً أصلاً، وما هي إلا وسيلة لاكتساب الملكية، لذلك يرى فريق آخر من الفقهاء بأن الشفعة ما هي إلا مجرد رخصة يخولها القانون لشخص يطلق عليه الشفيع لتملك عقار وهو المشفوع فيه.

الفقرة الثانية: الشفعة رخصة

قبل معرفة آراء الفقهاء وأدلتهم الذين يرون بأن الشفعة رخصة، لا بد من معرفة ما المقصود بالرخصة، وهل هناك فرق بين الرخصة والحرية، وما هو الفرق بين الرخصة والحق؟.

⁽¹⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، ج9، مجلد1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 1998م، ص447

⁽²⁾ رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، 1985م، ص246.

⁽³⁾ نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1988م، ص9-10.

⁽⁴⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص448 - 449.

أولاً: تعريف الرخصة والفرق بينها وبين الحرية.

الرخصة كما عرفها بعض الفقهاء هي عبارة عن مكنة تعطى للشخص بسبب مركز قانوني خاص في أن يحدث أثراً قانونياً بمحض إرادته.

فالرخصة ما هي إلا عبارة عن إعطاء الاختيار للغير من أجل التخيير بين بدائل معروفة مسبقاً ومحددة أو يمكن تحديدها، وبالتالي يبقى القبول أو الرفض من شأن إرادة هذا المعني وحده، وهذا بخلاف الحرية رغم تقاربها معها؛ لأن الحرية هي عبارة عن مكنة يعترف بها القانون للناس كافة دون أن تكون محلاً لاختصاص محدد مثل الحريات العامة كحرية الاعتقاد، وحرية التنقل، وحرية التعبير والرأي، وحرية التعاقد.⁽¹⁾

وتختلف الحرية عن الرخصة في حدود السبب الذي يمنح مكنة الاختيار، فالسبب متوفر في الرخصة، لكنه غير موجود في الحرية، فحرية التملك مثلاً تعني حرية مطلقة في سلوك أي سبيل للتملك أو عدم سلوكه، بخلاف رخصة التملك، فيقصد بها وجود سبب يقتضي المطالبة بالتملك، وعندما نطبق ذلك على الشفعة فإن الشفعة قبل بيع الشريك لنصيبه له حرية التملك، بخلاف الأمر لو قام هذا الشريك ببيع نصيبه في الشركة عندها يكون لهذا الشفعة رخصة التملك من حيث المطالبة بالشفعة أو عدم المطالبة بها. ومن هذا المنطلق يرى هذا الاتجاه بأن الرخصة في مرتبة أدنى من الحق وأكثر من الحرية.⁽²⁾ ثانياً: التمييز بين الرخصة والحق.

ميز الفقهاء بين الحرية والرخصة والحق على أساس أن الرخصة توجد في منزلة وسطى بين الحرية والحق، فيقال حق التملك وحرية التملك، ويوجد بينهما منزلة وسطى هي حق الشخص في أن يملك.⁽³⁾ ومثال ذلك عندما يريد شخص شراء عقار، فهو في هذه الحالة له حرية التملك على هذا العقار وغيره من العقارات مادام أن البائع لم يصدر منه إيجاب بالبيع، أما لو صدر من البائع إيجاب وقابله قبول من المشتري وتم عقد البيع، أصبحت ملكية هذا العقار من حق المشتري، وهذا هو الحد المقصود أي حق الملكية، أما لو صدر إيجاب من البائع ولم يقبله قبول من المشتري، فهنا يصبح المشتري في مرتبة وسطى بين الحق والحرية، وهو ما يعبر عنه بالرخصة.⁽⁴⁾

(1) نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، 1995م، ص 405 - 406.

(2) نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، هامش ص 11.

(3) رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، نظرية الحق، الدار الجامعية، القاهرة، بدون تاريخ، ص 53.

(4) رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 148.

وعند تطبيق المعنى السابق على الشيوع، ففي حالة عدم قيام الشريك ببيع نصيبه لأجنبي، فإن الشفيع ليس له إلا حرية التملك شأنه شأن أي عقار آخر، أما في حالة أقدم الشريك على بيع نصيبه لأجنبي هنا يكون للشريك رخصة التملك، فله الخيار أن يأخذ بالشفعة أو يتركها، فإذا ما أخذ بالشفعة بالتراضي أو عن طريق المحكمة وصدر حكم بذلك يصبح للشفيع حق الملكية وهي أعلى المراتب السابقة.

وبناء على التفرقة ما بين الحق والرخصة والحرية، كيّف كثير من الفقهاء الشفعة بأنها رخصة⁽¹⁾ وفقاً للمفهوم السابق بيانه وأكدوا على أن الشفعة ليست حقاً إنما هي طريق لاكتساب الحقوق العينية العقارية المباح بيعها، ويرون أن الشفعة رخصة متصلة بشخص الشفيع وربوا على ذلك مجموعة من الآثار على النحو التالي:

1- الشفعة لا تنتقل بطريق الحوالة.

يقصد بذلك أن الشفيع الذي توافرت فيه شروط لأخذ بالشفعة أن يحيل حقه إلى غيره بالتنازل عنه؛ لأن حق الشفعة لصيق بشخصه ومتصل به⁽²⁾، وهي بذلك تعتبر منفصلة عن العقار الذي كان سبباً لها؛ أي أنها تتبع العقار أينما كان وحيثما وجد، وبالتالي يستفيد منها المالك الأخير لهذا العقار.

2- عدم استعمال الشفعة نيابة عن الشفيع.

قرر كثير من الفقهاء عدم جواز استعمال الشفعة نيابة عن الشفيع لسببين:

- طبقاً للرأي القائل بأن الشفعة رخصة وليست بحق، فإنه يترتب على ذلك - عند استعمال الدعوى غير المباشرة - أنه لا يجوز للدائنين أن يستعملوا ما لمدينهم من رخص؛ لأن نطاق الدعوى غير المباشرة ينحصر في استعمال الحقوق فقط، والشفعة عند هذا الاتجاه رخصة وليست بحق.⁽³⁾
- باعتبار الشفعة متصلة ولصيقة بشخص الشفيع وما يترتب على ذلك من أحكام بالنسبة للدعوى غير المباشرة بحيث لا يمكن للدائنين استعمال الحقوق المتصلة بشخص المدين، وهو ما أكده القانون المدني الليبي حيث نصت المادة 1/238 بقولها: "لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز".

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، هامش ص 449.

⁽²⁾ محمد حسين منصور، نظرية الحق، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998م، ص 40.

⁽³⁾ موسوعة القضاء والفقهاء للدول العربية، ج 43، الدار العربية للموسوعات، بيروت - لبنان، بدون تاريخ، ص 414.

3- تنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة.

باعتبار الشفعة رخصة متصلة بشخص الشفيع، فإنه يجوز للشفيع أن يتنازل عن حقه في الأخذ بالشفعة بعد قيام سببها، وهو ما يتوافق مع آراء الفقه الإسلامي باعتبار الشفعة مجرد خيار ومشية لمن تتوفر فيه صفة الأخذ بالشفعة إن شاء أخذ بها وإن شاء تنازل عنها، وبعض القوانين ذهبت إلى أبعد من ذلك حيث أجازت التنازل عن الأخذ بحق الشفعة قبل ثبوت الحق فيها، أي قبل إقدام الشريك على بيع نصيبه لأجنبي، وذلك للتضييق من استعمال رخصة الشفعة بقدر المستطاع⁽¹⁾؛ لأن حق الأخذ بها جاء على خلاف الأصل، وهو ما أكدته القانون المدني الليبي حيث نصت المادة 1/952 بقولها: "يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية:

إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع".

4- توريث حق المطالبة بالشفعة.

توريث حق المطالبة بالشفعة من المسائل التي أغفلتها معظم التشريعات الوضعية، لذلك تباينت آراء الفقهاء بشأنها بين مؤيد ومعارض، بل حتى فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا فيما بينهم في هذا الشأن باعتبار أن الشريعة الإسلامية هي المصدر التاريخي الذي اشتقت منه الشفعة، وأيضاً باعتبارها المصدر الثاني من مصادر التشريع في القانون المدني الليبي طبقاً لنص المادة الأولى منه. وطالما أن القانون المدني الليبي عند تنظيمه لأحكام وإجراءات الشفعة لم يتناول مسألة انتقال الشفعة بالميراث من عدمه، فيجب الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي في ذلك:

= مذهب الحنفية.

تعتبر الشفعة عند الحنفية من الحقوق الشخصية؛ لأنها عبارة عن خيار وإرادة ومشية، فهي لا تعتبر جزءاً من التركة⁽²⁾ ومن ثم لا تورث، فالحنفية لا يدخلون ضمن التركة إلا الأموال العينية عقارات كانت أو منقولات وما تعلق بها من حقوق عينية مما يمكن الانتفاع به وحيازته حيازة مباشرة وله صفة المالية المحضة، أما ما ليس مالياً محضاً كحق الشرط وخيار الرؤية؛ فإنه لا يورث، وقد ألحقت الشفعة بهذه الحقوق، فالشفعة لا تورث حتى وإن طالب بها الميت قبل وفاته.⁽³⁾

= المالكية والشافعية.

⁽¹⁾ مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون تاريخ، ص 413. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص 453.

⁽²⁾ صالح عبد السمیع الأزهری، جواهر الأكليل شرح مختصر خليل، مطبعة دار الكتاب العربية، بدون البلد، بدون تاريخ، ص 327/2.

⁽³⁾ السيد سابق، فقه السنة، ط 5، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، 1992م، ص 230/3.

يرى كل من المالكية والشافعية أن الشفعة تورث ولا تبطل بالموت، فمن كان من حقه الأخذ بالشفعة ثم مات ولم يعلم بها، أو علم بها ومات قبل تملكها، أو لم يتمكن من الأخذ بها، انتقل الحق إلى الورثة قياساً على الأموال، فلهم أن يستعملوا هذا الحق في أي وقت؛ لأنه حق من حقوق العقار الموروث، فثبتت بذلك الشفعة للملكه، فمفهوم المال عن المالكية والشافعية أوسع من مفهومه عند الحنفية، فهو يشمل الأشياء المادية العينية من عقارات ومنقولات والأشياء المعنوية التي لا تدرك إلا بالتصور كالحقوق، بشرط توفرها على خصائص وهي: النفع والتقويم وقابليتها للحيازة والاستئثار، سواء أكانت مباشرة أو غير مباشرة.⁽¹⁾

= الحنابلة.

يرى الحنابلة أن الشفعة لا تورث إلا إذا طالب بها المورث قبل وفاته.⁽²⁾، وأساس هذا القول أن الموت عند الإمام أحمد بن حنبل يبطل به ثلاثة أشياء وهي: الشفعة، والحد إذا مات المقذوف، والخيار إذا مات الذي اشترط الخيار، فهذه الثلاثة أشياء تكون بالطلب وإذا لم يتم ذلك تسقط تلك الحقوق، ويكفي أن يتم ذلك الطلب بالأشهاد، والطلب هنا يعني إعلان الرغبة في ذلك. وبناء على ما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية، فإنه يمكن ترجيح مذهب المالكية والشافعية للأسباب الآتية:

- أن الشفعة حسب رأي جمهور الفقهاء من الحقوق المالية؛ لأنها تتعلق بالعقار وتهدف إلى اكتساب حق عيني عقاري، فالغاية من استعمال رخصة الشفعة هو الحصول على حق عقاري ذو طبيعة مالية تتوافر فيه عناصر الحقوق المالية وهي النفع والتقويم وقابليته للاستئثار والحيازة، ولأن الشفعة تكسب ملكية العقار المشفوع فيه، ولهذا أدخلت الشفعة ضمن إطار الحقوق المالية مما يصح تورثها بمعنى تورث حق طلب الأخذ بالشفعة.
- إن القول بأن الشفعة هي مجرد رغبة وإرادة ومشية، فهي أكثر من الحرية وأقل من الحق، وهي مجرد رخصة⁽³⁾، ولذلك لا يجوز توارث الرخص؛ لأنها ليست بحق، وكذلك هي ليست بمال، فإنه يمكن

⁽¹⁾ محمد بن حارث الحشني، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، حققه وعلق عليه: محمد أبو الأحناف وآخرون، المرجع السابق، ص134.

⁽²⁾ السيد سابق، فقه السنة، نفس المرجع السابق، ص230/3.

- علي الحفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالشرائع الوضعية، المرجع السابق، ص284.

⁽³⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص461.

الرد على هذا القول بأن الشفعة هي عبارة عن طريق لاكتساب الملكية، فهي ترتب حق عيني ذو طبيعة مالية، فالوسيلة هنا تأخذ حكم الغاية.

أما القول بأنها مجرد إرادة ومشئئة، فيرد على ذلك بأن الإرادة هنا تتعلق بشيء له وجود سابق؛ لأن الشفيع لا يمكنه المطالبة بأخذ أي عقار بالشفعة، إنما يمكنه أن يمتلك عقارا معيننا بالذات نظرا للمركز القانوني الذي أصبح يحتله وتوافر أسباب الشفعة، فأصبحت له الأولوية أو الأفضلية على مشتريه، فلو مات الشفيع قبل طلبها لم يتغير حال العقار المشفوع فيه، فيكون الوارث أحق به من مشتريه لقيام الوارث مقام المورث، فالوارث ما هو إلا امتداد طبيعي للمورث في كل ممتلكاته وحقوقه مما يصح تملكها شرعا وقانونا.

- الشفعة في حقيقتها تقدم خدمة لكل من مالك العقار المشفوع به وللعقار نفسه، فهي تتبع هذا العقار ولا تنفصل عنه، وهي تنتقل إلى كل من انتقلت إليه ملكية هذا العقار، وهذه الخدمة تتمثل في دفع الضرر عن هذا العقار التي من أهمها عدم تجزئة العقار والابقاء عليه كوحدة واحدة، فهذه الخدمة يمكن القول بأنها لمصلحة العقار قبل أن تكون للمالكه، وبالتالي لا فرق بين أن يكون الشفيع هو المورث أو الوارث؛ لأن الحكمة واحدة ومحلها هو العقار نفسه، ولذلك فالطلب لا يغير شيئا سواء تم قبل موت المورث أو تم من الوارث بعد موت المورث.

لذلك يمكن القول بأن رخصة الشفعة يمكن أن تورث سواء طلبها المورث أم لم يطلبها، فيجوز لورثته طلب الأخذ بالشفعة بشرط أن يتقيدوا بالمواعيد المقررة قانونا.

ثالثاً: الشفعة منزلة وسطى بين الحق والرخصة.

يرى هذا الفريق بأن الشفعة لا تعتبر حقا ولا رخصة، إنما هي في منزلة وسطى بينهما؛ لأن الحق هو كل مكنة تثبت لشخص معين على سبيل التخصيص والإفراد، كحقه في ملكية عقار معين أو منقول.⁽¹⁾ أما الرخصة فهي مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة، فهي وسيلة يهيئها القانون لاكتساب حق معين، ويوجد بين هذين المركزين القانونيين مركز قانوني آخر هو مركز الشفعة، فهي مرتبة وسطى بين مفهوم الحق ومفهوم الرخصة، فيقال حق التملك وحق الملك، فالأول يعبر عن الرخصة، والثاني يعبر عن الحق، وبينهما منزلة وسطى هي حق الشخص في أن يمتلك.⁽²⁾

⁽¹⁾ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، ط1، مطبعة جامعة دمشق، 1967م، ص204.

⁽²⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص449.

ويلاحظ على هذا القول أنه يسوي بين الرخصة والحرية باعتبارهما مترادفين لمعنى واحد، والواقع هناك فرق بينهما كما هو الحال عند الفرق بين الحق والرخصة، لذلك اختلف الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية للشفعة، هل هي حق أم رخصة أم منزلة وسطى بينهما؟، لذلك ظهر فريق رابع ينادي باعتبار الشفعة واقعة مركبة.

رابعاً: الشفعة واقعة مركبة.

يرى هذا الفريق بأن الشفعة لا تعتبر حقاً أصلاً، وإنما هي سبب لكسب الحقوق، والفرق شاسع بين الحق وسبب كسبه، فالملكية حق عيني وهي تكتسب بالميراث أو الوصية أو العقد أو الاستيلاء وكذلك بالشفعة، ولم يتساءل أحد عن الأسباب الأخرى المكسبة للملكية غير الشفعة هل هي حق عيني أم شخصي⁽¹⁾، وعليه فليس بالضرورة أن يكون السبب المكسب لحق عيني أن يسمى ذاته حقاً عينياً، لذلك تعتبر الشفعة واقعة مركبة نظراً للتصرف الإرادي من جانب الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بها، وهذا تصرف قانوني، إلا أن هذا وحده لا يكفي لإحداث الأثر القانوني، بل لا بد وأن تتحقق الأسباب القانونية الأخرى وهي بداية قيام الشريك مثلاً ببيع حصته لأجنبي، فعقد البيع هذا يعد واقعة مادية بالنسبة للشفيع؛ لأن عقد البيع تصرف قانوني يخص أطراف العلاقة القانونية القائمة فقط، وهذا البيع إذا تم في إطار توفر واقعة مادية أخرى وهي الشروع تنشأ بذلك صلة مادية أو ارتباط بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به، مما يجعل الشفيع مالك العقار المشفوع به في مركز قانوني يحوله طلب الأخذ بالشفعة.

ويبدأ الأثر القانوني لهذا الطلب مباشرة بعد إعلان الشفيع رغبته في ذلك، وهذا يعتبر تصرف قانوني صادر من جانب واحد ليحل بعد ذلك محل المشتري في شراء ذلك العقار المشفوع فيه إما تراضياً أو بعد صدور حكم من المحكمة المختصة الذي يثبت للشفيع حقه في العقار المشفوع فيه.

وسميت الشفعة هنا بالواقعة المركبة نظراً لكونها تتألف من وقائع مادية وتصرف قانوني، لكن ثار التساؤل بين الفقهاء أياً يغلب على الآخر التصرف القانوني الصادر من جانب واحد، أم الوقائع المادية؟.

يرى البعض أن الغلبة في ذلك للواقعة المادية، بينما يرى جانب آخر أن الغلبة للتصرف القانوني باعتباره اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين سواء أكانت بإرادة منفردة أو ثنائية كالعقود.⁽²⁾

والواقع أن الغلبة للتصرف القانوني؛ لأن أساس تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه هو إبداء رغبته في الأخذ بالشفعة، وأن أثر إعلان الرغبة من قبل الشفيع يتمثل في حلول الشفيع محل المشتري في العقد ليكون بذلك عنصراً أساسياً للأخذ بالشفعة، وباعتبار أن أهم آثار الشفعة هو أن يصبح الشفيع مشترياً

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص 447.

⁽²⁾ محمد حسين منصور، نظرية الحق، المرجع السابق، ص 228.

من المتصرف إليه أي طرفا في عقد البيع، وهذا ناتج من العمل الارادي للشفيع، وهو إجراء قانوني لا يدخل في الوقائع المادية.⁽¹⁾

المبحث الثاني: أحكام شفعة الجار

إذا كانت شفعة الشراكة محل اتفاق بين الفقهاء، فإن شفعة الجار محل اختلاف، حيث انقسم الفقه على فريقين: فريق يرى جواز الأخذ بشفعة الجار، وفريق آخر لا يرى ذلك، عليه نبحت موقف كل فريق، ثم نرجح بين الفريقين.

المطلب الأول: عدم جواز الأخذ بشفعة الجار.

يرى جمهور الفقهاء - المالكية والشافعية والحنابلة وعدد من الفقهاء - عدم ثبوت الشفعة للجار، واستدلوا على ذلك بأحاديث من السنة النبوية الشريفة، ومن المعقول.

الفقرة الأولى: أدلة عدم جواز الأخذ بشفعة الجار من السنة النبوية الشريفة.

- 1- عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنه - قال: "قضى النبي - صلى الله عليه وسلم - بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة."⁽²⁾
- 2- عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنه - قال: "قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربه أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به."⁽³⁾
- 3- عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: "الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة."⁽⁴⁾
- 4- عن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: "إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها."⁽⁵⁾

الفقرة الثانية: أدلة عدم جواز الأخذ بشفعة الجار من المعقول.

⁽¹⁾ عبد الله محمد علي صالح، التملك بالشفعة في القانون المدني اليمني - دراسة مقارنة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراة، جامعة القاهرة، 1994م، ص16.

⁽²⁾ صحيح البخاري، كتاب الشفعة، باب الشفعة في ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، حديث رقم (2099).

⁽³⁾ صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الشفعة، حديث رقم (134).

⁽⁴⁾ سنن أبي داود، كتاب الاجارة، باب في الشفعة، حديث رقم (3514). قال عنه الشيخ الألباني حديث صحيح

⁽⁵⁾ سنن أبي داود، كتاب الاجارة، باب في الشفعة، حديث رقم (3515). قال عنه الشيخ الألباني حديث صحيح.

استدل من قال بعدم جواز الأخذ بشفعة الجار من المعقول بقولهم:

- 1- نفي الشفعة بعد أن تثبت الحدود بين الشركاء، وهذا ينطبق على الجار؛ لأن الحدود ثابتة بينه وبين جيرانه.
- 2- ثبوت الشفعة للشريك إنما هو على خلاف الأصل، نظرا للضرر الذي قد يصيب الشريك من دخول المشتري معه، وضرر الشراكة لازم لا يمكن دفعه، أما ضرر الجوار يمكن دفعه باللجوء إلى ولي الأمر⁽¹⁾، فلا حاجة تدعوا للتوسع في الشفعة.
- 3- عدم ثبوت الشفعة للشريك المقاسم، وهذا دليل على عدم ثبوتها للجار؛ لأن الشريك المقاسم بعد القسمة أصبح جارا.⁽²⁾

المطلب الثاني: جواز الأخذ بشفعة الجار.

يرى مذهب السادة الحنفية وكثير من العلماء ثبوت الشفعة للجار إذا كان عقاره ملاصقا للعقار الذي تم بيعه بأي نوع من أنواع التلاصق، وتستوي شفعة الجار في ذلك مع شفعة الشركة، ولا خلاف بينهما، وقد استدلو على ذلك بأحاديث من السنة النبوية الشريفة، ومن المعقول.

الفقرة الأولى: أدلة جواز الأخذ بشفعة الجار من السنة النبوية الشريفة.

- 1- عن أبي رافع -رضي الله عنه- أنه قال: (سمعت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يقول: "الجار أحق بسقبه"، وفي رواية أخرى: "بصقبه").⁽³⁾
- 2- عن عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر -رضي الله عنه- أنه قال: (قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "الجار أحق بسقبه ينتظر به وإن كان غائبا إذا كان طريقيهما واحدا").⁽⁴⁾
- 3- عن قتادة عن الحسن بن سمرة -رضي الله عنه- أنه قال: (قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض").⁽¹⁾

(1) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 147.

(2) أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد مكتبة الخانجي - القاهرة، ط 3، 1415 هـ - 1994 م، ص 215/2.

(3) جاء في لسان العرب لابن منظور، السَّقَبُ بالسین والصاد في الأصل القُرْبُ، يقال: سَقَبَتِ الدار وأَسَقَبَتْ إذا قريت، مادة (سقب).

(4) صحيح البخاري، كتاب الشفعة، حديث رقم (2139).

4- عن الشريد بن سويد قال: قلت: يا رسول الله، أرضي ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار فقال: «الجار أحق بسقبه ما كان»⁽²⁾.

الفقرة الثانية: أدلة جواز الأخذ بشفعة الجار من المعقول.

تعددت الأسباب التي من أجلها شرعت الشفعة، وأهم سبب هو دفع الضرر الذي قد يصيب الشفيع نتيجة حلول الأجنبي محل البائع، وإن كانت هناك أسباب أخرى من أجلها شرعت الشفعة، إلا أن هذا السبب هو السبب الرئيس، وهو سبب متوفر سواء في الملك الشائع أو الجار الملاصق، فلا فرق بينهما.⁽³⁾

كما أن الجار هو في الأصل أسبق من المشتري الجديد الدخيل، والشرع كفل للجار حقوق كثيرة الهدف منها عدم الإضرار به، والإحسان إليه، ولا شك أن دخول أجنبي محل البائع ممن يتوقع منه الأذى والضرر مخالف لما نص عليه الشرع بالنسبة للجار، فكان من حق الجار الأخذ بالشفعة دفعا لهذا الضرر؛ لأن الضرر ظلم، والظلم تجب إزالته ودفعه طبقا للقواعد الفقهية الصريحة في دفع الضرر والظلم قدر الامكان.

أضف إلى أن الأخذ بشفعة الجار فيه توسعة على هذا الجار إذا كان في ضيق من أمره.⁽⁴⁾

المطلب الثالث: مناقشة أدلة الأخذ بشفعة الجار والترجيح بينها.

الفقرة الأولى: مناقشة أدلة الأخذ بشفعة الجار من قبل الفريق المعارض لها.

ناقش الفريق الأول -المعارض لشفعة الجار- الأدلة التي استدلت بها الفريق الثاني -المؤيد لشفعة الجار- من عدة أوجه من أهمها:

1- أن لفظ الجار الوارد في الأحاديث النبوية التي استدلت بها المؤيدون لشفعة الجار يحمل على غير اللفظ الوارد به وإنما يراد به الشريك؛ لأن الشريك يسمى جاراً، وكل شيء يقارب شيئاً يقال له جار.

⁽¹⁾ سنن الترمذي، باب ما جاء في الشفعة للغائب، حديث رقم (1353)، سنن أبي داود، باب الإجارة، حديث رقم (3105)، سنن الدارمي، باب الشفعة، حديث رقم (2596)، مسند أحمد، باب مسند جابر بن عبد الله رضي الله عنه، حديث رقم (14025).

⁽²⁾ سنن أبي داود، باب الإجارة، حديث رقم (3104)، سنن الترمذي، باب ما جاء في الشفعة، حديث رقم (1352)، مسند أحمد، باب حديث سمرة بن جندب -رضي الله عنه- عن النبي -ﷺ-، حديث رقم (19708).

⁽³⁾ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996م، ص 147.

⁽⁴⁾ دغيش أحمد، شفعة الجار بين الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة بشار، الجزائر، ص 9.

- 2- أبو رافع -رضي الله عنه- كان شريكاً لسعد بن أبي وقاص -رضي الله عنه- في البيتين، فهو في الحقيقة شريكاً وليس جاراً، كما أن هذا الحديث ليس صريحاً في ثبوت شفعة الجار؛ لأن لفظ "السقب" تعني القرب.
- 3- الحديث الذي رواه عبد الملك عن أبي سليمان عن عطاء عن جابر -رضي الله عنه- قال عنه الترمذي: "هذا حديث غريب لا نعلم أحداً رواه غير عبد الملك عن أبي سليمان، وقد تكلم شعبة في عبد الملك من أجل هذا الحديث، وقال سها فيه عبد الملك، فإن روى حديثاً مثله طرحت حديثه. وكذا فإن هذا الحديث ليس صريحاً في إثبات الشفعة للجار، فإن السقب بالسين أو الصاد هو القرب، ويحتمل أراد به الجار أنه أحق بإحسان جاره وصلته وعبادته ونحو ذلك بسبب قربه".⁽¹⁾
- 4- الحديث الذي رواه قتادة عن الحسن عن سمرة -رضي الله عنه- لم يثبت أن الحسن سمع من سمرة إلا حديث العقيقة، فبطل الاستدلال بهذا الحديث.⁽²⁾
- 5- حديث عمرو بن الشريد -رضي الله عنه- ثبت أنه لا يرى بثبوت الشفعة للجار، فقد جاء في المحلى لابن حزم ما يدل على ذلك وقال: "سمعت عمرو بن الشريد يحدث عن الشريد عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: الجار أولى بسقبه، قلت: لعمرو ما سقبه، قال: الشفعة، قلت: زعم الناس أنها الجوار، قال: الناس يقولون ذلك".⁽³⁾

الفقرة الثانية: ردود الفريق المؤيد لشفعة الجار على الفريق المعارض.

- 1- قولهم بأن لفظ الجار يحمل على غير اللفظ الوارد به وإنما يراد به الشريك؛ لأن الشريك يسمى جاراً، وكل شيء يقارب شيئاً يقال له جار، هو حمل في غير موضعه؛ لأن الأصل في الكلام الحقيقة، وظاهر الأحاديث يدل على ذلك.

⁽¹⁾ أبو بكر بن العربي المالكي، عارضة الأحمدي بشرح صحيح الترمذي، تحقيق/ جمال المرعشلي، دار الكتب العلمية، ط1، 1481هـ - 1997م، ص132/6.

⁽²⁾ أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، تحقيق/ عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلوي، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع - الرياض، ط3، 1471هـ - 1997م، ص438/7.

⁽³⁾ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، تحقيق/ عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية - بيروت، ط3، 1424هـ - 2002م، ص36/8.

- 2- قولهم بأن أبو رافع -رضي الله عنه- كان شريكاً لسعد بن أبي وقاص -رضي الله عنه- في البيت، فهو في الحقيقة شريكاً وليس جاراً، قول يخالف ما هو ثابت، فقد جاء في المبسوط: "في الحديث ما يدل على بطلان هذا التأويل -بأن الجار يطلق على الشريك- وأن سعد بن أبي وقاص -رضي الله عنه- عرض بيتاً على جار له... فذلك دليل على أن جميع البيت كان له، وأنه فهم من الحديث الجار دون الشريك حيث استعمل الحديث فيه"⁽¹⁾، وجاء في الجوهر: "هذا ممنوع بل إن سياقها يدل على أنه ورد في الشفعة، وكذا فهم البخاري وأبو داود وغيرهما"⁽²⁾.
- 3- القول بأن الحديث الذي رواه عبد الملك عن أبي سليمان عن عطاء عن جابر -رضي الله عنه- قال عنه الترمذي: "هذا حديث غريب لا نعلم أحداً رواه غير عبد الملك عن أبي سليمان، هو قول غير مسلم به؛ لأن هناك الكثير ممن نقل عنه واعتبره ثقة مأمون، فقد استشهد به البخاري، واحتج بحديثه مسلم في صحيحه"⁽³⁾.
- 4- قولهم بأن الحديث الذي رواه قتادة عن الحسن عن سمرة -رضي الله عنه- لم يثبت أن الحسن سمع من سمرة إلا حديث العقيقة، فبطل الاستدلال بهذا الحديث، هو قول يتعارض مع ما هو ثابت، فقد قال فيه الترمذي: حديث سمرة حديث صحيح"⁽⁴⁾.
- 5- القول بأن حديث عمرو بن الشريد -رضي الله عنه- ثبت أنه لا يرى بثبوت الشفعة للجار، قول غير مسلم به؛ لأن الحديث سنده جيد كما جاء في كتب الحديث، وقد أخرجه الإمام أحمد والبيهقي والنسائي وابن ماجه وغيرهم"⁽⁵⁾.

(1) شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهيل السرخسي، المبسوط، تصنيف/ خليل الميس، دار المعرفة - بيروت، ط1، 1409هـ - 1989م، ص91/14.

(2) أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، وفي ذيله الجوهر النقي، لعلاء الدين بن علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني، دار الفكر - بيروت، ط1، 1406هـ - 1986م، ص106/6.

(3) محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، سبل السلام، تحقيق/ محمد صبحي حسن حلاق، دار ابن الجوزي - المملكة العربية السعودية، ط1، 1418هـ - 1997م، ص248/5.

(4) أبو بكر بن العربي المالكي، عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي، المرجع السابق، 6/129.

(5) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، تحقيق/ عصام الدين الصباطي، وعماد السيد، دار الحديث - القاهرة، ط1، 1414هـ - 1994م، ص334/5.

الفقرة الثالثة: الرأي الراجح في شفعة الجار.

بعد استعراض أدلة الفريقين، ومناقشة هذه الأدلة والرد عليها، لا بد من معرفة الراجح والمرجوح منها، والباحث يرجح ما ذهب إليه الفريق القائل بجواز شفعة الجار للأسباب الآتية:

1- ما ذهب إليه الفريق الثاني القائل بجواز الشفعة للجار ينسجم مع القاعدة العامة "لا ضرر ولا ضرار" والقواعد الأخرى المتفرعة عنها؛ لأن الضرر في اللغة هو اسم جامع لكل ما هو خلاف النفع والاحسان، وفي الاصطلاح هو إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً؛ ولأن الأصل في الضرر والضرار التحريم والمنع، وهو من المعلوم بالضرورة لما دلت عليه الكثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة والاجماع والعقل.

2- الأخذ بشفعة الجار يتفق مع قاعدة "الضرر يزال" وقاعدة "الضرر يدفع بقدر الامكان" المتفرعتان عن القاعدة الكلية "لا ضرر ولا ضرار"، فقد تعاملت الشريعة الإسلامية مع الضرر بدقة متناهية، حيث تناولت الضرر قبل وبعد وقوعه، والضرر المتوقع والضرر بغير حق، وبالإضافة إلى القاعدة العامة "لا ضرر ولا ضرار"، توجد قواعد متفرعة عنها مثل قاعدة "الضرر يزال"، وقاعدة "الضرر يدفع بقدر الامكان" وقد جاءت القاعدتان عامتان لتشتملا كل أنواع الضرر، وأن تكون الإزالة والدفع بأي طريقة أو وسيلة تحقق الغرض بشرط ألا تتعارض مع القواعد الأخرى المكملة لها مثل قاعدة "الضرر لا يزال بضرر آخر مثله أو أعلى منه" وقاعدة "الضرر الخاص الأقل لا يزال بالضرر العام الأكثر"، وقاعدة "يحتمل الضرر الأخف لأجل الضرر الأشد"، وغير ذلك من القواعد؛ لأن الوقاية خير من العلاج.⁽¹⁾

3- الأخذ بشفعة الجار يتفق مع قاعدة "درء المفسد أولى من جلب المصالح"، فإذا تعارضت مفسدة ومصالحة، وكانت المفسدة غالبية أو مساوية للمصلحة، فيقدم دفع المفسدة على جلب المصلحة، فإذا أراد شخص الإقدام على شيء فيه مصلحة له، ولكن من ناحية أخرى فيه ضرر مساوياً لتلك المصلحة أو أكبر منه يلحق بالآخرين، يجب أن يقلع عن ذلك العمل درء للمفسدة المقدم دفعها على جلب المنفعة؛ لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات لما يترتب على المناهي من الضرر المنافي لحكمة الشارع في النهي، أما إذا كانت

(1) أحمد عبد الرحمن البنا الشهير بالساعاتي، الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار إحياء التراث العربي، ط2، 1، بدون سنة نشر، ص154/15.

المصلحة غالبية، أو كانت المفسدة ضعيفة أو مرجوحة، فيقدم جلب المصلحة على درء المفسدة الراجحة.

- 4- الأخذ بشفعة الجار فيه جمع بين الأدلة الصحيحة -أي الأحاديث الواردة في شفعة الشراكة وفي شفعة الجار-، وهو ما يتفق مع قاعدة "إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما"، وهذه القاعدة من القواعد التي اتفق العلماء على اعتبارها والاحتجاج بها، حيث يوردتها في معرض الاحتجاج والترجيح بين أدلة الأقوال مع عدم الاعتراض عليها؛ لأن الأصل في الأدلة الإعمال لا الإهمال، حيث اقتضت الأدلة الأخذ بها والحكم بمقتضاها، فلا يجوز طرح شيء منها ما أمكن استعمالها⁽¹⁾، قال جمال الدين الإسنوي: "إذا تعارض دليلان فالعمل بهما ولو من وجه أولى من إسقاط أحدهما بالكلية؛ لأن الأصل في كل واحد منهما هو الإعمال".⁽²⁾
- 5- الأخذ بشفعة الجار يتفق مع عموم الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي تأمر بالإحسان إلى الجار وعدم الإساءة إليه، قال تعالى: ﴿واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين إحساناً وبذي القربى واليتيمى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب﴾.⁽³⁾ وعن عائشة -رضي الله عنها- عن النبي -ﷺ- قال: "ما زال يوصيني جبريل بالجار حتى ظننت أنه سيورثه"⁽⁴⁾، وقوله -ﷺ-: "لا يدخل الجنة من لا يأمن جاره بوائقه".⁽⁵⁾

(1) محمد بن راشد بن فوزان الفوزان، التطبيقات الفقهية على قاعدة "إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما"، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، المملكة العربية السعودية، العام الجامعي 1431-1432هـ، ص 17.

(2) عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي، التمهيد في تخريج الفروع عن الأصول، تحقيق/ محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1401هـ - 1981م، ص 506.

(3) سورة النساء، الآية (36).

(4) صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب الوصاة بالجار، حديث رقم (5668)، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب الوصية بالجار والاحسان إليه، حديث رقم (2624).

(5) صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب تحريم إيذاء الجار، حديث رقم (46).

الخاتمة:

جاءت الشريعة الإسلامية بحفظ الحقوق وأداء الواجبات، ومن هذه الحقوق والواجبات حقوق الجار، فقد أمر الشرع بالإحسان إلى الجار وحرمة إيذائه، ولذا أذن له بالشفعة من جاره الآخر لما قد يحصل عليه من الضرر ممن سيحل محله.

وحقوق الجار على جاره متعددة تأخذ أشكالاً وصوراً بحسب ظروف الزمان والمكان، وكلما كان التعاون بين الجيران أوثق انعكس ذلك إيجاباً على واقع الحياة. وحق الشفعة حكمة استخرجها النبي صلى الله عليه وسلم من القرآن الكريم، يؤخذ به لضرورة رفع الضرر ما أمكن، دون أن يؤدي ذلك إلى الإضرار بصاحب الملك. وهو يثبت للشريك في رقة الملك أو بالحقوق المتعلقة به، كما يثبت للجار. قد لا يكون بين الجيران أي حقوق مشتركة؛ كأن يكون ملك كل واحد منهما مستقل سواء برقة الملك أو بالحقوق المتعلقة به. ومع ذلك يثبت حق الشفعة للجار إذا كان يبيع جاره العقار لغيره يترتب عليه ضرر. ومعلوم أن من مقاصد الشريعة رفع الضرر ودفع المفساد، خاصة أن حق الشفعة للجار لا يترتب عليه أدنى ضرر بصاحب الملك؛ لأنه سيبيعه لجاره بالسعر الذي كان سيبيعه به لغيره. وقد روي ما يدل على ثبوت حق الشفعة للجار ومن ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «الجار أحق بسقبة قيل: يا رسول الله، ما سقبة؟ قال: شفعتي»، وفي رواية أخرى «الجار أحق بشفعتي» وعن سمرة: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «جار الدار أحق بالدار من غيره». وعن الشريد بن سويد قال: قلت: يا رسول الله، أرضي ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار فقال: «الجار أحق بسقبة ما كان». فهذه الأحاديث عامة، تصلح أن تكون أساساً يركن إليه في المسألة؛ وهي متوافقة تماماً مع مقاصد الشرع التي جاءت برفع الضرر، كما أنها متوافقة تماماً مع النصوص الداعية إلى رعاية الجار وعدم إيذائه، ولا شك أن حرمان الجار من حق الشفعة هو سير باتجاه يخالف وصية الله تعالى به. والشفعة للجار ليست مطلقة، بل مقيدة بكون الجار أحق بالمعروف من المشتري، أما إن كان المشتري ممن تربطهم علاقة أقوى بالبائع فليس للجار الأخذ بحق الشفعة. لأن الأصل في مشروعية الشفعة رفع الضرر عن الجار دون إلحاق الضرر بالبائع.

قائمة بأهم المصادر والمراجع

- الفتح المبين بشرح الأربعين، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحقيق/ أحمد جاسم وآخرون، دار المنهاج - بيروت، ط1، 1428هـ - 2008، ص516.
- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، ط1، دار الكتاب الحديث - الكويت، 1993م، ص329
- ابن منظور، لسان العرب، دار لسان العرب - لبنان، 1988م، ص333.
- إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ط2، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع - اسطنبول، تركيا، بدون تاريخ، ص487/1.
- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي - بدون ذكر البلد، 1996م، ص265/2.
- محمد بن حارث الخشني، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، حققه وعلق عليه: محمد أبو الأجنان وآخرون، الدار العربية للكتاب - تونس، 1985م، هامش 134.
- سيد أحمد الدردير، الشرح الصغير، المطبوعات الجميلة - الجزائر، 1992م، ص254/3.
- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي - القاهرة، 1988م، ص150.
- محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ط2، مطبعة مصطفى البابلي الحلبي - القاهرة، 1963م، ص142/5.
- عبد العزيز محمد أبي غدیر، التعليق على نصوص الشفاعة في القانون المدني، دار نور الفجر للطباعة - الاسكندرية، بدون تاريخ، ص9.
- براهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص487.
- سليم رستم باز، شرح مجلة الأحكام العدلية، ط2، دار إحياء التراث العربي - لبنان، 1986م، ص561.
- الوقائع المصرية، جريدة رسمية للحكومة المصرية، عدد غير اعتياري، العدد (108) مكرر، الصادر في يوم الخميس 22 رمضان سنة 1367هـ - 29 يوليو 1948م، السنة (119).
- القانون المدني الليبي المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 20 فبراير 1954م، تم إعادة طباعته من قبل الإدارة العامة للقانون بتاريخ 1988م،
- القواعد الفقهية، علي أحمد الندوي، دار القلم - بيروت، ط1، 1406هـ/1986م، ص252.
- الضرر في الفقه الإسلامي، أحمد موافي، دار ابن عفان، ط1، 1418هـ، ص97.

- بمجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب/ عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، وساعده ابنه محمد، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد/ السعودية، 1428هـ/2004م، ص339.
- المدخل إلى دراسة التشريع الإسلامي، محمد عوض الهزائمة - ومصطفى أحمد نجيب، دار عمار/ الأردن، ط1، 1996م، ص115.
- القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، محمد بن عبد الله بن عابد الصواط، مكتبة دار البيان الحديثة/ الطائف - السعودية، 1422هـ/2001م، ص306/1.
- المدخل الفقهي العام، مصطفى بن أحمد الزرقاء، مطبعة طربين/ دمشق، ط10، 1387هـ، ص178/2.
- القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، محمد بن عبد الله بن عابد الصواط، مرجع سابق، ص3/1.
- المدخل إلى دراسة التشريع الإسلامي، محمد عوض الهزائمة - ومصطفى أحمد نجيب، مرجع سابق، ص117.
- القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، محمد بن عبد الله بن عابد الصواط، مرجع سابق، ص205/1 - 206..
- رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ضوابطه وتطبيقاته، صالح بن عبد الله بن حميد، جامعة أم القرى/ السعودية، ط1، 1403هـ، ص51.
- مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر بن عاشور، دار سحنون/ تونس - دار السلام/ مصر، ط2، 1428هـ/2007م، ص76.
- سلطة ولي الأمر في تقييد الأمر المباح، البشير المكي العبدلاوي، دار مكتبة المعارف / بيروت - لبنان، ط1، 1432هـ/2011م، ص216.
- مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، علال الفاسي، مؤسسة علال الفاسي، 1429هـ/2008م، ص59 وما بعدها.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، ج9، مجلد1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 1998م، ص447.
- رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، 1985م، ص246.
- نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1988م، ص9-10.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص448 - 449.

- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، 1995م، ص 405 - 406.
- رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، نظرية الحق، الدار الجامعية، القاهرة، بدون تاريخ، ص 53.
- رمضان ثأبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 148.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، هامش ص 449.
- محمد حسين منصور، نظرية الحق، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998م، ص 40.
- موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، ج 43، الدار العربية للموسوعات، بيروت - لبنان، بدون تاريخ، ص 414.
- مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون تاريخ، ص 413.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص 453.
- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992م، ص 59/2.
- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، بدون تاريخ، ص 366.
- صالح عبد السمیع الأزهری، جواهر الأکلیل شرح مختصر خليل، مطبعة دار الكتاب العربية، بدون البلد، بدون تاريخ، ص 327/2.
- السيد سابق، فقه السنة، ط 5، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، 1992م، ص 230/3.
- محمد بن حارث الخشني، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، حققه وعلق عليه: محمد أبو الأجنان وآخرون، المرجع السابق، ص 134.
- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالشرائع الوضعية، المرجع السابق، ص 284.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص 469.
- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، ط 1، مطبعة جامعة دمشق، 1967م، ص 204.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص 449.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص447.

محمد حسين منصور، نظرية الحق، المرجع السابق، ص228.

عبد الله محمد علي صالح، التملك بالشفعة في القانون المدني اليمني - دراسة مقارنة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراة، جامعة القاهرة، 1994م، ص16.

صحيح البخاري، كتاب الشفعة، باب الشفعة في ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، حديث رقم (2099).

صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الشفعة، حديث رقم (134).

سنن أبي داود، كتاب الاجارة، باب في الشفعة، حديث رقم (3514). قال عنه الشيخ الألباني حديث صحيح.

سنن أبي داود، كتاب الاجارة، باب في الشفعة، حديث رقم (3515). قال عنه الشيخ الألباني حديث صحيح.

محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص147.

أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرني الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد مكتبة الخانجي - القاهرة، ط3، 1415هـ - 1994م، ص215/2.

محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996م، ص147.

دغيش أحمد، شفعة الجار بين الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة بشار، الجزائر، ص9.

أبو بكر بن العربي المالكي، عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي، تحقيق/ جمال المرعشلي، دار الكتب العلمية، ط1، 1481هـ - 1997م، ص132/6.

أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، تحقيق/ عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع - الرياض، ط3، 1471هـ - 1997م، ص438/7.

أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، تحقيق/ عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية - بيروت، ط3، 1424هـ - 2002م، ص36/8.

شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهيل السرخسي، المبسوط، تصنيف/ خليل الميس، دار المعرفة - بيروت، ط1، 1409هـ - 1989م، ص91/14.

- أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، وفي ذيله الجوهر النقي، لعلاء الدين بن علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني، دار الفكر - بيروت، ط1، 1406هـ - 1986م، ص6/106.
- محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، سبيل السلام، تحقيق/ محمد صبحي حسن حلاق، دار ابن الجوزي - المملكة العربية السعودية، ط1، 1418هـ - 1997م، ص5/248.
- أبو بكر بن العربي المالكي، عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي، المرجع السابق، 6/129.
- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، تحقيق/ عصام الدين الصبابي، وعماد السيد، دار الحديث - القاهرة، ط1، 1414هـ - 1994م، ص5/334.
- أحمد عبد الرحمن البنا الشهير بالساعاتي، الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار إحياء لتراث العربي، ط2، 1، بدون سنة نشر، ص15/154.
- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم - دمشق، ط2، 1425هـ - 2004م، ص2/292.
- محمد بن راشد بن فوزان الفوزان، التطبيقات الفقهية على قاعدة "إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما"، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، المملكة العربية السعودية، العام الجامعي 1431-1432هـ، ص17.
- عبد الرحيم بن الحسن بن علي السنوي، التمهيد في تخريج الفروع عن الأصول، تحقيق/ محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1401هـ - 1981م، ص506.

دور القاضي الاداري في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني

د. إبراهيم عبد المقصود عبد السلام

محاضر بقسم القانون العام/ كلية القانون جامعة بني وليد

مقدمة

يعتبر حق القضاء في الرقابة علي مشروعية القرارات الإدارية حقا أصيلا ومن صميم مهامه، فالقاضي الإداري يقوم بالتحقق من مخالفة القرار الإداري لمبدأ المشروعية، ومن ثم الحكم بإلغاء القرار الإداري غير المشروع، أو أن يلي اعتبارات الأمن القانوني، ولا يقوم بإلغائه، أو يرتب بقدر معين آثارا لكل من مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني،

والقاضي الإداري يقوم بأجراء موازنة بين مبدأ المشروعية من جهة وما يتطلبه الحكم بإلغاء كل قرار إداري غير مشروع القرار، وبين متطلبات الأمن القانوني، لكن هذه الموازنة تتطلب وجود أسس يستند عليها القاضي الإداري عند إجرائه لهذه الموازنة، وتغليبه لأحد المبدأين علي الآخر، أو أن يقوم بتطبيق المبدأين بالقدر اللازم لتحقيق مبدأ المشروعية، ومبدأ الأمن القانوني علي قدم المساواة .

أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في حداثة هذا الموضوع، وخصوصا في القانون الليبي، وفي تحديد نطاق عمل الإدارة، وفحص مدى التزام الإدارة لمبدأ المشروعية والأمن القانوني، وتبيان القواعد والأحكام التي تعالجها، كما تظهر أهمية البحث في محاولة تسليط الضوء علي تجربة القضاء الليبي في هذا الشأن، وكيفية إعمال مبدأ المشروعية، ومبدأ الأمن القانوني خصوصا مع قصر التجربة القضائية، وعدم وجود قضاء إداري متخصص في هذا الشأن.

❖ أهداف البحث : تكمن أهداف البحث في النقاط الآتية:

1. تحديد المقصود بمبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني، وتحديد الأساس الذي يستمد منه هذين المبدأين وجودهما .
2. تبيان نطاق أعمال القاضي لمبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني .
3. محاولة بيان موقف القضاء الليبي في كيفية إعمال مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني.

❖ مشكلة البحث : تكمن مشكلة البحث في الآتي:

1. حداثة هذا النوع من الدراسات التي تعالج إعمال قاضي الإلغاء لمبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني
2. عدم وجود دراسات سابقة وخصوصا في القانون الليبي.
3. ندرة المصادر والمراجع والسوابق القضائية في هذا الشأن.

❖ منهجية البحث: سيتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي الذي يقوم علي جمع المعلومات من الدراسات والأبحاث والكتب وعلي تحليل بعض الأحكام ذات العلاقة بالموضوع .

❖ **تقسيم البحث:** قام الباحث بتقسيم البحث إلى مبحثين تناول في المبحث الأول: مفهوم مبدأ المشروعية، ومبدأ الأمن القانوني وفي المبحث الثاني: كيفية إعمال قاضي الإلغاء التوفيق بين مبدأ المشروعية والأمن.

المبحث الأول

مفهوم مبدأ المشروعية والأمن القانوني

يرتبط مفهوم مبدأ المشروعية بفكرة الدولة القانونية التي تعني خضوع الدولة في جميع صور نشاطها للقانون بمعناه الواسع . فالمعنى الموضوعي يعني أي تصرف يصدر من الإدارة يجب أن يكون مطابقاً للقواعد القانونية ومعناه الشكلي يعني أن كل سلطة أو جهة تريد إصدار قاعدة قانونية عليها أن تراعى القواعد القانونية الصادرة من السلطات العليا وأن تصدرها بالشكل المطلوب إلا أن مبدأ المشروعية أحياناً قد تغلوه اعتبارات أخرى وهي اعتبارات الأمن القانوني ، فالقاضي الإداري قد يقدم في بعض الأحيان الأمن القانوني على اعتبارات المصلحة العامة وهذا ما سنقوم بتناوله في المبحث الآتي .

– المطلب الأول : تعريف مبدأ المشروعية :

يقصد بمبدأ المشروعية خضوع جميع الأعمال القانونية والمادية الصادرة عن السلطة التنفيذية في الدولة للقواعد القانونية أياً كان شكلها ومصدرها¹ ويرتبط هذا المبدأ بمبدأ تدرج الأعمال القانونية والذي يعني أن القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني في الدولة ترتبط ببعضها ارتباطاً تسلسلياً وأنها ليست جميعاً في مرتبة واحدة من حيث القيمة والقوة القانونية بل تدرج فيما بينهما مما يجعل بعضها أسمى مرتبة من البعض الآخر فنجد في القمة القواعد الدستورية التي تكون أعلى مرتبة من القواعد التشريعية العادية الصادرة عن السلطة التشريعية وهذه بدورها تحتل مرتبة أعلى من مرتبة القواعد القانونية العامة اللوائح التي تصدرها السلطات الإدارية وتستمر في هذا التدرج حتى تصل إلى القاعدة الفردية الصادرة من سلطة إدارية دنيا². فمبدأ المشروعية بهذه المثابة يفرض على الإدارة الخضوع لأحكام القانون بمعناه الواسع في كل ما تجرّه من تصرفات وما تقوم به من أعمال³.

¹د. محمد عبد الله الحارثي ، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي ط6 ، المكتبة الجامعية ص49.

ثروت بدوي ، تدرج القرارات الادارية ومبدأ المشروعية ، دار النهضة العربية 2007، ص10 .²

³ د. خليفة سالم الجهمي، أحكام ومبادئ القضاء الإداري الليبي ، دار الجامعة الجديدة ط2013، ص15.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقولها أن المشروعية أو مبدأ خضوع الدولة للقانون معناه أن كل أعمال الإدارة يجب ان تكون أعمالاً مشروعة لا تخالف القانون.¹ وأيضاً هذا ما ذهب اليه مجلس الدولة في مصر من خلال التأكيد على حماية مبدأ المشروعية وترسيخ سيادة القانون فالقضاء يقوم بحماية مبدأ المشروعية إما عن طريق الدفع بعدم الدستورية القانون غير الموافق للدستور أو عن طريق دعوى الغاء القرار الإداري الصادر بالمخالفة للقواعد القانونية الأعلى منه في المرتبة .

المطلب الثاني :

مفهوم الأمن القانوني

إن معظم التشريعات المقارنة لم تعرف مفهوم الأمن القانوني سواء كان ذلك تشريعاً أساسياً (الدستور) أو تشريعاً عادياً (القانون) ولذلك فإن تحديد المفهوم ينطوي على عدة مخاطر نظرياً قد يصعب تعريفه بشكل دقيق لذا فإن تعريفه الفقهي اعتمد على مجموعة من المبادئ والحقوق التي يجب أن تسود كمبدأ المساواة ووضوح القاعدة القانونية واحترام الحقوق المكتسبة وعدم رجعية القوانين واحترام المراكز القانونية للأفراد.

إلا أن البعض عرف الأمن القانوني بأنه: تحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقة القانونية من أشخاص قانونية عامة وخاصة بحيث يمكن هذه الأشخاص² من التصرف باطمئنان على هدى من القواعد والأنظمة القانونية القائمة وفق قيامها بأعمالها وترتيب أوضاعها على ضوء منها دون التعرض لمفاجآت أو تصرفات مباغته صادرة عن السلطات العامة من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار³

والمقتضي مبدأ الأمن القانوني يلتزم المشرع بعدم مفاجأة أو مباغته الأفراد أو هدم توقعاتهم المشروعة وتغيير فكرة التوقع المشروع من جانب الأفراد من الأفكار الحديثة في القوانين الأوروبية، وترتبط هذه الفكرة ارتباطاً وثيقاً بفكرة الأمن القانوني وتعتبر صورة من صورها ، وتعني فكرة التوقع المشروع أو الثقة المشروعة أن القواعد العامة المجردة التي تصدر من السلطة التشريعية في صورة قوانين أو تصدر عن السلطة التنفيذية في صورة لوائح إدارية يجب

¹ طعن إداري رقم 14/9 ق م.م.ع. ابريل 1985، س1، ع3، ص4 وابعدها.

² انظر أيضاً ماجد راغب الحلو نظرية الظاهر في القانون الإداري - مجلة الحقوق - جامعة الكويت ع - 1 - 1980، ص68.

³ يسرى محمد العصار ، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري ، دار النهضة العربية، 1999، ص245.

ألا تصدر بطريقة فجائية مباغتة تصطدم مع التوقعات المشروعة للأفراد المبنية على أسس موضوعية مستمدة من الأنظمة القانونية القائمة على هدى السياسات الرسمية المعلنة من جانب السلطات العامة والوعود والتأكيدات الصادرة عنها¹

ففي فرنسا يعتبر الأمن القانوني ضرورة من ضرورات دولة القانون الأ أن المجلس الدستوري لم يعترف بالأمن القانوني كمبدأ دستوري ، كما ان الدستور الفرنسي الحالي الصادر في سنة 1958 لينص على مفهوم هذا المبدأ ، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أشار إليه في تقريره الصادر سنة 1991 أمام حالة مايسمي بتضخم القوانين (inflation juridique). حيث أكد على أنه نكون أما نصوص قانونية رديئة ، كما أن اصدار قوانين تنسم بالرجعية تشكل إحدى أسباب الامن القانوني ، وهذا ما يخالف مقتضيات المادة (2) من القانون المدني الفرنسي وهو المبدأ الذي تبناه المجلس الدستوري الفرنسي بقوله بأن المشرع بإمكانه اتخاذ تدابير رجعية في سائر القوانين باستثناء المادة الجنائية شريطة إثبات أن المصلحة العامة تقتضي ذلك ، بينما أكدت محكمة النقض الفرنسية في تقريرها سنة 2003 أن المبدأ المتعلق بالأمن القانوني يجد أساسه في مبدأ سيادة القانون الذي يتمتع بقيمة دستورية ويمكن الاستدلال على هذا المبدأ بالقراءة الشاملة للدستور كمبدأ عام له قيمة دستورية².

المبحث الثاني:

كيفية إعمال قاضي الإلغاء في التوفيق بين مبدأ المشروعية والأمن القانوني

يقوم قاضي الإلغاء عند إجراءاته الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني بإعمال كل من المبدأين معاً، ومن ثم يقوم بإلغاء القرار الإداري غير المشروع وبذلك يحقق مبدأ المشروعية ، وفي ذات الوقت يحقق اعتبارات الأمن القانوني .

وسوف نتناول في هذا المبحث كيفية إعمال قاضي الإلغاء التوفيق بين مبدأ المشروع ومبدأ الأمن القانوني في كل من فرنسا وليبيا ومصر .

¹ أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح _ دور قاضي الإلغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني ، دار الفكر الجامعي الاسكندرية ، (ط 2018) ، ص 21. انظر أحمد رسلان القضاء الإداري ، ب-ت، ص 25.

²Rapport de la cour de cassation 2002- 2003p.142.144.

المطلب الاول :

دور مجلس الدولة الفرنسي هذه الموازنة بين مبدأ المشروعية والأمن القانوني

يجرى مجلس الدولة الفرنسي هذه الموازنة بين مبدأ المشروعية والأمن القانوني بإعمال كل منها دون إهمال أحدهما، وذلك من خلال الحد من آثار حكم الإلغاء للقرار غير المشروع والاعتراف بآثار القرارات الإدارية كلها أو بعضها التي رتبها القاضي كما يجرى هذه الموازنة بخصوص الاعتراف بصحة القرارات الصادرة من الموظف الفعلي .

الفرع الأول :

إعمال مبدأ التوفيق للحد من آثار حكم الإلغاء

طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في الكثير من أحكامه وخاصة الأحكام المتعلقة بالمصلحة العامة ، فلقد أقر مجلس الدولة الفرنسي الموازنة بين مبدأ المشروعية والأمن القانوني في حكمه الصادر في 11-5-1009 في قضية (AssociationAc.et) ، حيث اعترف في هذا الحكم صراحة سلطة القاضي الإداري إعمال الأثر المباشر لحكم الإلغاء أو تقرير أثر مستقبلي له وحرمانه من الأثر الرجعي المقرر له بخصوص الغاء القرارات التنظيمية أو الفردية غير المشروعية ، وذلك إعمالاً لاعتبارات المصلحة العامة وتفضيلها على اعتبارات مبدأ المشروعية¹.

كما قضت محكمة ليون الاستئنافية في حكمها الصادر في 10-7-2009 في قضية ETRMFS الموازنة بين المبدأين؛ حيث قررت إلغاء القرار الإداري تأكيداً لمبدأ المشروعية وإن أثر رجعي ، حيث يكون كأن لم يكن في الوجود أبداً؛ لكن قد يترتب على هذا الأثر الرجعي لحكم الإلغاء آثاراً ضارة بالمصلحة العامة ، لذا فإنه يمكن للقاضي الإداري أن يحدد تاريخاً لاحقاً لسريان الحكم الصادر منه بإلغاء القرار الإداري مراعاة للمصلحة العامة

ومن أبرز ما قضى به مجلس الدولة في حكمه الصادر في 28-9-2016 سريان أثر حكم الإلغاء بعد مدة أو وقت لاحق من دخوله حيز التنفيذ وأن يقرر انتهاء القرار المطعون فيه في تاريخ لاحق على صدور حكم الإلغاء ، حيث أكد بأنه إذا كان إلغاء القاضي لأي قرار إداري يعتبر هذا القرار من حيث المبدأ كان لم يكن تأكيداً لمبدأ المشروعية ، إلا أنه في بعض

¹EmmanaL. GuLLaurne , et BaKer et McKenZie CLeconseil d' etat et Les tarifs du degro page ; un annu Ltion pragati que

الأحيان قد يترتب على هذا الأثر عواقب وخيمة حيث تقتضي المصلحة العامة سريان هذا الإلغاء في وقت لاحق على دخوله حيز التنفيذ
وينبغي على ما تقدم أن مجلس الدولة الفرنسي قد أقام بأعمال مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني كل منها بقدر حيث يقوم بالحد منها في الماضي أو يجعل للحكم بالإلغاء أثر مباشر أو مستقبلي استناداً للمصلحة العامة وهو اتجاه القضاء الإداري في أغلب الأنظمة القضائية في أغلب الدول الأوروبية .

الفرع الثاني :

إعمال التوفيق في حالة الموظف الفعلي

عرف بعض الفقه الموظف الفعلي بأنه: الشخص الذي ليس له أي اختصاص بمباشرة الوظيفة العامة، ورغم ذلك يقر القضاء سلامة التصرفات التي يقوم بها بشروط معينة¹.

كما عرفه آخرون ، بأنه : ذلك الشخص الذي عين تعييناً معيماً أو لم يصدر قرار بتعيينه على الإطلاق²

فالقاعدة العامة تقضي ألا يكون هناك أي أثر قانوني في حالة صدور قرار إداري من شخص لا يملك إصداره ولا يمت للوظيفة بأي صلة إلا أن القضاء الإداري الفرنسي قد داب على قبول صحة هذه التصرفات في كثير من أحكامه ، حيث فضل حماية الغير حسن النية استناداً على نظرية الموظف الفعلي.

ففي حكمه الصادر في 12-12-2007 في قضية SIRE قضى بصحة التصرفات والأحكام والإجراءات التي قام بها القاضي الذي ألغى قرار تعيينه لإزالة الضرر الذي قد يقع على مرفق القضاء لو لم يتم الاعتراف بها
حيث إن من شأن بطلان التصرفات التي قام بها من ألغى سند توليه الوظيفة أنه يضر بالغير حسن النية ويهدد الحقوق المكتسبة ، فتم إضفاء الشرعية على تصرفات الموظف الفعلي ويستند القضاء الفرنسي إعمال مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني في حالة الموظف الفعلي إلى المصلحة العامة وضرورة سير المرفق العام بانتظام واضطراب.

¹عبد المنعم عبد العظيم حيرة ، حكم الإلغاء ، صحبته وآثاره ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة 1970 .

²- سليمان محمد الطماوي ، مبادئ القانون الإداري ، 1979 ب . ت .

وصفوة القول: إنه يترتب على تطبيق نظرية الموظف الفعلي أن جميع القرارات التي اصدرها الموظف الذي حكم بإلغاء قرار تعيينه تعتبر صحيحة شريطة أن يكون من صدرت لصالحه حسن النية .

المطلب الثاني:

دور القضاء الإداري في ليبيا ومصر في التوفيق بين مبدأ المشروعية والأمن القانوني

أشرنا إلى أن مجلس الدولة الفرنسي قد أقر الموازنة بين مبدأ المشروعية والأمن القانوني وحاول إعمال كل منها يقدر ، وأقر أيضا بصحة تصرفات الموظف الفعلي ، فهل ياترى قد ساير القضاء في كل من ليبيا ومصر هذا الاتجاه ؟

الفرع الأول: دور القضاء الاداري في ليبيا في التوفيق بين مبدأ المشروعية والأمن القانوني.

أولا: في الحد من حكم الالغاء :

لم يساير القضاء في ليبيا ما ذهب اليه مجلس الدولة الفرنسي وذلك بتحويل القاضي الإداري إلغاء القرار الاداري غير المشروع تأكيداً لمبدأ المشروعية وتحويله أيضا الحد من آثار حكم الإلغاء بما يتفق مع مبدأ الأمن القانوني كما اقتضت المصلحة العامة ومن خلال استقراءنا لأحكام دوائر القضاء الاداري لم نجد حكماً يحول القاضي الإداري إعمال هذا المبدأ

ثانيا : حالة الموظف الفعلي :

لم يشر القضاء الليبي صراحة إلى الأخذ بنظرية الموظف الفعلي إلا أن بعض أحكامه قد جاءت متوافقة مع فحوى هذه النظرية فقد قضت المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 22-2-1970 بأن القرارات الادارية المطعون فيها والصادرة بوقف الطاعنين عن العمل في حقيقتها قرارات ادارية نهائية بفصلهم من الخدمة لأنها قرارات تعيين خاطئة وما من شك في هذه القرارات أنها مست مركزاً قانونياً لكل من المدعين مما تتوافر معه المصلحة الشخصية لمباشرة ويلاحظ على هذا الحكم أن القضاء لم يشر صراحة إلى الأخذ بهذه النظرية رغبة منه في عدم التوسع بالأخذ بها في صحة القرارات الإدارية لأنها مجرد استثناء من القواعد الأساسية للاختصاص .فالموظف الذي عين بطريقة غير قانونية ومارس صلاحيات الوظيفة التي شغلها يجب النظر اليه كما لو كان مزوداً قانوناً بهذه الصلاحيات وذلك تكريسا للظاهر حسن النية .

الفرع الثاني:

دور مجلس الدولة المصري في التوفيق بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني

— أولاً: حالة اضرار التنفيذ لحكم الإلغاء بالمصلحة العامة:

إذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد قرر هذه الموازنة بتقريره الحد من هذا الأثر الرجعي لحكم الإلغاء أو تقرير أترامباشرا أو مستقبلياً له وذلك للمصلحة العامة ، فأنظيره المصري قد وضع نصب أعينه اعتبارات المصلحة العامة بدون اقرار هذه الموازنة ومن ثم أعلى اعتبارات الأمن القانوني ، حيث قضى مجلس الدولة بأن عدم التنفيذ الادارة لحكم الالغاء لاعتبارات الصالح العام ، ومما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا ((الأصل أنه لا يجوز لقرار اداري ان يعطل تنفيذ حكم قضائي نهائي اذا كان يترتب على تنفيذ الحكم فوراً إخلالاً خطيراً بالصالح العام يتعذر تداركه¹

كما قضت بأن القرار الإداري لا يجوز ان يعطل تنفيذ حكم قضائي نهائي الا اذا كان مخالفاً للقانون واذا كان يترتب على تنفيذ الحكم إخلالاً خطيراً بالصالح العام يتعذر تداركه ، شرط أن تقدر الضرورة تقدرها²

وينبني على ما سبق أن القضاء الاداري المصري قد أقر لجهة الادارة امكانية تعطيل تنفيذ حكم الالغاء اذا كان يتعارض مع المصلحة العامة ومن ثم فإنه و ان كان يعلى مبدأ المشروعية بإلغاء القرار غير المشروع الا أنه من الناحية العملية يعلى مبدأ الامن القانوني استناداً للمصلحة العامة .

— ثانياً : حالة الموظف الفعلي

ذهبت محكمة القضاء الإداري وادارة الفتوى والتشريع لمجلس الدولة³ الى اقرار نظرية الفعلي في الظروف الاستثنائية والعادية على السواء ، وبالتالي يعتبر الموظف في هذه الحالة موظفاً فعلياً يترتب على حكم بصحة تصرفاته التيتكون قد صدرت منه قبل الحكم بصحة الغاء قرار توليه الوظيفة وذلك استقراراً لمراكز القانونية وحماية للغير حسن النية⁴ .

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 224، لسنة4ق، بتاريخ 23-12-1961، مجموعة الأحكام التي أقرتها المحكمة،س7،ص12.

² طعن رقم 1863 لسنة 32ق بتاريخ 3-1-1998، مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا س43،ج1،ص750.

³ أنظر فتوى مجلس الدولة رقم 703، في 27 أبريل 1966 لسنة 2ق.

⁴ د. ثروت بدوي، القانون الإداري، مطبعة النهضة العربية، 1978، ص432.

أما المحكمة الادارية العليا فقد أحدثت بنظرية الموظف الفعلي وأقرت بصحة التصرفات حماية للغير حسن النية بعد ما كانت تأخذ بها في حالة الظروف الطارئة او الاستثنائية فقد أخرجت ذلك في حكمها الصادر في 29-5-2004 والذي قضت .

بأنه قد بات مستقرا للمواطن أن يثق ثقة مشروعية في التصرفات التي تجريها جهة الادارة مادامت هذه التصرفات ليست متعارضة بحسب الطاهر يدركه المواطن العادي أو لم يتم على غش من جانبه ويقع على الادارة اثبات هذا الغش (...).

وبذلك تكون المحكمة الادارية العليا قد وازنت بين مبدأ المشروعية ومبدأ الامن القانوني بأعمالها نظرية الموظف الفعلي

وخلاصة القول : إن القضاء الاداري في كل من فرنسا ومصر قد وازن بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني من خلال أعمال كل منها بقدر وذلك للحد من آثار حكم الالغاء وجعل الحكم يسرى للمستقبل ، كما أعترف القضاء الفرنسي والمصري بصحة التصرفات التي يجريها الموظف الفعلي وذلك بالرغم من عدم وجود سند قانوني لتولي الوظيفة أما في ليبيا . ومن خلال ما أطلعنا عليه من احكام القضاء لم نجد حكماً قضائياً يشير الى أعمال الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الامن القانوني ، كما أ، القضاء الاداري في ليبيا لم يأخذ بنظرية الموظف الفعلي الا في حدود ضيقة .

الخاتمة

- في ختام هذا البحث توصيل الباحث إلى النتائج والتوصيات الآتية :
- 1) رغم عدم نص المشروع الفرنسي على مبدأ الأمن القانوني إلا أنه تأثر بالاجتهادات الأوربية في هذا الشأن حيث دفع بالمجلس الدستوري إلى الاعتراف بهذا المبدأ بشكل متدرج في قراراته وذلك عكس المشرع الليبي والمصري.
 - 2) من خلال استقراءنا لأحكام دوائر القضاء الإداري في ليبيا لم نجد حكماً يخول القاضي الإداري أعمال مبدأ الحد من حكم الإلغاء وبالتالي لم يساير القضاء الليبي القضاء الفرنسي في هذا الشأن .
 - 3) لم يشر القضاء الإداري الليبي صراحة إلى الأخذ بنظرية الموظف الفعلي إعلاء لمبدأ الأمن القانوني وذلك عكس القضاء في كل من فرنسا ومصر.

التوصيات

- 1) انطلاقاً من أن الأمن القانوني هو خطوة عملية وليست فكرة تسعى إلى توفير حالة من الاستقرار في المراكز القانونية فإنه الباحث يوصي بتضمين مبدأ الأمن القانوني وذلك بالنص صراحة عبر تشريعات متطابقة مع التشريع الأساسي وهو الدستور لكونه عنصر من عناصر شيوع الثقة في المجتمع .
- 2) تتمنى من القضاء الإداري الأخذ بنظرية الموظف الفعلي إعلاء لمبدأ القانوني إسوة بالقضاء في كل من مصر وفرنسا .
- 3) يوصي الباحث بضرورة تضمين النص صراحة على مبدأ الامن القانوني حماية للحقوق المكتسبة للأفراد .

قائمة المراجع

- 1- أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح _ دور قاضي الالغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الامن القانوني ، دار الفكر الجامعي الاسكندرية ، (ط 2018) .
- 2- أحمد عبد الظاهر ، مبدأ الامن القانوني كقيمة دستورية مقال منشور على شبكة المعلومات الدولية Kenana online . com
- 3- انور احمد رسلان ، القضاء الاداري . ب.ت
- 4- ثروت بدوي ، القانون الاداري مطبعة النهضة العربية 1978 .
- 5- ثروت بدوي ، تدرج القرارات الادارية ومبدأ المشروعية ، دار النهضة العربية 2007.
- 6- سليمان محمد المطاوي ، مبادئ القانون الاداري ، 1979 ب . ت

- 7- عبد المنعم عبد العظيم جيرة ، حكم الالغاء ، حجيتها آثاره ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة 1970 .
- 8- ماجد راغب الحلو ، نظرية الظاهر في القانون الاداري مجلة الحقوق جامعة الكويت 1980 .
- 9- محمد عبد الله الحراري ، الرقابة على اعمال الادارة في القانون الليبي ط6 ، المكتبة الجامعة للطباعة والنشر والاعلان 2019 .
- 10- مجدي عز الدين يوسف ، الاساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي رسالة دكتوراه كلية لحقوق ، جامعة عين شمس 1987 .
- 11- يسرى محمد العصار ، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري ، دار النهضة العربية 1999 .

المراجع باللغة الفرنسية

- 1) EmmanuL . GuLLaurne , et BaKer et McKenZie
CLeconseil d etat et Les tarifs du degro page ; un annu
Ltion pragati que .
- 2) phiLipe RaimbauLt . La securite juridique , nouveLLe
resource notariat voLum 110 numero 2. September
2008 .

الحق في الإضراب " دراسة مقارنة "

د. مصباح عمر التائب

محاضر بقسم القانون العام / كلية القانون بني وليد

المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد الصادق الأمين ؛ أما بعد فيعتبر الإضراب عن العمل من النوازل المعاصرة التي انتشرت في أنحاء البلاد الإسلامية ، ونظراً لأنها مسألة جديدة وغير موجودة بشكل لافت في الدول الإسلامية ، وباعتبار أنّ العمل هو الوسيلة الوحيدة لتقدم الأمم وارتقائها فالشعوب التي تعمل وتتعب وتجتهد تصل إلى الغايات المبتغاة وتحقق طموحاتها ، وأما من يتقاعس ويتكاسل عن العمل فإنّ الجهل والتخلف يكون من نصيبه ويكون عالة على غيره سواء أكان فرداً أو جماعة قبيلة أو دولة.

وتعدّ فرنسا من الدول الأولى التي نظمت الإضراب بمقتضى تشريع ، ثم توالى التشريعات بعد ذلك باقرار هذا الحق للعمال ثم الموظفين رغم تجنب الكثير من الدول فكرة اعتباره حقاً من حقوق الموظفين ، حيث منعه بكل الوسائل من خلال قمع القائمين به ، إلا أنه تحت تأثير ضغوطات الموظفين العموميين وتنامي مفاهيم حقوق الإنسان وجدت الدول نفسها مجبرة بالاعتراف بحق الإضراب للموظفين وتنظيمه.

ولقد حظي الحق في الإضراب باهتمام المجتمع الدولي حيث أقرته الاتفاقيات الدولية والإقليمية باعتباره من الوسائل المهمة التي تمكن النقابات المهنية من تحقيق مطالبها المشروعة.

أهمية البحث:

تكمن أهمية الموضوع في أنّ حاجة المجتمع الماسة والملحة إلى وجود الحق في الإضراب سواء على مستوى الأفراد أو الجماعات ، أو على مستوى الشعوب والقيادات أصبحت ضرورية لأنّ أسلوب الإضراب عن العمل يعد أداة فعالة ومؤثرة وكذلك يعتبر أسلوباً حضارياً للمطالبة بالحقوق وأيضاً سهولة استخدامه من حيث التنفيذ وقلة التكاليف لإظهار الاحتجاج وعدم الرضا عن العمل.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى بيان مفهوم الحق في الإضراب وأنواعه وبيان الآثار المترتبة عليه وبيان مدى مشروعيته والقيود الواردة عليه .

تساؤلات البحث:

ما المقصود بالحق في الإضراب؟

ما عناصر الإضراب ؟

ما الغاية من الإضراب و ماهي أنواعه ؟

مامدى مشروعية الإضراب و ماهي القيود الواردة عليه ؟

منهج البحث:

سيتم تناول موضوع البحث وفقاً للمنهج الإستقرائي وكذلك المنهج المقارن من خلال الدراسة التحليلية للنصوص القانونية في كل من ليبيا ومصر وأيضاً اتجاهات الفقه وأحكام المحاكم.

تقسيم البحث:

المبحث الأول: ماهية الإضراب

المطلب الأول: مفهوم الإضراب

المطلب الثاني: عناصر الإضراب

المبحث الثاني: أنواع الإضراب والقيود الواردة عليه ومدى مشروعيته

المطلب الأول: أنواع الإضراب وأسبابه

المطلب الثاني: القيود الواردة على الإضراب ومدى مشروعيته

المبحث الأول: ماهية الإضراب

يمثل الإضراب عن العمل ظاهرة من الظواهر المعاصرة التي يلجأ إليها الطرف الضعيف للمطالبة بحقوقه، والإضراب يعتبر وسيلة من وسائل ممارسه حرية التجمع السلمي ولم تكن وليدة اليوم، فقد عرف الإضراب وتم ممارسته منذ العصور القديمة بقصد رفع الظلم الواقع من قبل الأنظمة المستبدة، وتكريسا لحقوق الموظفين ونظراً للفعالية التي يحققها الإضراب ازدادت ممارسته وتعددت صور تلك الممارسه، وقد اختلفت النظرة إلى الإضراب من مجتمع إلى آخر بحسب اختلاف الفلسفه السائدة في كل مجتمع، وكان للتطور الديمقراطي وبصفه خاصة في مجال حقوق الإنسان دور بارز في بلورة حق الإضراب⁽¹⁾.

و الإضراب عن العمل يعد من الممارسات بالغه الأهمية والتي يعيرها الكثير من الموظفين اهتماماً كبيراً كما أنه يعد ممارسة لإحدى الحريات الأساسية التي يتشبت بها الموظفين سعياً إلى تحقيق مطالبهم و في صنع القرارات المتعلقة بالمصالح

(1) أ. خالد بن عبدالله الحميسي: "حق الموظف العام في الإضراب - دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير في القانون جامعة آل البيت، الأردن، 2012م، ص1؛ ومن المقرر في قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن الإضراب السلمي حق دستوري يتطلب لاستعماله ضرورة توفر شروط معينة يجب أن يحددها القانون الذي ينظمه وهو من ثم يتعلق بالنظام العام...، حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن الإداري رقم 61839 لسنة 61 قن جلسة 2015/7/25م، مكتب في 60، الجزء الثاني، ص 1123.

العامه المشتركة بينهم ، وسوف نتناول بالدراسة في هذا المبحث مفهوم الإضراب وعناصره.

المطلب الأول: مفهوم الإضراب

يعرف الإضراب في اللغة بالكفاف عن الشيء والإعراض عنه ، فيقال أضرِب فلان عن هذا الأمر أي كف عنه ، وأضرِب عنه أي أعرض عنه، و يأتي بمعنى الامتناع أضرِب إضراباً أي امتنع ويقال: أضرِب العمال أي كفوا عن العمل حتى تجاب مطالبهم⁽¹⁾.

والمضرب المقيم في البيت ،وأضرِب الرجل في البيت أقام⁽²⁾، فأضرِب عنه إضراباً إذا كف ،وأضرِب فلان عن الأمر فهو مضرب أي أنه كف عن عمل ما ،ومنه قول الشاعر..

"أصبحت عن طلب المعيشة مضرباً لما وثقت بأن مالك مالي"⁽³⁾

ويطابق كلمة الإضراب في القرآن الكريم قوله تعالى "أَفَنَضْرِبُ عَنْكُمْ الذِّكْرَ صَفْحًا إِنْ كُنْتُمْ قَوْمًا مُّسْرِفِينَ"⁽⁴⁾.

وفي الاصطلاح عرف الإضراب بعده تعريفات تدور في مجملها حول كونه يمثل وسيلة إكراه أو ضغط من الطرفين على الآخر بقصد إجباره على تعديل شروط العمل وأحكامه ، وهو تصرف ناجم عن عدم الرضا بالواقع المعاش ، وسوف نوضح مفهوم الإضراب عند فقهاء القانون وفي الشريعة الإسلامية وفي القضاء والتشريعات العربية.

الفرع الأول: مفهوم الإضراب في الفقه القانوني

وقد اختلف الفقه والقضاء حوله ففي الفقه الفرنسي نجد عدة تعريفات منها تعريف الفقيه JEANRIVERO بقوله "الإضراب يعني توقف مجموعة من الأشخاص عن ممارسة نشاطهم المهني سواء كان نشاطاً مهنيّاً أو اجتماعياً بقصد

(1) المعجم الوسيط : منشورات مكتبة الشروق ، الجزء الأول ، القاهرة ، 2004م، ص6.

(2) لسان العرب: لابن منظور، مادة ضرب، منشورات دار صادر ، الجزء الأول ، بيروت، ص543.

(3) لسان العرب: لابن منظور، ص547.

(4) سورة الزخرف: الآية 5

الحصول على منفعة لهم عن طريق الضغط على إرادته الهيئة أو السلطة التابعين لها"⁽¹⁾.

وعرفه الفقيه BRUNETCALLANL بأنه "كل تصرف مدبر من العمال يعقبه أثار أو يصدر بقرار جماعي بالتوقف عن العمل، فهو أسلوب مقاومة في التوقف للدفاع أو لتحسين شروط العمل، وتأسيساً على ذلك يعني الإضراب في الوظيفة العامة كل توقف جماعي للموظفين عن أداء مهامهم دون أن تنصرف نيتهم إلى ترك وظائفهم بشكل نهائي، ويكون الهدف من الإضراب الضغط على الإدارة لتحقيق مطالبهم المهنية مع نية استئناف العمل بعد تحقيق الهدف أو إنتهاء النزاع"⁽²⁾.

ويرى الأستاذ Jeze أنّ الإضراب في المرافق العامة يشكل خطأ جسيم أيّاً كانت الظروف، والإضراب والمرفق العام مفهومان متعارضان، فالإضراب عمل يؤدي إلى خضوع سير العمل بالمرفق العام أي إخضاع المصالح العامة لمصالح الموظفين الخاصة، ويقول أيّاً كانت المصالح الخاصة لا يمكن أن تتفوق على المصالح العامة التي يقوم بإشباعها المرفق العام"⁽³⁾.

وقد حاول الفقه القانوني الفرنسي وضع تعريف جامع مانع لمفهوم الإضراب من الناحية القانونية و نجد ذلك جلياً عند الفقيه الفرنسي B.TESSIE الذي اتجه عند تعريفه للإضراب إلى إبراز بعض العناصر الهامة له حيث عرفه بأنه توقف عن العمل من أجل مطالب مهنية مؤكداً على عناصر مهمة كعنصر التوقف وعنصر الهدف من المطالب التي قيدها على المطالب المهنية والتي تكون الهدف الأساسي من الإضراب والذي قد يسبغ على ممارسه هذا الحق نوعاً من المشروعية في بعض التشريعات، مستبعداً المطالبات التي يكون غايتها تحقيق مطالب سياسية إلا أنّه لم يبرز بعض عناصر الإضراب والتي تشترطها بعض التشريعات المنظمه لحق الإضراب كعنصر تدبير الإضراب الذي يؤدي توفره تأكيد عنصر القصد وعنصر الطابع

(1) د. مفتاح إغنية محمد: "حق الإضراب الوظيفي بين الاعتراف الدستوري والتقييد القانوني"، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية، الزاوية، العدد الخامس عشر، ديسمبر 2019م، ص 3؛ راجع حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 147 لسنة 50ق، جلسة 2006/4/23م، مكتب في 41، الجزء الأول، ص 65.

(2) د. مفتاح إغنية محمد: المرجع السابق، ص 4.

(3) أ. عبدالفتاح سليمان المغربي: "مدى تطور حق الإضراب في المرافق العامة _ دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة طرابلس، 2015م، ص 5.

الجماعي لتحقيق الإضراب ، لذا فهو اعتراف بالإضراب الفردي والذي يحدث عند توقف أحد الموظفين بمفرده عن العمل وذلك بقصد تحقيق مطالباته المهنية⁽¹⁾.

وعرف بأنه اتفاق مجموعة من العمال فيما بينهم على الامتناع عن القيام بالعمل المتفق عليه لوجود نزاع عملي، والغرض منه الحصول على حقوقهم التي تتعلق بشروط العمل أو ظروفه⁽²⁾.

وفي الفقه العربي لم يعرف الإضراب عند العرب قديماً لهذا لم ترد كلمة الإضراب لفظاً في القرآن الكريم والسنة النبوية المشرفة⁽³⁾ وفي الأونة الأخيرة ظهرت اهتمامات الفقهاء القانونيين لتعريف الإضراب لأسباب عديدة منها تأخر الأنظمة القانونية في الاعتراف بالإضراب كأحد الحقوق المشروعة للموظفين العموميين بسبب ما قد يتضمنه الإضراب من مطالب تفشل الإدارة وفي ظل التأكيد على حق الموظف العام في ممارسه الإضراب للحصول على المطالب المشروعة والتي توفر له العيش الكريم ظهرت أهمية تقنين هذا الحق والاعتراف به كأحد الحقوق المقررة للموظفين العموميين.

وعرف الدكتور سليمان الطماوي الإضراب بأنه "امتناع الموظفين أو المستخدمين العموميين عن عملهم مع تمسكهم بوظائفهم"⁽⁴⁾.

وعرف الدكتور محمد فؤاد مهنا الإضراب بأنه "هجر الموظفين أو المستخدمين العموميين عملهم مع تمسكهم بوظائفهم، ويلجأ الموظفون عادة لهذا الإجراء إظهاراً لسخطهم على عمل من أعمال الحكومة أو لإرغام الحكومة على إجابة مطالبهم"⁽⁵⁾، ويلاحظ أنّ هذا التعريف قد تناول العناصر اللازمة لتحقيق الإضراب كعنصر الصفة الجماعية والتي لم يتناولها التعريف السابق، إلا أنّه لم يتناول الهدف من الإضراب هل هو تحقيق مطالب مهنية أم سياسية ، أم نكون أمام

(1) د. مصطفى أحمد أبوعمر: "التنظيم القانوني لحق الإضراب في القانون المصري والفرنسي والتشريعات العربية"، منشورات دار الكتب القانونية ، مصر، 2009م، ص26.

(2) د. رضا عبدالحالق إسماعيل: "إضراب الأطباء عن العمل _ دراسة فقهية"، بحث مقدم لولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية، العدد الثاني والثلاثون، الإسكندرية، 1023.

(3) د. ماجد راغب الحلو: "القانون الإداري"، منشورات دار الطبوعات الجامعية ، مصر، 1996م، ص425.

(4) د. سليمان الطماوي : "الوجيز في القانون الإداري _ دراسة مقارنة"، منشورات دار الفكر العربي ، مصر، 1988م، ص385.

(5) د. محمد فؤاد مهنا: " مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة- دراسة مقارنة"، منشورات منشأة المعارف ، الإسكندرية، (د_ت) ، ص307.

اضراب تضامني، و نفهم ذلك من خلال عبارة سخطهم على عمل من أعمال الحكومة بعكس التعريف السابق الذي حصر حق ممارسة الإضراب لتحقيق مطالب مهنية كما أن هذا التعريف أهمل الإضراب الفردي ومع ذلك فقد تضمن هذا التعريف فقط شرطاً مهماً في الإضراب وهو ألا يكون لدى الموظفين المضربين نية التخلي عن وظائفهم.

وعرف أيضاً بأنه توقف بعض أو كل موظفي أو عمال أحد المرافق العامة عن العمل كوسيلة للضغط على جهة الإدارة قصد إظهار الإستياء من أمر معين أو تحسين ظروف العمل أو القيام بنشاط معين⁽¹⁾.

الفرع الثاني : مفهوم الإضراب في الشريعة الإسلامية

وفي الشريعة الإسلامية باعتبار أنّ العقد الذي يكون بين العمال وأرباب الأعمال إذا كان مستنداً على أحكام الشريعة الإسلامية فإنه يكون متضمناً للشروط المنظمة للعلاقة بينهما، وعليه فلا حاجة للإضراب عن العمل عند التنازع، لأن الشرع هو الفاصل بينهما بحكم الشروط المنصوص عليها في العقد، وقد تضمنت ذلك أبواب مختلفة في كتب الفقه الإسلامي مثل : البيوع، والإجارة، والمزارعة، والمساقاة، والاستصناع، وغيرها.

ولقد وضع الإسلام قواعد العلاقة بين العامل أو الموظف وصاحب العمل، وعلى كل من الطرفين أن يلتزم بها، فما نص عليه العقد من حقوق وواجبات على كليهما أن يلتزم بها عملاً بقوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)⁽²⁾، وقوله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً"⁽³⁾، وبمقتضى أداء العامل أو الموظف لعمله، يستحق مباشرة أجره حسب الاتفاق، ويقول صلى الله عليه وسلم: "أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه"⁽⁴⁾، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "قال الله عز وجل: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، ومن كنت خصمه خصمته: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفّه أجره"⁽⁵⁾، فإذا ماطل صاحب العمل

(1) د. محمد أنس جعفر: " الحقوق الدستورية للموظف العام - دراسة مقارنة"، (د_ن)، 2010م، ص 275.

(2) سورة المائدة: الآية 1.

(3) رواه الترمذي في الأحكام رقم 1352

(4) رواه ابن ماجه تحت رقم 2443

(5) رواه البخاري تحت رقم 2227

في إعطائه حقه، كان ظالماً، وللعامل أن يتخذ كل وسيلة مشروعة لنيل حقه، سواء بالتقاضي، أو بالتظاهر، وأخيراً بالإضراب عن العمل.

والإضراب عن العمل يعتبر من النوازل الفقهية، وهو وسيلة للاحتجاج والتعبير عن الرأي، وقد اختلف العلماء المعاصرون في حكمه، فمنهم من قال بجوازه ومنهم من قال بعدم جوازه ونذكر قول من كل فريق؛ فقد قال الشيخ عبد الحميد الجهني بعدم جواز الإضراب عن العمل للمطالبة بالمزايا والحقوق لأنه يعتبر من النظم الأجنبية التي تسللت إلى المجتمع المسلم، وهي تربي في أصحابها روح التمرد والفوضى وقلّة احترام المسؤول، ثم إنها تصادم ثلاثة أصول شرعية معتبرة، هي: الصبر، والنصيحة، والحكمة، فالمتبع لطريقة الإضراب عن العمل لم يصبر حيث أمر الله بالصبر، ولم ينصح لبلده وحكومته وولادة أمره، بل تمرد عليهم واستعمل معهم أسلوب الشقاق والعصيان، ولم يتبع الحكمة في معالجة الأمور، بل اتبع الأسلوب الأهوج⁽¹⁾.

ويرى الشيخ محمد علي فركوس أنّ الإضراب من عادات الكفار وليس من أعمال أهل الإيمان المطالبة بالحقوق عن طريق نشر الفوضى وإثارة الفتن، وإتّما يتوصل إلى الحقوق عن طريق الطرق المشروعة ومراجعة ولاة الأمر⁽²⁾.

ومن الأقوال التي ترى بجواز الإضراب قول الدكتور نصر فريد واصل أنّ حكم الشرع في المظاهرات والإضرابات يتوقف على المصالح والأضرار الناجمة عن نوعية المظاهرات أو الإضرابات، فكل عمل سلمي لا ينتج عنه الإضرار بمصالح البلاد والعباد، ولا يكون بوسائل تخريبية؛ أو يكون وسيلة لتدخل أعداء الوطن من الداخل أو الخارج فهو جائز⁽³⁾.

وبعد أن بيننا موقف الفقه سنتناول موقف القضاء، حيث كان للقضاء الدور الفاعل في ملء الفراغ التشريعي من حيث تحديد وإرساء المفاهيم القانونية لبعض الحقوق ومنها حق الإضراب من خلال سد الفراغ التشريعي ووضع الضوابط

(1) هو عبد الحميد بن خلبوي الجهني الرفاعي داعية إسلامي بوزارة الأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية؛ راجع د. رضا عبد الخالق إسماعيل: "إضراب الأطباء عن العمل - دراسة فقهية"، بحث مقدم لحولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، العدد الثاني والثلاثون، الإسكندرية، ص 1033.

(2) هو أبو عبد المعز محمد علي بن بوزيد بن علي فركوس القي، عالم جزائري، له مؤلفات عدة حول القواعد الأصولية، ولد في 25 نوفمبر عام 1954م بالقبة الجزائرية؛ راجع د. رضا عبد الخالق إسماعيل: المرجع السابق، ص 1033.

(3) راجع د. رضا عبد الخالق إسماعيل: المرجع السابق، ص 1034.

والمعايير التي من شأنها أن تضمن هذا الحق وعدم التعسف في استعماله ، لذلك لزم على القضاء أن يقوم بوضع تعريف للإضراب .

الفرع الثالث: مفهوم الإضراب في القضاء

فالقضاء المصري لم يتعرض لتعريف الإضراب قبل انضمام مصر إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، وكان السبب هو حداثة التنظيم التشريعي للإضراب وعدم وصول المنازعات المتعلقة بممارسة حق الإضراب إلى القضاء بسبب الدور الذي تقوم به الجهات الأمنية من إحتواء ظاهرة ممارسته بعدة وسائل ومنها وسيلة القمع⁽¹⁾.

ومن المقرر في قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية أن "مفاد ماتقدم بموجب دستور 2012 ودستور 2014 لم يعد الإضراب السلمي منحة بل صار من الحقوق الدستورية المكفولة لكل فئات العمال بغض النظر عن طبيعة الجهة التي يعملون بها ، أي سواء بالقطاع الحكومي أو الخاص بمعنى أنه أضحى معترفاً به كحق مشروع من حيث المبدأ ، ومنح المشرع واجب تنظيمه واستعمال العمال لهذا الحق جلباً لحقوقهم دون اضرار بالمرافق العامة إنما هو استعمال مشروع لحق ثابت دستورياً ولا يستوجب العقاب" ⁽²⁾.

وبالنسبة للقضاء الفرنسي فقد ساهم مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة النقض الفرنسية في وضع تعريف للإضراب فهو يعتبر حقاً دستورياً مكفولاً لكل فئات العمال والموظفين بغض النظر عن طبيعة الجهة التي يعملون بها ، وقد استقرت محكمة النقض الفرنسية على وضع تعريف ضيق للإضراب فعرفته بأنه عبارة عن أسلوب للدفاع عن المصالح المهنية⁽³⁾.

(¹) د. مصطفى أحمد أبو عمر: "التنظيم القانوني لحق الإضراب في القانون المصري والفرنسي والتشريعات العربية"، مرجع سابق، ص 36.
(²) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 19485 لسنة 59 ق، جلسة 2015/7/26، منظومة قوانين الشرق؛ ومن المقرر في قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية أيضاً أن "الإضراب هو امتناع العاملين بالمرافق العامة عن أداء أعمالهم وعدم مباشرتهم لمهام وظائفهم ، مع استمرار تمسكهم بها وذلك بقصد الإعلان عن احتجاجهم على أوضاع أو مطالب معينة بقصد إظهار السخط والاستنكار..." ، حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن الإداري رقم 24587 لسنة 61 ق، جلسة 2015/4/18، مكتب في 60، الجزء الأول، ص 804.

(³) د. أشرف عبدالقادر قنديل: "الإضراب بين الإباحة والتجريم _ دراسة مقارنة" ، منشورات دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014م، ص 26.

وفي حكم آخر وصفته بأنه توقف مدير عن العمل بغرض تأييد مطالب مهنية محددة سلفاً رفض صاحب العمل تحقيقها (1).

وفي قضاء المحكمة العليا الليبية لم نجد تعريف للإضراب بالرغم من وجود بعض الأحكام التي تشير له ومنها حكم المحكمة العليا الليبية التي قضت بأنه " إذا نسب للعامل ارتكاب جناية أو جنحة إضراب غير مشروع أو تحريض عليه داخل مكان العمل جاز لصاحب العمل وقفه من تاريخ إبلاغ الحادث إلى الجهة المختصة حتى صدور قرار منها في شأنه...." (2).

الفرع الرابع : مفهوم الإضراب في التشريعات العربية

وبعد أن بينا الإضراب في الفقه والقضاء سنوضح الإضراب في التشريع وستناول الحق في الإضراب في بعض التشريعات العربية فقد صدر القانون الليبي رقم 65 لسنة 2012 م في شأن تنظيم حق التظاهر السلمي وقد عرف القانون حق التظاهر في المادة الأولى منه بأن "المظاهرة: تجمع عدد من الأشخاص أو سيرهم بطريقة سليمة في مكان أو طريق عام أو بالقرب منهما بقصد التعبير عن رأي أو الإعلان عن مطلب أو الاحتجاج على أمر أو التأكيد على تنفيذ مطالب معينة" (3).

وبالنسبة لمشروع الدستور الليبي لسنة 2017 فإنّ نصوصه جاءت خالية من أي إشارة صريحة إلى الإضراب حيث نصت المادة (43) على أن "تضمن الدولة

(1) د. مصطفى أحمد أبو عمر: "التنظيم القانوني لحق الإضراب في القانون المصري والفرنسي والتشريعات العربية"، مرجع سابق، ص36؛ و د. محمد سعيد الليثي: " التظاهر والإضراب _ دراسة تطبيقية مقارنة"، منشورات دار أبو المجد للطباعة والنشر، ط2، القاهرة، 2016م، ص127.

(2) حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 104 لسنة 39 ق، جلسة18/ 6/1995م، مكتب فني 30، الجزء الرابع، ص118؛ والطعن المدني رقم 93 لسنة 33ق، جلسة 14/12/1987م، مكتب فني 25، الجزء الثالث، ص78؛ والطعن رقم 63 لسنة 30 ق، جلسة 7/5/1984م، مكتب فني 22، الجزء الأول، ص61؛ والطعن رقم 1 لسنة 57 ق، جلسة 23/12/2013م، مكتب فني 44، الجزء الثاني، ص16.

(3) القانون الليبي رقم 65 لسنة 2012 م في شأن تنظيم حق التظاهر السلمي؛ والقانون الليبي قد أجاز حق التظاهر بالقانون رقم (65) لسنة 2012م وهذا القانون يعتبر تعديل ضمني جزئي للقانون رقم 45 لسنة 1972 بشأن تحريم الإضرابات والاعتصامات والمظاهرات أما الإضراب عن العمل فهو فعل غير جائز ومجرم قانوناً.

حق الاجتماع و التجمع، والتظاهر سلمياً، و تتخذ التدابير اللازمة لحماية الممتلكات والأشخاص ولا تستخدم القوة إلا في حالة الضرورة وحدها الأدنى" (1).

والإضراب عن العمل في القانون الليبي هو "اتفاق عدد من العمال أو الموظفين على الامتناع عن العمل الواجب عليهم بمقتضى القوانين واللوائح أو عقد العمل وإن حق الإضراب في القانون الليبي جرمه يعاقب عليها القانون" (2).

والإضراب في التشريع المصري ذكر بطريقة غير مباشرة وذلك من خلال نص المادة 124 من قانون العقوبات المصري من خلال الحديث عن الإضرابات المحظورة وهو ذات الموقف الذي جاء به قانون العمل المصري رقم 12 لسنة 2003م والذي نص على الحق في الإضراب وتنظيمه في المواد 192، 195، ومدى مشروعيته إلا أنه لم يعرفه (3).

وفي الأردن فقد قام المشرع الأردني بوضع تعريف لحق الإضراب، إلا أنه حظره على بعض المرافق المهمة بالدولة مثل مرفق المياه والكهرباء والغاز والصحة (4).

ويرى الباحث أنّ العبرة في عدم وضع تعريف تشريعي لدى أغلب المشرعين من الممكن أن تكون له نتيجة إيجابية تتمثل في اجتهاد الفقه والقضاء لوضع تعريف مناسب للإضراب، بحيث يتماشى مع جميع الحالات ويستوعب كل صور الإضراب، وكذلك مواكبة التطور المصاحب لممارسة هذا الحق .

المطلب الثاني: عناصر الإضراب

من خلال عرض مفهوم الإضراب في المطلب الأول يتضح أنّ للإضراب عنصراً هامان ويلزم توافرها لكي نطلق عن توقف العمال عن العمل صفة

(1) د. فوزي إبراهيم دياب: "التنظيم القانوني لحق الإضراب في المرافق العامة"، بحث مقدم لجله البحوث القانونية، العدد الحادي عشر 2020م، ص 31.

(2) راجع المادة 238 من قانون العقوبات الليبي فقد نصت على أنّ "ترك الوظيفة أو الخدمة العامة أو العمل عن طريق التمرد إذا ترك ثلاثة أو أكثر من الموظفين العموميين أو موظفي ومستخدمي المرافق العامة مكاتبتهم أو وظائفهم أو أعمالهم أو أذواها بشكل يؤثر في سيرها سيراً متواصلًا منتظمًا، متفقين على ذلك أو متبغين منه تحقيق غرض مشترك، يعاقب كل منهم بالحبس مدة تتراوح بين ثلاثة أشهر وسنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار.

(3) د. رمضان عبدالله صابر: "النقابات العمالية وممارسة حق الإضراب"، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص 38.

(4) د. السيد محمد عبد الحميد: "ممارسة الموظف للحريات العامة في القانون الإداري والقانون الدولي - دراسة مقارنة"، (د_ن)، 2003م، ص 368.

الإضراب ، وفي حالة عدم توفرهما نطلق على هذا العمل توقف غير مشروع، وسوف نوضح العنصر المادي والعنصر المعنوي للإضراب في هذا المطلب.

الفرع الأول: العناصر المادية للإضراب

تتكون العناصر المادية للإضراب من عنصرين هما التوقف عن العمل والتوقف الجماعي عن العمل وسوف نقوم بتوضيح ذلك فيما يلي.

أولاً: التوقف عن العمل

يعد التوقف عن العمل العنصر الجوهرى للإضراب وفي حالة تخلف هذا العنصر لا نستطيع إضفاء صفة الإضراب على التصرف الصادر من العمال، والتوقف عن العمل هو إمتناع العمال عن الذهاب للأماكن المخصصة للعمل الملتزمين به سواء بموجب القوانين أو اللوائح المنصوص عليها في العقد⁽¹⁾؛ ولا يشترط في التوقف أن يكون لمدة معينة من الزمن أو لمدة دقائق محددة⁽²⁾.

والتوقف عن العمل يأخذ صوراً عديدة من أهمها التوقف الكامل عن العمل حيث امتناع العمال عن الذهاب إلى أماكن العمل وكذلك التوقف القصير المتكرر والتوقف الجزئي والتوقف المفاجئ⁽³⁾، ويشترط في التوقف عن العمل كعنصر من العناصر المادية للإضراب أن تتوفر فيه بعض الشروط وهي:

(1) د.عبدالباسط عبدالمحسن : " الإضراب في قانون العمل"،رسالة دكتوراة في الحقوق ، جامعة القاهرة،1992م،ص35.

(2) د. محمد علي عبدالسلام ، و د. أيمن سيد خليل حجر: "التظاهر والتجمهر والإضراب وأثرهم على حرية الرأي والتعبير"، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، 2017م، ص 158؛ ومن المقرر في قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن الإضراب ترمد لعمال المرافق العامة على السلطة وعلى النظام؛ بينما المظاهرة اجتماع عدد من الأشخاص في الطريق العام للتعبير عن إرادة جماعية أو مشاعر مشتركة فإن كان الاجتماع ثابتاً سمي تجمعاً وإن كان متنقلاً سمي موكباً والتجمهر لا يكون إلا في مكان عام.."، حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن الإداري رقم 24587 لسنة 61 ق، جلسة 2015/4/18م، مكتب في 60، الجزء الأول ، ص804.

(3) د.سلامة عبدالنواب عبدالحليم : " المفاوضة الجماعية في قانون العمل"،رسالة دكتوراة في الحقوق ، جامعة حلوان،2002م،ص541؛ ومن المقرر في قضاء المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية أنه "يجوز وقف العامل مؤقتاً عن العمل منذ اتهامه بارتكاب جريمة عمدية من جرائم الإعتداء على النفس أو المال أو الجرائم الماسة بالشرف أو الأمانة أو الإضراب عن العمل وتبدأ مدة الوقف من تاريخ إبلاغ الحادث إلى السلطات المختصة حتى صدور قرار منها بشأنه ، ولا يستحق العامل أجره عن مدة الوقف المذكورة إلا إذا قضى ببراءته ويجب أداء أجره كاملاً...."، حكم المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة في الطعن المدني رقم 963 لسنة 2020، جلسة 2021/2/15م، شبكة قوانين الشرق.

1 الامتناع الكامل عن العمل: يشكل التوقف عن العمل عنصراً جوهرياً في الإضراب ومشروعية هذا التوقف⁽¹⁾، ينبغي أن يكون التوقف عن العمل توقفاً كاملاً وصريحاً، بحيث لا يكون هناك أي شك في رغبة العمال للضغط على صاحب العمل لكي يستجيب لمطالبهم المهنية ويحقق مطالبهم، لأن التكاثر والتباطؤ في أداء العمل لا يعتبر إضراباً ومن المقرر في قضاء محكمة النقض الفرنسية أن الإبطاء في أداء العمل لا يعدّ إضراباً بل تنفيذاً معيماً للعقد، يشير مسؤولية العامل نحو صاحب العمل، وفي الشريعة الإسلامية أوجب على الناس إيفاء عقودهم وتنفيذها وفقاً للعقد ولا يجوز لأحد أطراف العقد أن يخل بالتزامه نحو الطرف الآخر.

2 التوقف عن عمل ملزم: حتى يتحقق الإضراب ينبغي أن يكون التوقف متعلقاً بعمل ملزم للعمال، لأنه لا يعدّ إضراباً امتناع العمال أو الموظفين عن عمل غير ملزم مثل العمل الإضافي أو العمل الاختياري، وإذا كان التوقف بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي فإن توقفهم في هذه الحالة لا يعتبر التوقف إضراباً، إلا إذا تعلق الأمر بمنشأة حيوية لأنه يلزم العمل حتى في الأعياد والمناسبات والعطلات الرسمية⁽²⁾.

ثانياً: التوقف الجماعي عن العمل

يعتبر التوقف الجماعي عنصراً مهماً في الإضراب، ويقصد بالتوقف الجماعي امتناع مجموعة من العمال أو الموظفين عن أداء الأعمال المكلفين بها؛ وامتناع أحد العمال لوحده لا يشكل إضراباً نظراً لانتفاء صفة الجماعية في امتناعه؛ ولكن هذا لا يعني عدم قيام الإضراب إلا إذا كان هناك اتفاق جماعي بين المضربين على ترك العمل فهناك حالات يتحقق فيها الإضراب ولو لم يحدث إلا من موظف واحد بشرط أن يترتب على الإضراب الفردي آثار خطيرة⁽³⁾؛ والإضراب لا بد أن يمارس جماعياً وذلك لأن الصفة الجماعية للتوقف عن العمل تؤدي إلى فاعلية تحقيق الإضراب.

الفرع الثاني: العناصر المعنوية للإضراب

(1) د. إبراهيم صلاح عبد الصرايرة: "مشروعية الإضراب وأثاره في العلاقات التعاقدية - دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراة في الحقوق، جامعة عين شمس، 2009م، ص 31.

(2) د. مصطفى أحمد أبو عمر: "التنظيم القانوني لحق الإضراب في القانون المصري والفرنسي والتشريعات العربية"، مرجع سابق، ص 47.

(3) د. محمد عبد الحميد أبو زيد: "القانون الإداري"، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، 1999م، ص 122.

وتتمثل العناصر المعنوية للإضراب في وجود النية والإرادة للتوقف عن العمل بشكل جماعي، ويكون التعبير عن الإرادة والرغبة في الإضراب بانصراف نية العاملين بالتوقف الجماعي عن العمل⁽¹⁾؛ وتتمثل عناصر الإضراب في وجود قصد الإضراب، وتدبيره، وأن تكون مطالب المضربين عن العمل مشروعة وينبغي أن تتوافر النية في الإضراب عن العمل: بمعنى أن تتجه الإرادة الفعلية للعاملين في المرفق إلى التوقف المؤقت عن تنفيذ الأعمال المكلفين بادائها، كي يجبروا صاحب صاحب العمل بمطالبهم المشروعة والدفاع عنها⁽²⁾.

المبحث الثاني: أنواع الإضراب والقيود الواردة عليه ومدى مشروعيته

سوف نتناول بالدراسة في هذا المبحث أنواع الإضراب وأسبابه والقيود التي ترد عليه ومدى مشروعيته فيما يلي:

المطلب الأول: أنواع الإضراب وأسبابه

للإضراب أسباب وأنواع عديدة فقد تكون إضرابات مشروعة وقد تكون إضرابات غير مشروعة وذلك بالنظر إلى مكان ممارسته والهدف من اللجوء إليه أو الكيفية التي يتم تنفيذه بها أو المدة التي يستغرقها وسوف نتناول أنواع الإضراب في الفرع الأول من هذا المطلب.

الفرع الأول: أنواع الإضراب

ينقسم الإضراب إلى إضراب مهني وإضراب سياسي وسوف نتناولهما بإيجاز لأن الحديث عنهما يطول ولا يسعنا في هذا البحث التطرق للموضوع بشكل مفصل نظراً لشروط المجلة وسوف نوضح الإضراب المهني فيما يلي.

الفصل الأول: الإضراب المهني

يتمثل هذا الإضراب في أنواع عديدة من حيث نطاقه المكاني ومن حيث نطاقه المكاني ومن حيث نطاقه الزمني ومن حيث نطاق التوقف عن العمل وسوف نتناولها بالدراسة فيما يلي.

(1) د.علي عبدالعال سيد أحمد: "حق الإضراب في المرافق العامة"، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، ط، 2012م، ص 112.

(2) د.صلاح علي حسن: "تنظيم الحق في الإضراب"، منشورات دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012م، 45؛ و د. محمد عزمي البكري: "مدونة الفقه والقضاء في قانون العمل"، منشورات المكتبة القانونية، القاهرة، 1986، ص 735.

أ. **الإضراب التقليدي.** يعتبر الإضراب التقليدي هو أكثر الإضرابات انتشاراً ويطلق عليه الإضراب الإعتيادي أو الإضراب التام⁽¹⁾؛ ويتم فيه انقطاع العمال أو الموظفين عن العمل وعدم مزاوله العمل إلا بعد تحقيق مطالبهم ويكون هذا الإضراب مدروساً ومنظماً مسبقاً لتأخذ فيه النقابات كافة الاحتياطات للوصول للهدف؛ ودائماً يكون من أجل زيادة الأجور أو تحسين ظروف العمل ويعتبر هذا الإضراب أكثر الإضرابات شيوعاً ولا سيما في الدول التي نظمت أحكام الإضراب.

ب. **الإضراب الدائري.** ويسمى هذا الإضراب أيضاً بالإضراب المتتابع وذلك لانتقاله من قسم إلى آخر؛ وتمتد فيه فئة من الموظفين أو العاملين عن العمل مدة معينة ثم بعد ذلك تمتد فئة أخرى بعد استعادة الفئة الأولى مصالحتها لأجل المحافظة على استمرارية الإضراب، ولا تضرب كل الفئات مرة واحدة ويسمح به في القطاع الخاص وغير مسموح به في القطاع العام لأنه يؤدي إلى الاضرار بسير المرفق العام؛ وفي حال قام الموظفون في القطاع العام بهذا النوع يعرضون أنفسهم للمساءلة التأديبية التي قد تصل إلى حد الطرد من العمل⁽²⁾.

ت. **الإضراب البطيء.** من خلال دراسة موضوع الإضراب نلاحظ أنّ الأصل أن يتم الإضراب بتوقف كامل وبشكل جماعي وتام ولمدة معينة عن العمل وذلك حتى يتصف بالإضراب المهني ويجب عدم توجه العمال أو الموظفين إلى مكان العمل خلال فترة الإضراب⁽³⁾، ويتمثل هذا النوع بالإبطاء في معدل أداء العمل لذلك يسمى بالإضراب البطيء ويقصد به أن العمال يتواجدون في مكان العمل ويؤدون عملهم بشكل منقوص على غير العادة ويمتاز هذا النوع بالتقليل والتخفيض من الإنتاج وذلك للضغط على صاحب العمل حتى تتحقق المطالب.

ويرى الباحث عدم شرعية الإضرابات المفاجئة في القطاعين العام والخاص لما لها من تأثير سلبي بالنسبة للقطاع العام يؤثر على سير المرافق العامة والخدمات التي

(1) د. مصطفى أحمد أبوعمر: "التنظيم القانوني لحق الإضراب في القانون المصري والفرنسي والتشريعات العربية"، مرجع سابق، ص 71.

(2) د. أشرف عبدالقادر قنديل: "الإضراب بين الإباحة والتجريم _ دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 89.

(3) د. مصطفى أحمد أبوعمر: "التنظيم القانوني لحق الإضراب في القانون المصري والفرنسي والتشريعات العربية"، مرجع سابق، ص 76.

تقدمها للمواطنين ، وفي القطاع الخاص يؤثر على العملية الإنتاجية وينبغي استعمال كافة الوسائل المشروعة للمطالبة بالحقوق وللمطالب ويكون الإضراب هو آخر وسيلة.

الفصل الثاني: الإضراب السياسي

يعرف الإضراب السياسي بأنه توقف العمال أو الموظفين عن العمل بقصد ممارسة الضغط على الحكومة أو السلطة العامة لحملها على اتخاذ موقف سياسي معين أو إعاقتها عن تحقيق غايات سياسية محددة أو الإحتجاج على عمل قامت به الحكومة سواء على الصعيد الداخلي أو الخارجي ولا يهدف هذا النوع من الإضراب إلى تحقيق أي مطالب مهنية للعمال وإنما يسعى لتحقيق مطالب سياسية (1).

والإضراب السياسي يوجه ضد السلطات العامة وليس ضد صاحب العمل، لأنّ المطالب التي يسعى المضربون لتحقيقها لا يمكن أن تتحقق إلاّ عن طريق السلطات في الدولة ، وصاحب العمل لا يملك أي وسيلة لمساعدة العمال في هذا النوع إلاّ أن ينظر مدى استجابة السلطات في الدولة لمطالب العمال أو تراجع العمال عن مطالبهم⁽²⁾، والإضراب يكون سياسياً إذا كانت أسبابه خارجة عن الإطار المهني.

الفرع الثاني: أسباب الإضراب

الأسباب المؤدية للإضراب لا تخرج عن الأسباب الآتية.

أ. **المطالبة بزيادة الأجور.** بما أنّ متطلبات الحياة زادت وارتفعت الأسعار فأصبح الموظفون والعمال يلجأون إلى المطالبة بزيادة أجورهم ومرتباتهم لكي تتماشى مع ارتفاع الأسعار وتلبية مطالبهم⁽³⁾؛ ومن أمثلة الإضرابات التي حصلت للمطالبة بزيادة الأجور والمرتبات الإضراب الذي حصل في بريطانيا من قبل المعلمين والذي أدى إلى إغلاق أكثر من خمسة آلاف مدرسة

(1) د. أشرف عبدالقادر قنديل: "الإضراب بين الإباحة والتنحريم _ دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 94.

(2) أ. علي محمد الجبالي: "أحقية الموظفين العاميين في الإضراب في القانون الأردني"، رسالة ماجستير في القانون العام ، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2014م، ص 37.

(3) د. رضا عبدالحالقي إسماعيل: "إضراب الأطباء عن العمل _ دراسة فقهية"، مرجع سابق، ص 1027.

بتاريخ 2002/11/26م حيث طالبوا بزيادة رواتبهم لكي تتناسب مع الارتفاع الفاحش في مستويات المعيشة⁽¹⁾.

ب. **الإحتجاج على سياسة الدولة.** قد يكون من أسباب الإضرابات الإحتجاج على سياسة الدولة أو ضد قرار من قراراتها ، كالمطالبة بإلغاء الضرائب ومن أسباب الإضراب زيادة تدخل الدولة في المجالات الاقتصادية المختلفة⁽²⁾.

ت. **تطور دور المواطن في الحياة السياسية.** اتسم دور المواطنين في الحياة السياسية سابقاً بالانحصار على المشاركة في الانتخابات ، فضلاً على أنّ دور الدولة كان قاصراً على القيام بالوظائف التقليدية دون التدخل في الأنشطة الاقتصادية والصناعية المختلفة ، وكانت القرارات السياسية والاقتصادية التي تتخذها الحكومة لا تمس العمال بصفة مباشرة ، أما بعد زيادة تدخل الدولة في كافة الأنشطة الاقتصادية والصناعية ، أصبحت القرارات التي تتخذها الدولة تمس العمال مباشرة واعتراض العمال على هذه القرارات يتم في صورة إضراب سياسي⁽³⁾.

المطلب الثاني: القيود الواردة على الإضراب ومدى مشروعيته

إنّ الإضراب ليس حقاً مطلقاً ، بل يخضع كغيره من الحقوق لقيود تضمن ممارسته بشكل سليم وتحفظ السير العادي للمرفق مع ضمان حرية التعبير عن المطالب المهنية وسوف نتناول القيود الواردة على الإضراب في الفرع الأول.

الفرع الأول: القيود الواردة على الإضراب

يتطلب القانون في بعض الأحيان إجراءات شكلية حتى نضفي على الإضراب صفة المشروعية وينبغي اتباعها قبل اللجوء للإضراب وهي عبارة عن مجموعة قيود نبينها في هذا الفرع فيما يلي:

العنصر الأول: اتباع الوسائل السلمية لتسوية منازعات العمل الجماعية

إنّ اتباع الوسائل السلمية لحل منازعات العمل الجماعية هو من أحد الحلول التي تحول دون تحقق الإضراب وتلافي الأضرار الناتجة عنه واتباع الوسائل السلمية

(1) أ. حمزة سالم مقبل: "الإضراب وأحكامه في الفقه الإسلامي"، رسالة ماجستير في القانون، جامعة اليرموك، الأردن، 2005م، ص 208.

(2) د. عبدالباسط عبدالمحسن: "الإضراب في قانون العمل"، مرجع سابق، ص 148.

(3) أ. علي محمد الجبالي: "أحقية الموظفين العامين في الإضراب في القانون الأردني"، مرجع سابق، ص 38.

أفضل للطرفين سواء العمال أو أصحاب العمل وسوف نوضح هذه الوسائل بإيجاز على النحو التالي:

أ. **التفاوض المباشر.** يعتبر التفاوض المباشر وسيلة وقائية وعلاجية ودية لحل النزاع بين صاحب العمل والعمال وتعتبر هذه الوسيلة حجر الأساس في قانون علاقات العمل وتكون هذه الوسيلة حائلاً دون وقوع الإضراب وإيجاد الحلول المناسبة لمشاكل العمال الموجودة أو قبل وجود هذه المشاكل ولا بديل سوى استعمال المفاوضات⁽¹⁾؛ ومن الأمثلة على التفاوض ماذهب إليه المشرع الفرنسي حين فرض عقوبة جنائية على صاحب العمل عندما يمتنع عن التفاوض مع ممثلي العمال سنوياً وفرض عليه عقوبة الحبس الذي يتراوح بين الشهرين والسنة وغرامة تصل إلى عشرون ألف فرنك فرنسي ، وفي حالة العودة تكون العقوبة الحبس الذي تصل مدته إلى سنتين وغرامة تصل إلى أربعون ألف فرنك فرنسي⁽²⁾.

ب. **التوفيق .** التوفيق يعني تقريب وجهات النظر المتعارضة بين العمال وأصحاب العمل بحيث يوجد حل يقبله الطرفان عن طريق طرف ثالث محايد ، والتوفيق قد لا يحسم النزاع ولكن يمهّد الطريق ويقرب وجهات النظر بين الأطراف ويعرف كل طرف موقف الطرف الآخر⁽³⁾.

ت. **الوساطة.** تعتبر الوساطة من الأساليب البديلة لفض النزاعات بين العمال وأصحاب العمل وتقوم على توفير ملتقى بين الأطراف المتنازعة للاجتماع والحوار لمحاولة الوصول إلى حل يقبله الأطراف تمهيداً لإبرام اتفاقية جماعية تساعد على تنظيم شروط وظروف العمل فيما بينهم.

ث. **التحكيم .** يعتبر التحكيم من الوسائل الودية لحسم النزاعات بقرار يصدر من شخص أو هيئة من الغير يلزم الأطراف ، والتحكيم يكون بالفصل بين الأطراف المتنازعة بقرار يصدر من حَكَم يتم اختياره من غير أطراف النزاع ،

(1) أ. خيري عمر أبوبكر: " التنظيم القانوني لحقي الإضراب والنظائر "، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2015م، ص 36.

(2) د. مصطفى أحمد أبوعمر: " التنظيم القانوني لحق الإضراب في القانون المصري والفرنسي والتشريعات العربية"، مرجع سابق، ص 140.

(3) أ. خيري عمر أبوبكر: " التنظيم القانوني لحقي الإضراب والنظائر "، مرجع سابق، ص 39.

ويعتبر التحكيم الوسيلة النهائية التي يمكن اللجوء إليها من أجل تسوية النزاع (1).

الفصل الثاني: الإجراءات الشكلية للإضراب

وهي الإجراءات التي يتعين على العمال المضربين مراعاتها قبل اللجوء إلى الإضراب وسوف نتناولها بالدراسة فيما يلي.

أ. **الإستفتاء.** فهو يعني التصويت لمعرفة رأي العمال قبل اللجوء إلى الإضراب أو الرجوع لمزاولة العمل وذلك بعد انتهاء الإضراب عن طريق الإقتراع السري بين العمال المضربين وعلى أن يلتزم الأقلية برأي الأغلبية، والمشرع المصري من خلال قانون العمل رقم 12 لسنة 2003 اعتبر الإستفتاء إجراءً وجوبياً قبل الإضراب وذلك من خلال نص المادة 192 والتي تنص على وجوب الإستفتاء من قبل مجلس إدارة النقابة العامة بأغلبية ثلثي عدد أعضائها ، وذلك قبل لجوء اللجنة النقابية للقيام بالإخطار (2).

ب. **الإخطار.** ويقصد به إبلاغ أو إعلان رب العمل أو جهة الإدارة بالوقت الذي يتم فيه تحديد موعد الإضراب من قبل العمال للتوقف عن العمل ، ولقد بين قانون العمل المصري على وجوب أن يسبق الإضراب إخطار لصاحب العمل أو للجهة الإدارية ويكون قبل عشرة أيام من بدء الإضراب على الأقل ، والسبب في ذلك هو منع الإضرابات المفاجئة التي تصيب أصحاب العمل والجهات الإدارية بأضرار اقتصادية وخيمة تدفعه إلى الإغلاق والذي بدوره يؤثر على العمال تأثيراً جسيماً (3).

الفرع الثاني: مشروعية الإضراب

إن الإضراب ظاهرة عالمية في عالم العمل فهو نتيجة نضالات عمالية قادها العمال والنقاييون منذ بروز الحركة العمالية في قانون العمل، حيث عرف الإضراب تطورات عديدة حسب الفترات الزمنية التي مرت بها البشرية.

(1) د. أحمد عوض هندي: " حكم التحكيم الإلكتروني"، بحث مقدم لمجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، 2009م، ص 45.

(2) المادة 192 من قانون علاقات العمل المصري رقم 12 لسنة 2003م.

(3) د. محمد أحمد عجيز: " حرية الرأي في قانون العمل المصري"، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص 205.

فقد كان الإضراب ولفترة طويلة من الزمن ينظر إليه باعتباره وسيلة إشاعة الفوضى والعنف، ولذلك لم تكن العديد من الدول تورد نصوصاً خاصة في دساتيرها تضمن الحق في الإضراب كما لم تسمح به في تشريعاتها العادية الداخلية، بل كانت قوانين العديد من الدول تجرم الإضراب والتحريض عليه إلا أنه وبعد أن أصبح الإضراب منظوراً إليه باعتباره وسيلة هامة ومشروعة للتعبير عن اختلاف المصالح بين العمال وأرباب العمل أصبح هذا الحق أكثر حماية على المستوى القانوني بل أصبح ينظر إليه على اعتباره حق مكمل للحريات الأساسية يلجأ إليه للدفاع عن المصالح المهنية ومن هنا توصلت غالبية دساتير دول العالم إلى الاعتراف بهذا الحق والنص عليه باعتباره إحدى الحريات الأساسية في المجتمع، ولقد تناولته المعاهدات والاتفاقيات الدولية واعترفت به المواثيق الدولية لحقوق الإنسان وذلك لارتباطه الوثيق ببعض الحقوق الأخرى مثل الحق في العمل والحق في التنظيم النقابي ومن أبرز المواثيق التي نصت على هذا الحق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وهو ما أكدته المادتين (23/22) منه والمتعلقتين بحقوق عدة ذات صلة بهذا الحق ومنها الحق في اختيار العمل وبشروط عادلة ومرضية، وبأجر عادل والحق في إنشاء النقابات العمالية والإنضمام لها⁽¹⁾؛ وأيضاً العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الذي أقرته الأمم المتحدة 1966 والذي نص في المادة 1/8 منه على تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بكفالة الحق في الإضراب على أن يمارس طبقاً لقوانين الدولة المختصة؛ وعلى ماجاء في الاتفاقية رقم 87 الصادرة عن منظمة العمل الدولية والتي أكدت على شروط الإضراب المشروع بحيث أن تكون مرتبطة بمطالب مهنية يمكن تنفيذها.

ومنظمة العمل الدولية لم تشترط أن تصادق الدول على اتفاقياتها وتضمنت بأن الدول الأعضاء حتى ولو لم تصادق على الاتفاقيات ذات العلاقة فإنها تكون ملزمة بإحترام المبادئ المتعلقة بالحقوق الأساسية وتعزيزها بحسن نية، والميثاق العربي لحقوق الإنسان أيضاً نص في المادة 3/35 منه بأن تكفل كل دولة طرف الحق في الإضراب في الحدود التي ينص عليها التشريع النافذ⁽²⁾.

(1) أ. علي محمد الجبالي: "أحقية الموظفين العمالين في الإضراب في القانون الأردني"، مرجع سابق، ص 57.

(2) أ. علي محمد الجبالي: المرجع السابق، ص 60.

ولقد نص الميثاق الاجتماعي الأوروبي في المادة 1/6 على أن تعترف بحق أصحاب العمل والعمال بالعمل الجماعي في حال تضارب المصالح بما في ذلك حق الإضراب بموجب الالتزامات التي تنشأ عن الاتفاقيات الجماعية المبرمة مسبقاً، واستثنى الميثاق بعض الفئات من الإضراب مثل الشرطة والقوات المسلحة⁽¹⁾.

وفي نهاية هذا البحث المتواضع نرى أنه لا بد من حظر الإضراب في المنشآت الحيوية والاستراتيجية وذلك بقصد الحفاظ على حياة المواطنين وضمان الحفاظ على النظام العام واستمرارية الخدمات في القطاعين العام والخاص.

الخاتمة

بعد أن بيّنا في هذا البحث الحق في الإضراب بين الجواز والتحريم، ونظراً لأهمية هذا الموضوع وحساسيته فقد حاولنا دراسته من كافة الجوانب بإيجاز من حيث مفهومه و شروطه وأنواعه والقيود الواردة عليه، وقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نجملها في الآتي :

أولاً: النتائج

- 1- نستنتج أنّ الإضراب يعد وسيلة من وسائل الاحتجاج التي ظهرت وانتشرت حديثاً في البلدان العربية والإسلامية حيث يلجأ إليها الأطراف للمطالبة بحقوقهم أمام أصحاب العمل.
- 2- الإضراب يكون محرماً في البلدان الإسلامية إذا كان بتحريض من دول أجنبية هدفها نشر الفتن والاضطرابات داخل البلدان.
- 3- إنّ ممارسة حق الإضراب في إطار القطاع الخاص ليس أقل خطراً من ممارسته في القطاع العام ، لأنّ فكرة المصلحة العامة متوفرة في كل المرافق الخاصة والعامة وتوقف القطاع الخاص يهدد سلامة المواطنين ويعرض المصلحة العامة للخطر.
- 4- إنّ الحق في الإضراب هو حق أصيل وواضح ومكفول في المواثيق والعهود الدولية وكذلك نصت عليه بعض الدساتير باعتباره حقاً دستورياً لصيقاً بالإنسان للمطالبة بحقوقه وفقاً للقانون.

ثانياً: التوصيات

(1) د. أمل محمد عبدالمعطي: " حق الإضراب والنظائر في النظم السياسية المعاصرة"، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2014م، ص 62.

- 1- نوصي بعدم اللجوء للإضراب بكافة أنواعه للتعبير عن الرأي أو الإحتجاج على أمر ما أو المطالبة به ، إلا بعد استنفاد كافة الطرق والوسائل الأخرى.
- 2- نوصي عند ممارسة الإضراب يجب عدم تعريض النفس وأرواح الناس للخطر أو إلحاق الأذى والضرر بالآخرين ، وأن لا يؤدي الإضراب إلى ارتكاب أفعال محرمة.

والله ولي التوفيق

الباحث...،،



قائمة المراجع

أولاً: القرآن الكريم .

ثانياً: معاجم اللغة.

- 1- المعجم الوسيط: منشورات مكتبة الشروق ، الجزء الأول ، القاهرة ، 2004م.
 - 2- لسان العرب: لابن منظور، منشورات دار صادر ، الجزء الأول ، بيروت.
- ثالثاً: الكتب .
- 1- أشرف عبدالقادر قنديل: "الإضراب بين الإباحة والتجريم _ دراسة مقارنة" ، منشورات دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014م.
 - 2- أمل محمد عبدالمعطي: " حق الإضراب والتظاهر في النظم السياسية المعاصرة"، منشورات دار النهضة العربية ، القاهرة، ط2، 2014م.
 - 3- رمضان عبدالله صابر : "النقابات العمالية وممارسة حق الإضراب"، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة ، 2004م.
 - 4- سليمان الطماوي : "الوجيز في القانون الإداري _ دراسة مقارنة"، منشورات دار الفكر العربي ، مصر، 1988م.
 - 5- السيد محمد عبدالحמיד : "ممارسة الموظف للحريات العامة في القانون الإداري والقانون الدولي _ دراسة مقارنة"، (د_ن)، 2003م.
 - 6- صلاح علي حسن : "تنظيم الحق في الإضراب"، منشورات دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012م.
 - 7- علي عبدالعال سيد أحمد : "حق الإضراب في المرافق العامة"، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، ط، 3، 2012م.
 - 8- ماجد راغب الحلو: "القانون الإداري"، منشورات دار الطبوعات الجامعية ، مصر، 1996م.
 - 9- محمد أحمد عجيز: " حرية الرأي في قانون العمل المصري"، منشورات دار النهضة العربية ، القاهرة، 2006م.
 - 10- محمد أنس جعفر: " الحقوق الدستورية للموظف العام - دراسة مقارنة"، (د_ن)، 2010م.
 - 11- محمد سعيد الليثي: " التظاهر والإضراب _ دراسة تطبيقية مقارنة"، منشورات دار أبو المجد للطباعة والنشر، ط2، القاهرة ، 2016 م .

- 12- محمد عبد الحميد أبوزيد: "القانون الإداري"، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، 1999م.
- 13- محمد عزمي البكري: "مدونة الفقه والقضاء في قانون العمل"، منشورات المكتبة القانونية، القاهرة، 1986م.
- 14- محمد علي عبدالسلام، و. أيمن سيد خليل حجر: "التظاهر والتجمهر والإضراب وأثرهم على حرية الرأي والتعبير"، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، 2017م.
- 15- محمد فؤاد مهنا: "مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة- دراسة مقارنة"، منشورات منشأة المعارف، الإسكندرية، (د_ت) .
- 16- مصطفى أحمد أبوعمر: "التنظيم القانوني لحق الإضراب في القانون المصري والفرنسي والتشريعات العربية"، منشورات دار الكتب القانونية، مصر، 2009م.
- رابعاً: الرسائل العلمية.
- 1- إبراهيم صلاح عبد الصرايرة: "مشروعية الإضراب وأثاره في العلاقات التعاقدية- دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراة في الحقوق، جامعة عين شمس، 2009م.
- 2- حمزة سالم مقبل: "الإضراب وأحكامه في الفقه الإسلامي"، رسالة ماجستير في القانون، جامعة اليرموك، الأردن، 2005م.
- 3- خالد بن عبدالله الحميسي: "حق الموظف العام في الإضراب - دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير في القانون جامعة آل البيت، الأردن، 2012م.
- 4- خيرى عمر أبوبكر: "التنظيم القانوني لحق الإضراب والتظاهر"، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2015م.
- 5- سلامة عبدالنواب عبدالحليم: "المفاوضة الجماعية في قانون العمل"، رسالة دكتوراة في الحقوق، جامعة حلوان، 2002م.
- 6- عبدالباسط عبدالمحسن: "الإضراب في قانون العمل"، رسالة دكتوراة في الحقوق، جامعة القاهرة، 1992م.
- 7- عبدالفتاح سليمان المغربي: "مدى تطور حق الإضراب في المرافق العامة - دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة طرابلس، 2015م.

8- علي محمد الجبالي: "أحقية الموظفين العاميين في الإضراب في القانون الأردني" رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2014م.

خامساً: الدوريات والمقالات العلمية.

1- أحمد عوض هندي: "حكم التحكيم الإلكتروني"، بحث مقدم لمجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، 2009م.

2- رضا عبد الخالق إسماعيل: "إضراب الأطباء عن العمل - دراسة فقهية"، بحث مقدم لحولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية، العدد الثاني والثلاثون، الإسكندرية.

3- فوزي إبراهيم دياب: "التنظيم القانوني لحق الإضراب في المرافق العامة"، بحث مقدم لمجلة البحوث القانونية، العدد الحادي عشر، 2020م.

4- مفتاح إغنية محمد: "حق الإضراب الوظيفي بين الاعتراف الدستوري والتقييد القانوني"، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية، الزاوية، العدد الخامس عشر، ديسمبر 2019م.

سادساً: القوانين واللوائح.

1- قانون العقوبات الليبي وتعديلاته.

2- القانون الليبي رقم 45 لسنة 1972 بشأن تحريم الإضرابات والاعتصامات والمظاهرات.

3- القانون الليبي رقم 65 لسنة 2012 م في شأن تنظيم حق التظاهر السلمي.

4- قانون علاقات العمل المصري رقم 12 لسنة 2003م.

سابعاً: أحكام المحاكم.

1- حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 63 لسنة 30 ق، جلسة 1984/5/7م، مكتب في 22، الجزء الأول، ص 61.

2- حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 93 لسنة 33 ق، جلسة 1987/12/14م، مكتب في 25، الجزء الثالث، ص 78.

3- حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 104 لسنة 39 ق، جلسة 1995/6/18م، مكتب في 30، الجزء الرابع، ص 118.

4- حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 147 لسنة 50 ق، جلسة 2006/4/23م، مكتب في 41، الجزء الأول، ص 65.

- 5- حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن رقم 1 لسنة 57 ق، جلسة 2013/12/23م، مكتب فيني 44 ، الجزء الثاني، ص16.
- 6- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن الإداري رقم 24587 لسنة 61 ق، جلسة 2015/4/18م، مكتب فيني 60، الجزء الأول، ص804.
- 7- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن الإداري رقم 61839 لسنة 61ق، جلسة 2015/7/25م، مكتب فيني 60، الجزء الثاني، ص1123.
- 8- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 19485 لسنة 59 ق ،جلسة 2015/7 /26 م ، منظومة قوانين الشرق.
- 9- حكم المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة في الطعن المدني رقم 963 لسنة 2020، جلسة 2021/2/15م، شبكة قوانين الشرق.

المفهوم القانوني والسياسي لرئيس الدولة في إطار القانون الدولي

د. طارق نصر الدعيكي

محاضر بقسم القانون العام/ جامعة المعرفة للعلوم الإنسانية والتطبيقية.

المقدمة:

من المعروف أن لكل دولة رئيساً، ورئيس الدولة هو رمز السلطة في دولته، فهو الذي يمثلها في الداخل، والخارج، وتثبت له هذه السلطة التمثيلية أي كان نظام الدولة السياسي وبصرف النظر عن السلطات المخولة له بمقتضى دستور الدولة وقوانينها، لذلك ازدادت سلطات رئيس الدولة بازدياد وظائف الدولة، وأصبحت هذه السلطات التي يملكها الرئيس هي سلطات حقيقية، وشرفية كما كانت عليه سابقاً. ومن ثم أصبح رئيس الدولة هو العضو الاسمي لدولته في مجال التعبير عن إرادتها أمام المجتمع الدولي، فهو يملك أهلية التصرف نيابة عن دولته في مجال العلاقات الدولية، وهو الذي يعتمد السفراء في دولته، ويقبل أوراق اعتماد السفراء الأجانب، وهو الذي يبرم المعاهدات، ويتجه لكل الأعمال التي يقوم بها لذلك اعترف له القانون الدولي بمجموعة من الامتيازات، والحصانات التي تحميه من أي اعتداء، وتأسيساً على ذلك، سنتناول في هذه الدراسة الحماية الجنائية التي يتمتع بها رئيس الدولة، وفقاً للقانون الدولي وقواعده.

إن الوضع القانوني لرئيس الدولة في القانون الدولي، يتعلق بالقواعد التي تنظم الوضع القانوني؛ لقربة مائتي شخص على المستوى الدولي حيث يكتسب هذه الأهمية يوماً بعد يوم؛ لأنه يعتبر أهم شخص يعبر عن إرادة الدولة، وكذلك لأنه يقع على رأس النظام في دولته.

أهمية الموضوع:

تزداد أهمية رئيس الدولة يوماً بعد يوم باعتباره حاكماً للدولة وقائداً لها، وهو السلطة التي تمثل دولته أمام الدول، وكذلك هو الشخص الذي يقوم بوضع السياسة العامة للدولة، والإشراف على تنفيذها وفقاً للقوانين والقرارات، كما أن رؤساء الدول هم الذين يعبرون عن إرادة دولهم؛ لأنهم يملكون المكانة، والاختصاصات التي تمكنهم من أداء أعمالهم الدولية، والوطنية داخل دولتهم وخارجها.

الهدف من الموضوع:

يهدف الموضوع إلى توضيح من هو رئيس الدولة، وما مدى الحصانات والامتيازات الممنوحة له في إطار القانون الدولي من حيث القانون والسياسية.

إشكالية الموضوع: هذا الموضوع يطرح سؤالاً يتمحور حول ما هو المفهوم القانوني والسياسي لرئيس الدولة؟

فرضية الموضوع: تقتضي الإجابة عن هذه الإشكالية التعرض إلى المفهوم القانوني والسياسي لرئيس الدولة في إطار القانون الدولي، ويمكن دراسته من خلال:

المبحث الأول: المفهوم القانوني لرئيس الدولة

المبحث الثاني: المفهوم السياسي لرئيس الدولة

المبحث الأول: المفهوم القانوني لرئيس الدولة

رئيس الدولة هو الهيئة الداخلية العليا التي تتمتع بالسلطة وبحق تقريرها⁽¹⁾، كذلك هو الرئيس الأعلى للسلطة التنفيذية، ويلعب دوراً رسمياً في ممارسة العلاقات الخارجية، ويذكر أن رئيس الدولة هو رمز السلطة العامة في دولته، فهو الذي يمثلها في الداخل، والخارج⁽²⁾.

ومن ثم فإن رئيس الدولة تثبت له هذه الصفة التمثيلية أيا كان نظام الدولة السياسي وبغض النظر عن السلطات المخولة له، وكذلك يقوم بتنظيم العلاقات بين دولته، والدول الأخرى، إما عن طريق وزير الخارجية، أو المبعوث الدبلوماسي في الخارج.

وطبقاً لقواعد القانون الدولي، فإن رئيس الدولة يقوم بدور أساسي في التفاوض باسم دولته، وكذلك يقوم بعقد المعاهدات، والتصديق عليها، وفي إعلان الحرب، أو إيقافها، وهذه هي الصورة الرئيسية لعلاقات الدول الخارجية⁽³⁾.

ولكل دولة كامل الحرية في أن تتخذ لرئيسها ما تراه مناسباً من الألقاب، ومن هنا فيجب علينا التفرقة بين كل من الملوك من جهة، والرؤساء من جهة أخرى، فمثلاً الدول التي يرأسها أشخاص متوجون يعتلون العرش عن طريق الوراثة، فهو ملك، أو إمبراطور، أو قيصر، أو سلطان، أو أمير، أو غير ذلك من المسميات الأخرى. أما الدول التي يرأسها أشخاص منتخبون يكون رئيساً للدولة، أو رئيساً للجمهورية.

المطلب الأول: الألقاب والأسماء المختلفة التي تطلق على رئيس الدولة

اللقب هو الاسم الفخري الذي يطلق على حامله، بحيث يجلب له الشرف والاحترام ومن ثم فإن اللقب الذي تضعه الدول يحدد مركز رئيسها بين مختلف رؤساء الدول، لذلك فلقب الإمبراطور يتفوق على لقب الملك.

ومن هنا فإن رئيس الدولة في العهود السابقة، يطلق عليه أكثر من لقب، فكان يطلق عليه الإمبراطور، وكذلك يطلق عليه لقب الملك الإمبراطور، يعنى أن الأباطرة في العهود القديمة يسيطرون على الملوك، ولقب الإمبراطور يطلق على الدول العظمى ذات المساحات الواسعة والتي تحكم عدة شعوب، ويطلق على رئيس الدولة ولي العهد، وهو الشخص الذي يكون وريثاً للعرش، وأيضاً يطلق عليه لقب

(1) محمد عبد المطلب الخشن، الوضع القانوني لرئيس الدولة في القانون الدولي، دارا لجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 17

(2) على صادق ابوهيف، القانون الدبلوماسي، ط 5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 447.

(3) شادية إبراهيم احمد، الحماية القانونية لرؤساء الدول، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، القاهرة، 2002، ص 10.

الأمير، وكذلك يطلق عليه لقب صاحب الجلالة، وهذا اللقب يطلق على الملوك، والأباطرة. ويطلق عليه أيضا لقب البابا، وهو رئيس الكنيسة الكاثوليكية الرومانية حتى أصبح معروفا باسم بابا الفاتيكان حالياً⁽¹⁾. كذلك يطلق عليه أيضا اسم صاحب العظمة، ولقب الميكلانو، وهو اللقب الذي يحمله أباطرة اليابان، ولقب صاحب الفخامة، وهو الذي يرأس الدولة في النظام الجمهوري⁽²⁾، والألقاب الدينية للملوك، حيث تتمتع بعض الدول، بألقاب دينية ناشئة عن أسباب تاريخية، ملك فرنسا: كان يدعى الملك المسيحي المخلص سابقا، وملك إسبانيا يحمل لقب الملك الكاثوليكي، وملك البرتغال، يحمل لقب الملك الشديد الإيمان سابقا، وسوف أقوم بشي من التفصيل حول ألقاب الرؤساء.

أولاً. أبرز ألقاب الرئيس في النظام الإسلامي:

1. لقب الخليفة، وعرف لأول مرة عندما تم اختيار أبي بكر الصديق رضي الله عنه.⁽³⁾
2. لقب إمام، وهو من ائمة الناس به.
3. لقب أمير، أول من أطلق عليه، هو الخليفة الراشد الثاني عمر بن الخطاب⁽⁴⁾.

ثانياً. ألقاب الرؤساء في الأنظمة الملكية:

1. لقب ملك، ويسمى عاهل أيضا.
2. لقب إمبراطور، ويطلق على رئيس دولة اليابان .
3. لقب سلطان، ويطلق على رئيس دولة عمان.
4. لقب أمير، ويطلق على رئيس دولة الكويت .
5. لقب شيخ، ويطلق على رئيس دولة الإمارات .
6. لقب شاه سابقا، ويطلق على رئيس دولة إيران.

ثالثاً. ألقاب الرؤساء في الأنظمة الجمهورية:

1. لقب رئيس الجمهورية، وهو أكثر ألقاب رؤساء الدول شيوعا في الغالبية العظمى.
2. لقب رئيس الاتحاد، ويمثل في سويسرا.
3. لقب رئيس مجلس السيادة .
4. لقب رئيس مجلس قيادة الثورة.
5. لقب رئيس مجلس الدولة.

(1) سموحي فوق العادة، الدبلوماسية والبروتوكول، 1960، ص 52.

(2) سموحي فوق العادة، مرجع سابق ذكره، ص 51.

(3) محمود حلمي، نظام الحكم في الإسلام مقارنا بالنظم المعاصرة، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975، ص 56.

(4) محمود حلمي. مرجع سابق ذكره، ص 57.

المطلب الثاني: الاعتراف برئيس الدولة

يمثل الاعتراف برئيس الدولة بين الدول هو عمل إرادي تأتيه دولة قائمة والاعتراف برئيس الدولة يدخل ضمن الاعتراف بالحكومة، ومكانة رئيس الدولة تقع على قمة الهرم الحكومي، فهو الرئيس الأعلى لحكومته، ولا يجوز للدول الأخرى الامتناع عن الاعتراف برئيس الدولة، لان الامتناع يعد في هذه الحالة تدخلا غير مشروع في الشؤون الداخلية لهذه الدولة . ولا يشترط في الاعتراف أن يتم في صورة معينة، أو أن يكون صريحا في وثيقة أو تبليغ دبلوماسي، لذلك يجوز أن يحصل الاعتراف بطريق ضمني، والمثال على ذلك أن يقوم مبعوثو الدول الأجنبية في الدولة التي يتغير رئيسها أن يقدموا أوراق اعتمادا جديدة إلى الرئيس الجديد، كذلك قد يكون من خلال رسائل التهنئة من رؤساء الدول الأخرى، أو التمثيل الرسمي في مناسبات المبايعة⁽¹⁾.

والاعتراف برئيس دولة معينة يتضمن الاعتراف بالدولة نفسها، فمثلا إذا لم تعترف الدول الأخرى بدولة ما، فعليها ألا تعترف برئيس هذه الدولة. ويمر الاعتراف برئيس الدولة بعدد من الصعوبات في بعض الحالات، منها:

1. إذا اتخذ رئيس الدولة لنفسه لقباً يتضمن اعتداء على حقوق دولة من الدول⁽²⁾.
2. إذا جاء رئيس الدولة إلى منصبه عقب انقلاب، أو ثورة، أو في حالة تعدد المطالبين برئاسة الدولة، وتنازعهم فيما بينهم⁽³⁾.
3. حالة الشخص الذي يباشر اختصاصات رئيس الدولة من على إقليم دولة أجنبية حصل فيها على لجوء سياسي نظرا لظروف الحرب⁽⁴⁾. وكذلك في بعض الحالات غير المعتادة، مثل اغتصاب إحدى القيادات العسكرية للسلطة في دولة ما.

أهمية الاعتراف:

تظهر أهمية الاعتراف برئيس الدولة بوجه خاص؛ في حالة ما إذا تولى الرئيس الجديد الحكم اثر حركة ثورية، أو انقلاب أطاح بالرئيس السابق، ويزترب عليه تغيير نظام الحكم أو شكله، فمثلا الاعتراف بنظام الحكم الجديد، أو بالحكومة الجديدة يصبح ضروريا لاستمرار العلاقات بينها وبين الدولة التي تغير الحكم فيها، ومن تم فعلى الدولة أن تطلب رسميا من الدول الأخرى الاعتراف بنظامها

(1) على صادق أبو هيف، القانون الدبلوماسي، مرجع سابق ذكره، ص 37/36 .

(2) على صادق أبو هيف، مرجع سابق ذكره، ص 42 .

(3) حامد سلطان، عائشة راتب، صلاح الدين عامر، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1987، ص 147.

(4) إبراهيم الغناي، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1990، ص 627 .

الجديد، وتعتبر استجابة هذا الطلب شرطا أساسيا لاستمرار العلاقات أو توقفها بين الطرفين حين صدور الاعتراف من أحدهما، أو تغيير الأوضاع في إحدى الدولتين⁽¹⁾.

المطلب الثالث: اختصاصات وحصانات رئيس الدولة

أولا: اختصاصات وواجبات رئيس الدولة: يعترف القانون الدولي لرئيس الدولة ببعض الاختصاصات، والواجبات أبرزها:

1. اختصاصات رئيس الدولة: يختص رئيس الدولة ببعض الاختصاصات أهمها:
أ- إبرام المعاهدات:

لا بد من أهلية رئيس الدولة لإبرام المعاهدات، لذلك تقتضي اتفاقية فينا 1969 ف للمعاهدات م6، لكل دولة أهلية إبرام المعاهدات، فالدولة هي التي لها أساس حق إبرام المعاهدات، ورئيس الدولة له الحق في إبرام المعاهدات نيابة عن الدولة، ويمكن أن يشاركه في ذلك بعض الأشخاص، مثل رئيس الوزراء، أو وزير الخارجية. وتنص المادة 1 من تلك الاتفاقية، على أنه يقصد باصطلاح معاهدة هي اتفاق دولي يعقد كتابه بين الدول، وينظمه القانون الدولي، سواء كان واردا في وثيقة واحدة، أو عدة وثائق⁽²⁾، ولا يتأثر اختصاص الرئيس بسلطة إبرام المعاهدات:

1. أن ينوب عن رئيس الدولة في إبرام المعاهدات أي شخص آخر فالأصل أن اختصاص هو لرئيس الدولة.

2. أن تشارك السلطة التشريعية في التصديق على المعاهدات، لكن بشرط أن الرئيس هو الذي يتفاوض ويوقع على المعاهدة .

أما في النظام الإسلامي، فان إبرام المعاهدات هو حق الخلفية، لذلك يقول القلقشندي، بالنسبة لمن له حق إبرام المعاهدة، يقول لا يصح العقد فيه إلا من الإمام الأعظم، أو من نائبه المفوض⁽³⁾. وكذلك لا بد من صحة إرادة الرئيس عند إبرامه للمعاهدة، فلا بد أن يكون الرضا بإحكامها صحيحا غير معيب، ومن المعلوم أن عيوب الرضا، هي الإكراه، والغلط، والتدليس، والغبن، ويقوم رؤساء الدول بدور هام في إبرام المعاهدات عن طريق التفاوض؛ لأنه له الحق في التفاوض باسم دولته، وهو يمارس التفاوض بالنيابة عن دولته، دون حاجة إلى ما يثبت هذا الحق⁽⁴⁾.

(1) محمد عبد المطلب الخشن، مرجع سابق ذكره، ص 52 .

(2) حامد سلطان ، القانون الدولي العام وقت السلم، مرجع سابق ذكره، ص 207 .

(3) أبو العباس القلقشنديصبح الأعشى في صناعة الانشاء، المؤسسة المصرية العامة، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص 16.

(4) د. جعفر عبد السلام (قواعد العلاقات الدولية في القانون الدول وفي الشريعة الإسلامية)، القاهرة، ط 1، مكتبة السلام، 1981 ف، ص 47.

كذلك له الحق في أن يفوض غيره للتفاوض مع الدول الأخرى، مثل وزير الخارجية، ثم تأتي مرحلة التوقيع على المعاهدة، قد تتم مباشرة من رئيس الدولة، أو من له السلطة اللازمة لذلك، وقد يكون على مرحلتين:

. مرحلة التوقيع بالأحرف الأولى، وهو أن يكون الشخص غير مزود بسلطات كاملة أي ليس عن طريق رئيس الدولة .

. مرحلة التوقيع النهائي، وهي من رئيس الدولة، أو رئيس الحكومة، ثم تأتي مرحلة التصديق، وهي ارتباط الدولة بالمعاهدة على الصعيد الدولي، وقد يكون التصديق منعقدا لرئيس الدولة بمفرده، أو من حق السلطة التشريعية، أو عن طريق رئيس الدولة.

ب- إعلان الحرب وإيقافها ووضع السلام:

تشير السلطة الدستورية المخولة لرئيس الدولة في مجال إعلان الحرب، أو وضع السلام، لذلك يحدد القانون العام الداخلي لكل دولة السلطة المتخصصة بإعلان الحرب، أما بالنسبة لقرار إيقاف الحرب، فهو القرار الذي يصدر من قائد القوات المسلحة في دولة ما بإنهاء العمليات الحربية، ويختص رئيس الدولة بإصدار هذا القرار، فهو الذي يعلن الحرب ويعلن إيقافها⁽¹⁾.

ج- تعيين رؤساء البعثات الدبلوماسية واعتمادهم:

تمارس سلطة اعتماد رؤساء البعثات الدبلوماسية، بواسطة رؤساء الدول المعنيين ويوقع رئيس الدولة المرسله خطابات الاعتماد التي يعين بواسطتها رئيس البعثة وكذلك رئيس الدولة المستقبلة التي سيوجهون إليها، وإلى جانب هذه الاختصاصات الرئيسية هناك اختصاصات أخرى وهي:

1. الاعتراف بالحكومات، والدول الأجنبية.
2. الاختصاص بإقامة العلاقات الدبلوماسية، وقطعها في بعض الظروف⁽²⁾.
3. الأخطار بواقعة، أو موقف معين، يهدف إلى إعلام المجتمع الدولي بهدف هذه الواقعة، أو الموقف.

2- واجبات رئيس الدولة:

أ- عدم خرق القوانين واللوائح الداخلية:

إعطاء الرئيس الحصانات والامتيازات في مواجهة الدول الأجنبية، هذا لا يعنى إعفاءه من احترام القوانين الداخلية لهذه الدول، والمثال على ذلك مثلا أن يخترق قواعد المرور، أو غير ذلك من القوانين الداخلية لتلك الدول ، والقوانين الداخلية تشمل القواعد الدستورية، والقوانين الداخلية، واللوائح وغيرها، ومن تم

(1) محمد سامي عبد المجيد، أصول القانون الدولي العام ، ط2، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998 ،ص 20.

(2) احمد أبو الوفاء، قطع العلاقات الدبلوماسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 54.

فإن هذه القوانين تهدف إلى حماية الحقوق بأنواعها، وواجب رئيس الدولة الأجنبي أن يكون على حرص تام على احترام هذه القوانين، ولذلك لا يجوز لرئيس الدولة أن يباشر القضاء بين أفراد حاشيته، ولا يسمح له بخرق القوانين الداخلية للدولة التي يزورها، وللدولة الحق في إنهاء زيارته في حالة خرقه للقوانين، كذلك يجوز للدولة وضعه تحت المراقبة حتى يغادر الإقليم⁽¹⁾.

ب- عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأجنبية:

من أهم قواعد القانون الدولي أنه يجب على رئيس الدولة احترام مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأجنبية، فأى تدخل من جانب دولة في شؤون دولة أخرى يمثل خرقاً لمبدأ السيادة والمساواة بالنسبة لهذه الدولة، وهناك حالات من التدخل في شؤون الداخلية للدول الأجنبية والمثال على ذلك، تدخل رئيس فرنسا شارل ديغول، عند زيارته لكندا عام 1967 ف وصف إقليم كيبيك بأنه مدينة حرة، فطلبت الحكومة الكندية منه قطع الزيارة .

من هذا المثال نفهم إذا قام رئيس دولة زائر بالإساءة إلى الدولة المضييفة بالتدخل في شؤونها الداخلية، يجوز للدولة المستقبلية أن تطلب منه المغادرة الفورية .

ج- احترام مبادئ القانون الدولي العام:

1. مبدأ عدم المساس بسيادة الدول الأجنبية.
2. مبدأ حسن النية عند التعامل مع الدول الأجنبية.
3. مبدأ حسن التصرف على المستوى الدولي.
4. مبدأ عدم إساءة استعمال الحق، وعدم استخدام الحصانات في غير الأغراض التي شرعت من أجلها.
5. مبدأ عدم ممارسة نشاط تجارى أو مهني

ثانياً: حصانات وامتيازات رؤساء الدول

1- أنواع الحصانات التي يتمتع بها رئيس الدولة.

يتمتع رئيس الدولة بعدة حصانات من أهمها:

أ. الحصانات الشخصية:

1. عدم جواز التعرض لشخصه من جانب السلطات المحلية، فلا يجوز القبض عليه أو حجزه.
2. حماية رئيس الدولة من أي اعتداء سواء من جانب الأفراد، أو الدولة.
3. حماية كرامة رئيس الدولة من أي تجريح، أو إهانة لشخصه، أو سب، أو قذف له.
4. حماية مسكن، وأموال، ومراسلات رئيس الدولة.

(1) علي صادق أبو هيف . مرجع سابق ذكره، ص 44.

5. حماية الأمتعة الشخصية، والحقيبة الرئاسية لرئيس الدولة.

ب . الحصانات القضائية لرئيس الدولة:

يعفى رئيس الدولة من الخضوع للقضاء المحلي في الدول الأجنبية، كذلك يعفى من الخضوع للقضاء الجنائي، أو القضاء المدني، والإداري⁽¹⁾.

ومن ثم فإن رئيس الدولة مهما كانت صفته ملكا، أو رئيسا يمنحه القانون الدولي حصانة قضائية تعفيه من الخضوع للقضاء المحلي، لذلك أصبحت حصانة رؤساء الدول القضائية من المبادئ المستقرة في القانون الدولي، ويرى البعض أن الحصانة هي قيد على سلطة الدولة تفرضه مبادئ القانون الدولي العام⁽²⁾.

ويرى الآخرون أنها قيد يورده القانون الدولي العام كليا، أو جزئيا على اختصاص محاكم الدولة؛ ليخرج من نطاقها وولايتها الدول الأجنبية، ورؤساء وأعضاء البعثات الدبلوماسية الأجنبية. ومن أهم هذه الحصانات القضائية لرئيس الدولة، الحصانة ضد القضاء الجنائي، والحصانة ضد القضاء المدني والإداري.

ج . أنواع الامتيازات التي يتمتع بها رئيس الدولة الامتيازات الشخصية:

رؤساء الدول يتفردون بجملة امتيازات خاصة، وتبدأ هذه الامتيازات عندما يتولى رئيس الدولة منصبه وهي:

1. التهئة بتوليه الحكم، وكذلك هناك مجاملات خاصة تمتد إلى المشاركة في المناسبات الخاصة للرؤساء الأجانب، مثل مناسبات الزواج، كذلك تلتزم الدول بمخاطبة رؤساء الدول الأجانب بعبارات تفيده التفخيم، والإكبار، والاحترام، وغيرها من الامتيازات الأخرى.
2. حرية الاتصال.
3. حرية التنقل.
4. حرية ممارسة الاختصاصات الرئاسية، وهي حرية مقيدة، وليست مطلقة تقيد باحترام القوانين في الدول الأخرى.
5. الامتيازات المالية، وهي إعفائه من الضرائب، والرسوم عدا الضرائب غير المباشرة.

(1) هشام علي صادق، طبعة الدفع بالحصانة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 1، القاهرة، سنة 1969 ف، ص 32.

(2) عبد الحكيم عبد الرحمن، مشكلة الحصانة القضائية، مكتبة النصر، القاهرة، 1991 ف، ص 6.

المبحث الثاني

المفهوم السياسي لرئيس الدولة

يلعب رئيس الدولة دورا كبيرا في صنع السياسة الخارجية لبلاده بما يملك من صلاحيات وسلطات دستورية، والمقصود بشخصية رئيس الدولة، هي جملة الصفات الشخصية، والأفكار، والأيدولوجيات التي تتوافر في رئيس الدولة.⁽¹⁾ وخير مثال على ذلك دور الرؤساء في التأثير على سياسة بلادهم، وتوجيهها الوجهة التي يريدونها، هتلر، وموسوليني، معمر القذافي، وجمال عبد الناصر، لما لهم من شخصيه قوية تؤثر في بلادهم . وقد أثبتت الممارسات الدولية أن العلاقات الشخصية للرؤساء كان لها ابلغ الأثر في حل كثير من النزاعات الدولية، وخصوصا في الحالات التي يتمتع فيها الرئيس بنفوذ أدبي، وشخصية ذات احترام في الوسط الدولي.

وهناك عدة عوامل تؤكد الدور المتعاظم لرئيس الدولة في صنع وتوجيه السياسة الخارجية ومن هذه العوامل (2):

1. الصلاحيات الدستورية الواسعة التي يتمتع بها الرئيس بخصوص تكوين وإعلان إرادة الدولة.
2. طبيعة العلاقات الدولية في العصر الحديث، والمخاطر الهائلة التي يمكن أن تنشأ بسبب النزاعات والحروب، مما يجتم إعطاء الرئيس دورا كبيرا في توجيه السياسة الخارجية بين الدول نحو التهدئة.
3. قيام الرئيس بصنع وتوجيه السياسة الخارجية، أو معظمها، بمنح السرعة الأزمة لتفادي أخطار، ومشاكل يمكن أن تحدث لو لم تكن السياسة الخارجية سريعة التحول، وهذا يتحقق بإعطاء الرئيس السلطة في المجال الخارجي.
4. احتفاظ الرئيس بغالبية أسرار الدولة .
5. المكانة الأدبية الخاصة بمنصب الرئاسة، بما يتمتع به هذا المنصب من ميراث تاريخي عميق يمنحه التأثير الكبير على الصعيد الدولي، وكذلك على صعيد الأفراد، ويمكن دراسة هذا الموضوع من خلال:

المطلب الأول

المقصود بالسياسة الخارجية، ورئيس الدولة في المفهوم السياسي

أولاً - تعريف السياسة الخارجية والعوامل المؤثرة فيها:

هي التي تسيير نشاط الدولة في علاقاتها مع الدول الأخرى، أو المنهج الذي تسيير بمقتضاه الدولة في علاقاتها في الشؤون السياسية، والتجارية، والاقتصادية، والمالية مع الدول الأخرى⁽³⁾.

(1) الشافعي محمد بشير . مرجع سابق ذكره، ص 55 .

(2) محمد عبد المطلب الخشن . مرجع سابق ذكره، ص 124 .

(3) عز الدين فوده ، النظم الدبلوماسية، القاهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص 63.

ومن ثم فقد تتخذ السياسة الخارجية لكل دولة حسب أهدافها الوطنية، ومصالحها الحيوية، لذلك تختلف السياسات الخارجية للدول في أحيان كثيرة، وتتعارض مع بعضها البعض، ومع ذلك فإن السياسة الخارجية لكل أمة من الأمم هي نتائج أجوبة واضعي سياستها عن الأسئلة التالية :

- ماذا ينبغي أن تكون أهدافنا الوطنية؟.
- ما هي مصالح الأمة الحيوية ؟ .
- ما هي الأعمال التي نستطيع القيام بها؟⁽¹⁾.

العوامل المؤثرة في وضع السياسة الخارجية:

عوامل أساسية: وهي الجغرافيا، الحدود، الموقع، المساحة، النفوذ، المواد الأولية، والتقدم الصناعي.

1. عوامل مساعدة: وتشمل القيادة، نظام الحكم، استعمالات القوة.
 2. عوامل ايدلوجية: وهي تقرر محتوى السياسة الخارجية، وشكلها، وأسلوبها.
- وبناء على ما تقدم أستطيع القول بأن السياسة الخارجية لدولة ما، هي نتائج مجموعة عوامل تتصل بها الدولة، ومن هنا يبرز تعريف رئيس الدولة في المدلول السياسي.

ثانياً - تعريف رئيس الدولة في المدلول السياسي:

رئيس الدولة هو الهيئة الداخلية العليا، والذي يتمتع بالسلطة، وبحق تقريرها⁽²⁾. كذلك هو الشخص الذي يتولى مقاليد السلطة في دولته، وأيضا هو الشخص الذي يقوم بوضع السياسة العامة للدولة، والإشراف على تنفيذها وفقا للقوانين والقرارات⁽³⁾. وفي رأي الخاص بالنسبة للتعريف السياسي لرئيس الدولة هو ذلك الشخص الذي يضع السياسة في دولته، وقد تكون داخلية تتمثل في وضع الحلول المناسبة لمشاكل المجتمع، وقد تكون خارجية وهي تتأثر بشخصية الرئيس وأتجاهاته.

وبشكل عام فإن رئيس الدولة، هو الشخص الذي يرسم السياسة الخارجية لبلاده من خلال سلطاته الدستورية في عقد المعاهدات، وإبرام الاتفاقيات، وسلطاته في حالة الحرب، والاعتراف بالحكومات، والتمثيل الدبلوماسي، وهو الشخص الذي يدير السياسة الخارجية باعتباره رئيس الدولة⁽⁴⁾.

(1) محمد عبد المطلب الخشن . مرجع سابق ذكره ،ص 118.

(2) محمد عبد المطلب الخشن، مرجع سابق ذكره، ص 17 .

(3) فاضل احمد عبد الغنى ،النظام الدستوري لرئيس الدولة في الجمهورية اليمنية، رسالة دكتوراة، القاهرة، جامعة عين شمس، 1999، ف، ص 5 .

(4) جعفر عبد السلام، مرجع سابق ذكره، ص 17 .

المطلب الثاني

طبيعة دور رئيس الدولة في وضع السياسة الخارجية:

يعتبر رئيس الدولة هو الممثل الاسمي لدولته، والدبلوماسي الأول لها، ويملك السلطة التي تمكنه من إدارة دولته، والإعلان عنها أمام سائر أشخاص القانون الدولي، ومن ثم فإن دور رئيس الدولة في صنع السياسة الخارجية ليس متطابقاً في النظامين البرلماني، والرئاسي، لان رئيس الدولة في النظام البرلماني، يرمز للأمة فقط، ولا يمارس سلطات فعلية، والجهة التي تمارس السلطة هي الوزارة، ومن ثم فإن رئيس الدولة يمارس سلطاته الخارجية بواسطة رئيس الحكومة، ووزير الخارجية، ولكن مع هذا فان رئيس الدولة في الأنظمة البرلمانية له دور هاماً في رسم السياسة الخارجية لبلاده، فله الحق في إعلان الحرب، والسلام، وعقد المعاهدات الدولية، والاعتراف بالدول، وله الحق في تعيين مجموعة من الموظفين المدنيين، والعسكريين⁽¹⁾.

أما بالنسبة للنظام الرئاسي، فهو الذي يمثلها أمام الدول الأخرى، وهو صاحب السلطة التنفيذية الفعلية، كذلك هو الممثل الاسمي الحقيقي للدولة في علاقاتها الخارجية، وهو نائب الأمة الوحيد في علاقاتها الخارجية⁽²⁾.

المطلب الثالث

الاختصاصات السياسية لرئيس الدولة

وممارسة بعض أعمال السيادة خارج دولته

يمارس رئيس الدولة عدة اختصاصات سياسية، ومن هذه الاختصاصات:

أولاً- اختصاصات رئيس الدولة سياسياً:

1. وضع السياسة العامة، والسياسة العامة هي عبارة عن تحديد الأهداف والخطوط، التي يجب أن يتم التنفيذ على أساسها، فهي ذات طبيعة معقدة، ومرتبطة بمشاكل المجتمع، وما يتطلبه⁽³⁾.
ومن ثم فان سلطة الرئيس لا تتمثل على وجه الخصوص إلا في إدارة السياسة الخارجية، وصنعها.

(1) الشافعي محمد بشير، القانون الدولي العام في السلم والحرب، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974ف، ص 45.

(2) إبراهيم حمدان، رئيس الدولة في النظام الديمقراطي، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1987ف، ص 364.

(3) فاضل احمد عبد الغني، مرجع سابق ذكره، ص 21.

2. تعيين الممثلين الدبلوماسيين، وإعفائهم من مناصبهم، واعتماد ممثلي الدول الأجنبية، وقيام رئيس الدولة بتعيين السفراء لدى الدول الأجنبية، وكذلك المندوبين فوق العادة، ويستلم أوراق اعتماد سفراء تلك الدول، وكذلك يجوز له إعفائهم من مناصبهم⁽¹⁾.
3. إبرام المعاهدات، رئيس الدولة له السلطة في إبرام المعاهدات، والتصديق عليها.
4. إعلان الحرب وإنهائها، رئيس الدولة له السلطة في إعلان الحرب، أو إنهائها.
- وأيضاً هو الشخص الذي يقوم بوضع السياسة العامة للدولة، والإشراف على تنفيذها وفقاً للقوانين والقرارات التي تقتضي الظروف أن يقوم رئيس الدولة أثناء وجوده في الخارج بتصريف بعض الشؤون العاجلة، أو الهامة الخاصة بدولته، وإن يوقع القرارات، والمراسم والقوانين المتصلة بها؛ لأنه ليس في العرف الدولي ما يحول دون قيام رئيس الدولة وهو في بلد أجنبي أن يقوم ببعض الأعمال التي لا تتعارض مع سيادة الدولة المضيفة له، ومن الأمثلة على ذلك تعيين ملك إنجلترا، إدوارد السابع لرئيس وزراء اسكوتلاند خلال وجوده في دولة فرنسا، غير أنه لا يحق لرئيس الدولة الموجودة في بلد أجنبي، أن يمارس أعمالاً تتعارض مع مظاهر السيادة الإقليمية للدولة صاحبة هذا البلد، فلا يجوز له أن يباشر القضاء بين أفراد حاشيته لأنهم معفون من الخضوع للقضاء الإقليمي، وكذلك القضاء الجنائي، وإنما عليه أن يعيدهم لدولته ليحاكموا فيها⁽²⁾.

الخاتمة

من خلال هذا البحث توصلت إلى النتائج التالية:

1. إن رئيس الدولة هو رمز السلطة العامة في دولته، فهو الذي يمثلها في الخارج والداخل باعتباره وحدة سياسية.
2. إن القانون الدولي والداخلي يمنح رئيس الدولة عدداً من الحصانات والامتيازات أهمها:
 - أ - الحصانة القضائية، فيعفى رئيس الدولة من الخضوع للقضاء المحلي في الدول الأجنبية، كذلك يعفى من الخضوع للقضاء الجنائي، أو القضاء المدني، والإداري.
 - ب - الحماية الشخصية، وهي: عدم التعرض لشخص رئيس الدولة الأجنبية.
3. قلة المعاهدات، والاتفاقيات التي تختص بحماية رئيس الدولة، كذلك هناك ملاحظات حول نطاق حصانات رئيس الدولة، من حيث الزمان، والمكان والاستثناءات الواردة عليها، نطاق الحصانات، والامتيازات من حيث الزمان، يتمتع بها رئيس الدولة منذ لحظة توليه المنصب رسمياً، ومنذ دخوله إلى

(1) عزة مصطفى حسنى عبد الحميد، مسؤولية رئيس الدولة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008 ف، ص. 39.

(2) علي صادق أبو هيف، مرجع سابق ذكره، ص 48.

دولة أجنبية وحتى مغادرته لها، أما ما يتعلق بالحصانات، والامتيازات من حيث المكان، فحصانة رئيس الدولة يكون نطاقها السكني في الدولة الأجنبية التي يتواجد فيها، أما الاستثناءات الواردة على هذه الحصانات، والامتيازات في حالة عزله، أو انتهاء مدة رئاسته، أو دخول رئيس الدولة في الخدمة العسكرية للدولة التي يتواجد فيها، أو دخوله إلى إقليم الدولة رغم إرادة سلطاتها المحلية، أو تنازل رئيس الدولة عن حصاناته، وامتيازاته، ورغم زوال الصفة عن رئيس الدولة، فإنه يتمتع ببعض أشكال الحصانة، والحماية في بعض الدول.

المصادر والمراجع

- 1- إبراهيم الغنای، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة 1990.
- 2- أبو العباس القلقشندي صبح الأعشى في صناعة الانشاء، المؤسسة المصرية العامة، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
- 3- أحمد أبو الوفاء، قطع العلاقات الدبلوماسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- 4- الشافعي محمد بشير، القانون الدولي العام في السلم والحرب، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.
- 5- جعفر عبد السلام قواعد العلاقات الدولية في القانون الدولي وفي الشريعة الإسلامية، ط1، مكتبة السلام، القاهرة، 1981.
- 6- حامد سلطان، عائشة راتب، صلاح الدين عامر، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.
- 7- حامد سلطان، القانون الدولي العام وقت السلم،
- 8- سمحي فوق العادة (الدبلوماسية والبروتوكول)، 1960.
- 9- عبد الحكيم عبد الرحمن، مشكلة الحصانة القضائية، القاهرة، مكتبة النصر، القاهرة، 1991.
- 10- عز الدين فوده، النظم الدبلوماسية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.
- 11- عزة مصطفى حسنى عبد الحميد، مسؤولية رئيس الدولة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008..
- 12- على صادق ابوهيف، القانون الدبلوماسي، ط5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- 13- محمد سامي عبد المجيد أصول القانون الدولي العام، ط2، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
- 14- محمود حلمي، نظام الحكم في الإسلام مقارنة بالنظم المعاصرة، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975.

- 15- محمود حلمي، نظام الحكم في الإسلام مقارنا بالنظم المعاصرة، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975.
- 16- هشام على صادق، طبيعة الدفع بالحصانة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد1، القاهرة، سنة 1969.
- الرسائل العلمية:
- 17- إبراهيم حمدان، رئيس الدولة في النظام الديمقراطي، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1987.
-