" التكييف الفقهي والقانوني للوظيفة العمومية "

الأستاذ نورالدين مولاي المركز الجامعي للبيض

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه وبعد:

فإن للوظيفة العمومية توصيفاً دقيقاً في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، يتفق أحياناً ويختلف أحياناً أخرى بالنظر للزاوية التي ينظر إليه منها، ويسعى هذا التكييف في كلا الحالتين لإعطائها القالب القانوني الأنسب الذي يحدد ملامحها ويبين النصوص التشريعية و القانونية التي تخضع لها الوظيفة العمومية انطلاقاً من التصور التشريعي لها.

فالنصوص الشرعية تميل إلى تكييف الوظيفة العمومية بالنظر إلى أصل منشئها وتعدها على هذا التصور نوع من أنواع الحسبة والتبرع التي يتطوع بها الأفراد للصالح العام، والمقابل المادي المأخوذ عليها هو بصفة العوض عن الاحتباس أو التفرغ لأدائها وليس أجراً في مقابل خدمة، وعلى هذا كان لفقهاء الشريعة توصيف خاص للتكييف الفقهي للوظيفة العمومية يتناسب مع معناها في الفقه الإسلامي، والمسؤولية فيها على هذا النوح يحددها التقصير من عدمه في أدائها.

وأمّا فقهاء القانون فلهم مجهود في التكييف القانوني للوظيفة العمومية نابع من نوع النظام الإداري الذي تنتمي إليه، فمنهم من ينظر إليها على أنّها مصلحة ومنهم من ينظر إليها على أنّها مهنة، ونتج عن هذا التباين في التكييف القانوني لها اختلاف في التوصيف لطبيعة النظام الوظيفي المتبع على حسب كل حالة، واختلاف أيضاً في النظرة القانونية لعلاقة الفرد بالإدارة على حسب طبيعة النظام الإداري المتبع.

هذه جملة من المسائل يمكن الوقوف عليها من خلال ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالتكييف الفقهي والقانوني وبيان العلاقة بينهما. وهذا ببيان أصل هذه العملية في الفقه والقانون ووجه الشبه والخلاف بينهما.

المطلب الثاني: التكيف الفقهي للوظيفة العمومية وبيان نوع المسؤولية فيها. وذلك ببيان النظرة الشرعية للوظيفة العمومية بتتبع منشئها وتاريخ ظهورها في الفقه الإسلامي، وهل هي من أنواع الحسبة أو الإجارة.

المطلب الثالث: التكييف القانوني للوظيفة العمومية وبيان نوع المسؤولية فيها، وذلك ببيان اختلاف النظم الإدارية على حسب نظرتها وتكييفها للوظيفة العمومية، وبيان علاقة الموظف العمومي مع الإدارة على حسب كل نظام.

وفي الختام: الخلوص إلى مجموعة من المقارنات المتوجة بعدد من النتائج والتوصيات التي يمليها البحث والله الموفق إلى سبيل الرشاد.

المطلب الأول: التعريف بالتكييف الفقهي والقانوني وبيان العلاقة بينهما.

قبل الخوض في هذا التكييف الفقهي والقانوني للوظيفة العمومية لا بأس من الحديث عن عملية التكييف ذاتها، فهي مفتاح لفهم البحث، وهذا باعتبارها صورة من صور الاجتهاد الواسع الحضور في لغة أهل الفقه والقانون على حد سواء، فما هو مدلول هذه الكلمة في اللغة العربية وما هو مدلولها في اصطلاح أهل الفقه و في لغة أصحاب القانون؟

الفرع الأول: التكييف في اللغة.

التكييف مصدر الفعل (كيّف) تقول كيّفه يكيّفه تكييفاً، مثل علّمه يعلّمه تعليماً.

وبعد معرفة فعل المصدر (تكييف)، السؤال المطروح هو: ما هي المعاني التي يدل عليها اللفظ (كيّف)في اللغة العربية؟ وما هي مادة اشتقاق هذا الفعل؟

تدل مادة (كَيَفَ) في اللغة على القطع، قال الخليل بن أحمد الفراهيدي في كتابه النفيس «العين»:" كيفته بالسيف قطعته."[1]

وقال صاحب لسان العرب: «كيّف الأديم قطّعه والكيفة القطعة منه."[2]

وقال صاحب القاموس:"الكيف القطع."[3]

وبهذا المعنى جاءت أشعار العرب المحتج بها، من ذلك قول الشاعر:

وكسرى إذ تكيّفه بنوه *** بأسياف كما اقتسم اللحام[4]

هذا على اعتبار أنّ التكييف مشتق من (كَيَفَ) التي معناها القطع.

وهناك مادة أخرى يمكن اشتقاق كلمة التكييف منها، وهي (كَيفَ) اسم الاستفهام المبهم.

وعلى هذا الوجه الأخير يكون التكييف من الألفاظ المولدة والحادثة في كلام العرب ولم تنقل عن العرب المحتج بلغتهم.

وضابط الكلام المولد عند اللغويين: هو ما كان أصله القياس ولا سماع فيه.

قال صاحب لسان العرب:" فأما قولهم كيّف الشيء فكلام مولد."[5]

وقال في القاموس:"وقول المتكلمين: كيفته فتكيف: قياس لا سماع فيه."[6]

ومعنى التكييف المشتق من كيف اسم الاستفهام المبهم هو أن تجعل لشيء ما كيفيةً تصح أن تكون جواباً لقولك: كيف هو؟[7]

وهناك من المحدثين من يجعل التكييف بمعنى التهيئة من الهيئة، أي جعلك لشيء هيئة ما.[8]

هذه جملة من المعاني المبينة لمدلول هذه الكلمة في اللغة العربية.

---

[1] – كتاب العين، الخليل بن أحمد الفراهيدي، ج:3، ص:1608، انتشار اسوه ط1 (1414هـ) إيران.

[2] – لسان العرب، ج:12، ص:202 .

[3]– القاموس المحيط، الفيروز آبادي، ص:1101، مؤسسة الرسالة ط2(1987م) بيروت.

[4] – البيت ذكره الخليل بن أحمد في كتابه العين ولم ينسبه لقائل، ج:3 ص:1608.

[5] – لسان العرب، ج:12، ص:202 .

[6] – القاموس المحيط، ص:1101.

[7] – ينظر كتاب المنجد في اللغة العربية، ص:1261، دار المشرق ط1(2000هـ) بيروت.

[8] – معجم متن اللغة، أحمد رضا، ج:5، ص:127، منشورات دار مكتبة الحياة (1380هـ) بيروت.

الفرع الثاني: التكييف في الشريعة الإسلامية.

لقد ظهر استعمال مصطلح التكييف عند علماء الشريعة في علم العقيدة قبل غيره من العلوم، فهم بهذا أصحاب سبق في استعمال هذا المصطلح، وإن كانت دلالة التكييف عندهم تخالف دلالة التكييف عند غيرهم.

والنّاظر في كتب العقيدة وعلم الكلام يلمس شيوع هذا المصطلح والمصطلحات القريبة منه كالكيف والكيفية في باب الأسماء والصفات خاصةً، قول الإمام أبو الحسن الأشعري:" وندين الله عز وجل بأنه يقلب القلوب بين أصبعين من أصابعه وأنّه سبحانه يضع السماوات على أصبع والأرضين على أصبع كما جاءت الرواية عن رسول الله ρ من غير تكييف."[1]

والمراد بالتكييف عند علماء العقيدة التمثيل والتشّبيه لصفات المولى تبارك وتعالى بصفات خلقه، والله عزّ وجلّ مباين لخلقه متصف بصفات الكمال والجلال منزه عن الأشباه والأمثال، قال تعالى:(ليس كمثله شيء.) [الشورى:11]

هذا بالنسبة للتكييف عند علماء العقيدة الذي يهمنا في هذا المقام بالدرجة الأولى هو التكييف عند الفقهاء، وهو ما نحاول كشف النقاب عنه في هذا الجزء من البحث.

فقد اجتهد علماء هذا العصر في إيجاد تعريف جامع مانع للتكييف الفقهي، وذلك لحداثته في تعابير الباحثين في الفقه، فنصوص المتقدمين من علماء الشريعة خالية منه وكانوا يستعيضون عن هذا المصطلح بتعابير أخرى كالحقيقة والماهية والطبيعة للتعبير عن نفس العملية الاجتهادية.[2]

ونتج عن اجتهاد هؤلاء العلماء والباحثين جملة من التعاريف والحدود الموضحة لحقيقة التكييف الفقهي.

وقد قاموا بذكر هذه التعريفات في ثنايا بحوثهم ودراساتهم المعاصرة، محاولين بذلك تقريب مصطلح التكييف الفقهي إلى المتلقي قدر الإمكان، وسنسعى بعون الله للوقوف على أهمها قدر الإمكان.

1- تعريف معجم لغة الفقهاء.

عرّف صاحبا «معجم لغة الفقهاء.» التكييف الفقهي فقالا:"التكييف الفقهي للمسألة: تحريرها وبيان انتمائها إلى أصل معين معتبر."[3]

وقد لوحظ على هذا التعريف أنّه استعمل لفظ التحرير، وهذا اللفظ يدل في اللغة على الإفراد والتعيين.[4]

قال في «كتاب الكليات.»:" التحرير الإفراد يقال:حرره بأمر كذا أي أفرده له وتحرير المبحث تعيينه وتعريفه وتحرير الكتاب وغيره تقويمه."[5]

ولا يخفى أنّ جوهر عملية التكييف ليس في تعيين المسألة وإفرادها ولكن في وصفها وبيان حالها وتحديد طبيعتها لتدرج تحت الأصل الأشبه بها.

---

[1] – الإبانة عن أصول الديانة، الإمام أبو الحسن الأشعري، ص:48 ، مكتبة دار البيان ط3(1416هـ) دمشق.

[2] – يقول الإمام الكاساني رحمه الله لما تناول مسألة الإقالة:" اختلف أصحابنا في ماهية الإقالة؛ قال أبو حنيفة عليه الرحمة: الإقالة فسخ في حقّ العاقدين بيع جديد في حقّ الثالث،...وقال أبو يوسف: إنّها بيع جديد." بدائع الصنائع، الإمام الكساني، ج:4، ص:593، دار إحياء التراث العربي، ط1(1418هـ) بيروت، وما بينه الإمام من خلاف حول ماهية الإقالة هو ما يعبر عنه المعاصرون بالتكييف الفقهي للإقالة.

[3] – معجم لغة الفقهاء، ص: 143.

[4] – التكييف الفقهي، ص:28.

[5] – كتاب الكليات، ص:310 .

2- تعريف الدكتور محمد عثمان شبير.

عرّف الدكتور محمد عثمان شبير التكييف الفقهي في كتابه «التكييف الفقهي للوقائع المستجدة.» فقال:"التكييف الفقهي هو تحديد حقيقة الواقعة المستجدة لإلحاقها بأصل فقهي، خصّه الفقه الإسلامي بأوصاف فقهية بقصد إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقق من المجانسة والمشابهة بين الأصل والواقعة المستجدة في الحقيقة."[1]

الظاهر من هذا التعريف أنّه قصر التكييف الفقهي على الواقعة المستجدة، والمقصود بالواقعة المستجدة هنا هو النازلة الفقهية.[2]

لكنّ النّاظر في الفقه يجد كثيراً من المسائل التي تكلم الفقهاء في تكييفها وبيان حقيقتها ليس لأنّها نازلة يراد معرفة حكم الشرع فيها، بل لبيان ماهيتها ومعرفة أصلها الذي تندرج تحته.

ومن أمثلة هذه المسائل ما ذكره الفقهاء المتقدمون عند كلامهم عن الإقالة، فقد اختلفوا في حقيقتها على قولين، فمنهم من يرى أنّها بيع جديد، ومنهم من يرى أنّها فسخ للبيع الأول.

ومعلوم أنّ الحكم الشرعي للإقالة كان معروفاً على عهد النبي ε، فقد روى أبو هريرة τ عن النبي ρ قوله:" من أقال مسلماً أقاله الله عثرته."[3]

وهذا الحديث دليل على مشروعية الإقالة وبيان لحكمها الشرعي، ومع ذلك فقد تناولها الفقهاء بعملية التكييف الفقهي لمعرفة حقيقتها وإدراجها تحت الأصل لأشبه بها، فبعضهم جعلها فسخاً لعقد البيع الأول وآخرون جعلوها عقداً لبيع جديد.

ولا بأس من التأكيد هنا على أنّ حضور مصطلح التكييف في لغة الفقهاء كان نتيجة لاحتكاك علماء الشريعة بعلماء القانون في الجامعات في بداية القرن العشرين فاستعار الباحثون في الشريعة هذا المصطلح من الباحثين في القانون للتنصيص على عملية اجتهادية هي موجودة عندهم أصلاً.

الفرع الثالث: التكييف عند علماء القانون.

للوصول إلى صورة متكاملة للتكييف عند القانونيين لابد من الكلام عن أصله ومنشئه، وعن تعريفه ومعناه في فروع القانون المتعددة، وعن مدى قربه وبعده من التكييف الفقهي، وسأسعى لبيان هذه العناصر في ما يلي من فقرات مستعيناً بحول الله وقوته.

1-أصل مصطلح التكييف عند علماء القانون.

يعود أصل التكييف عند القانونيين إلى الترجمة الحرفية للكلمة اللاتينية "adaptaio" المشتقة من كلمة "adaptare" التي معناها في اللاتينية: كيّف.[4]

---

[1] - التكييف الفقهي، ص:30.

[2] - عرّف الدكتور عثمان شبير الواقعة المستجدة بقوله في ص:30. :"هي الحادثة التي تحتاج إلى حكم شرعي" و هذا التعريف عينه أورده صاحبا معجم لغة الفقهاء في تعريف النازلة ص:143.

[3] - سنن أبي داود، الإمام أبو داود سليمان بن الأشعث الساجستاني، كتاب البيوع، باب فضل الإقالة، رقم:3460، ج:3، ص:476، دار بن حزم ط1(1418هـ) بيروت.

[4] - معجم المصطلحات القانونية، جيرار كورنو، ترجمة منصور القاضي، ص:548، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع ط1(1418هـ) بيروت.

وهناك ترجمة أخرى في اللغة الفرنسية لكلمة التكييف وهي:"qualification"[1]

وقد ظهر هذا المصطلح في أبجديات القانون في العالم العربي عند بداية تطبيق القوانين الوضعية في بلادنا العربية، فكان لابد من ترجمة لمصطلحات هذه القوانين الوضعية التي ستحكم بلاد العرب إلى لغة أصحاب هذه البلاد.وقد ترجم القائمون على هذه العملية مصطلحات القانون إلى اللغة العربية، ووضع مجمع مصر اللغوي لفظة التكييف ترجمة لكلمة "adaptation" بالإنكليزية.[2]

وبالتالي جعلوا لفظة التكييف في اللغة العربية هي الدالة على هذه العملية الموجودة في القانون الوضعي.

فالتكييف كمصطلح قانوني ظهر نتيجة الترجمة الحرفية لمصطلحات القانون الوضعي إلى اللغة العربية، و هذا حين أخذ هذا القانون مكانة الشريعة في حياة الناس، وذلك عندما اتخذ المسلمون كتاب ربهم وراءهم ظهريا، والله المستعان.

هذا بإيجاز شديد عن أصل مصطلح التكييف في القاموس القانوني للبلاد العربية.

2-مكانة التكييف في القانون الوضعي.

تحتل عملية التكييف عند علماء القانون مكاناً مميزاً، إذ تعد من المسائل التي كانت محل نقاش وحوار واسع ليس على المستوى الفقهي فحسب، وإنّما على مستوى المذاهب التشريعية القضائية، ولم يكن هذا النقاش في قطر واحد، بل في أقطار متعددة.[3]

هذه الأهمية جعلت هؤلاء العلماء ينظرون للتكييف على أنّه مشكلة تحتاج إلى حظ وافر من الدراسة والبحث، ليس في فرع من القانون بل في كل فروعه.[4]

فمشكلة التكييف تواجه القاضى الجنائى وهو بصدد وصف الفعل الذى ارتكبه المتهم لمعرفة ما إذا كان يعد من قبيل السرقة أو النصب أو خيانة الأمانة.

وهى تواجه القاضى المدنى أيضا عندما يتصدى لتحديد الوصف الذى يلحقه القانون بالرابطة العقدية المطروحة أمامه لينتهى إلى كون العقد محل النزاع هو عقد إيجار أو عقد بيع أو هبة أو ما شابه ذلك.

وهذا التعدد في صور التكييف في القانون الوضعي هو الذي جعل تعاريف التكييف عند القانونيين تتعدد وتتنوع، وهذا ما أسعى للوقوف عليه في الفقرة اللاحقة وبالله التوفيق.

3-تعريف التكييف عند القانونيين.

لقد أدى الإشكال الذي يمثله التكييف لعلماء القانون إلى ظهور عدة تعريفات لعملية التكييف، وذلك حسب الفرع القانوني الذي تتم فيه هذه العملية.

فمثلاً نجد الدكتور حمدي سعيد في كتابه « **التكييف القانوني في المواد الجنائية** » قد عرف التكييف بمنظور جنائي فقال:" هو الوصف القانوني الذي يسبغه المشرّع على الواقعة المجرمة التي يرتكبها الجاني."[5]

---

[1] – قاموس المصطلحات القانونية، ص:97، دار النشر للجامعات المصرية القاهرة.

[2] – ينظر معجم متن اللغة، أحمد رضا، ج:5، ص:127، منشورات دار مكتبة الحياة (1380ه) بيروت.

[3] – التكييف القانوني في المواد الجنائية، حميد السعدي، ص:21، منشورات مجمع الفاتح للجامعات (1989م).

[4] – المرجع نفسه، ص:21.

[5] – المرجع نفسه، ص:24.

فهذا تعريف للتكييف باعتباره الوسيلة التي يحدد بها المشرّع طبيعة الواقعة المجرمة، ولا يخفى أنّ هذا التعريف للتكييف هو خاص بالقانون الجنائي.

وفي المقابل نجد اتحاد المجامع اللغوية العلمية العربية عرّف التكييف من منظور القانون المدني فقال:"هو إعطاء العقد وصفه القانوني بالنظر إلى الآثار التي يقصد أطرافه إلى ترتيبها."[1]

وهذا التعريف قاصر على العقود لا يتعداها كما هو ظاهر، وهو بالتالي تعريف للتكييف في القانون المدني لا غير.

وهناك من جاء بتعريف للتكييف يشمل كل فروع القانون فقال:" هو تحديد القاضي الطبيعة القانونية للعلاقة ذات العناصر الأجنبية المعروضة أمامه بغية إخضاعها لقاعدة إسناد."[2]

وخلاصة القول في المسألة هو أنّ التكييف عملية قانونية يلجأ إليها القضاء لتعيين مسطرة قانونية تندرج تحتها المسألة التي يحدث فيها نزاع بين مجموعة من القوانين.

المطلب الثاني: التكيف الفقهي للوظيفة العمومية وبيان نوع المسؤولية فيها.

لم يكن للوظيفة العامة بشكلها الحالي حضور واضح المعالم في زمن النبوة فقد كان طابع الحسبة والتطوع هو الطاغي على الأعمال ذات النفع العام ولم يكن يعطي عليها مقابلاً.

فقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يدير شؤون الدولة الإسلامية الفتية ويتولى فيها عدة وظائف، فهو رئيس الدولة بالتعبير الحديث الذي يرجع إليه في السلم والحرب، وهو الذي يعين قادة الجيوش ويشرف على توزيع مال الصدقات ويتولى القضاء بين أصحابه وما إلى ذلك من وظائف عامة، ولم يكن يأخذ من بيت المال على تلك الأعمال الجليلة دينار ولا درهم وكان دخله الذي يعول به عائلته يأتيه من غنائم الحرب فقد قرر القرآن له فيها الخمس، كما جاء في سورة الأنفال في قوله تعالى: (واعلموا أنّما غنمتم من شيء فأنّ لله خمسه ولرسول] [الأنفال:41].

ولو كان النبي صلى الله عليه وسلم يأخذ أجراً على وظائفه العامة التي كان يقيمها للمسلمين ما مات ودرعه مرهونة عند يهودي على حفنات من شعير أخذها منه ليطعم أهله.[3]

ولما انقضى زمن النبوة بدأت ملامح الوظيفة العامة في الإسلام تأخذ شكلاً جديداً وسنعرض لها في خلافة أبي بكر وعمر رضي الله عنهما على وجه الخصوص في صورة الوظيفة العليا في الدولة وهي رئاسة الدولة نفسها أو الخلافة كما كانت تسمى.

الفرع الأول: الوظيفة العامة في زمن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم.

لما ولي الخليفة الراشد أبو بكر الصديق رضي الله عنه شؤون المسلمين سار على منهج النبي صلى الله عليه وسلم في احتساب العمل العام الذي يقدمه للمسلمين، فقد روى بن سعد أنّه لم يطلب من بيت المال شيئاً حينما استلم الخلافة وغدا عندما استلم أمر المسلمين إلى السوق وعلى رقبته أثواب يتجر بها فلقيه عمر بن الخطاب وأبو عبيدة بن الجراح فقالا له: أين تريد يا خليفة رسول الله؟ قال: السوق، قالا: تصنع ماذا وقد وليت أمر المسلمين؟ قال: فمن أين أطعم عيالي؟

---

[1] – مصطلحات قانونية اتحاد المجامع اللغوية العلمية العربية، ص: 32، مطبوعات المجمع العلمي العراقي.

[2] – معجم المصطلحات القانونية، عبد الواحد كرم، ص:130، دار الكتب القانونية ط1(1995م) مصر.

[3] – السنن الأربعة

قالا له: انطلق حتى نفرض لك شيئا، فانطلق معهما ففرضوا له كل يوم شطر شاة وما كسوه في الرأس والبطن، فقال عمر: إلى القضاء، وقال أبو عبيدة: وإليّ الفيء.[1]

وجاء في البخاري أيضاً من حديث عائشة رضي الله عنها، قالت: لما استخلف أبو بكر الصديق، قال: "لقد علم قومي أن حرفتي لم تكن تعجز عن مئونة أهلي، وشغلت بأمر المسلمين، فسيأكل آل أبي بكر من هذا المال، ويحترف للمسلمين فيه."[2]

والحديث واضح كسابقه على أنّ أصل الاستخلاف لم يكن له مقابل أي أنّ الوظيفة العامة التي كان يؤديها أبو بكر بوصفه رئيس الدولة وقائد الجيش لم تكن من باب الإجارة بل كانت من باب الحسبة.

وما قيل في خلافة أبي بكر يقال في خلافة عمر رضي الله عنهما، فقد كان هو الآخر يلي أمور المسلمين من باب التطوع وقد مكث بعد خلافته سنتين لا يأخذ من بيت المال شيءً، وقد قال قولته المشهور في هذا الباب:" إني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة والي اليتيم، إن احتجت أخذت منه، فإذا أيسرت رددته، وإن استغنيت استعففت."[3]

والأمر نفسه للخليفة الرابع أمير المؤمنين علي رضي الله عنه فهو يرى أن رزق الخليفة من بيت المال محدود وهو بحسب حاجته لا يزيد، فقد روى أحمد في المسند عن علي رضي الله عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله:" لا يحل للخليفة من مال الله إلا قصعتان: قصعة يأكلها هو وأهله، وقصعة يضعها بين يدي الناس."[4]

ويظهر من خلال هذه النصوص ورع الصحابة في أخذ المقابل على ما قدموه للمسلمين من خدمات عامة كلفوا بها، وهذا نابع من خوفهم الشديد في التعدي على المال العام، ولذلك لما حضرت أبا بكر رضي الله عنه الوفاة تصدق بحديقة كانت له وقال هذه في عوض ما أخذت من بيت المال.

والمهم في هذا البحث أن نعرف المقابل الذي كان يؤخذ من بيت المال على إدارة الخليفة لشؤون الدولة هل كان بوصف الإجارة أو كان بوصف الاحتباس؟

هذا ما سأسعى للإجابة عليه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمقابل المأخوذ على الوظيفة العامة.

رأينا فيما سبق أنّ أصل الوظيفة العامة في الإسلام هو من قبيل الاحتساب بدليل عمل النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين من بعده، فما هي الحسبة وهل يجوز أخذ المقابل عليها.

تعريف الحسبة في الإسلام:

الحسبة في اللغة مأخوذة من العد والحساب وتأتي بمعنى طلب الأجر والمثوبة من الله عز وجل.[5]

وقال فيها الإمام أبو الحسن الماوردي –رحمه الله–: "الحسبة من قواعد الأمور الدينية، وقد كان أئمة الصدر الأول يباشرونها بأنفسهم لعموم صلاحها، وجزيل ثوابها، وهي أمر بالمعروف إذا ظهر تركه، ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله، وإصلاح بين الناس."[1]

---

[1] – طبقات بن سعد

[2] – البخاري

[3] – سنن البيهقي

[4] – مسند أحمد.

[5] – القاموس

يظهر من التعريف أن الحسبة كانت في صدر الأول من الأعمال التي يباشرها أولياء الأمور بأنفسهم ولا يأخذون عليها أجرا ثم استقلت بعد ذلك من بين باقي الوظائف العامة كولاية المظالم والقضاء وكولاية المال والاستفاء وأصبحت قاصرة على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي لا يأخذ عليه صاحبه مقابلا ورتب لها ولاية خاصة بها تسمى ولاية الحسبة[2].

وعليه يمكن القول: أنّ الوظيفة العامة كانت في الصدر الأول للإسلام من صور الحسبة التي يتطوع بها لصالح العام، ثم لما كانت الحاجة ماسة ليتفرغ الحكام لبعض الوظائف وهذا التفرغ يشغلهم عن السعي لأرزاقهم الخاصة وأرزاق عيالهم، رتب لهم مبلغ من المال يعيلون به أنفسهم ومن يعولون، ولم يعطى لهم بوصف الأجرة التي هي في مقابل العمل، وهذا لأنّ نصوص نصت على كفاية المحتسب في معاشه دون اعتبار لكثرة العمل الذي يقوم به أو قلته، بخلاف الإجارة التي هي بيع منفعة والعوض فيها بحسب المنفعة.[3]

وعليه يمكن القول إن الوظائف العامة في الإسلام هي من قبيل الحسبة، والمقابل المادي الذي يأخذه الموظف من بيت المال أو الخزينة العامة هو في مقبل الحبس عن السعي للرزق، وليس أجرة على عمل مقدم.

وهذا التكييف الفقهي للوظيفة هو الذي جعل المسؤولية فيها مسؤولية مدنية فيد المحتسب يد أمانة وليست يد ضمان إلا بشرط التعدي ولذلك كان تصرف الولاة في المال العام في الإسلام لا يخضع لكثير من القيود التشريعية وإنما لقيود أخلاقية بالأساس.

المطلب الثالث: التكيف القانوني للوظيفة العمومية.

إن الدراسات التاريخية للوظيفة العمومية العامة ليست متطورة تماما، ولكننا إذا تصفحنا المؤلفات التي تعالج هذا الموضوع، فإننا نستطيع أن نقول بان مفهوم الوظيفة العامة بشكله البدائي قد عرفته بعض الحضارات القديمة جدا. فقد أجريت في الواقع دراسات حول الوظيفة العامة الكهنوتية في مصر الفرعونية، وحول الوظيفة العامة في المدن القديمة" les cites antiques " فالمدينة اليونانية وبشكل خاص أثينا في القرن الخامس الميلادي والمدينة الرومانية في عصر الجمهورية والإمبراطورية قد عرفتا مفهوم الوظيفة العامة بشكل بدائي وبسيط.

وما يهمنا الآن هو معرفة التوصيف القانوني للموظف العام وصورة العلاقة التي تربطه بالإدارة، وسأسعى لبيان هذا الأمر من خلا فرعين الفرع الأول الكلام عن التكييف القانوني للوظيفة باعتبار النظام الإداري، والفرع الثاني عن علاقة الموظف بالإدارة.

الفرع الأول: التكييف القانوني للوظيفة باعتبار نوع النظام الإداري.

تلتزم الإدارة بتعيين موظفيها، بحيث أن الوظيفة العامة ملتزمة بهذا الشرط، وتعني بذلك الموظف العام، ولكن قبل ذلك ينبغي علينا تحديد مصطلح العون العمومي. فالأعوان العموميون هم الأعوان الذين يتولون القيام بنشاطات المرافق العامة والتابعة للدولة مهما كانت طبيعتها إدارية اقتصادية أو صناعية وتجارية، فمصطلح العون العمومي اشمل وأعم بحيث يضم الموظف العام الذي يمتاز بنظام قانوني متميز، ويضم كل الأعوان العموميون الذين يخضعون لعلاقات القانون الخاص كالعاملين بالمرافق الصناعية والتجارية فليس كل عون عمومي موظف و كل موظف عون عمومي و قد اتجه القضاء الإداري للتفرقة بين الأعوان العموميين و أعوان القانون الخاص إلى اعتبار الأعوان العموميين. كل الأعوان الذين يساهمون

---

[1] – الأحكام السلطانية

[2] – الفقه الإسلامي وأدلته ج:8، ص:6258.

[3] – ينظر أبواب الإجارة والاحتساب في الفقه الإسلامي

بصورة مباشرة في تسيير مرفق عام إداري حيث و لو كانوا يشغلون مناصب دنيا كمنظمة في مجموعة سكانية عمومية، كما لا يمكن القول أن الموظف شاملا، و متفق عليه و السبب في ذلك هو اختلاف أنظمة الوظيفة العامة في الدول و كذا اختلاف مركزه القانوني عن باقي الأفراد في بعض الدول.[1]

والملاحظ أن أنظمة الوظيفة في العالم تختلف من بلد إلى آخر ولكنها في مجملها تتبع نظامين للوظيفة العامة لا ثلاث لهما، نظام الوظيفة العامة المغلق و نظام الوظيفة العامة المفتوح، و يتميز كل نظام عن الأخر بميزات خاصة.

1-نظام الوظيفة العمومية ذي البنية المفتوح:

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية رائدة لنظام الوظيفة العامة المفتوح، ويقصد بهذا النظام أن الوظيفة العامة لا تعتبر مهنة يمتهنها الشخص و يستمر فيها، و إنما تشكل منصب شغل كباقي المناصب، يلتحق بها الشخص و يغادرها ثم يعود إليها إن أراد ذلك. فالموظف لا يتميز بنظام خاص عن باقي المستخدمين والسبب في ذلك هو أن الولايات المتحدة الأمريكية لا تنظر إلى الإدارة كجهاز له امتيازات يستأثر بالسلطة العامة، ويخضع لقاض خاص وتحكمه قواعد قانونية خاصة و استثنائية، بل تشكل الإدارة جهازا عاديا يخضع له الإفراد. ويعود هذا الاتجاه الأمريكي إلى قوة التعلق بفكرة الحريات الفردية، ويقوم النظام المفتوح على الأسس التالية:

تعتبر الوظيفة إعمال متخصصة كباقي الإعمال في الشروعات الخاصة، لا يلتحق بها إلا الشخص المتخصص الذي يملك المؤهلات المناسبة لشغل الوظيفة. و يرتبط الشخص بالوظيفة التي التحق بها، فلا يطمح في الترقية إلى وظيفة أخرى.

يخضع اختيار الموظفين لفكرة التخصص إذ تحدد الوظيفة بصورة مجردة ثم يتم تعيين الشخص المتخصص فيها، ومن هنا تقدم برامج التعليم في الجامعات الأمريكية على التخصص الدقيق.[2]

ومن خلا هذه الميز والخصائص يتضح أنّ النظام المفتوح يعتبر الوظيفة العمومية مصلحة او خدمة للصالح العام.

2-نظام الوظيفة العمومية ذي البنية المغلقة:

أما النوع الثاني فهو النظام الوظيفي المغلق، فهذه التسمية تعني إن الإدارة العامة تعتبر كيانا قائما بذاته بالنسبة لباقي هيئات و أفراد الأمة، و هذا الكيان يتمتع بخصائص معينة و هو مزود بأشخاص يكرسون حياتهم للعمل لصالحه. وبالتالي فالوظيفة العامة بمفهومها المغلق تعتبر مهنة أو سلك بمعنى أن الموظف العام لا يرتبط مصيره بوظيفة معينة كما هو الحال بالنسبة لنظام العمل في نطاق القانون الخاص أي النظام المفتوح، بل للإدارة أن تستفيد من خدماتها في أي عمل آخر، و بالتالي فالإدارة لا تستطيع الاستغناء عنه بشكل تعسفي، كما أن الموظف لا يستطيع أن يترك الإدارة العامة بشكل دائم و مستمر يوجب على هذه الأخيرة أن تضع نظاما خاصا و محكما لأجل ضبط و تنظيم هذه الحياة المهنية لعمالها.

إذن فنظام الوظيفة العامة المغلق يتضمن عنصرين أساسيين أولهما نسميه النظام " le statut " أما الأخر فهو ما نطلق عليه اسم المهنة أو السلك" la carrière ".[3]

و كما تشكل فرنسا النموذج الحي لنظام الوظيفة العامة المغلق و قد تأثرت الجزائر بهذا النظام إذا تم العمل هذا خلال الفترة الاستعمارية و اتجهت الجزائر إلى تكريسه بعد صدور القانون الأساسي للوظيفة العامة سنة 1966.

---

[1] – د.عبد الله طلبه، مبادئ القانون الإداري

[2] – سعيد مقدم الوظيفة العمومية.

[3] – سعيد مقدم الوظيفة العمومية

و يقوم هذا النظام على الأسس التالية:

– وجود قانون خاص يحكم الوظيفة العامة و تحدد فيه مركز الموظف و حقوقه وواجباته و المسؤولية المترتبة عن أعماله. و يتميز الموظف بمقتضى هذا القانون عن باقي الأجزاء بحيث يتولى كممثل الدولة بالسهر على حق سير المرافق العامة التي يشتغل بها و يتميز بامتيازات لممارسة صلاحياته يستمدها من الامتيازات الممنوحة للإدارة العامة كسلطة عامة ، تخضع لأحكام قانونية استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص و تخضع لرقابة قاضي خاص هو القاضي الإداري. و بمقتضي هذا القانون المتميز تمتزج شخصية الموظف بشخصية الدولة، فهم أدواتها لتحقيق أهدافها.

– تشكل الوظيفة مهنة، ينقطع لها الشخص، يلتحق بها بأحد الأساليب المقررة كالسابقة أو التعيين و لا يغادرها إلا متقاعد، يرقى في هذا السلك الوظيفي من درجة إلى درجة و من وظيفة إلى وظيفة أخرى. ولا يرتبط الموظف بوظيفة معينة بل يمكن للإدارة ان تستفيد منه و من خبراته في وظيفة أخرى.

– يخضع اختيار الموظفين لاختيار السابقة عملا بمبدأ المساواة لتقلد الوظائف العامة و قد تلجا الإدارة إلى أسلوب التعيين في بعض الوظائف التي لها صبغة سياسية.

– تكون علاقة الموظف بالإدارة علاقة قانونية لائحية فإذا ألغت الإدارة الوظيفة فان علاقة العمل لا تقطع و إنما تلتزم بتعيين الموظف في وظيفة أخرى و حتى و إن قامت الإدارة بتسريح الموظف دون خطأ من جانبه، فان قضاء مجلس الدولة الفرنسي جرى على قبول دعوى الموظف و قرر مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر إذ يرى أن فصل الموظف دون خطا في سبيل المصلحة العامة هو من قبيل المخاطر الاستثنائية التي يجب أن يتحمل المجتمع أعباءها،و يتحدد المركز القانوني للموظف و حقوقه وواجباته من خلال هذه العلاقة القانونية اللائحية التي يحكمها قانون الوظيفة العامة.[1]

الفرع الثاني: علاقة الموظف بالإدارة.

يختلف القانونيون في تكييف طبيعة العلاقة التي تربط عامل الإدارة العامة بالسلطة الإدارية، ونتج عن هذا الخلف في الاجتهاد ظهور اتجاهين، أحدهما يعتبرها علاقة تعاقدية. والآخر أنها علاقة لائحية تنظيمية. ومن خلال هذين الاتجاهين سأسعى لبيان علاقة الموظف بالإدارة وهذا ببيان التكييف القانوني لها.

فقد اتجه الفقه الحقوقي الفرنسي في بداية الأمر، متأثرا بالنظريات المدنية إلى القول بأن الموظف يرتبط بالدولة بعقد من عقود القانون الخاص.

وأساس هذه العلاقة هو عقد إجازة الأشخاص في حالة قيام الموظف بعمل مادي، وعقد وكالة عادية في حالة الاتفاق على القيام الموظف بعمل ذهني.

وتخضع هذه العلاقة لقواعد القانون المدني التي تحقق حقوق وواجبات الموظف المترتبة على العقد المبرم بينه وبين الإدارة. و قد ساد الاعتقاد في هذه النظرية حتى منتصف القرن 19.

غير أنه مع ظهور قواعد القانون الإداري المستقل في فرنسا وتميزها عن أحكام القانون المدني، ومع تبلور المبادئ التي تحكم المرافق العامة، وبشكل خاص ديمومة سير المرافق العامة وانتظامها وقابليتها للتعديل. اتضح عدم صلاحية النظرية التعاقدية لتكييف طبيعة علاقة الموظف بالإدارة، وتعارضها مع مركزه الحقيقي شكلاً ومضموناً.

أما شكلاً فالعقد معناه اتفاق مسبق بين طرفين على شروطه وأركانه، ولا وجد لها كذا اتفاق في قوانين الوظيفة فالإدارة هي من تحدد بالأساس الشروط والأركان بشكل منفرد، ومنهم من خرج هذا العقد على أنه عقد من عقود الإذعان.

[1] – المرجع السابق

هذا من جهة أما من جهة أخرى فمضمون العقد فلا علاقة له بالقانون المدني فهو عقد بين الدولة والفرد ولا تحكمه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فالطرف الأقوى هو الدولة وهي فيه صاحبة السيادة وهذا يخرجه من دائرة القانون العام.

ونتج عن هذا الإشكال في تطبيق نظرية العقد على الموظف العام ظهور النظرية الثانية وهي النظرية اللائحية التنظيمية، وهذا بعد أن ثبت عجز مفهوم الرابطة التعاقدية بين الإدارة والموظف، وقصوره عن الوفاء بحاجات المرافق العامة وسيرها المنتظم، اتجه الفقه والقضاء ثم المشرع إلى تبني مفهوم الرابطة النظامية أو القانونية بين الموظف والدولة.

وخلاصة هذه النظرية: أن الموظف يستمد حقوقه ووجباته مباشرة من النصوص التشريعية والتنظيمية السارية المفعول في قطاع الوظيفة العمومية.[1]

الخاتمة:

هذا بنوع من الإيجاز ما أردت الوقوف عليه في هذا البحث والملاحظ أن النظرة الشرعية للوظيفة تجعلها من خدمات التبرع في الأصل التي لا يتلقى أصحابها عليها مقابل بينما يرى القانون الوضعي أنّ الوظيفة العامة قد تكون خدمة يتلقى عليها أصحابها مقابل أو مهنة يحترفونها لمعاشهم.

وهذا التباين بين النظرتين الفقهية والقانونية في تكيف الوظيفة العمومي لا يقتصر على السياسة الشرعية في الفقه أو القانون الإداري بل تعداه لأبواب أخرى فالفقه يجعل الخدمة للصالح العام بلا مقابل من أعظم القربات التي يقدمه العبد لربه، بينما يرى القانون الخدمة للصالح العام عقوبة من العقوبات وقد نصت الكثير من النصوص العقابية على اعتبار الخدمة للصالح العام بلا مقابل عقوبة يعاقب بها القانون بعض المجرمين.

[1] –سعيد مقدم الوظيفة العمومية.