

# مجلة دراسات قانونية

يناير. 2019

العدد : الثاني والعشرون

مجلة دورية محكمة متخصصة  
تعنى بالبحوث و الدراسات القانونية والقضائية

في هذا العدد :

- ☐ الفتاوى الشاذة (أسبابها، خطرهما، طرق الوقاية منها).
- ☐ أثر الإفلاس على عقد الحساب الجاري.
- ☐ المصطلحات الدستورية الدلالة اللغوية والممارسة السياسية.
- ☐ نطاق استقلال اتفاق التحكيم.
- ☐ التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الأجنبية طبقاً للاتفاقيات الدولية.
- ☐ الضمانات القانونية للأحداث في مرحلة ما قبل المحاكمة.
- ☐ القانون رقم (15) لسنة 2010م، بشأن التأجير التمويلي.

# مجلة دراسات قانونية

مجلة دورية مُحكمة متخصصة

تعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية

تصدر ثلاث مرات في السنة

عن كلية القانون – جامعة بنغازي



**د. سلوى فوزي الدغيلي - عميد كلية القانون**

**المشرف العام للمجلة.**

## **هيئة التحرير :**

• د. سعد خليفة العبار - رئيس هيئة التحرير المجلة

• د. رافع محمود الفاخري - مدير تحرير المجلة

• د. جازية جبريل شعيتير.

• أ. نهلة زيدان الورفلي.

• أ. عبد القادر صالح عون.



## (قواعد النشر بالمجلة)

- ❖ أصالة العمل المقدم من حيث فكرته ومنهجية إعدادة، وأن يكون قد أعد وفقاً للمعايير والضوابط المنهجية الشكلية والموضوعية المتعارف عليها في الدراسات الأكاديمية الحديثة.
- ❖ ألا يكون العمل المقدم قد سبق نشره أو قدم للنشر في أي مطبوعة أخرى أو مستلاً من دراسة أو بحث أو رسالة أو أطروحة سابقة.
- ❖ تخضع الأعمال المقدمة للنشر للتقويم السري من قبل خبراء من المتخصصين في مجال العمل المقدم للنشر، ويعاد العمل لمعدده في حال طلب تعديله أو تنقيحه.
- ❖ تحتفظ المجلة بحقوقها في تحديد أولوية النشر بحسب خطة النشر المتبعة في المجلة وأهمية العمل المقدم والظروف والمناسبات ذات العلاقة بتخصص المجلة.
- ❖ يجب أن يحمل العمل اسم معدده، ويفرق به ملخص موجز عن سيرته الذاتية وجهة عمله وما سبق له نشره من دراسات وبحوث.
- ❖ تخضع الأعمال المقدمة للنشر للقواعد القانونية الخاصة بالمسئولية الأدبية والملكية الفكرية وما تضمنته هذه الأعمال يعبر فقط عن آراء وأفكار كاتبها، ولا يعكس البتة موقف أو توجه للمجلة.
- ❖ يقدم العمل من نسختين، مصحوبة بقرص مدمج (CD)، ولا تلتزم المجلة بإعادة أي عمل قدم لها، سواء نشر أو لم ينشر، وفي حالة نشره بالمجلة لا يجوز لمقدمه إعادة نشره في أي مطبوعة أخرى.
- ❖ يفضل ألا يزيد حجم العمل على (30) صفحة، بما في ذلك الهوامش وقائمة المصادر والصور ووسائل الإيضاح المرفقة.
- ❖ ترتيب المصادر ألفبائياً في نهاية البحث بحسب اسم الشهرة للمؤلف: كما يلي مثلاً: سراج (محمد أحمد): ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، ط1، 1990م دار الثقافة، القاهرة. ويشار للمصدر باختصار في هوامش البحث، هكذا، سراج: ص105، فإن كان للمؤلف أكثر من مصدر استعمله الباحث فيقرن باسم شهرته اسم الكتاب.

**تنبيه: البحوث والدراسات التي تنشر بهذه المجلة تعبر عن رأي كاتبها فحسب، وليس بالضرورة أن تكون معبرة عن رأي المجلة.**



**المراسلات تُقدّم باسم رئيس التحرير على العنوان الآتي:**

**كلية القانون / جامعة بنغازي**

**Email: [legal\\_studies@outlook.sa](mailto:legal_studies@outlook.sa)**

**Email: [sa741932@gmail.com](mailto:sa741932@gmail.com)**

**هاتف وفاكس : +218 (61) 22 29029**



## (ثبت المحتويات)

### - توطئة العدد:

- افتتاحية العدد..... 11

د. سعد خليفة العبار.

### أولاً. البحوث والدراسات:

- الفتاوى الشاذة (أسبابها، خطرهما، طرق الوقاية منها)..... 15

د. سعد سليمان الحامدي.

- أثر الإفلاس على عقد الحساب الجاري..... 59

د. إبتسام أحمد ابحيح.

- المصطلحات الدستورية الدلالة اللغوية والممارسة السياسية..... 83

د. مصطفى عبد الفتاح العربي.

- نطاق استقلال اتفاق التحكيم..... 117

د. عطية محمد عطية.

- التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الأجنبية طبقاً للاتفاقيات الدولية..... 139

أ. فريحة حامد القطراني.

- الضمانات القانونية للأحداث في مرحلة ما قبل المحاكمة..... 173

أ. مديحة مصطفى الصادق.

### ثانياً. ملحق القوانين واللوائح الجديدة ::

- القانون رقم (15) لسنة 2010م، بشأن التأجير التمويلي.....227

### ثالثاً. المرفقات ::

- نموذج مشاركة بالمجلة.....239
- نموذج خاص بتقديم المقترحات والملاحظات.....241



## افتتاحية العدد

لك الحمد يا الله على ما أسبغته علينا من نعم، والصلاة والسلام على نبي الهدي والرحمة  
 وعلى آله وصحبه الكرام ومن تبعهم واقتفى أثرهم إلى يوم البعث والحساب، وبعد  
 فها هي مجلتنا دراسات قانونية تواصل مسيرتها، وبسرعة لم تعهد عنها، فهذه السنة تميزت  
 بإصدار ثلاثة أعداد من المجلة، وهذا ما لم يسبق أن وقع منها طوال تاريخها الذي تجاوز أربعة عقود من  
 الزمن، وفي هذا العدد تصف القارئ الكريم بمجلة من البحوث المتميزة، أهداها أساتذتنا أهل الخبرة  
 والاختصاص، تنوعت مجالاتها بين بحوث شرعية وبحوث قانونية، توزعت على أفرعها المختلفة، ونحن  
 إذ نجد الدعوة لمن يطلع على هذا العدد ألا يدخل علينا بالدلالة على ما يراه من قص أو خلل أو  
 نصح، نكرر ترحيب المجلة بما يهده أهل الاختصاص في العلوم الشرعية والقانونية من دراسات، والتي  
 سنعقد محلها بين صفحاتها  
 مع خالص الدعوات للمجلة وأسرة تحريرها والمطلع عليها بدوام التقدم والعرفيق

د. سعد العبار...



# أولاً البحوث والدراسات

## أولاً البحوث والدراسات



## الفتاوى الشاذة

(أسبابها، خطرهما، وطُرق الوقاية منها)

الدكتور: سَعْدُ سُلَيْمَانِ سَعِيدِ الْحَامِدِيِّ<sup>(1)</sup>

## المقدمة:

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى الْمَبْعُوثِ رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، فِيمَا يَسْتَحِقُّهُ عَلَى الْعَبْدِ مِنْ طَاعَاتِهِ وَعِبَادَاتِهِ، خَلَقَ فَقَدَّرَ، وَدَبَّرَ فَيَسِّرَ، وَأَشْهَدُ أَنْ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ الَّذِي أَظْهَرَ اللَّهُ بِهِ الْإِسْلَامَ بَعْدَ انْدِرَاسِ قَوَاعِيدِهِ، وَنَسِيَانِ آيَاتِهِ.

أَمَّا بَعْدُ: فموضوع الفتوى، وخاصة الفتاوى الشاذة التي تصدر من بعض المفتين، يُعَدُّ من الموضوعات الخطيرة التي استشرت في بلاد الإسلام، وتجاوزت حدوده الإقليمية، مما فوّت المصالح على العباد والبلاد (الفرد، الأسرة، المجتمع)، ولَبَّست على العامة دينهم، لاسيما أن الفتوى إعلان وكشف عن حكم شرعي في أي موضوع، سواء أكان خاصاً أم عاماً، دولياً أم فردياً، اجتماعياً أم سياسياً.

وقد حذرت الشريعة من الفتوى دون علم، أو أن يتصدّر مجالس العلم من ليس مؤهلاً لها؛ لئلا يضلّ الناس بفتواه أو بمجالسته عامة الناس، فيحمل وزر فتواه، ووزر من عمل بها إلى يوم القيامة. قال الله ﷻ: (وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا) [الإسراء: 36]. وكذلك حذرت من التسرع في الفتوى، والجرأة فيها دون تثبت أو تحقق، كـبعض المتسرعين وقليلي البضاعة في العلم لئلا يتصدّر للفتيا من ليس أهلاً لها حباً للشهرة والظهور، وإلا دَخَلَ فِي قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: (من أفتى بفتيا غير تثبت، فإنما إثمُهُ على من أفتاه)<sup>(2)</sup>. وكذلك حذرت من العمل بالرأي المبني على غير دليل من كتاب الله تعالى،

<sup>1</sup> - عضو هيئة التدريس بقسم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق-جامعة بنغازي.

<sup>(2)</sup> - سنن ابن ماجه، كتاب السنّة، باب اجتناب الرأي والقياس، 20/1، حديث رقم 53.

أو سُنَّة النبي ﷺ، أو غير مستند إلى سبب، أو علة، أو مانع شرعي أو دون مراعاة لمقاصد الشريعة ونحو ذلك، فهذا يدخل في اتباع الهوى ومجاراته، وهو محل الحرمة والذم شرعاً. وقد يعتمد البعض على فتاوى هؤلاء؛ لأنها تلبي حاجاتهم ورغباتهم، أو تحقق مصالحهم، أو تتمشى مع أهوائهم، أو نحو ذلك من الأغراض، فليتحرر الناس العلماء الثقات، والمشهود له بالعلم والمعرفة، ولا يركن إلى من تسوّل له نفسه الفتوى دون علم أو اجتهاد، إذا كان يريد النجاة في الدنيا والآخرة، كما في قوله ﷺ: (يَوْمَ لَا يَنْفَعُ مَالٌ وَلَا بَنُونَ \* إِلَّا مَنْ أَتَى اللَّهَ بِقَلْبٍ سَلِيمٍ) [الشعراء: 88-89]. وقد تصدر بعض المتعالمين وأنصافهم -كما في زماننا- هذا للفتوى، فأصبح للفتوى الشاذة سوق رائجة، إذ غدا ميدان الفتوى ساحاً واسعاً مباحاً، يدخله مع القليل من أهله كثير من غير أهله. فلا ضوابط تمنع من العيث ولا شروط، اللهم إلا أن يكون المفتي حاملاً لشهادة في الشريعة أو في غيرها يستويان مثلاً. فشهادة الشريعة ليست إثبات على مرتبة الاجتهاد، والأنكى من هذا أن تقدم فتوى المتقيقين على من هم أهل النظر والاجتهاد على الحقيقة، فتطمس فتوى الحق، وتعلن على الملاء فتوى الباطل، وتشتهر في وسائل الإعلام منمقة قد أحسن تكلف إخراجها، حتى اعتبر قائلها -افتراء- على الله عالم الأمة وفقهها المبجل المقدم<sup>(3)</sup>.

ولعل من أبرز أسباب الكتابة في هذا الموضوع ما يلي :

- 1- الابتلاء بالفتاوى الشاذة وكثرتها في هذا العصر وانتشارها بين عامة الناس بعد أن كانت نادرة في السابق.
- 2- بيان آثار الفتاوى الشاذة وخطرها على الأفراد والمجتمعات من الناحية الإيمانية والأمنية والاجتماعية .
- 3- جهل كثير من الناس بالأسباب الخفية وراء موضوع الفتاوى الشاذة، وسُبل الوقاية منها، وطُرق معالجتها .

<sup>(3)</sup> - يُنظر الفتاوى الشاذة وخطورتها، د/ عجيل جاسم النشمي، ص 41.

## وتتجلى أهمية البحث وأهداف الدراسة في النقاط الآتية :

- يعد هذا الموضوع تنبيهاً لعظم خطر الفتاوى الشاذة وانحرافها عن الفتوى الحق.
  - ذكر الأسباب التي تؤدي إلى ظهور هذا النوع من الفتاوى، وإبراز أضرارها ومخاطرها.
  - إن بحث هذا الموضوع، ودراسة الأسباب التي أدت إليه يعد إسهاماً فاعلاً في الحد من هذه الفتاوى، وتدارك وقوعها في المستقبل، والحيلولة دون تكرارها ما أمكن إلى ذلك سبيلاً.
  - إبراز دور الهيئات والمؤسسات الدينية في الدولة في الحد من الفتاوى الشاذة، وتكثيف جهودها عن طريق ما تملكه من آليات، ووسائل، وأنشطة عدة في هذا المجال، وتبرئة الشريعة مما ألصق بها من بعض المنتسبين إليها.
- هذا ويعتمد الباحث في دراسة هذا الموضوع على المنهج الاستقرائي التحليلي بقصد تتبع حقيقة الفتاوى الشاذة وأسبابها، دراسة فقهية منضبطة معتمدة على قواعد المنهج العلمي الرّصين، وجمع النصوص الشرعية حولها، وبيان أثارها السلبية في المجتمع، ووضع الآليات التي تحول دونها، وتحديد سُبُل الوقاية منها .
- وقد اشتمل هذا البحث على ثلاثة مباحث:
- المبحث الأول: ماهية الفتاوى الشاذة وأسبابها.
- المبحث الثاني: خطورة الفتاوى الشاذة.
- المبحث الثالث: سُبُل الوقاية من الفتاوى الشاذة وطُرُق معالجتها.
- وقد ذيلنا هذا بجملة من النتائج والتوصيات، لعلها تكون منارةً وسبيلاً في الحد من هذه الفتاوى الشاذة، أو على الأقل التقليل من أثارها في المدى القريب العاجل. والله الموفق ومن وراء القصد. ونتناول دراسة هذه المباحث تباعاً على النحو الآتي:

## المبحث الأول

## ماهية الفتوى الشاذة وأسبابها

ندرس هذا المبحث في مطلبين :

## المطلب الأول

## ماهية الفتوى الشاذة

مصطلح الفتوى الشاذة مركب من شقين: الأول فتاوى. الثاني: الشاذة، فيستلزم للإحاطة بذلك تعريفهما لغة واصطلاحاً.

**أولاً- تعريف الفتوى لغةً واصطلاحاً:** الفتوى لغة: بالواو وبفتح الفاء، وبالياء فتضم، وهي اسم من أفتى العالم إذا بين الحكم، والجمع: الفتاوى بكسر الواو على الأصل، وقيل يجوز الفتح للتخفيف<sup>(4)</sup>. والأصل الآخر: الفتيا. اسم مصدر من أفتى يفتي إفتاء. يُقال أفتى الفقيه في المسألة، إذا بين حكمها. ويقال منه فتوى وفتيا<sup>(5)</sup> فهي إذن بيان للحكم. ومنه قوله ﷺ: (يا أيها المَلَأُ أَفْتُونِي فِي رُؤْيَايَ) [يوسف: 43]. واستفتيته سألته أن يفتي، ومنه الاستفتاء: وهو طلب الفتيا، ومنه قوله ﷺ: (يَسْتَفْتُونَكَ قُلْ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ)<sup>(6)</sup> [النساء: 76].

وفي الاصطلاح هي: "محض إخبار عن الله تعالى في إلزام أو إباحة"<sup>(7)</sup>. كما عرفت بأنها: تبين الحكم الشرعي للسائل عنه والإخبار بلا إلزام<sup>(8)</sup>. وعرف عlish الفتوى بقوله: الإخبار بالحكم الشرعي بلا إلزام<sup>(9)</sup>.

(4) - المصباح المنير للفيومي، ص 239.

(5) - مقاييس اللغة لابن فارس، ص 728.

(6) - الكَلَالَةُ: من لا ولد له ولا والد. يُنظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، 407/3 .

(7) - الفروق للقرافي، 112/4 .

(8) - مطالب أولي النهى، 437/6.

(9) - منح الجليل، 20/1.

## ثانياً- تعريف الشاذ<sup>(10)</sup> لغةً واصطلاحاً :

الشين والذال يدلُّ على الانفراد والمفارقة، يُقال: شَذَّ الشيء يَشُدُّ شذوذاً وشَذَّاذُ الناس: الذين يكونون في القوم وليسوا من قبائلهم ولا منازلهم، وشَذَّ الرَّجُلُ: إذا انفردَ من أصحابه. والكَلِمَةُ الشَّاذَّةُ: العائِرةُ. وشَذَّانُ النَّاسِ: مُتَفَرِّقُوهم، ويُقال: شَذَّ عَنِّي يَشُدُّ وَيَشُدُّ، وأَشَدَّدْتُهُ: أي أَقْصَيْتُهُ وَنَحَيْتُهُ<sup>(11)</sup>.

أما تعريف الشاذ في الاصطلاح: لم يرد في القرآن الكريم مصطلح بلفظ الشاذ، ولكن وردت هذه اللفظة في حديث ابن عمر- رضي الله عنهما- قال: قال ﷺ: (يُذَّ اللَّهُ مَعَ الْجَمَاعَةِ، وَمَنْ شَذَّ شَذَّ إِلَى النَّارِ)<sup>(12)</sup>. فالخلاف الشاذ يُعَدُّ قسماً من الخلاف غير السَّائِغ، فهو الخلاف الذي يكون في غاية الضعف، وهو ما يُعَبَّر عنه بـ "زَلَّاتُ الْعُلَمَاءِ"<sup>(13)</sup>. وقد عُرِّفَ الشاذ بعدة تعريفات نذكر منها:

عند الحنفية والمالكية هو: ما كان مقابلاً للمشهور أو الراجح أو الصحيح، أي أنه الرأي المرجوح أو الضعيف أو الغريب<sup>(14)</sup>. جاء في حاشية ابن عابدين: "الأصحُّ مُقَابِلُ للصَّحِيحِ، والصَّحِيحُ مُقَابِلُ للضعيف، لكن ينبغي أن يقيَّد ذلك بالغالب؛ لأننا وجدنا مُقَابِلُ الأَصَحِّ الروايةَ الشَّاذَّةَ"<sup>(15)</sup>.

وعند الشافعية هو: ما يكون مخالفاً لما عليه جمهور العلماء. قال الإمام النووي: "قد يجزم نحو عشرة من المصنفين بشيء وهو شاذ بالنسبة إلى الراجح في المذهب، ومخالف لما عليه الجمهور"<sup>(16)</sup>.

<sup>(10)</sup> - تختلف إطلاقات مصطلح الشاذ عند العلماء بشكل عام بحسب الزاوية التي ينظر إليها كل علم، ولا يسع المجال هنا لذكرها، فله مفهوم خاص عند الفراء، والمفسرين، والمحدثين، كما له مفهومه عند فقهاء المذاهب وعلماء الأصول.

<sup>(11)</sup> - يُنْظَرُ مَقَابِيسُ اللُّغَةِ، ص 446، مادة شذ، والمحيط في اللغة، إسماعيل الطالقاني 256/7، والمصباح المنير للفيومي مادة: شذ، ص 307.

<sup>(12)</sup> - سنن الترمذي، كتاب الفتن، باب ما جاء في لزوم الجماعة، 466/4، حديث رقم 2167. قال الترمذي: هذا حديثٌ غريبٌ من هذا الوجه، وصَحَّ الألبانيُّ هذا الحديث دون عبارة: (وَمَنْ شَذَّ شَذَّ إِلَى النَّارِ) فهو ضعيف عنده. يُنْظَرُ الجامع الصغير، حديث رقم 1848.

<sup>(13)</sup> - القول الشاذ وأثره في الفتيا، د/ أحمد بن علي المبارك، ص 67.

<sup>(14)</sup> - الموسوعة الفقهية، 357/25.

<sup>(15)</sup> - رد المحتار على الدر المختار، 73/1.

وعند الحنبلة هو مخالفة الحق، قال ابن قيم الجوزية: "إِنَّ الشَّاذَّ مَا خَالَفَ الْحَقَّ، وَإِنْ كَانَ النَّاسُ كُلُّهُمْ عَلَيْهِ إِلَّا وَاحِدًا مِنْهُمْ، فَهُمُ الشَّاذُّونَ"<sup>(17)</sup>. وقد وافق ابن القيم في تعريفه هذا ابن حزم في تعريف الشذوذ بأنه: "مخالفة الحق، فكل من خالف الصواب في مسألة ما فهو فيها شاذ"<sup>(18)</sup>. ومنهم من عبر بالخلاف الشاذ بالمُدْرَكِ الضعيف، فقال: تتقارب مداركها احترازاً من الخلاف الشاذ المبني على المُدْرَكِ<sup>(19)</sup> الضعيف، فإنه لا يرفع الخلاف، بل ينقض في نفسه إذا حكم بالفتوى المبنية على المُدْرَكِ الضعيف<sup>(20)</sup>.

ومنهم من عرف الشاذ بمعناه العام، وهو الباطل، كابن حزم الذي يقول: "ليس شيء في الشريعة شاذاً، تعالى الله أن يلزمنا الشواذ، بل كل ما جاء عن الله تعالى وعن رسوله ﷺ، فهو حق، والحق لا يكون شاذاً، وإنما الشاذ الباطل"<sup>(21)</sup>. كما عُرف القول الشاذ بأنه "التفرد بقول مخالف للسواد الأعظم من المجتهدين بلا مستند من سماع أو قياس أو حجة معتبرة"<sup>(22)</sup>. وأخيراً عُرِفَ الشاذ بأنه: الحكم المصادم لنص الكتاب أو السنة، أو كان لفظهما أو دلالتهما لا يحتمله تأويل المفتي، أو كان حكمه مصادماً لما علم من الدين بالضرورة، أو مُصادماً لمقاصد الشرع أو قواعده أو مبادئه<sup>(23)</sup>. وعليه يمكن أن نستخلص من التعريف اللغوي والاصطلاحي للشاذ المعاني التالية:

- 1- الباطل 2- المخالف للحق. 3- المخالف لما عليه جمهور العلماء. 4- الانفراد والمفارقة. 5- الضعيف أو الغريب أو المرجوح. 6- المُدْرَكِ الضعيف.

<sup>(16)</sup> - آداب الفتوى والمفتي والمستفتي، ص 42.

<sup>(17)</sup> - إعلام الموقعين، 3/397.

<sup>(18)</sup> - الإحكام لابن حزم، 5/82.

<sup>(19)</sup> - المُدْرَكِ بضم الميم يكون مصدراً واسم زمان ومكان، تقول: أُنْزِلَتْهُ، مُدْرَكاً، أي إدراكاً، وهذا مُدْرَكُهُ. أي موضع إدراكه وزمن إدراكه، ومَدَارِكُ الشرع مواضع طلب الأحكام، وهي حيث يستدل بالنصوص والاجتهاد من مدارك الشرع. المصباح المنير للفيومي، ص 102.

<sup>(20)</sup> - الفروق للقرافي، 4/117.

<sup>(21)</sup> - الإحكام لابن حزم، 8/544.

<sup>(22)</sup> - القول الشاذ وأثره في الفتيا، د/ أحمد بن علي المبارك، ص 75.

<sup>(23)</sup> - الفتاوى الشاذة وخطورتها، د/ عجيل جاسم النشمي، ص 11.

فكلها إجمالاً، لا تخرج عن المعنى المراد من هذه الدراسة، فتكون الفتاوى الشاذة بمعناها العام شاملة لكل ما هو نقيض الفتوى الحق التي هي الأصل الذي يُتبع. فإذا كان الحق هو الأصل، فالباطل خروج عنه وشدوذ منه، فلما لم يجز أن يكون الحق شدوذاً، وليس إلا حقاً أو باطلاً، صح أن الشذوذ هو الباطل<sup>(24)</sup>.

### المطلب الثاني

#### أسباب ظهور الفتاوى الشاذة

من خلال دراسة هذا الموضوع، والإحاطة ببعض جوانبه تبين وجود عدة أسباب تؤدي إلى ظهور هذا النوع من الفتاوى، نذكر منها:

#### السبب الأول - تصدّر من ليس مؤهلاً للفتوى :

عقد الخطيب البغدادي أبواباً وعناوين في كتابه الفقيه والمتفقه، كلها داخلية في هذا السبب بأن لا يتصدر للفتوى من ليس أهلاً لها، فمثلاً: باب القول فيمن تصدى لفتاوى العامة وما ينبغي أن يكون عليه من الأوصاف ويستعمله من الأخلاق، وباب ذكر شروط من يصلح للفتوى، وباب الزجر عن التسرع في الفتوى مخافة الزلل، وكذلك ما جاء من الوعيد لمن أفتى وليس هو من أهل الفتوى<sup>(25)</sup>. فبسبب ذلك يكثر الجهل، ويعم الشاذ في الفتوى، فعن أنس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (إِنَّ مِنْ أَشْرَاطِ السَّاعَةِ أَنْ يُرْفَعَ الْعِلْمُ وَيَكْثُرَ الْجَهْلُ)<sup>(26)</sup>.

فلا بد أن يكون من ينتصب لإفتاء الناس متمكناً من الأصلين: الكتاب والسنة، وعلوم العربية، ومتبحراً في أصول الفقه ومقاصد الشريعة، وذا معرفة بالقياس وعلله، ومعرفة بمواضع الإجماع والاختلاف ومنازعه، ومطلعاً على الناس والحياة وواقعهم، وذا دربة وحذق وممارسة للفتوى والنوازل، مع الورع والتقوى وخشية الله. وحال كثير من المفتين في هذا العصر على غير هذا المسلك السوي، حيث اقتحموا هذا الميدان دون أن يتأهلوا له، وبعضهم

24 - الإحكام لابن حزم، 83/5

25 - يُنظر الصفحات، 327، 330، 349، 321/2

26 - صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب يَقُولُ الرَّجَالُ وَيَكْثُرُ النِّسَاءُ، 2005/5، حديث رقم 4933.

ليس من أهل الاختصاص في ورد ولا صدر، وقد كثر منهم هذا الضرب من الفتاوى الشاذة والمضطربة؛ التي خطر لها عظيم، وخطبها جسيم<sup>(27)</sup>.

وفي هذا الصدد قال القرافي: "ولا اعتبار هذا الشرط يحرم على أكثر الناس الفتوى، فتأمل ذلك فهو أمر لازم، وكذلك كان السلف رضي الله عنهم- متوقفين في الفُتْيَا توقفاً شديداً. وقال مالك لا ينبغي للعالم أن يفتي حتى يراه الناس أهلاً لذلك، ويرى هو نفسه أهلاً لذلك، يريد تثبت أهليته عند العلماء، ويكون هو بيقين مطلعاً على ما قاله العلماء في حقه من الأهلية... وهذا هو شأن الفُتْيَا في الزمن القديم"<sup>(28)</sup>.

وقد جاءت نصوص كثيرة من القرآن الكريم والسنة النبوية تحذر من الفتوى بغير علم، أو أن يتصدر مجالس العلم أو الذكر من ليس أهلاً لها، كقوله ﷺ: (وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكُذْبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِنَقْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكُذْبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكُذْبَ لَا يُفْلِحُونَ)[النحل: 116] فالحلال ما أحله الله، والحرام ما حرّمه الله، فلا ينطق لسان المرء إلا بما وافق شرع الله، ولا يفترى الكذب عليه، بالنقاط شواذ المسائل والفُتْيَا بها، وقد حذرنا الله من ذلك قال ابن كثير في معرض تفسيره لهذه الآية: "ويدخل في هذا كل من ابتدع بدعة ليس له فيها مستند شرعي، أو حلّ شيئاً مما حرّم الله، أو حرّم شيئاً مما أباح الله، بمجرد رأيه وتشهيه"<sup>(29)</sup>.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (من أفتي بغير علم كان إثمُه على من أفتاه)<sup>(30)</sup>. وقال ﷺ: (إِنَّ اللَّهَ لَا يَنْتَزِعُ الْعِلْمَ مِنَ النَّاسِ انْتِزَاعًا، وَلَكِنْ يَفْضِلُ الْعُلَمَاءَ، فَيَرْفَعُ الْعِلْمَ مَعَهُمْ وَيَبْقَى فِي النَّاسِ رُؤُوساً جُهَالًا، يُفْتُونَهُمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ فَيَضِلُّونَ وَيُضِلُّونَ)<sup>(31)</sup>. قال العيني في بيان استنباط الأحكام من هذا الحديث: "الأول: فيه التحذير عن اتخاذ الجهال رؤوساً. الثاني:

(27)- الفتوى المعاصرة بين الانضباط والاضطراب، أ.د. توفيق بن أحمد الغلبزوري، ص 32.

(28)- الفروق للقرافي، 197/2.

(29)- تفسير القرآن العظيم، 591/2.

(30)- أخرجه أبو داود في سننه واللفظ له، كتاب العلم، باب التَّوَقُّي في الفُتْيَا، 321/3، حديث رقم 3657، وابن ماجه في سننه، كتاب السنة، باب

اجْتِنَابِ الرَّأْيِ وَالْفَيَاسِ، 20/1، حديث رقم 53.

(31)- صحيح مسلم، كتاب العلم، باب رَفْعِ الْعِلْمِ وَقَبْضِهِ وَظُهُورِ الْجَهْلِ وَالْفَقْرِ فِي آخِرِ الزَّمَانِ، 2059/4، حديث رقم 2673.

فيه الحث على حفظ العلم والاشتغال به. الثالث: فيه أن الفتوى هي الرياسة الحقيقية، وذم من يقدم عليها بغير علم<sup>(32)</sup>.

وفي سياق هذا السبب، وأثره في ظهور الفتاوى الشاذة، قال ابن حزم: "لا آفة على العلوم وأهلها أضر من الدُّخلاء فيها، وهم من غير أهلها، فإنهم يجهلون ويظنون أنهم يعلمون، ويُفسدون، ويُفدِّرون أنهم يُصلحون"<sup>(33)</sup>.

### السبب الثاني- التسرع في الفتوى :

السرعة في الإفتاء، والعجلة في الإجابة، وترك الأنابة، مدخل من مداخل إبليس، يُلبس به على كثير من أهل الفتوى، ويلقي في روعهم أن السرعة في الفتوى دليل على المعرفة والعلم، وأن التمهّل والتريث عنوان الجهل والعي<sup>(34)</sup>. قال الله ﷻ: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْدِّمُوا بَيْنَ يَدَيِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ) [الحجرات: 1]، وقد فسّر ابن القيم هذه الآية بقوله: "والقول الجامع في معنى الآية لا تَعْجَلُوا بقول ولا فعل قبل أن يقول رسول الله ﷺ أو يفعل"<sup>(35)</sup>.

فالتسرع في الفتوى وعدم التأني فيها دون إعطاء حقها في الفكر والنظر، اعتماداً على قراءة يسيرة أو معلومة قليلة، محفوظة في الذاكرة، والجهل بفقهاء المال وواقع الحال وغير ذلك، فتح وبال الشر أمام المختص وغير المختص، ليدلي بدلوه في مجال الفتوى الشاذة، وهي في معظمها نجمت من غير فقه أو تفهم للسؤال، أو تثبتت من المسألة.

عن عليّ رضي الله عنه قال: (لا خير في فقه ليس فيه تفهم... ولا خير في قراءة ليس فيها تدبر)<sup>(36)</sup>. وقال النووي: "فمن التساهل أن لا يثبتت ويسرع بالفتوى قبل استيفاء حقها من النظر والفكر، فإن تقدمت معرفته بالمسؤول عنه فلا بأس بالمبادرة، وعلى هذا يحمل ما نقل

(32) - عمدة القاري شرح صحيح البخاري، 132/2.

(33) - الأخلاق والسير في مداواة النفوس، ص 23.

(34) - الفتوى المعاصرة بين الانضباط والاضطراب، أ.د. توفيق بن أحمد الغليزوري، ص 360.

(35) - إعلام الموقعين، 51/1.

(36) - الفقيه والمتفقه، 339/2.

عن الماضين من مبادرة<sup>(37)</sup>. وقد عقد الخطيب البغدادي باباً في الزجر عن التسرع في الفتوى مخافة الزلل، وذكر فيه عن البراء رضي الله عنه، قال: لقد رأيت ثلاثمائة من أهل بدر ما منهم من أهدأ إلا وهو يحب أن يكفيه صاحبه الفتوى<sup>(38)</sup>.

وهذا المنزلق هو الداء الذي أصاب الجماعات التكفيرية والمنحرفة عموماً التي ظهرت على الساحة في بعض دول العالم الإسلامي، وهو التسرع والعجلة في أخذ الأحكام من النصوص، قبل الدراسة اللازمة والتأمل الكافي، والموازنة المطلوبة، واستفراغ الوسع والذهن في البحث والطلب، فيدفعه ذلك إلى سوء فهم النصوص أو تحريفها عن موضعها، كذلك جهلهم بالأمر المشروع في الكتاب والسنة والفهم الصحيح لهما.

وقد ذكر ابن القيم كراهة الفقهاء التسرع في الفتوى خشية الوقوع في الخطأ أو الزلل، فقال: "وكان السلف من الصحابة والتابعين يكرهون التسرع في الفتوى، ويؤد كل واحد منهم أن يكفيه إياها غيره، فإذا رأى أنه قد تعينت عليه بذل جهته في معرفة حكمها من الكتاب والسنة أو قول الخلفاء الراشدين ثم أفتى"<sup>(39)</sup>. وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: "إن أحدهم ليفتي في المسألة، ولو وردت على عمر بن الخطاب رضي الله عنه لجمع لها أهل بدر"<sup>(40)</sup>.

### السبب الثالث - الهوى واتباع الظن :

الهوى والظن إذا لم يكونا محكومين بالكتاب والسنة حق الأحكام فإنهما يجلبان المحذور، ويوقعان المذموم، وهذا هو مكنم الخطر والضرر في الفتاوى الشاذة وغيرها من الأحكام. قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "لهذا كان من خرج عن موجب الكتاب والسنة من المنسوبين إلى العلماء والعباد يجعل من أهل الأهواء، كما كان السلف يسمونهم أهل الأهواء، وذلك أن كل من لم يتبع العلم فقد اتبع هواه، والعلم بالدين لا يكون إلا بهدي الله الذي بعث به رسوله ﷺ"<sup>(41)</sup>، ولهذا قال الله ﻋﻠﻴﻪ ﺳﻼﻡ: (وَإِنَّ كَثِيرًا لَّيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ) [الأنعام: 119].

<sup>37</sup> - آداب الفتوى والمفتي والمستفتي للنووي، ص 37 .

<sup>38</sup> - الفقيه والمتفقه، 349/2 .

<sup>39</sup> - إعلام الموقعين، 33/1 .

<sup>40</sup> - سير أعلام النبلاء للذهبي، 416/5، وتهذيب الكمال للمزي، 406/19، وإعلام الموقعين، 185/2 .

<sup>41</sup> - الاستقامة، 225-224/2 .

وهذا ما أشار إليه الشاطبي بقوله: "إنما جاء الشرع بحسم مادة الهوى بإطلاق، وإذا صار الهوى بعض مقدمات الدليل لم ينتج إلا ما فيه اتباع الهوى، وذلك مخالفة الشرع"<sup>(42)</sup>. وقد قال الله تعالى لداود عليه السلام من قبل: ( فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ ) [سورة ص: 26]، وقال لرسوله ﷺ: ( ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ) [سورة الجاثية: 18]. فاتباع الأهواء أصل كل بلاء. ويستوي في ذلك أن يتبع المفتي هواه أو أهواء الآخرين، لا سيما الأهواء السياسية<sup>(43)</sup>. فمن تساهل المفتي بسبب هذه الأهواء: "أن تحمله الأغراض الفاسدة على تتبع الحيل المحرمة أو المكروهة، والتمسك بالشبه طلباً للترخيص لمن يروم نفعه، أو التغليظ على من يريد ضرره"<sup>(44)</sup>. وهذا ما أشار إليه الشاطبي بقوله: "وبهذا يظهر أن الخلاف الذي هو في الحقيقة خلاف ناشئ عن الهوى المضل، لا عن تحري قصد الشارع باتباع الأدلة على الجملة والتفصيل، وهو الصادر عن أهل الأهواء"<sup>(45)</sup>.

وقد عاب القرافي على من سلك هذا المسلك فقال: "لا ينبغي للمفتي إذا كان في المسألة قولان، أحدهما فيه تشديد والآخر تخفيف، أن يفتي العامة بالتشديد، والخواص من ولادة الأمور بالتخفيف، وذلك قريب من الفسوق والخيانة في الدين، والتلاعب بالمسلمين، ودليل فراغ القلب من تعظيم الله تعالى وإجلاله وتقواه وعمارته باللعب وحُب الرياسة والتقرب إلى الخلق دون الخالق"<sup>(46)</sup>. كذلك اتباع أهواء العامة بإفتائهم بالرخص فيما لا يُترخص فيه، وتتبع شواذ المسائل، وزلات المجتهدين، بما يوافق أغراضهم وأهواءهم، بدعوى التيسير ورفع الحرج عن الناس والرفق بهم، فينتقي الفتاوى الشاذة المهجورة، ويعيد إحياءها جذعة<sup>(47)</sup>. قال الأوزاعي

<sup>(42)</sup> - الموافقات، 222/4.

<sup>(43)</sup> - الفتاوى المعاصرة بين الانضباط والاضطراب، ص 364.

<sup>(44)</sup> - آداب الفتوى والمفتي والمستفتي للنووي، ص 38.

<sup>(45)</sup> - الموافقات، 222/4.

<sup>(46)</sup> - الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، ص 250.

<sup>(47)</sup> - الفتاوى المعاصرة بين الانضباط والاضطراب، أ.د. توفيق بن أحمد الغليزوري، ص 364.

من أخذ بنوادر العلماء خرج من الإسلام<sup>(48)</sup>، أي أن من تتبع الأقوال الشاذة والآراء المختلفة من شذوذات أهل العلم، التي لا يكاد يسلم منها أحد من أهل العلم، فإن هذه علامة نفاق، لأنه حينئذ يكون ممن اتبع هواه، وليس غرضه اتباع الحق من الكتاب والسنة<sup>(49)</sup>.

#### السبب الرابع - الإعجاب بالرأي والتعالم وحب الشهرة :

الاستبداد بالرأي والإعجاب به وحب الظهور ومخالفة العلماء ونشوة ذياع صيته بين أوساط العامة عبر وسائل الإعلام وشبكات التواصل الاجتماعي ونحو ذلك، بالثناء عليه ومدحه، وبأنه صاحب فكر ومنهج وسطي منفتح على الآخرين، وأنه مجدد العصر من أحد أسباب ظهور هذا النوع من الفتاوى وانتشارها في هذا الزمن وغيره. قال الشاطبي: "وإذا دخل الهوى أدى إلى اتباع المتشابه، حرصاً على الغلبة والظهور بإقامة العذر في الخلاف، وأدى إلى الفرقة والتقاطع والعداوة والبغضاء لاختلاف الأهواء وعدم اتفاقها"<sup>(50)</sup>.

ومما ابتليت به الأمة في هذا العصر كثرة المتعالمين، وليس هذا إدعاءً مجرداً من الدليل، بل هذا واقع ملموس مع الأسف، إذ نشاهد بين الفينة والأخرى مَنْ يتكلم في مسائل يتورع عنها كبار العلماء، ولقد شاهدنا الكثير من تلك النماذج على صفحات الإنترنت، وعلى بعض الفضائيات حتى أصبحت الفتوى مهنة من لا مهنة له، بل من العجيب أن المستفتي لا يعرف المفتي، ولا المفتي - كما يظهر من جوابه - عالم بموضوع الاستفتاء.

والغريب من عامة الناس كيف يُسلمون دينهم لمن لا يعرفون، فإن كانوا في السابق يقولون سمّوا لنا رجالكم، لمعرفة صحة سند الحديث، بسبب انتشار آفة الوضع، فينبغي علينا اليوم أن نقول سمّوا لنا مفتيكم، وعرفوا الناس بتاريخه العلمي، ومَنْ أهله لمنصب الإفتاء؛ لمعرفة صحة فتواه<sup>(51)</sup>.

<sup>(48)</sup> - السنن الكبرى للبيهقي، ما تجوز به شهادة أهل الأهواء، 211/10، رقم الأثر 20707 .

<sup>(49)</sup> - القول الشاذ وأثره في الفتيا، د/ أحمد بن علي المبارك، ص 81 .

<sup>(50)</sup> - الموافقات، 222/4.

<sup>(51)</sup> - ظاهرة الفتاوى الشاذة، د/ تركي عيسى المطيري، ص 3 .

وفي هذا الصدد يقول الخطيب البغدادي: "قلّ من حرص على الفتوى وسابق إليها وثابر عليها إلّا قلّ توفيقه، واضطرب في أمره، وإذا كان كارهاً لذلك، غير مختار له، ما وجد مندوحة عنه، وقدر أن يحيل بالأمر فيه على غيره" (52). مما يندرج تحت هذا السبب أن رجلاً رأى ربيعة بن أبي عبد الرحمن يئكي، فقال ما يُيكيك؟ وارتاع لبكائه، فقال له: أدخلت عليك مصيبة؟ فقال: لا، ولكن استفتيت من لا علم له وظهر في الإسلام أمر عظيم (53). قال بعض العلماء تعقياً: فكيف لو رأى ربيعة زماننا، وإقدام من لا علم عنده على الفتيا، وتوثبه عليها، ومدّ باع التكلّف إليها، وتسلفه بالجهل والجراة عليها، مع قلة الخبرة، وسوء السيرة، وشؤم السريرة، وهو من بين أهل العلم منكر أو غريب، فليس له في معرفة الكتاب والسنة وآثار السلف نصيب، ولا يبد جواباً بإحسان (54).

#### السبب الخامس- الغلو والتشدد:

وفي المقابل تشدّد بعض أهل الفتوى فيما يسرّ فيه الشرع، فترك المخرج الشرعي الصحيح، واختار الشدائد، ويكون الباعث على ذلك غالباً: إظهار عدم التساهل في الدين، وشدة التقوى، والتزام الورع، والأخذ بظواهر الأحكام وإن كانت شاذة، وعمز الآخرين بأنهم متساهلون منحرفون (55). وهذا ما حدث مع الجماعات المتشددة، فقد غالت في هذه الفتاوى الشاذة من هذا المنطلق، بدعوى التقوى والتمسك بالدين وتطبيق شريعة الإسلام، واتخذوا من هذه الفتاوى الضالة طريقاً للعمليات الانتحارية والانغماسية ونحو ذلك، وزعموا أنهم على حق وصواب، وقد بالغ بعضهم بأنهم بهذه الأفعال على يقين بالجنة، فغسلوا أدمغة الشباب فكراً، وأغروهم بالمال، وجعلوهم حاقدين ناقمين على بلدانهم وحكامهم وعلمائهم.

(52) - الفقيه والمتفقه، 350/2.

(53) - يُنظر الفقيه والمتفقه، 324/2، وجامع بيان العلم وفضله، 201/2.

(54) - إعلام الموقعين، 207/4.

(55) - الفتوى المعاصرة بين الانضباط والاضطراب، ص 365.

وتتبدى صور التشديد في الآتي:

- 1- إيهام الناس بوجود رأي واحد في المسألة فقط .
- 2- إدعاء وجود اتفاق بين العلماء في هذه المسألة .
- 3- الأخذ بالقول الأشد في المسألة.
- 4- إدعاء انحسار الدليل الشرعي مع أصحاب قول واحد في المسألة المطروحة<sup>(56)</sup>.

ولكننا مع الأسف نعيش اليوم في عصر مع شباب حدثاء الأسنان سفهاء الأحلام، لم يأخذوا العلم عن الثقات ولا عن مصادره الأصلية، ولم يستمعوا لقول الله ﷻ: (فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ) [النحل: 43]، كما أن هؤلاء لم يرجعوا إلى الراسخين في العلم، وإنما قرأوا عدداً من الآيات وجملته من الأحاديث، ثم نصبوا أنفسهم للفتوى، فأخذوا يكفرون الأمة ويفسقونها ويجهلون العلماء ويسفهونهم، ويخوضون في أعراضهم، وسعى هؤلاء الشباب في تضليل الناس ووصفهم بالابتداع، ويصدرون من الفتاوى ما يؤدي إلى الفتنة والبلبلة والاضطراب، ويخوضون في القضايا الكبرى الفتاوى للأمة ومصالحها العليا، وهذا من الفتن العظيمة ومن الشر المستطير، فيجب على العلماء وأولي الأمر والرأي أن يتصدوا لهؤلاء ويبعدوهم عن الساحة، ليسلم الناس من هذا الهراء، ولا يتصدى للفتوى إلا الراسخون في العلم، ومن وهبهم الله فقهاً دقيقاً وفهماً عميقاً<sup>(57)</sup>.

#### السبب السادس - الجهل بفقه المال وعدم مراعاة مقاصد الشريعة:

إن الجهل بفقه المال وبمقاصد الشريعة من أحد أسباب ظهور هذه الفتاوى، لجهل من تصدر منه هذه الفتاوى، وإنما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين أحدهما فهم مقاصد الشريعة على كمالها، والثاني التمكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها<sup>(58)</sup>. وذلك لأن اجتهاده في هذه الأمور يقلل من المزالق التي تقع عند الإفتاء في النازلة، ولكن هيهات هيهات فهم على جهل تام بها، وصم عمي لا يبصرونها. وهذا السبب ينقسم إلى قسمين:

<sup>(56)</sup> - الفتاوى الشاذة، مفهومها، أنواعها، أسبابها، آثارها، د/أحمد محمد هليل، ص 49-50 .

<sup>(57)</sup> - أثر الفتوى في المجتمع ومساوئ الشذوذ في الفتوى، د/ محمد بن أحمد الصالح، ص 39.

<sup>(58)</sup> - الموافقات، 106-105/4 .

**1- الجهل بفقه المال في الأقوال والأفعال والتصرفات:** أي عدم ملاحظة ما يترتب على الفتاوى الشاذة من آثار ونتائج في الواقعة، والمجتمع الذي نعيش فيه. وهذا أمرٌ خطير وخلل كبير، وجهل عظيم، وضرره أخطر، فلفقه المال وفهمه دور في جعل النوازل فقيهاً بارعاً فيما يعرض له من وقائع وحوادث ومستجدات. وفي هذا الموضوع يقول الشاطبي: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً - كانت الأفعال موافقة أو مخالفة - وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل". وقد بيّن أيضاً ضابط النظر في المآلات فقال: "وضابطه أنك تعرض مسألتك على الشريعة، فإن صحت في ميزانها؛ فانظر في مآلها بالنسبة إلى حال الزمان وأهله"<sup>(59)</sup>. فيجب على الفقيه النوازلي أن ينتبه لهذا المعنى. ويا ليت شعري من أفتى بتكفير عامة الناس، واستحل دماءهم وأعراضهم وأموالهم، وكفر الدول والحكومات، فهم على جهل تام، ومنقطع النظر في هذا الجانب. ومن ثم فلا بد للمفتي عند الإفتاء في الواقعة أو النازلة أن يقدر مآلات فتواه وآثارها في الأفعال والتصرفات، وذلك بمراعاة مقاصد الشريعة، والتنبيه للوالم القول، والتبصر بواقع الحال، وأن يقدر عواقب حكمه وفتواه، ولا يعتقد أن مهمته تنحصر في إعطاء الحكم الشرعي فحسب.

ومما يدخل في هذا السبب تسرع المفتي بالإجابة على سؤال المستفتي دون الوقوف على واقع الحال في بلد المستفتي ونوازله، والظروف المحيطة به، فيسقط الفتوى على الواقع والظروف التي يعيش فيها المفتي دون المستفتي. وفي ذلك يقول أبو زهرة: الفتوى الصحيحة تتطلب - عدا توافر شروط الاجتهاد في المجتهد - شروطاً أخرى: "وهي معرفة واقعة الاستفتاء، ودراسة نفسية المستفتي، والجماعة التي يعيش فيها؛ ليعرف مدى أثر الفتوى سلباً أو إيجاباً، حتى لا يتخذ دين الله هزواً ولا لعباً"<sup>(60)</sup>.

**2- عدم مراعاة مقاصد الشريعة بتحقيق المصالح ودرء المفاصد:** إن أمر المقاصد الشرعية أمر في غاية الأهمية بالنسبة لحملة العلم الشرعي، والمفتين، فهي تساعد على تجاوز كثير من

(59) - المصدر السابق، 191/4-194.

(60) - أصول الفقه، ص 401.

المزائق التي قد يقع فيها بعض المفتين والمجتهدين حين يقصرون نظرهم على دليل جزئي شرعي، غير مبالين بفقه المقاصد في الحياة ببصيرة ووعي، وما أقل من جمع ذلك في زماننا. وعن أهمية معرفة مقاصد الشريعة وأثرها بتحقيق المصالح ودرء المفاصد يقول ابن تيمية: "الفقه في الدين الذي هو معرفة حكمة الشريعة ومقاصدها ومحاسنها" (61). وقال الشاطبي في التحذير من زلة العالم في هذا الجانب: "وهذا كله وما أشبهه دليل على طلب الحذر من زلة العالم، وأكثر ما تكون عند الغفلة عن اعتبار مقاصد الشارع في ذلك المعنى الذي اجتهد فيه، والوقوف دون أقصى المبالغة في البحث عن النصوص فيها، وهو وإن كان على غير قصد ولا تعمد، وصاحبه معذور ومأجور، لكن مما ينبني عليه في الاتباع لقلوبه فيه خطر عظيم" (62).

#### السبب السابع- الجهل بخطورة الفتوى :

إن الجهل بخطورة الفتوى وما يترتب عليها من نتائج وآثار سلبية، وعدم إدراك حجم المسؤولية والأخطار المترتبة عليها سبب في ظهور الشاذ في الفتاوى. ومما يؤكد أهمية منصب الإفتاء، وخطورة الإخلال به، أن تولاه الله بنفسه فقال ﷺ: (وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلْ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ) [النساء: 127]، أي يبين لكم حكم ما سألتكم عنه (63).

قال النووي في أهمية الإفتاء وعظم خطره وفصله: "اعلم أن الإفتاء عظيم الخطر، كبير الموقع، كثير الفضل، لأن المفتي وارث الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم، وقائم بفرض الكفاية، لكنه معرض للخطأ، ولهذا قالوا المفتي موقع عن الله تعالى" (64)، فالمفتي هو الموقع عن رب العالمين، قال ابن القيم: "وإذا كان منصب التوقيع عن الملوك بالمجل الذي لا ينكر فضله، ولا يجهل قدره، وهو من أعلى المراتب السنيات، فكيف بمنصب التوقيع عن رب الأرض والسماوات" (65)، والمفتي هو ولي الله. قال الشافعي: "إن لم يكن الفقهاء أولياء الله في

(61) - كتب ورسائل وفتاوى شيخ الإسلام، 354/11.

(62) - الموافقات، 170/4.

(63) - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، 350/3.

(64) - آداب الفتوى والمفتي والمستفتي للنووي، ص 13-14.

(65) - إعلام الموقعين، 10/1.

الآخرة فما لله ولي" (66). والمفتي مخبر عن الله تعالى ومن كذب على الله تعالى، أو أخبر عنه مع عدم ضبط ذلك الخبر، فهو عند الله تعالى بمنزلة الكاذب على الله؟!، فليترك الله عَجَلُ امرؤ في نفسه، ولا يقدم على قول أو فعل بغير شرطه (67). وقال ابن المُنْكَدِر: "العالم بين الله وبين خلقه، فلينظر كيف يدخل بينهم" (68).

وفي ختام الحديث عن هذه الأسباب يقول د/ سليمان أبا الخيل: "إذا اجتمعت هذه الأسباب تكوّن الخلط السيئ، وتفاعل هذا الداء الخبيث ليتحول إلى قنابل موقوتة، تعصف بالمجتمع المسلم دون تريث أو تأمل في العواقب، وهذا ما حصل لفئة لا يُستهان بها من شباب الأمة عموماً... حيث جرفهم الحماس غير المنضبط، واستهوتهم العاطفة العاصفة، والغيرة الثائرة الفائرة، وابتعدوا عن مصادر العلم، وعن العلماء الربانيين، وتلقوا من مصادر مشبوهة، وجهات سرية ما يغذي هذا الحماس... وكانت تلك التصرفات سبباً في استدراجهم والإيقاع بهم، وتحويلهم إلى أدوات قتل وتفجير، وإفساد وتدمير، من قبل جهات مشبوهة، وأطراف خارجية وداخلية، تحقق بهم أهدافاً مشينة، ومآرب مختلفة متنوعة" (69).

## المبحث الثاني

### خطورة الفتاوى الشاذة

ندرس في هذا المبحث مطلبين على النحو الآتي:

#### المطلب الأول

#### تحذير العلماء من الفتاوى الشاذة

وفيه نقطتان :

#### الأولى- تحذير العلماء من الفتاوى الشاذة:

(66) - الفقيه والمتفقه، 150/1.

(67) - الفروق للقرافي، 197/2.

(68) - يُنظر الفقيه والمتفقه، 354/2، إعلام الموقعين، 186/2، آداب الفتوى للنووي، ص 18.

(69) - التنبيهات السننية في بيان حقيقة ما يسمى بالأعمال والعمليات الجهادية، ص 15.

إذا كانت الفتوى الشاذة قليلة بل نادرة في تراثنا الفقهي المحرّر، فإنها أصبحت اليوم كثيرة ومنتشرة انتشاراً كبيراً في واقعنا المعاصر؛ وذلك بسبب ثورة الإعلام والاتصال التي تدخل كل مكان، وتقرع كل باب، وبسبب ظهور الفضائيات وفتاواها على الهواء، والشبكات العنكبوتية المختلفة، والصحف والمجلات السيّارة، والهواتف الجوّالة، وهذا كلّه وغيره وسّع آفاق الفتاوى الشاذة والمضطربة؛ انتشار النار في الهشيم<sup>(70)</sup>. وهذا ما أشار إليه القرافي بقوله: "أما اليوم فقد انخرق هذا السياج وسهل على الناس أمر دينهم، فتحدثوا فيه بما يصلح وبما لا يصلح وعسر عليهم اعترافهم بجهلهم، وأن يقول أحدهم لا يدري، فلا جرّم إلّ الحال للناس إلى هذه الغاية بالاعتداء بالجهال"<sup>(71)</sup>. فإذا كان هذا الحال في عصر الإمام القرافي الذي توفي سنة 684هـ، فما بالك بحال المسلمين اليوم مع ثورة الاتصالات والتكنولوجيا والمعلوماتية، وما صاحبه من سرعة نقل المعلومة وانتشارها، وصار العالم كأنه بلدة واحدة، وانتهاز من تسوّل له نفسه هذا التقدم الهائل في بث أفكاره المسمومة، وسمه الزعاف في العسل المصفى للوصول إلى غرضه الدنيء، وطموحه الخبيث بإفساد عقائد الناس بهذه الأفكار الفاسدة والآراء المنحرفة.

ومن أقوال السلف في التحذير من الفتاوى الشاذة، ومن آثارها السيئة، ومخاطرها البيّنة:

- 1- قول الإمام الطحاوي: "نتبع السنّة والجماعة ونجتنب الشذوذ والخلاف والفرقة"<sup>(72)</sup>. فهي سبب للفرقة والخلاف بين المسلمين، وتلبس على العامة دينهم.
- 2- وقال إبراهيم بن أبي عبلة: "من حمل شاذ العلم حمل شراً كبيراً"<sup>(73)</sup>. وقال إياس بن معاوية: "إياك والشاذ من العلم"<sup>(74)</sup>، وهذا أسلوب تحذير من هذه الفتاوى، ومن شرّها وآثارها.

<sup>70</sup> - الفتوى المعاصرة بين الانضباط والاضطراب، أ.د. توفيق بن أحمد الغلزوري، ص 326.

<sup>71</sup> - الفروق للقرافي، 197/2.

<sup>72</sup> - متن العقيدة الطحاوية، ص 48.

<sup>73</sup> - تهذيب الكمال للمزي، 144/2.

<sup>74</sup> - النكت على مقدمة ابن الصلاح، 137/2.

3- وبسببها يضلُّ الناس عن دينهم وينحرفوا عنه، قال ابن عبد البر: "وشبَّه الحكماءُ زلة العالم بإنكسار السفينة؛ لأنها إذا غرقت غرق معها خلق كثير" (75).

4- وبها يتضح الانحراف عن فتوى الحق، ومجارة الهوى واتباعه، والتماس طرق الحيل غير الشرعية، فصار منصب الإفتاء مهنة مَنْ لا مهنة له. قال الإمام الدارمي: "إن الذي يريد الشذوذ عن الحق يتبع الشاذ من قول العلماء، ويتعلق بزلاتهم، والذي يؤم الحق في نفسه يتبع المشهور من قول جماعتهم، وينقلب مع جمهورهم، فهما آيتان بيّنتان يستدل بهما على اتباع الرجل وعلى ابتداعه" (76).

5- وبها يهدم الإسلام من بني جلدته، وممن يتكلمون بالسنته، فصار كل واحدٍ يفتي بما يمليه عليه عقله، ويُشرِّع بما يمليه عليه غيره، فعن زياد بن حُذير قال: قال لي عمر هل تعرف ما يهدم الإسلام؟ قلت: لا، قال: يهدمه زلة العالم، وجدال المناق بالكتاب، وحكم الأئمة المضللين" (77).

6- وهي ليست طريقاً للعلم أو التعلم، فبها تقل هيبة العلم ويهمل أهله، ويتسلط عليه من ليس له نصيب فيه. فعن عبد الرحمن بن مهدي قال: "لا يكون إماماً في العلم من أخذ بالشاذ من العلم" (78).

7- بسببها تقع البلبلة والحيرة بين المسلمين، وهز الثقة في رجال العلم، والتشكيك في قدراتهم ونزاهتهم، من خلال إيجاد مبررات لاتهامات عامة باطلة (79).

8- وبسببها تقع مجارة الظروف الواقعة وقبولها والإفتاء بصحتها وشرعيتها، فقد كان من البلاء الذي عم الناس أنه نتيجة للهزيمة النفسية نحو الواقع المرير الذي تحياه الأمة في هذه الأيام، أن يعتمد بعض ضعاف النفوس من المفتيين والمتصدرين لتعليم العلوم الشرعية في بلاد المسلمين إلى مجارة هذه الظروف الواقعة وقبولها، والإفتاء بصحتها وشرعيتها، وإضفاء الشرعية عليها، مع علمهم بمخالفتها للشريعة الإسلامية، ومناقضتها لها، وذلك إما تزلفاً لمن يتزلف له

(75). - جامع بيان العلم وفضله، 111/2.

(76). - الرد على الجهمية للدارمي، ص 129.

(77). - أخرجه الدارمي بسند صحيح، باب في كراهية أخذ الرأي، 82/1، رقم الأثر 214.

(78). - التمهيد لابن عبد البر، 64/1.

(79). - أثر الفتوى في المجتمع ومساوئ الشذوذ في الفتوى، د/ محمد بن أحمد الصالح، ص 50.

من عليّة القوم من الولاة والأغنياء وأصحاب النفوذ المالي والاجتماعي والسياسي، أو إظهاراً للمرونة واليسر في الشريعة الإسلامية بزعمهم، أو إظهاراً للعلم والاجتهاد وسعة الاطلاع في أعين الناس بزعمهم، وفي هذا كله من الآثار الخطيرة، والمفاسد الكبيرة، والعواقب العظيمة ما فيه، حيث إن فيه تحليل ما حرم الله، أو تحريم ما أحل الله، وتضييع للشريعة وأحكامها، وصرف للناس عن الحق، وإبعاد لهم عنه<sup>(80)</sup>.

### الثانية- حكم العمل بالفتاوى الشاذة:

لا يجوز العمل بالفتاوى الشاذة، ولا أن تبنى الأحكام عليها، لما يترتب على القول بهذه الفتاوى من مفسد جمة، فهي زلات مهلكة للفرد والأمة في آن واحد، لأن الشذوذ كما يقول ابن حزم: "مذموم بإجماع، فمحال أن يكون المرء محموداً مذموماً من وجه واحد في وقت واحد، وممتنع أن يُوجب شيء واحد الحمد والذم معاً في وقت واحد من وجه واحد"<sup>(81)</sup>. وهذا ما أكدّه ابن عبد البر بقوله: "إذا صح وثبت أن العالم يزل ويخطئ، لم يجز لأحد أن يُفتي ويدين بقول لا يُعرف وجهه"<sup>(82)</sup>. فيحرم إذاً الفتوى والقضاء والعمل بالشاذ والضعيف<sup>(83)</sup>، وهذا ما أكدّه أيضاً الشاطبي بقوله: "إذا ثبت هذا فلا بد من النظر في أمور تتبني على هذا الأصل، منها أن زلّة العالم لا يصح اعتمادها من جهة، ولا الأخذ بها تقليداً له، وذلك لأنها موضوعة على المخالفة للشرع، ولذلك عُدّت زلّة، وإلا فلو كانت معتداً بها لم يجعل لها هذه الرتبة، ولا نُسب إلى صاحبها الزلل فيها"<sup>(84)</sup>. وقال ابن القيم: "إن العالم قد يزل ولا بد؛ إذ ليس بمعصوم، فلا يجوز قبول كل ما يقوله، وينزل قوله منزلة قول المعصوم، فهذا الذي ذمّه كل عالم على وجه الأرض، وحرّموه، وذمّوا أهله، وهو أصل بلاء المقلدين وفنتتهم... فإذا عرف أنها زلة لم يجز له أن يتبعه فيها باتفاق المسلمين"<sup>(85)</sup>.

(80) - الفتاوى الشاذة، مفهومها، أنواعها، أسبابها، آثارها، د/أحمد محمد هليل، ص 45-46.

(81) - الإحكام لابن حزم، 82/5.

(82) - جامع بيان العلم وفضله، 111/2.

(83) - منح الجليل، 20/1.

(84) - الموافقات، 170/4.

(85) - إعلام الموقعين، 192/2.

ومما يجدر التنويه إليه أن التحذير من الفتاوى الشاذة ومن آثارها السيئة لا يمنع من الأخذ بالخلاف الفقهي المعتبر، ولا يُعدُّ هذا تحجيراً عليه، أو تنفيراً منه، فهو مازال في دائرة القبول جملة أو تفصيلاً لاختلاف وجهات النظر أو الاجتهاد في النص، أو في التخريج عليه، أو في القواعد الأصولية أو الفقهية المعتبرة في المذاهب، أو في التخريج عليها، أو لاختلاف مناهج الاستنباط تبعاً لقواعد المذهب، أو لاختلاف مناطات العلل والأحكام، أو في تخريج المناطق أو تنقيحها<sup>(86)</sup>.

وفي هذا السياق قال الذهبي عن خلاف داود والظاهرية: "لا ريب أن كل مسألة انفرد بها وقطع ببطلان قوله فيها فإنها هدر، وإنما نحكيها للتعجب، وكل مسألة له عضدها نص وسبقه إليها صاحب أو تابع، فهي من مسائل الخلاف فلا تهدر"<sup>(87)</sup>.

### المطلب الثاني

#### المعايير التي تضبط بها الفتاوى الشاذة

حاول الشاطبي أن يضع معياراً تضبط به الفتاوى الشاذة، فقال: "المخالفة للأدلة الشرعية على مراتب: فمن الأقوال ما يكون خلافاً لدليل قطعي، من نص متواتر، أو إجماع قطعي، في حكم كلي، ومنها ما يكون خلافاً لدليل ظني، والأدلة الظنية متفاوتة كأخبار الأحاد والقياس الجزئية. فأما المخالف للقطعي فلا إشكال في اطراحه، ولكن العلماء ربما ذكروه للتنبيه عليه وعلى ما فيه لا للاعتداد به. وأما المخالف للظني ففيه الاجتهاد، بناء على التوازن بينه وبين ما اعتمده صاحبه من القياس أو غيره" ثم ذكر الضابط الذي تُعرف به هذه الفتاوى، فقال: "إن ما كان معدوداً في الأقوال غلطاً وزلاً قليلاً جداً في الشريعة، وغالب الأمر أن أصحابها منفردون بها، قلما يساعدهم عليها مجتهد آخر، فإذا انفرد صاحب قول عن عامة الأمة فليكن اعتقادك أن الحق مع السواد الأعظم من المجتهدين لا من المقلدين"<sup>(88)</sup>.

<sup>(86)</sup> - الفتاوى الشاذة وخطورتها، د/ عجيل جاسم النشمي، ص 18.

<sup>(87)</sup> - سير أعلام النبلاء، 107/13.

<sup>(88)</sup> - الموافقات، 173/4.

ومن خلال تتبع هذه الفتاوى واستقراء النصوص حولها، وجمع آثارها المترتبة عليها، اتضح وجود عدة معايير، يُعرف بها الشذوذ في هذه الفتاوى، ومجانباتها للصواب، وقد اجتهد العلماء قديماً وحديثاً في وضع معايير معينة تضبط بها هذه الفتاوى، لئلا تُتبع، وتكون طريقاً يُحتذى بها.

وعلى كل تقدير لا يُتبع أحد من العلماء إلا من حيث هو متوجه نحو الشريعة، قائم بحجتها، حاكم بأحكامها جملة وتفصيلاً، ومن وجد متوجهاً غير تلك الوجهة في جزئية من الجزئيات أو فرع من الفروع لم يكن حاكماً، ولا استقام أن يكون مُقتدى به فيما حاد فيه عن صوب الشريعة البتة<sup>(89)</sup>.

وهذا نبّه ما قد إليه القرافي بقوله: "كل شيء أفتى فيه المجتهد، فخرجت فتياه فيه على خلاف الإجماع، أو القواعد، أو النص، أو القياس الجلي، السالم عن المعارض الراجح، لا يجوز لمقلده أن ينقله للناس، ولا يفتي به في دين الله تعالى، فإن هذا الحكم لو حكم به حاكمٌ لنقضناه، وما لا نُقرّه شرعاً بعد تقرر بحكم الحاكم أولى أن لا نُقرّه شرعاً إذا لم يتأكد، وهذا لم يتأكد، فلا نُقرّه شرعاً، والفُتيا بغير شرع حرام، فالفُتيا بهذا الحكم حرام"<sup>(90)</sup>.

وعليه يمكن سرد المعايير التي تُعرف بها الفتاوى الشاذة، مشفوعة بنماذج من هذه الفتاوى<sup>(91)</sup>، وهي كما يلي:

1- أن تعارض نصاً من القرآن الكريم، كالقول بتسوية المرأة للرجل في الميراث، لقوله: (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ خَظِّ الْأُنثَيْنِ) [النساء: 11]، وكذلك القول بإجازة زواج المرأة المسلمة من الرجل الكتابي، سواء أكان يهودياً أو نصرانياً، لقوله: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا

<sup>(89)</sup> - الاعتصام، 343/2.

<sup>(90)</sup> - الفروق للقرافي، 197/2-198.

<sup>(91)</sup> - يُنظر الفتوى المعاصرة بين الانضباط والاضطراب، أ.د. توفيق بن أحمد الغلبزوري، ص 327 وما بعدها، والقول الشاذ وأثره في الفتيا، د/ أحمد المبارك، ص 77، والفتاوى الشاذة وأثرها السلبي على الاستقرار، حافظ جمالي جمو، ص 8، وأثر الفتوى في المجتمع ومساوئ الشذوذ في الفتوى، د/ محمد بن أحمد الصالح، ص 46 وما بعدها، والفتاوى الشاذة، مفهومها، أنواعها، أسبابها، آثارها، د/ أحمد محمد هليل، ص 40 وما بعدها، ودعوى الحسبة وأحكامها في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، د/ سعد سليمان الحامدي، ص 176 وما بعدها.

تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ) [الممتحنة: 1]، وكإباحة الربا بين الأفراد والدولة، وإباحة الربا القليل دون الكثير، لقوله: (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا) [البقرة: 275]، وإباحة الزواج بأكثر من أربع نسوة، لقوله: (فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ) [النساء: 3]، وإنكار الجن والملائكة وسائر المغيبات، وإنكار عذاب القبر... إلخ.

2- أن تعارض حديثاً نبوياً قطعي الثبوت قطعي الدلالة، وإنكار حُجبة السُّنَّة وبيانات الرسول ﷺ لأركان الإسلام، وأحكام القرآن الأساسية المجمع عليها من المسلمين، القول بأن الاحتلام لا يوجب الغسل، والغائط وحده فقط ينقض الوضوء، والحيض لا يمنع المرأة من الصلاة والصيام، وصلاة الجمعة تشمل كافة الصلوات المفروضة يوم الجمعة، ولا تقتصر على صلاة ظهر الجمعة، وجواز الوقوف بعرفة في أي يوم طوال الأشهر الحرم، وليس صحيحاً أن الحج لا يجوز إلا في اليوم التاسع من ذي الحجة، وليس هناك عدد محدود للطواف بالبيت ولا أشواطه، إنما ترك لكل حاج الطواف حسب قدرته، كما لا يتقيد الحاج بلباس معين أو بإحرام، ولا يجوز رمي جمرة العقبة، وإنكار معجزة انشقاق القمر في عهد رسول الله ﷺ، وكذلك إباحة الزواج من غير ولي... إلخ والدليل على ذلك قوله: (وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا) [الأحزاب: 36].

3- أن تعارض الفتوى إجماعاً متيقناً، فإذا خالفت الفتوى ما أجمعت عليه الأمة عُذَّت شاذة، لقول النَّبِيِّ: (إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَدْ أَجَارَ أُمَّتِي أَنْ تَجْتَمَعَ عَلَى ضَلَالَةٍ) <sup>(92)</sup>. كالقول وجوب أن يتصل الصيام إلى الليل، فلا يحل الإفطار عند المغرب، وبجواز شرب الخمر أو بيعها، وكذلك القول بجواز شرب الخمر للمرأة الحامل، حال الوحم، والحديث العهد بإسلام، وإباحة القمار، والقول بعدم وجود مقدار للزكاة أو بيان للأموال التي تجب فيها الزكاة، وكذلك فتوى عدم وجوب زكاة

(92) - السنة لابن أبي عاصم، باب ما ذكر عن النبي ﷺ من أمره بلزوم الجماعة، 41/1، حديث رقم 83.

في عروض التجارة، وفي هذا الصدد قال ابن المنذر: "وأجمعوا على أن في العروض التي تدار للتجارة الزكاة إذا حال عليها الحول"<sup>(93)</sup>.

4- أن تعتمد على قياس غير صحيح كأن تقاس على غير أصل، أو يكون هناك فارق معتبر بين الأصل والفرع، أو تكون العلة مضطربة غير منضبطة ولا صحيحة، أو يكون المقيس عليه واقعة عين أو حال لا عموم لها، كالقول بجواز تعاطي المخدرات، وأنها لا تقاس على الخمر، وتجوز زواج المسلمة باليهود والنصارى قياساً على جواز زواج المسلم من اليهودية والنصرانية، وكالقول بجواز إرضاع الكبير قياساً على إرضاع الصغير لإباحة الخلوة بينهما، وليصبح ابناً لها من الرضاع، تحرّم عليه، والقول بجواز إمامة المرأة في الصلاة للرجال والنساء، وخطبتها للجمعة قياساً على إمامة الرجال... إلخ.

5- أن تصدر الفتوى من غير أهلها، أي ممن ليس أهلاً لها .  
6- أن تصدر الفتوى في غير محلّها، كالقضايا التي لا تقبل الاجتهاد، كالقول بأن الحجاب ليس فرضاً، وفتوى جواز كشف المرأة الرأس والعنق... إلخ.

7- أن تكون مناقضة لمقاصد الشريعة والحكم المرعية. ومن علامات ومظاهر الشذوذ في الفتوى مناقضتها لمقاصد الشريعة أو إهمالها، والوقوف عند حرفية النص أو الجمود عنده، وهذا له أثر بالغ في إصدار فتاوى من هذا النوع. وعن أهمية هذه المقاصد وأثرها في إصدار فتاوى صحيحة موافقة لشرع الله، يقول ابن تيمية: "إن الشريعة مبناها على تحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها؛ بحسب الإمكان، ومعرفة خير الخيرين وشر الشرّين، حتى يُقدّم عند التزاحم خير الخيرين، ويُدفع شرّ الشرّين"<sup>(94)</sup>. ومن أمثلة هذا النوع المبالغة في الترخّص بالإجهاض، والغلو في التكفير والتفسيق للأفراد والمجتمعات.

8- إذا كانت مخالفة لأصول الشريعة وقواعدها العامة، ومن أمثلة هذا النوع رد شهادة من يكشف رأسه، أو يأكل في الطريق باعتبار هذه الأفعال تقدح في عدالة الشاهد، وكذلك القول بأن التدخين لا يبطل الصيام.

(93) - الإجماع، ص 45.

(94) - منهاج السنة النبوية، 118/6.

9- أن تسيء الفتوى فقه واقع المسألة: كأن يجيب عن سؤالٍ ليس له علاقة بواقع المسألة، أو دون تصوّر واضح وجلي لها، فتصدر الفتوى دون معرفة أو دراسة كافية لحقيقة سؤال المستفتي، وهذا يقع كثيراً عند بعض المفتين، لذا يجب على من تصدر للفتوى أن يكون على علم كاف بهذا الجانب، وهذا ما أكدّه ابن القيم بقوله: "لا يتمكّن المُفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم: أحدهما فهم الواقع والفقه فيه، واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات؛ حتى يحيط به علماً. والنوع الثاني: فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله في هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على الآخر"<sup>(95)</sup>. وكذلك من معايير الشذوذ في الفتوى عدم مراعاتها لتغير ظروف الحال والمكان والزمان، فما يصلح لزمان قد لا يصلح لزمان آخر، وما يصلح لبيئة قد لا يصلح في بيئة أخرى، وهكذا الأمر حتى مع الأشخاص. وعن أهمية هذا المعيار وخطورة الجهل به، وأثره في الشذوذ في الفتوى، قال القرافي: "إن إجراء هذه الأحكام التي مُدركها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الإجماع، وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد، يتغير الحكم فيه عند تغيير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة"<sup>(96)</sup>.

10- ألا تراعي في الفتوى الذرائع والمآلات: من المعايير التي يُعرف بها الشذوذ في الفتوى إهمال النظر في مآل الفتوى، فمن أهملها أو أغفلها ترتب عليه فتح ذرائع الفساد والحجج الواهية، وهذا ما أكدّه الشاطبي بقوله: "إنه ناظر في المآلات قبل الجواب عن السؤالات"<sup>(97)</sup>. ومن أمثلة هذا النوع الفتاوى الجنسية الشاذة كاستعمال النساء القضيب البلاستيكي الذكري، والدُمى النسائية الجنسية للرجال مما ترتب عليه إشاعة الرذيلة ونشر الفساد على مصراعيه بين أوساط الفتية والفتيات، وكإباحة التأمين التجاري ونحوه.

<sup>(95)</sup> - إعلام الموقعين، 1/87-88.

<sup>(96)</sup> - الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، ص 218.

<sup>(97)</sup> - الموافقات، 4/232-233.

## المبحث الثالث

## سُبل الوقاية من الفتاوى الشاذة وطرق معالجتها.

## المطلب الأول

## سُبل الوقاية من الفتاوى الشاذة

توجد عدة سُبل للوقاية من الفتاوى الشاذة أو التقليل منها، نذكر منها:

## أولاً- وجوب التحاكم إلى النصوص الشرعية وترك تحكيم العقل فيها:

ونقصد هنا بالعقل الرأي المبني على غير دليل من كتاب الله تعالى، أو سُنَّة النبي ﷺ أو غير مستند إلى سبب، أو علة أو مانع شرعي أو نحو ذلك، فهذا يدخل في اتباع الهوى ومجاراته، وهو محل الحرمة والذم شرعاً؛ حتى يبتعد المفتي عن الشواذ في الأفهام، ويبتعد عن الشاذ في الأقوال والأفعال، وهذا كثيراً ما يحدث عند الناس فتجدهم إما يحللون شيئاً ما، أو يحرّمونه استناداً إلى استحسانهم، أو موافقة لأهوائهم وآرائهم، المبنية على غير دليل أو سند. والدليل على ذلك قوله: ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْدَمُوا بَيْنَ يَدَيِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ) [الحجرات: 1]. قال القرطبي في تفسيره لهذه الآية أي: "لا تقدموا قولاً ولا فعلاً بين يدي الله وقول رسوله وفعله فيما سبيله أن تأخذه عنه من أمر الدين والدنيا، ومن قدّم قوله أو فعله على الرسول ﷺ فقد قدّمه على الله تعالى، لأن الرسول إنما يأمر عن أمر الله عز وجل" (98).

ولقوله: (وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا) [النساء: 115]. قال ابن كثير في معرض تفسيره لهذه الآية أي: "من سلك غير طريق الشريعة التي جاء بها الرسول، فصار في شق والشرع في شق، وذلك عن عمد منه بعد ما ظهر له الحق وتبين له واتضح له ... وقد تكون المخالفة لنص الشارع، وقد تكون لما اجتمعت عليه الأمة المحمدية، فيما علم إتفاقهم عليه تحقيقاً، فإنه قد

(98) - الجامع لأحكام القرآن، 573/8.

ضُمِنَتْ لَهُمُ الْعَصْمَةُ فِي اجْتِمَاعِهِمْ مِنَ الْخَطَا، تَشْرِيفاً لَهُمْ وَتَعْظِيماً لِنَبِيِّهِمْ ﷺ" (99). ولما روي عن رَسُولِ اللَّهِ ﷺ قوله: (تَرَكْتُ فِيكُمْ أَمْرَيْنِ لَنْ تَضِلُّوا مَا تَمَسَّكْتُمْ بِهِمَا كِتَابَ اللَّهِ وَسُنَّةَ نَبِيِّهِ) (100).

وفي ذم الرأي المبني على غير دليل، أو في العمل به في المسائل الشرعية دون علم، جاء التحذير من الصحابة رضي الله عنهم والتابعين والفقهاء، نذكر منه، ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قوله: "لو كان الدين بالرأي لكان أسفل الخف أولى بالمسح من أعلاه" (101). وروي أن مسروق بن الأجدع سُئِلَ عن مسألة، فقال: لا أدري، فقالوا: قس لنا برأيك؟ قال أخاف أن نزل قديمي. وقال ابن المبارك - رحمه الله - : "لا تتخذوا الرأي إماماً" (102)، وقال الإمام الشافعي: "مَنْ اسْتَحْسَنَ فَقَدْ شَرَعَ" (103). أي من استحسَن بعقله وهواه من غير دليل أو حجة .

**ثانياً- محاربة ما بات يسمى بالأمية الدينية :**

لقلوله : (فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون) [النحل: 43]، ولقلوله : (أيها الناس إنما العلم بالتعلم والفقه بالتفقه) (104). وهذا يكون بتفقيه عامة المسلمين بالحد الأدنى من الفقه الشرعي الواجب، وهذا يجعل الرأي العام في المجتمعات الإسلامية- يُنكر بحكم هذا التكوين العلمي المنشود- الفتاوى الشاذة المصادمة لما عرفه وعهده، وجرى به العمل في بلده؛ إذ العلم دين، وهذا يقتضي توعية الناس أن يأخذوا فتاواهم عن أهل العلم المعترين الذين نصبوا للفتوى، وأن يجتنبوا فتاوى الجهلة والأدعياء (105). قال محمد بن سيرين: "إن هذا العلم دين، فانظروا عمن تأخذون دينكم" (106).

(99) - تفسير ابن كثير، 555/1، 556/1.

(100) - موطأ مالك، كتاب القدر، باب النهي عن القول بالقدر، 899/2، حديث رقم 1594 .

(101) - سنن أبي داود، كتاب الطهارة، باب كيف المسح، 42/1، أثر رقم 161 .

(102) - ينظر الفقيه والمتفقه لأبي بكر الخطيب البغدادي، 459/1، وكذلك 464/1.

(103) - الاعتصام للشاطبي، 147/2 .

(104) - صحيح البخاري، كتاب العلم، باب العلم قبل القول والعمل، 24/1، والمعجم الكبير للطبراني واللفظ له، 395/19، حديث رقم 929 .

(105) - الفتوى المعاصرة بين الانضباط والاضطراب، أ.د. توفيق بن أحمد الغلبزوري، ص 368 .

(106) - صحيح مسلم، 14/1.

وهذا الدور يمكن أن تقوم به المساجد انطلاقاً من مسؤولياتها واضطلاعاً بدورها التوعوي والإرشادي في توعية المسلمين بتوجيهات الإسلام في القضايا العامة المعاصرة، من خلال الكلمات الوعظية التي تعلق بها المنابر، تحذيراً من الفتاوى الشاذة وتنبيهاً إليها، وتحذيراً من مخاطرها، ودعوة صادقة لكشف عوراتها ومسائرها، وجمع الإحصاءات عنها، فهذا مما لا شك فيه يُعد دوراً متقدماً في مكافحة الفتاوى الشاذة وغيرها من الانحرافات والظواهر السلبية والمشاكل الاجتماعية الأخرى في المجتمع، وإبداء الحلول المناسبة لها، فنجاعها يعتمد على فاعلية العناصر التي تتكوّن منها عملية الاتصال، من حيث انتقاء خطباء المساجد، والتدقيق في مؤهلاتهم الدينية واللغوية، وتطوير أدائهم بما يعزّز مهاراتهم الاتصالية بالناس، وكذلك يجب استغلال مجال الإعلام الديني من خلال قنوات الاتصال الجماهيري، والتفاعل معه بجدية، فهو من الطرق المثمرة والناجعة لتوضيح خطر الفتاوى الشاذة وأفتها.

### ثالثاً- تحذير الفقهاء ممن لهم محل قبول وتقدير لدى الأمة:

من هذه الفتاوى الشاذة إذا صدرت من مُفتٍ فذاعت وانتشرت، وذلك عبر وسائل الإعلام والاتصال المتنوعة، وإذا كثرت الفتاوى الشاذة من شخص، فإنه ينبغي أن يُحذر منه، لنأخذ على وجه الخصوص جمهور المسلمين به، وهذا من النصيحة الواجبة، وليس من الغيبة المحرمة<sup>(107)</sup>. عن أبي هريرة قال: قال رسول الله: (مَنْ أَشَارَ عَلَى أَخِيهِ بِأَمْرٍ يَعْلَمُ أَنَّ الرُّشْدَ فِي غَيْرِهِ، فَقَدْ خَانَهُ)<sup>(108)</sup>.

ويكون هذا بالتحذير من هؤلاء الذين نصبوا أنفسهم للفتوى والتشهير بهم وبقضاوهم الشاذة عبر وسائل الإعلام والتواصل المتنوعة، وكذلك إعداد قوائم بأسماء هؤلاء ومن نحا نحوهم، وأماكن تواجدهم وفضحهم على رؤوس الأشهاد حتى تجتنبهم عامة الناس، ويكونوا عبرة وعظة لأمثالهم. فالفتوى يمكن أن تضطلع بدور كبير في مواجهة الإفساد والتخريب من

<sup>(107)</sup> - الفتوى المعاصرة بين الانضباط والاضطراب، ص 369.

<sup>(108)</sup> - سنن أبي داود، كتاب العلم، باب التوقي في الفتيا، 321/3، حديث رقم 3657، سنن الكبرى للبيهقي، كتاب آداب القاضي، باب إثم من أفتى أو

قضى بالجهل، 116/10، حديث رقم 20140.

خلال النظر في تلك المتغيرات، مما يلقي بالمسؤولية الكبيرة على المفتين ودور الفتوى في مواجهة هذا البلاء والتخريب الذي بات يهدد أمن المجتمعات واستقرارها<sup>(109)</sup>.

#### رابعاً - الرد العلمي على المفتي الذي صدرت منه الفتوى الشاذة :

لقلوله: (فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ) [التوبة: 122]. وذلك ببيان وجه الشذوذ في فتواه وخطأ دعواه، في الكتب والتأليف، ووسائل الإعلام المقرّوة والمسموعة والمرئية، رداً علمياً هادئاً، يقوم على الحجة والدليل، ليستبين السبيل، ولإقناعه بالرجوع عن فتواه الشاذة، وتجنب الإثارة والسب والطعن والقذف، لأن ذلك من شأنه أن يزيد من شهرة الفتوى الشاذة وصاحبها، ومن ثمّ الامتداد الفج في صناعة منهج للشذوذ العلمي<sup>(110)</sup>، ولهم في ذلك إعداد مطبوعات ورسائل علمية وتوزيعها في التعريف بالفتاوى الشاذة وأسبابها وآثارها ونتائجها السيئة على مستوى الأفراد والمجتمعات والدول.

#### خامساً - أن لا ينصب للفتوى إلا المؤهلون :

وقد أرشد الخطيب البغدادي ولاية الأمور بهذا فقال: "الطريق للإمام إلى معرفة حال من يريد نصبه للفتوى أن يسأل عنه أهل العلم في وقته، والمشهورين من فقهاء عصره، ويعوّل على ما يخبرونه من أمره"<sup>(111)</sup>، وهذا ما أشار إليه أحمد الحراني بقوله: "عظم أمن الفتوى وخطرها، وقلّ أهلها ومن يخاف إثمها وخطرها، وأقدم عليها الحمقى والجهال، ورضوا فيها بالقليل والقال، واغترّوا بالإمهال والإهمال، واكتفوا بزعمهم أنهم من العدد بلا عُدَد، وليس معهم بأهليتهم... وعَرَّهم في الدنيا كثرة الأمن والسلامة وقلة الإنكار والملامة"<sup>(112)</sup>. وهذا لا حَجَرَ فيه على أحد من الأكفاء الذين توفرت فيهم شروط الفتوى المتفق عليها عند أهل العلم،

<sup>(109)</sup> - الفتاوى الشاذة وأثرها السلبي على الاستقرار، د/ محيي الدين عفيفي، مؤتمر الأمانة العامة لدور وهيئات الإفتاء في العالم، نشر المركز الإعلامي بدار الإفتاء المصرية، 18-10-2017م .

<sup>(110)</sup> - الفتوى المعاصرة بين الانضباط والاضطراب، أ.د. توفيق بن أحمد الغلبزوري، ص 369 .

<sup>(111)</sup> - يُنظر الفقيه والمتفقه، 325/2.

<sup>(112)</sup> - صفة الفتوى، ص 4.

فلا يُعَيَّنُ إلا من عُرف بإتقانه لهذا الفن<sup>(113)</sup>، وتوافرت فيه الشروط المعتبرة لتولي منصب الإفتاء. قال الإمام مالك – رحمه الله- عن نفسه عندما تصدّر للفتوى، وتأهل لها: "ما أفتيت حتى شهد لي سبعون إنى أهل لذلك"<sup>(114)</sup>.

#### سادساً- تنظيم الفتوى الجماعية:

لما رواه ابن عباس قال: قال رسول الله : (يُدَّ اللَّهُ مع الْجَمَاعَةِ)<sup>(115)</sup>، وهذا أمر مهم، وخاصة في هذا الزمن الذي كثرت فيه الفتن والمحن على هذه الأمة، وكثرة المستجدات والنوازل عليها، صار حتماً التوثق في الاستفتاء الجماعي أو الفتوى الجماعية بعيدة من مزالق الفتاوى الشاذة خاصة في الأمور التي لها مساس بالشأن العام وبالنظام الأمني أو السياسي في الدولة، لأن الفتاوى الفردية غالباً ما تكون فريسة للشيطان في هذا المجال تحديداً، ويتداخلها المزاج والطابع الشخصي واتباع الهوى، فتكون مضطربة وغير منضبطة، مما يوسع دائرة الخلاف داخل المجتمع، ويكثر الشقاق ويشتت الكلمة ويفرق الصف داخله. ولعلّ هذا المعنى جاء في حديث مُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ رضي الله عنه أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: (إِنَّ الشَّيْطَانَ ذُنْبُ الْإِنْسَانِ كَذُنْبِ الْغَنَمِ يَأْخُذُ الشَّاةَ الشَّاذَّةَ وَالْقَاصِيَةَ وَالنَّاحِيَةَ، وَإِيَّاكُمْ وَالشَّعَابَ، وَعَلَيْكُمْ بِالْجَمَاعَةِ وَالْعَامَّةِ)<sup>(116)</sup>. ومما يدعم التوثق الجماعي في الفتوى إنشاء مجالس علمية، تُعنى بشؤون الفتاوى، وكذلك مجامع فقهية في دول العالم المسلم، تهتم بقضايا الأمة وشؤونها كافة، ولما روي عن ابن عباس أنه قال : "إِنْ كُنْتُ لَأَسْأَلَ عَنْ الْأَمْرِ الْوَاحِدِ ثَلَاثِينَ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ"<sup>(117)</sup>.

<sup>(113)</sup> - الفتوى المعاصرة بين الانضباط والاضطراب، أ.د. توفيق بن أحمد الغليزوري، ص 370.

<sup>(114)</sup> - إعلام الموقعين، 218/4، وسير أعلام النبلاء، 96/8.

<sup>(115)</sup> - سنن الترمذي، كِتَابُ الْفَتَنِ، بَابُ مَا جَاءَ فِي لُزُومِ الْجَمَاعَةِ، 466/4، حديث رقم 2166.

<sup>(116)</sup> - مسند الحارث (زوائد الهيثمي)، واللفظ له، كتاب الإمارة باب لزوم الطاعة، 635/2، حديث رقم 60، والمعجم الكبير للطبراني، 164/20،

حديث رقم 344.

<sup>(117)</sup> - الفقيه والمتفقه، 425/2.

## المطلب الثاني

## الرقابة والإشراف على المفتين ومن في حكمهم

يتعين للتقليل من الفتاوى الشاذة ومن آثارها السيئة تفعيل نظام الرقابة والمتابعة على المفتين ومن في حكمهم، ومن تصدر للفتوى بغير علم، أو عن جهل، فهو يُعدُّ من أهم التدابير الإجرائية للوقاية من هذه الفتاوى، كلُّ حسب نطاقه المكاني الذي يوجد فيه. عن أبي الدرداء قال: قال رسول الله: (مَنْ يَتَحَرَّ الْخَيْرَ يُعْطَهُ، وَمَنْ يَتَوَقَّ الشَّرَّ يُوقَهُ) (118)

وها هو الإمام الشافعي -رحمه الله- سئل عن مسألة، فسكت، فقيل: ألا تجيب؟ فقال: "حتى أدري الفضل في سكوتي أو في الجواب" (119)، وهذا من أدب العلماء الربانيين الذين يتورعون عن التسرع في الفتيا، ويتوقفون عندها، ولا يخوضون في شواذ المسائل ونظائرها حتى يتحروا وجه الصواب فيها.

وفي شأن تقرير مسؤولية ولاية الأمر في الدولة وواجباتهم تجاه المرؤوسين وعمالهم وغيرهم. قال الله: (أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى) [القيامة: 36] أي: معطلاً، لا يؤمر ولا ينهى، ولا يثاب ولا يعاقب (120). وقال رسول: (أَلَا كُلُّكُمْ رَاعٍ، وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، فَالْإِمَامُ الَّذِي عَلَى النَّاسِ رَاعٍ، وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالرَّجُلُ رَاعٍ عَلَى أَهْلِ بَيْتِهِ، وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ عَلَى أَهْلِ بَيْتِ زَوْجِهَا وَوَلَدِهِ، وَهِيَ مَسْئُولَةٌ عَنْهُمْ ... أَلَا فَكُلُّكُمْ رَاعٍ، وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ) (121). وقد نبّه النبيُّ إلى ذلك، وأرشد ولاية الأمور والعلماء الربانيين والراسخين في العلم، وما يجب عليهم في هذه الأحوال والظروف وما ينبغي

(118) - مسند الشاميين 209/3، وحسنه الألباني في صحيح الجامع الصغير، حديث رقم 232.

(119) - صفة الفتوى، ص 10، آداب الفتوى والمفتي والمستفتي، ص 79، إعلام الموقعين 218/4.

(120) - تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان للسعدي، ص 1062.

(121) - أخرجه البخاري في صحيحه، واللفظ له، كتاب الأحكام، باب قول الله تعالى: ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ)، 2611/6، حديث رقم 6719، وأخرجه أبو داود في سننه، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب ما يلزم الإمام من حق الرعية 130/3، حديث

فعله عند شيوع هذا النوع من الفتاوى في عصر من العصور، فقال: (يَحْمِلُ هَذَا الْعِلْمَ مِنْ كُلِّ خَلْفٍ عُدُولُهُ، يَنْفُونَ عَنْهُ تَحْرِيفَ الْعَالِينَ، وَانْتِحَالَ الْمُبْطِلِينَ، وَتَأْوِيلَ الْجَاهِلِينَ)<sup>(122)</sup>.

فإذا لم يُقْمِ أَهْلُ الْعِلْمِ الْعُدُولَ بِمَا أَمَرَ بِهِ الْحَدِيثُ النَّبَوِيُّ؛ صَارَتِ الْفَتَاوَى فَوْضَى مَبْعَثَرَةٍ، لَا يَتَبَيَّنُ فِيهَا صَوَابٌ مِنْ خَطَأٍ، وَلَا صَحِيحٌ مِنْ سَقِيمٍ، وَلَا حَقٌّ مِنْ بَاطِلٍ، وَيَخْتَلِطُ الْعَالَمُ بِالْجَاهِلِ، وَتَنْتَشِرُ الْبَلْبَةُ وَالْفِتْنَةُ، وَتَتَّسِعُ دَائِرَةُ الْخِلَافِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ الَّتِي يَقْصِدُ الشَّرْعُ الْحَكِيمُ أَنْ يُضَيِّقَهَا، فَيَكْثُرُ الشَّدُوذُ فِي الْفَتَاوَى، وَالتَّنَاقُضُ وَالْاضْطِرَابُ فِيهَا، وَالْفَوْضَى وَالتَّسْيُّبُ وَالْانْفِرَاطُ، وَيَتَعَذَّرُ التَّحْكُمُ وَالْإِنْضِبَاطُ<sup>(123)</sup>.

وبَيَّنَ الْمَاورِدِيُّ أَنَّ مِنَ الْوَاجِبَاتِ الْمُلَاقَاةَ عَلَى عَاتِقِ السُّلْطَانِ وَمَنْ يَنْوِبُهُ فِي ذَلِكَ أَنْ "يَبَاشِرَ بِنَفْسِهِ مَشَارَفَةَ الْأُمُورِ وَتَصَفِّحَ الْأَحْوَالَ؛ لِيَنْهَضَ بِسِيَاسَةِ الْأُمَّةِ وَحِرَاسَةِ الْمَلَةِ، وَلَا يَعُولَ عَلَى التَّفْوِيضِ تَشَاغُلًا بِلَذَّةٍ أَوْ عِبَادَةٍ، فَقَدْ يَخُونُ الْأَمِينَ وَيَغْفِلُ النَّاصِحَ"<sup>(124)</sup>. وفي هذا المعنى رَوَى عَنْ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ أَنَّهُ قَالَ: يَا أَيُّهَا النَّاسُ، إِنَّكُمْ تَقْرَءُونَ هَذِهِ الْآيَةَ: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا عَلَيْكُمْ أَنْفُسَكُمْ لَا يَضُرُّكُمْ مَنْ ضَلَّ إِذَا اهْتَدَيْتُمْ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ) [المائدة: 105]، وَإِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: (إِنَّ النَّاسَ إِذَا رَأَوْا الظَّالِمَ فَلَمْ يَأْخُذُوا عَلَى يَدَيْهِ، أَوْ شَكَّ أَنْ يَعْمَهُمُ اللَّهُ بِعِقَابٍ مِنْهُ)<sup>(125)</sup>. فَلَا بُدَّ مِنَ الْأَخْذِ عَلَى هَؤُلَاءِ الظُّلْمَةِ بِفَتَاوِيهِمْ الشَّاذَةِ الَّتِي أَثَرَتْ فِي الْأُمَّةِ وَأَوْهَنْتَهَا، وَهَذَا مَا قَرَّرَهُ صِرَاحَةُ الْخَطِيبِ الْبَغْدَادِيِّ، فَقَالَ: "يَنْبَغِي لِإِمَامِ الْمُسْلِمِينَ أَنْ يَتَصَفَّحَ أَحْوَالَ الْمُفْتِينَ، فَمَنْ كَانَ يَصْلُحُ لِلْفَتَاوَى أَقْرَهُ عَلَيْهَا، وَمَنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِهَا مَنَعَهُ مِنْهَا، وَتَقَدَّمَ إِلَيْهِ بَأْنٌ لَا يَتَعَرَّضُ لَهَا وَأَوْعَدَهُ بِالْعُقُوبَةِ، إِنْ لَمْ يَنْتَهَ عَنْهَا"<sup>(126)</sup>. وَقَدْ

<sup>(122)</sup> - مسند الشاميين للطبراني واللفظ له 344/1 حديث رقم 599، سنن البيهقي الكبرى، كتاب الشهادات، باب الرجل من أهل الفقه يسأل عن الرجل من أهل الحديث، 209/10، حديث رقم 20700.

<sup>(123)</sup> - الفتوى المعاصرة بين الانضباط والاضطراب، أ.د. توفيق بن أحمد الغلبزوري، ص 332.

<sup>(124)</sup> - الأحكام السلطانية والولايات الدينية، علي بن محمد الماوردي، ص 18.

<sup>(125)</sup> - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الملاحم، باب الأمر والنهي، 122/4، حديث رقم 4338، وأخرجه الترمذي في سننه، واللفظ له، كتاب الفتن،

باب ما جاء في نزول العذاب إذا لم يغيروا المنكر، 467/4، حديث رقم 2168، وقال: هذا حديث صحيح.

<sup>(126)</sup> - يُنْظَرُ الْفَقِيهَ وَالْمُتَفَقِّهَ، 324/2، وآداب الفتوى للنووي، ص 17.

رُوي عن أبي حنيفة - رَحِمَهُ اللهُ - أنه كان لا يجري الْحَجَرُ إِلَّا على ثلاثة: المفتي الماجن، والطبيب الجاهل، والمكاري المفلس<sup>(127)</sup>.

وقال الكاساني تعقيباً على هؤلاء بِالْحَجَرِ: "وإنما أراد به المنع الحسي، أي يمنع هؤلاء الثلاثة عن عملهم حساً، لأن المنع عن ذلك من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر؛ لأن المفتي الماجن يفسد أديان المسلمين، والطبيب الجاهل يفسد أبدان المسلمين، والمكاري المفلس يفسد أموال الناس"<sup>(128)</sup>، وهذا يدخل في المحافظة على المقاصد الضرورية في الشريعة ومن بينها: الدين، والنفس، والمال. وهذا ما أكدته ابن الجوزي أيضاً بقوله: "يلزم ولي الأمر منعهم، فهؤلاء بمنزلة من يدل الركب وليس له علم بالطريق، وبمنزلة الأعمى الذي يرشد الناس إلى القبلة، وبمنزلة من لا معرفة له بالطب وهو يطبُّ الناس، بل هو أسوأ حالاً من هؤلاء كلهم، وإذا تعين على ولي الأمر منع من لم يُحسن التَّطَبُّبَ من مداواة المرضى فكيف بمن لم يعرف الكتاب والسنة ولم يتفقه في الدين؟"<sup>(129)</sup>.

كما يمكن تفعيل نظام التحري والمساءلة عن المفتين كما كان يفعل ذلك النبي، ويتابع أصحابه بذلك، كسؤاله لعمر بن العاصٍ رضي الله عنه لما صلى بالناس بالتيمة، وهو جُنُبٌ، فقال رضي الله عنه بعد أن علم به: (يا عمرُ صَلَّيْتُ بِأَصْحَابِكَ وَأَنْتَ جُنُبٌ)<sup>(130)</sup>. وكذلك روي عبد الله بن عباسٍ رضي الله عنه قال: أَصَابَ رَجُلًا جُرْحٌ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، ثُمَّ احْتَلَمَ، فَأَمَرَ بِالْإِغْتِسَالِ، فَأَغْتَسَلَ فَمَاتَ، فَبَلَغَ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فقال: (قَتَلُوهُ قَتَلَهُمُ اللهُ، أَلَمْ يَكُنْ شِفَاءً أَلْعِيَّ)<sup>(131)</sup> (السؤال؟)<sup>(132)</sup>. وفي هذا الصدد قال الإمام النووي: "يحرم التساهل في الفتوى ومن عرف به حرم استفتاءه"<sup>(133)</sup>.

(127) - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 169/7.

(128) - المصدر السابق، 169/7.

(129) - إعلام الموقعين، 217/4.

(130) - سنن أبي داود، كتاب الطهارة، باب إذا خاف الجُنُبُ الْبُرْدَ أَيْتَمَّمْ؟، 92/1، حديث رقم، 334.

(131) - أَلْعِيَّ: هو الجهل بالشيء. يُنْظَرُ النِّهَايَةُ فِي غَرِيبِ الْحَدِيثِ وَالْأَثَرِ لِابْنِ الْأَثِيرِ، 283/2.

(132) - سنن أبي داود، كتاب الطهارة، باب في الْمَجْرُوحِ يَتَيَمَّمُ، 93/1، حديث رقم 337.

(133) - آداب الفتوى والمفتي والمستفتي، ص 37.

وفي حالة فشل نظام الْحَجْرِ عن المفتين، ولم تفلح المتابعة والمراقبة، وبعد التقدم إليهم بالنهي عن الفتيا في الشاذ من المسائل، يلجأ إلى مقاضاتهم، وتقرير العقوبات الرادعة عليهم، للحيلولة دون ذلك، وفي هذا الشأن يقول الفقهاء أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا يتم إلا بالعقوبات الشرعية، فإن الله يَزَعُ بِالسُّلْطَانِ مَا لَا يَزَعُ بِالْقُرْآنِ<sup>(134)</sup>، فلا بد من قوة السلطة وهيبة الدولة في منع من يفتي بالشواذ من الفتيا أو المشاركة فيها، ومعاينة من يروج لها أو ينتصر لها، وهذا يتحقق بسنّ تشريعات رادعة تجاههم ومحاسبتهم على أفعالهم ومعاقتهم عليها. قال ربيعة بن أبي عبد الرحمن في شأن من تجرأ على الفتوى دون علم، وتصدر لها، بأن يعاقب تعزيراً بالسجن: "لبعض من يُفتي ها هنا أحق بالسجن من الشَّرَّاق"<sup>(135)</sup>. بل قد يصل الأمر إلى مصادرة وإتلاف ما كتب من شواذ هذه الفتاوى، قال أبو العباس بن سريج: سمعت إسماعيل بن إسحاق القاضي يقول: دخلت على المعتضد فدفعت إليّ كتاباً، فنظرت فيه وكان قد جُمع له الرّخص من زلّل العلماء وما احتج به كل منهم لنفسه، فقلت له: يا أمير المؤمنين مصنفُ هذا الكتاب زنديق، فقال: لم تصح هذه الأحاديث؟ قلت: الأحاديث على ما رويت، ولكن من أباح المسكر لم يبيح المتعة، ومن أباح المتعة لم يبيح الغناء والمسكر، وما من عالم إلا وله زلة، ومن جمع زلّل العلماء ثم أخذ بها ذهب دينه، فأمر المعتضد فأحرق ذلك الكتاب<sup>(136)</sup>. وعليهم كذلك أن ينشئوا أجهزة رقابية متخصصة، بكوادر مدربة ومؤهلة، لمحاربة هذه الفتوى والقضاء عليها، فهذه مسؤوليتهم، وعليهم أدائها، سواء بالتشريع، أو بالرقابة على الولاية والرعية، سواء كانت هذه الرقابة سابقة أو لاحقة، فمال فعل هذه الفتاوى يؤدي حتماً إلى التلبس على الناس والتشويش عليهم، وضياع مقاصد الشريعة (الدّين، النفس، العقل، المال، النسل)، وإلا ضاعت حقوق العباد، وأهدرت مصالح البلاد. فقد كان شيخ الإسلام ابن تيمية شديد الإنكار على من اشتهر بالشواذ في فتواه، ومن أفتى بغير علم، حتى أنه جعل عليهم محتسباً يراقبهم ويتابعهم، وقد قيل له أجعلت مُحْتَسِباً على الفتوى؟ فأجاب بقوله: "يكون

<sup>(134)</sup> - يُنظر الحسبة في الإسلام لابن تيمية، ص 45.

<sup>(135)</sup> - إعلام الموقعين، 207/4، وجامع بيان العلم وفضله، 201/2.

<sup>(136)</sup> - سنن البيهقي الكبرى، كتاب الشهادات، باب ما تجوز به شهادة أهل الأهواء، 211/10، رقم الأثر 20710.

على الخبازين والطباخين مُحْتَسِبٌ ولا يكون على الفتوى مُحْتَسِبٌ<sup>(137)</sup>. وبناء على ما تقدم يمكن رفع الدعاوى المدنية والجنائية ضد من أفتوا بهذه الفتاوى، وكذلك من ساعد عليها ودافع عنها، فكرياً، وإعلامياً ومادياً، فهي تصلح لأن تكون محلاً للتقاضي، ويكون مدعيًا عليه يقاضيه الآخرون، ويثبت له حق الدفاع عن نفسه بكافة وسائل الإثبات<sup>(138)</sup>.



<sup>(137)</sup> - إعلام الموقعين، 217/4.

<sup>(138)</sup> - دعوى الحسبة وأحكامها في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، د/سعد سليمان الحامدي، ص 80-81، بتصرف يسير .

## الخاتمة

بعد أن وفقنا الله ﷻ إلى الانتهاء من دراسة موضوع الفتاوى الشاذة، وله الحمدُ والمِنَّةُ على نعمه التي لا تحصى علينا، نود أن نُشيرَ إلى مجموعة من النتائج والتوصيات في ختام هذه الدراسة تكون على شكل نقاط كما هو مبين في البنود الآتية:

1- كما للفتوى الحق من أثر إيجابي في حفظ الضروريات الخمس (الدين، النفس، المال، العقل، النسل) والتي لا يستقيم أي مجتمع إلا بها، فذلك للفتاوى الشاذة أثر سلبي في تفويت هذه الضروريات الخمس، بل وإزالتها كلياً.

2- إبانة حقيقة الفتاوى الشاذة والمهجورة في الفتيا، والموقف الصحيح الذي يُتخذ في كيفية التعامل معها، وجواز الإنكار على أصحابها، والتحذير منها، وألا يعول في بناء الأحكام عليها، لأنها خرجت عن الأطر الشرعية لها، وانسلخت من ضوابطه حتى صارت تشوه الإسلام، وتتل منه، وتشكل تهديداً على أمن المجتمع واستقراره.

3- لابد من العمل الجاد لتضييق نطاق الفتاوى الشاذة والمضطربة ومحاصرتها، وتضييق دائرتها، وبيان أثرها السلبي على الأمة بأسرها.

4- منصب الإفتاء شأنه عظيم، وموقعه خطير، فهو مزلة أقدام ومضلة أفهام، لن يناله أحد حتى تحقق فيه أهلية الفتوى، ويقطع شوطاً كبيراً من عمره في طلب العلم الشرعي، فيعدُّ متصدّره موقعاً عن ربّ العالمين، وخاصة في آخر الزمان لما أثر عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قوله: "سَيَأْتِي عَلَى النَّاسِ زَمَانٌ قَلِيلٌ فَقَهَّؤُهُ كَثِيرٌ قُرَّأُوهُ... يُبْدُونَ فِيهِ أَهْوَاءَهُمْ قَبْلَ أَعْمَالِهِمْ" (139).

(139) - موطأ مالك، كتاب قصر الصلاة في السفر، باب جامع الصلاة، 173/1، رقم الأثر 417.

4- الحاجة الملحة في هذا العصر للعودة إلى الاجتهاد الجماعي للنظر في نوازل الفتاوى الشاذة المستجدة، وإنشاء المجامع الفقهية والعلمية المختصة، وتفعيل دور هيئات الرقابة الشرعية في مجالات الحياة كافة لمعالجة قضايا الأمة كافة.

5- أولت الشريعة أهمية للخطاب الترهيبى والتنفيري من الفتاوى الشاذة، فهو يحرك الوازع الديني لدى المسلم، ويخاطب ضميره، حتى يسلم من أسباب هذه الفتاوى وبواعثها، كما يتعين معرفة أسباب ظهور هذه الفتاوى للوقاية منها ومعالجتها.

6- ضرورة الاطلاع على الجهود الفقهية للعلماء السابقين والمعاصرين في مجال الفتاوى الشاذة؛ وكيفية معالجتهم لها، والاستفادة من خبراتهم في هذا الشأن.

7- التحذير من توظيف الفتاوى الشاذة لأي غرض كان، لتفريق الأمة، وتشتييتها ولتمبيع عقيدتها، وانحرافها عن سواء السبيل، خاصة في هذا الزمن الذي كثرت فيه الفتن والمحن على الدول الإسلامية. وهذه وصية الرسول ﷺ في حديث العرباض بن سارية رضي الله عنه، قال أَقْبَلَ عَلَيْنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ذَاتَ يَوْمٍ، فَوَعَّظَنَا مَوْعِظَةً بَلِيغَةً، ذَرَفَتْ مِنْهَا الْعُيُونُ، وَوَجَلَّتْ مِنْهَا الْقُلُوبُ، فَقَالَ: (أَوْصِيَكُمْ بِتَقْوَى اللَّهِ وَالسَّمْعِ وَالطَّاعَةِ وَإِنْ عَبْدًا حَبَشِيًّا، فَإِنَّهُ مَنْ يَعِشْ مِنْكُمْ بَعْدِي فَسَيَرَى اخْتِلَافًا كَثِيرًا، فَعَلَيْكُمْ بِسُنَّتِي وَسُنَّةِ الْخُلَفَاءِ الْمَهْدِيِّينَ الرَّاشِدِينَ، تَمَسَّكُوا بِهَا، وَعُصُّوا عَلَيْهَا بِالنَّوَاجِذِ، وَإِيَّاكُمْ وَمُحَدَّثَاتِ الْأُمُورِ، فَإِنَّ كُلَّ مُحَدَّثَةٍ بِدْعَةٌ، وَكُلَّ بِدْعَةٍ ضَلَالَةٌ) (140).

8- يتحتم على ولاية الأمر في الدولة متابعة المفتين والإشراف عليهم، وتصفح أحوالهم، وعزل من لا يصلح للفتوى، ومعاقبة من يخلّ بذلك، لأنه بالإخلال بهذا الأمر يسود الشر، وتعم الفوضى، وتضطرب الفتوى، ويستحكم أمرها عند مُريدِها.

9- التأكيد على خطورة هذا النوع من الفتاوى ومساوئها من خلال المؤتمرات وحلقات النقاش والندوات، ونشر ذلك في وسائل الإعلام كافة من قنوات ومواقع معتبرة، بل والوصول إلى ضرورة تعظيم مكانة الوعاظ والارتقاء بدور خطباء المساجد في معالجة قضايا المجتمع،

(140) - أخرجه أحمد في مسنده، 126/4، حديث رقم 17184، و أبو داود في سننه، واللفظ له، كتاب السنّة، باب في لزوم السنّة، 200/4، حديث رقم

وبجدية رفع مستوى الخطاب الديني الهادف لديهم، حتى نضمن وصول هذا الخطاب إلى آذان الناس وأذهانهم، فالخطاب الديني في الدولة لا بد أن يتبنّى رسالة دعوية واضحة ووسطية. هذا والله أعلم، ولا حول ولا قوة إلا بالله، منه نستمد العون والمدد، ونعوذ به من الزلل والخطأ، والله من وراء القصد. وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين، وصلى الله على نبيّنا محمد ﷺ.



## ثبت المصادر والمراجع

- 1- أبو بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي، الفقيه والمتفقه، تحقيق عادل بن يوسف الغرازي، دار ابن الجوزي، السعودية، ط 2، 1421هـ.
- 2- أحمد بن إدريس القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي، اعتنى به عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية بحلب، دار السلام، مصر، ط 5، 1430هـ/2009م.
- 3- أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، تحقيق خليل المنصور، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ/1998م.
- 4- أحمد بن الحسين البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطاء، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1414هـ/1994م.
- 5- أحمد بن حمدان النمري، صفة الفتوى والمفتي والمستفتي، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 3، 1397 هـ.
- 6- أحمد بن حنبل الشيباني، المسند، مؤسسة قرطبة، مصر، بلا تاريخ نشر.
- 7- أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، الاستقامة، تحقيق د. محمد رشاد، جامعة الإمام محمد بن سعود، ط 1، 1403هـ.
- 8- أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، الحسبة في الإسلام، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا تاريخ نشر.
- 9- أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، كتب ورسائل وفتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق عبد الرحمن العاصمي، مكتبة ابن تيمية، ط 2، بلا تاريخ نشر.
- 10- أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، منهاج السنة النبوية، تحقيق د. محمد رشاد سالم، مؤسسة قرطبة، ط 1، 1406هـ.
- 11- د/أحمد بن علي المبارك، القول الشاذ وأثره في الفتيا، دار العز، الرياض، 1432هـ/2010م.

- 12- أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق أنس محمد الشامي، دار الحديث، القاهرة، ط 2، 1429 هـ / 2008 م.
- 13- أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العصرية، بيروت، 1425 هـ / 2004 م.
- 14- د/أحمد محمد هليل، الفتاوى الشاذة، مفهوماً، أنواعها، أسبابها، آثارها، بحث مقدم لمؤتمر الفتوى وضوابطها، المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، من 1-17-2009 م إلى 20-1-2009 م.
- 15- إبراهيم بن موسى الشاطبي، الاعتصام، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، بلا تاريخ نشر.
- 16- إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات، دار المعرفة، بيروت، تحقيق عبد الله دراز، بلا تاريخ نشر.
- 17- إسماعيل الطالقاني، المحيط في اللغة، تحقيق محمد حسن آل ياسين، عالم الكتب، بيروت، ط 1، 1414 هـ / 1994 م.
- 18- إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار الفكر، بيروت، 1401 هـ.
- 19- بدر الدين محمود بن أحمد العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا تاريخ نشر.
- 20- تركي عيسى المطيري، ظاهرة الفتاوى الشاذة: <http://site.islam.gov.kw/eftaa/MainSection>
- 21- أ.د. توفيق بن أحمد الغلبزوري، الفتوى المعاصرة بين الانضباط والاضطراب: <https://ar.islamway.net/book/7157>.
- 22- الحارث بن أبي أسامة، والحافظ نور الدين الهيثمي، بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث، تحقيق د. حسين أحمد صالح الباكري، مركز خدمة السنة والسيرة النبوية، المدينة المنورة، ط 1، 1413 هـ / 1992 م.

- 23-د/سعد سليمان الحامدي، دعوى الحسبة وأحكامها في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار ومكتبة الفضيل، بنغازي، 1434هـ/2013م.
- 24-سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني، مسند الشاميين، تحقيق حمدي بن عبد المجيد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1405هـ/1984م.
- 25-سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني، المعجم الكبير، تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية - القاهرة، ط 2، 1415هـ - 1994م.
- 26-سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، دار الفكر، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، بلا تاريخ نشر.
- 27-د/ سليمان بن عبد الله أبا الخيل، التنبيهات السنية في بيان حقيقة ما يسمى بالأعمال والعمليات الجهادية، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط 1، 1430هـ/2009م.
- 28-عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تحقيق عبد الرحمن بن مَعْلَى اللّوَيْحِق، نشر مجلة البيان، الرياض، السعودية، 1416هـ.
- 29-عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، سنن الدارمي، تحقيق فواز أحمد زمرلي، خالد السبع العلمي، دار الكتاب العربي، ط 1، بيروت، 1407هـ.
- 30-عثمان بن سعيد الدارمي، الرد على الجهمية، تحقيق بدر بن عبد الله البدر، دار ابن الأثير، الكويت، ط 2، 1416هـ/1995م.
- 31-د/ عجيل جاسم النشمي، الفتاوى الشاذة وخطورتها: مجلة  
<http://www.themwl.org/web/sites/default/files/world>
- 32-علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 2، 1982م.
- 33-علي بن أحمد بن حزم، الأخلاق والسير في مداواة النفوس، دار الآفاق الجديدة/بيروت، ط 2، 1399هـ/1979م.

- 34- علي بن أحمد بن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، دار الحديث/ القاهرة، ط 1، 1404هـ.
- 35- علي بن محمد الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا تاريخ نشر.
- 36- عمرو بن أبي عاصم الشيباني، كتاب السنّة، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1400 هـ.
- 37- مالك بن أنس بن مالك، الموطأ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، مصر، بلا تاريخ نشر.
- 38- محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، 1973م.
- 39- محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، اعتنى به هيثم خليفة الصميعي، طبعة المكتبة العصرية - صيدا- بيروت، ط 1، 1427هـ/2006م.
- 40- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي القاهرة، مصر، 1378هـ/1959م.
- 41- د/ محمد بن أحمد الصالح، أثر الفتوى في المجتمع ومساوئ الشذوذ في الفتوى، بحث مقدم للمجمع الفقهي برابطة العلم الإسلامي/ مكة المكرمة، بلا تاريخ نشر.
- 42- محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق شعيب الأرنؤوط، محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، ط 9، بيروت 1413هـ.
- 43- محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مراجعة وضبط وتخرّيج أحاديث د/إبراهيم الحفناوي، د/ محمود عثمان، دار الحديث، القاهرة، 1428هـ/2007م.
- 44- محمد بن أحمد بن محمد عlish، منح الجليل شرح على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 1409هـ/1989م.
- 45- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط 2، 1412هـ - 1992م.

- 46- محمد بن إبراهيم بن المنذر، الإجماع، تحقيق د. فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الدعوة، الإسكندرية، ط 3، 1402 هـ.
- 47- محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، ط 3، 1407 هـ/1987م.
- 48- محمد بن جمال الدين بن بهادر، النكت على مقدمة ابن الصلاح، تحقيق د. زين العابدين بن محمد بلا فريج، أضواء السلف، الرياض، ط 1، 1419 هـ/1998م.
- 49- محمد بن علاء الدين علي بن محمد، متن العقيدة الطحاوية، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1398 هـ/1978م.
- 50- محمد بن عيسى، الجامع الصحيح سنن الترمذي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون، بلا تاريخ نشر.
- 51- مسلم بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا تاريخ نشر.
- 52- مصطفى السيوطي الرحباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، دمشق، 1961م.
- 53- مؤتمر الأمانة العامة لدور وهيئات الإفتاء في العالم، دور الفتوى في استقرار المجتمعات، جلسة الفتاوى الشاذة وأثرها السلبي على الاستقرار، نشر المركز الإعلامي بدار الإفتاء المصرية، 18-10-2017م.
- 54- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الموسوعة الفقهية، ط 1، 1431 هـ/2010م.
- 55- يحيى بن شرف بن مري بن حسن النووي، آداب الفتوى والمفتي والمستفتي، تحقيق بسام عبد الوهاب الجابي، دار الفكر، دمشق، ط 1، 1408 هـ.
- 56- يوسف بن الزكي عبد الرحمن المزني، تهذيب الكمال، تحقيق د. بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة/ بيروت، ط 1، 1400 هـ/1980م.

57- يوسف بن عبد الله بن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق مصطفى العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب 1387 هـ.

58- يوسف بن عبد البر النمري، جامع بيان العلم وفضله، دار الكتب العلمية- بيروت، 1398 هـ.



## أثر الإفلاس على عقد الحساب الجاري

د. ابتسام أحمد ابحيح<sup>(1)</sup>

### مقدمة

إن فكرة الإفلاس ترقى إلى العهد الروماني، إذ أجاز لديهم امتلاك شخص المدين والتصرف فيه، سواء بالبيع أو التأجير أو الحبس أو حتى القتل، وفي حالة تعدد الدائنين لنفس المدين كان يتم بيعه، ومن ثم اقتسام الثمن فيما بينهم، ثم تطور التشريع لديهم، فتم إلغاء الإكراه البدني، وأصبحت أموال المدين وحدها هي الضامنة للوفاء بديونه بمقتضى قرار يصدر من القاضي الروماني LE PRÉTEUR بموجبه يتم غل يد المدين عن إدارة أمواله، ويكلف ممثلاً لإدارة هذه الأموال، وكان يسمى وكيل التصفية، بحيث يتولى أمر بيع هذه الأموال، ومن ثم توزيع ثمنها على الدائنين، كل بحسب نصيبه من الدين<sup>(2)</sup>.

وبعد ازدهار التجارة في المدن الإيطالية خلال العصور الوسطى انتقل هذا النظام إلى فرنسا، من خلال تدوين الأعراف والعادات التي تواتر التجار على القيام بها، فصدر أول قانون ينظم التجارة في سنة 1673م<sup>(3)</sup>؛ وهو متعلق بالتجارة البرية، ويعرف بقانون سافاري JACQUES SAVARY، وهو يتضمن الأحكام المتعلقة بالإفلاس، حيث كان يطبق على أي مدين، سواء كان تاجراً أو غير تاجر، طالما كان غير قادر على الوفاء بديونه، وأعقبه صدور قانون التجارة البحرية سنة 1681م، واستمر العمل بهذين القانونين إلى حين

<sup>1</sup> - عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.

<sup>2</sup> - فالقانون الروماني، وإن كان أول من وضع الخطوط الرئيسية لنظام الإفلاس، إلا أنه لم يعرف بعض المسائل الهامة في الإفلاس، والمعروفة في وقتنا الحاضر، وهي الصلح الوافي من الإفلاس، وإبطال التصرفات في فترة الريبة. أنظر د. إلياس ناصيف: ص 11 وما بعدها.

<sup>3</sup> - د. محمد فريد العريني: ص 4 وما بعدها.

قيام الثورة الفرنسية، ومن ثم صدور قانون التجارة الفرنسي سنة 1807م، وتم بموجبه تطبيق نظام الإفلاس على التجار فقط<sup>(4)</sup>.

فالإفلاس كنظام قانوني خاص يجمع بين قواعد موضوعية وقواعد إجرائية أمره، حددها المشرع لتحقيق هدفين، الأول حماية الدائنين من تصرفات المدين المفلس، إما لعدم كفاية أمواله للوفاء بحقوق هؤلاء الدائنين<sup>(5)</sup>، أو حمايتهم من محاولة تهريب هذه الأموال للإضرار بهم<sup>(6)</sup>، أو نتيجة لسعيه لتحقيق مصلحة غير مشروعة<sup>(7)</sup>، فوضع بمقتضى ذلك أحكاماً لغل يد المفلس عن إدارة أمواله<sup>(8)</sup>.

أما الهدف الثاني فهو حماية الدائنين أنفسهم تجاه بعضهم البعض، باعتبار هذه الحالة تخلق نوعاً من التزامهم، والمشرع في إطار سعيه لتحقيق العدالة والمساواة بينهم أوجد نظاماً جماعياً لتصفية أموال هذا المدين المعسر<sup>(9)</sup>، وذلك بتعيين مأمور للتفليسة من قبل القضاء، يقوم بإدارة هذه الأموال وتصفيتها، ومن ثم بيعها وقسمتها بين الدائنين قسمة غرماء.

<sup>4</sup>- د. إلياس ناصيف: ج4، ص 12.

<sup>5</sup>- تنص المادة 237 من القانون المدني الليبي، والمتعلقة بحقوق الدائن على أموال المدين على أن: "1- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه.

2- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون".

<sup>6</sup>- تنص المادة 240 من القانون المدني الليبي، والمتعلقة بدعوى إبطال تصرف المدين على أنه: "لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان هذا التصرف قد أنقص من حقوق المدين، أو زاد في التزاماته، وترتب عليه عسر المدين، أو زيادة في عسره، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية".

<sup>7</sup>- تنص المادة 245 من القانون المدني الليبي على صورتين من صور المصلحة غير المشروعة التي يسعى المدين إلى تحقيقها لمصلحة دائن من دائنيه، فجاءت بعنوان حالات خاصة بالغش، ونصت على أنه: "1- إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة. 2- وإذا وفي المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلاً للوفاء، فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين. وكذلك لا يسري في حقهم الوفاء، ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل، إذا كان قد تم نتيجة لتواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفي حقه".

<sup>8</sup>- راجع بهذا الخصوص الفقرة الأولى من المادة 1047 من قانون النشاط التجاري المتعلقة بأموال المفلس، حيث تنص على أنه: "يحرم المفلس من تاريخ الحكم بشهر إفلاسه من إدارة أمواله والتصرف فيها".

<sup>9</sup>- تختلف حالة الإفلاس الذي يطبق على التاجر نتيجة لإعساره، وتوقفه عن دفع ديونه، ويخضع بموجبها لأحكام القانون التجاري فيما يتعلق بهذا النظام، ومن ثم يخضع لنظام التصفية الجماعية لأمواله، عن حالة العجز المالي أو الإعسار الذي يقع فيه الشخص العادي، أي غير التاجر، والذي ينشأ بموجبه مبدأ الملاحقة الفردية التي تخضع لأحكام القانون المدني وفق ما ورد في نص المادة 242 من القانون المدني الليبي، والمتعلقة بإعسار المدين، والتي تنص على أنه: "إذا ادعى الدائن عسر المدين، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها".

وبالنظر للحساب الجاري<sup>(10)</sup> كنظام نشاء أساسا في البيئة التجارية، ويقوم على مبدأ سلطان الإرادة، وكان للعرف التجاري دور في إرساء قواعد سريانه، ويهدف إلى حماية الطرف الدائن في الحساب، فكل المدفوعات تدخل الحساب، وتعتبر كلا لا يتجزأ، وتصبح مدفوعات كل طرف فيه ضمانا لمدفوعات الطرف الآخر، وهذا واضح من تعريف المشرع الليبي للحساب الجاري، إذ تنص المادة 771 من قانون النشاط التجاري رقم 23 لسنة 2010 على أنه: "عقد يتفق بمقتضاه شخصان على أن يقيد في الحساب، عن طريق مدفوعات متبادلة ومتداخلة، الديون الناشئة عن العمليات التي تتم بينهما عن تسليم نقود أو أموال أو أوراق تجارية قابلة للتملك وغيرها، وأن يستعوضا عن تسوية هذه الديون، كل دفعة على حدة، بتسوية نهائية ينتج عنها رصيد الحساب عند قفله.

وتحق المطالبة بالرصيد عند حلول الأجل المقرر للإقفال، وإذا لم يطالب بدفعه اعتبر الرصيد دفعة جديدة أولى لحساب جديد، ويعد العقد مجدداً لفترة غير معينة". ومن ثم يصبح من الصعوبة التوفيق بين المصالح التي يسعى كل من النظامين تحقيقها، فتغليب أحدهما على الآخر سيؤدي إلى اضطراب في البيئة الاقتصادية، كما سيؤدي إلى إهدار مبدأ المساواة بين الدائنين المنصوص عليه في المادة 237 من القانون المدني الليبي. لذلك تقتضي منا دراسة موضوع أثر الإفلاس على عقد الحساب الجاري تحديد مفهوم الإفلاس من حيث تعريفه وشروط إعماله، وأثره على الحساب الجاري، باعتباره نظاماً لتسوية المعاملات بين أطرافه، والمتمثل في قفل الحساب وذلك كنقطة أولى. أما النقطة الثانية فنتناول

<sup>10</sup> - المشرع الليبي في القانون التجاري السابق الصادر سنة 1953 عرف الحساب الجاري من خلال المادة 200 منه، وذلك بالنص على أنه "عقد يلتزم بمقتضاه فريقان بتسجيل ديونهم وحقوقهم المتبادلة، الناشئة عن الأخذ والعطاء، في حساب خاص، معتبرين الرصيد غير حال الأجل، وغير قابل للتصرف فيه، إلا عند حلول أجل إقفال الحساب. وتحق المطالبة بالرصيد عند حلول الأجل المقرر للإقفال، وإذا لم يطالب بدفعه اعتبر الرصيد دفعة أولى لحساب جديد، ويعد العقد مجدداً لفترة غير معينة".

كما أن المحكمة العليا في حكم لها صادر بتاريخ 1980/3/9 رأت أن "عقد الحساب الذي يلتزم بمقتضاه كل طرف بتقديم مدفوعات للطرف الآخر، ويتعرض لخطر إفساده طول مدة الحساب حتى تتم المقاصة في جميع العمليات لاستخراج الرصيد النهائي وقت إقفال الحساب، لا يعتبر من نوع الحساب العادي، وإنما يعتبر حساباً جارياً في حكم المادة 200 من القانون التجاري، وإن لم يحصل تبادل المدفوعات بالفعل، إذ يكفي في ذلك أن يكون التبادل ممكناً باتفاق الطرفين". طعن مدني رقم 24/89 ق.، مجلة المحكمة العليا، السنة السادسة عشرة، العدد الرابع، ص 85.

من خلالها المركز المتميز الذي يكون فيه أحد أطراف الحساب في مواجهة دائني الطرف الآخر الذي تم شهر إفلاسه، والذي يبرز من خلالها مدى التعارض بين بعض القواعد الواردة في الإفلاس وبين قواعد سريان الحساب الجاري.

### أولاً- مفهوم الإفلاس:

الإفلاس نظام قانوني، خاص بالتجار والشركات المدنية، نظمته المشرع الليبي من خلال الكتاب السابع من القانون رقم 23 لسنة 2010م بشأن النشاط التجاري، والذي جاء بعنوان الإفلاس والصلح الواقي منه، وقد تم تقسيمه إلى بابين، الأول يتعلق بالصلح الواقي من الإفلاس، من المادة 984 إلى المادة 1011، والثاني يتعلق بالإفلاس من المادة 1012 إلى المادة 1190، وأحكامه مستمدة من القانون التجاري الليبي الصادر بتاريخ 28 نوفمبر 1953م، والذي تم اقتباسه من القانون الإيطالي رقم 267، والصادر بمرسوم جمهوري بتاريخ 1942/3/16م.

### 1- التعريف:

المشرع الليبي، وهو بصدد بيان أحكام الإفلاس، لم يضع له تعريفاً لذلك سنعتمد على التعريفات التي أوردها الفقه، إذ تم تعريفه بأنه "إجراء جماعي مقرر من قبل السلطة القضائية، يباشر من خلاله تصفية أموال التاجر المعسر، بهدف توزيع الناتج على الدائنين طبقاً لمبدأ المساواة بينهم، إلا إذا وجد سبب قانوني للتقدم"<sup>(11)</sup>.

كما تم تعريفه بأنه "الإجراء القضائي الذي يمارس من خلاله جماعة الدائنين على جميع أموال التاجر الذي يكون في حالة إعسار، بهدف تحقيق مبدأ المساواة بين كل الدائنين، ما لم يوجد سبب قانوني للتقدم"<sup>(12)</sup>.

<sup>11</sup>-Il fallimento è una procedura concorsuale disposta dall'autorità giudiziaria e diretta a liquidare il patrimonio dell'imprenditore insolvente al fine di distribuire il ricavato tra i creditori secondo il criterio della "par condicio", fatte salve le cause legittime di prelazione. v. WIKIPEDIA l'enciclopedia libera [www.http://it.wikipedia.org/wiki/fallimento\\_\(diritto\)](http://it.wikipedia.org/wiki/fallimento_(diritto))

<sup>12</sup>-V. Alessandro GIRAUDO, Corso di diritto privato, II, "diritto commerciale", MARIETTI, 1976, p. 335.

وقد تم تعريفه من قبل بعض الفقه بأنه "التنفيذ الجماعي على أموال التاجر المدين، الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية في مواعيد استحقاقها، وذلك عن طريق القواعد التي تكفل للدائنين تحصيل حقوقهم، ضمن حدود الأموال التي يمتلكها التاجر المفلس"<sup>(13)</sup>. كما يجوز شهر إفلاس التاجر إذا توقف عن دفع ديونه المدنية إذا ثبت توقفه عن دفع ديونه التجارية أيضا<sup>(14)</sup>.

ويبدو واضحاً أن التعريفين الأولين أكثر انسجاماً مع القانون التجاري الليبي، وفق ما ورد في الفقرة الأولى من نص المادة 734، المتعلقة بشهر الإفلاس، حيث نصت في عجز هذه المادة على أنه "كل تاجر توقف عن دفع ديونه يشهر إفلاسه"<sup>(15)</sup>. ومن خلال ما ورد في الفقه الإيطالي فإن توقف التاجر عن دفع ديونه بصفة عامة، سواء كانت تجارية أو غير تجارية، هي مطلب أساسي لدى المشرع، لأن قانون التجارة الإيطالي القديم الصادر 1865م كان يقتضي أن يكون التاجر متوقفاً عن دفع ديونه التجارية<sup>(16)</sup>. وهذا يعتبر متفقاً مع ما هو مطبق في قوانين الإفلاس العربية، حيث تشترط هذه القوانين أن يكون توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية<sup>(17)</sup>، وما التعريف الفقهي الوارد في

<sup>13</sup> - أنظر د. إلياس ناصيف: ج 4، ص 14.

<sup>14</sup> - أنظر المرجع السابق: نفس الإشارة.

<sup>15</sup> - V. l'articolo 5 dal R. D. 16 marzo 1942, n. 267 con il titolo ststo d'insolvenza "L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito".

ويلاحظ بهذا الشأن أن لفظ insolvenza الذي تم اعتماده في القانون الإيطالي، وتم اقتباسه في القانون الليبي، يقصد به العجز المالي للتاجر "insolvenza è incapacità patrimoniale dell'imprenditore" أنظر بهذا الشأن

Giuseppe FERRI, Manuale di diritto commerciale, "a cura di Carlo Angelici et Giovanni B. Ferri", undicesima edizione, UTET, Torino, 2001, p. 562

<sup>16</sup> - "Una diversità tra i due sistemi di nome potrebbe ravvisarsi in ciò che nella legge vigente non è più espressa l'esigenza che l'inadempimento riguardi obbligazioni che sorgano dall'attività imprenditrice, mentre nel codice di commercio cessato era precisato che la cessazione dei pagamenti doveva essere relativa a obbligazioni commerciali" Giuseppe FERRI, Manuale di diritto commerciale, "a cura di Carlo Angelici et Giovanni B. Ferri", undicesima edizione, UTET, Torino, 2001, p. 562

<sup>17</sup> - تراجع بهذا الشأن المادة 550 من قانون التجارة المصري، والمادة 489 من قانون التجارة اللبناني، حيث اعتبرت التاجر في حالة إفلاس إذا انقطع عن دفع ديونه التجارية.

الفقرة السابقة إلا نموذج لهذا الاتجاه، وهو مخالف للاتجاه التشريعي في كل من ليبيا وإيطاليا بعد التعديل الحاصل في القانون التجاري في 16/3/1942م، حيث يشترط في كلا القانونين أن يكون التاجر متوقفاً عن دفع ديونه بصفة عامة، سواء كانت تجارية أو غير تجارية، عكس القوانين العربية الأخرى التي ترى أن "التوقف عن الدفع، هو عجز التاجر، أو امتناعه، عن دفع الديون التجارية في مواعيد استحقاقها. وهو يختلف عن الإعسار أو عدم الملاءة insolvabilité الذي يتحقق عند عدم كفاية أموال المدين الحالية والمستقبلية، لإيفاء ديونه المستحقة الأداء"<sup>(18)</sup>.

## 2- الشروط:

لا بد أن تتوافر شروط لشهر الإفلاس، إذ يجب أن يكون الشخص الذي يخضع لهذا النظام تاجراً، وأن يكون متوقفاً عن دفع ديونه.

### أ- الشرط الشخصي

حدد المشرع الليبي الشخص الذي يخضع لنظام الإفلاس بمقتضى المادة 1012 من قانون النشاط التجاري، حيث نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على أنه: "مع عدم الإخلال بأحكام الباب السابق بشأن الصلح الواقي، يشهر إفلاس التاجر، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، كما يشهر إفلاس الشركات المدنية إذا توقف أي منهم عن دفع ديونه"<sup>(19)</sup>.

فوفقاً لهذا التعريف فإن التاجر قد يكون شخصاً طبيعياً، وقد يكون شخصاً معنوياً. والشخص الطبيعي يكتسب هذه الصفة إذا زاول أعمال تجارية على وجه الاحتراف، وتوافرت

<sup>18</sup> - أنظر د. إلياس ناصيف: ج 4، ص 120.

<sup>19</sup> - بالنظر للقانون التجاري السابق نجد أن المشرع الليبي في القانون الحالي تبنى نفس الأحكام الواردة في المادة 734 من القانون التجاري السابق، حيث إن هذه المادة، في فقرتها الأولى كانت تنص على أن "كل تاجر توقف عن دفع ديونه يشهر إفلاسه"، مكتفياً المشرع بما ورد من تعريف للتاجر في المادة التاسعة من القانون التجاري السابق، حيث كانت تنص على أنه "كل شركة تجارية، وكل من باشر أعمال تجارية، واتخذها حرفة معتادة له". فوفقاً لهذا التعريف فإن التاجر قد يكون شخصاً طبيعياً، وقد يكون شخصاً معنوياً. والشخص الطبيعي يكتسب هذه الصفة إذا زاول أعمالاً تجارية على وجه الاحتراف، وتوافرت فيه الأهلية اللازمة، أما الشخص المعنوي فإنه يكتسب هذه الصفة إذا كان في شكل إحدى الشركات التجارية المسماة. أي أن القانون وضع معياراً موضوعياً بالنسبة للشخص الطبيعي، وهو مزاولته للعمل التجاري، ومعياراً شكلياً بالنسبة للشخص المعنوي، وهو ضرورة أن يكون في شكل شركة تجارية. كما أن المادة 496 من القانون المدني الليبي تقرر أحكاماً في نفس السياق، إذ تقرر أن الشركة المدنية إذا أفرغت في شكل شركة تجارية فإنها تخضع لأحكام هذا النوع من الشركات الذي وقع عليه الاختيار فيما عدا الإفلاس. أنظر بهذا الشأن د. ابتسام بحيج: ص 45.

فيه الأهلية اللازمة<sup>(20)</sup>، أما الشخص المعنوي فإنه يكتسب هذه الصفة إذا كان في شكل إحدى الشركات التجارية المسماة. أي أنه وفقاً للقانون التجاري تثبت هذه الصفة للشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي، وتضعه في مركز قانوني متميز عن الشخص غير التاجر، ومن ثم يقع عليه التزام بمسك الدفاتر التجارية والالتزام بالقيد في السجل التجاري، بالإضافة إلى أن هذه الصفة قد تخضع لمخاطر نظام الإفلاس، باعتباره نظاماً ينفرد به القانون التجاري، ويخضع له التاجر دون غيره نتيجة لاكتسابه لهذه الصفة. والخضوع لهذا النظام لا يتوقف على إرادة الأشخاص، بل إن أحكامه متعلقة بالنظام العام<sup>(21)</sup>.

وصفة التاجر لا تفترض، ومن ثم فإن على من يدعى وجودها أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات، تطبيقاً لمبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية، ولكن يجب ملاحظة أن القيد في السجل التجاري أو مسك الدفاتر التجارية ليست كافية لإثبات هذه صفة، فهي لا تكسبها، ومن ثم لا تعد معياراً لها، بل مجرد قرائن يستعان بها في الإثبات، ومن ثم يكون على الشخص الذي يدعى الصفة التجارية إثبات توافر عناصر هذه الحرفة<sup>(22)</sup>. وهذا الأمر يعد مسألة واقعية يختص بها قاضي الموضوع، أما مسألة اكتساب الصفة التجارية من عدمها فهي مسألة قانونية، تخضع لرقابة المحكمة العليا، باعتبارها النتيجة القانونية التي يستخلصها القاضي من وجود هذه العناصر، ومن ثم يرتب عليها وجود الحرفة التجارية من عدمها.

ولكن تم استبعاد بعض الفئات التي تمارس أنشطة اقتصادية، تندرج ضمن الأعمال التجارية بنص القانون وعلى سبيل الاحتراف، فالمادة الحادية عشرة من قانون النشاط

<sup>20</sup>- يشترط في الشخص الطبيعي الذي يمارس أعمال تجارية على سبيل الاحتراف أن يكون كامل الأهلية وفقاً لما ورد في المادة السابعة من قانون النشاط التجاري، أما بالنسبة لممارسة النشاط التجاري نيابة عن القاصرين ومن في حكمهم فإن المادة الثامنة من نفس القانون نظمت أحكام هذه المسألة، وبيّنت في عجز المادة أنه يجوز شهر إفلاس القاصر أو من في حكمه مع عدم تطبيق التبعات الجنائية لشهر الإفلاس عليهم.

<sup>21</sup>- يراجع إبراهيم سيد أحمد: ص 7.

<sup>22</sup>- يقصد بالاحتراف القيام بأعمال تجارية على وجه التكرار ويكون المحرك الأساسي لممارستها تحقيق الربح والتكسب من ورائها وتتم مباشرة هذه الأعمال باسم الشخص ولحسابه وبشكل مستقل. فمن خلال هذا التعريف تبدو لنا العناصر الرئيسية المكونة للحرفة التجارية والتي لا يمكن تصور قيام الحرفة بدونها. انظر بهذا الشأن د. ابتسام بحيح: ص 46.

التجاري تنص على أنه "لا يعد من مزاولي النشاط الاقتصادي الدولة، والوحدات الإدارية العامة، واللجان والنوادي، والجمعيات ذات الشخصية الاعتبارية التي ليس هدفها الكسب، وإن قامت بمعاملات تجارية، إلا أن معاملاتها المذكورة تكون خاضعة لهذا القانون"<sup>(23)</sup>. إضافة إلى ذلك فإن المادة العاشرة من قانون النشاط التجاري أعفت صغار التجار من الخضوع للقواعد المتعلقة بالإفلاس والصلح الواقي منه.

ب- الشرط الموضوعي:

التوقف عن الدفع يقصد به عجز التاجر، أو امتناعه، عن دفع ديونه في مواعيد استحقاقها<sup>(24)</sup>، كما أن هذا التوقف قد يكون ناتجا عن عدم الملاءة أو اليسار نتيجة لعدم كفاية أموال المدين الحالية والمستقبلية للوفاء بديونه مستحقة الأداء، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة 1012 من قانون النشاط التجاري على أنه "وتثبت حالة التوقف عن دفع الديون عندما يظهر عجز المدين عن الوفاء بها، أو تدل عوامل أخرى خارجية على عدم قدرته القيام بالتزاماته بصفة منتظمة".

فما عبر عنه المشرع بعوامل أخرى خارجية قد تكون بموجبها الزمة المالية للتاجر موسرة، إلا أنه من الناحية الفعلية لم يتمكن من الوفاء بالتزاماته مستحقة الأداء بشكل طبيعي

<sup>23</sup>- عدم اكتساب الدولة والوحدات الإدارية العامة، واللجان والنوادي، والجمعيات ذات الشخصية الاعتبارية يرجع إلى أن المشرع وضع معيار الغرض التجاري لاكتساب هذه الصفة، وهو تحقيق الربح، بينما نجد أن جميع هذه الأشخاص الاعتبارية الغرض الأساسي لها ليس تحقيق الربح، وإنما تحقيق مصلحة عامة، وبالتالي لم يعطها هذه الصفة، وإن كان أخضع أعمالها التجارية لأحكام القانون التجاري، فيما عدا ما ورد في قوانين إنشائها، إذ قد تعفيها من تبعات هذا القانون في بعض الأحيان، كالإعفاء من تطبيق نظام الإفلاس، كما قد تبين طريقة تصنيفها وحلها، بالإضافة إلى بيان مدى خضوعها للأثار القانونية التي ترتب على اكتساب صفة التاجر.

<sup>24</sup>- يجب أن تكون هذه الديون التي توقف التاجر عن دفعها مؤكدة ومحددة ومستحقة الأداء، "فعدم امكانية التاجر للوفاء بالتزاماته في مواعيد استحقاقها، وعجزه يكون ناتجا عن بعض المؤشرات، إذ قد يكون عدم وفائه ليس ناتجا عن إعسار، وإنما عن رفض الوفاء ببضاعة وحيازتها بهدف الإضرار، وبالعكس قد يكون عدم الوفاء ناتجا عن تجنب القيام بوسائل غير مشروعة، كالإقراض بالربا".

stato d'insolvenza, ossia l'impossibilità dell'imprenditore ad essere puntuale nel soddisfacimento delle obbligazioni. Lo stato d'insolvenza si presenta talvolta con alcuni sintomi, come l'inadempienza, ma si può essere inadempienti senza essere insolventi (il caso dell'imprenditore che si rifiuta di pagare le merci ritenute difettose) e viceversa (quando l'inadempimento è evitato con mezzi anomali, es. il prestito ad usura). v. WIKIPEDIA l'enciclopedia libera [www.http://it.wikipedia.org/wiki/fallimento\\_\(diritto\)](http://it.wikipedia.org/wiki/fallimento_(diritto))

أو منتظم، كما لو كانت لديه أموال عقارية لا يمكنه التصرف فيها، أو أن لديه حقوقاً في ذمة الغير إلا أنها غير مستحقة الأداء وقت توقفه عن دفع ديونه.

ويبدو أن المشرع الليبي باستخدامه لفظ "توقف عن دفع ديونه"<sup>(25)</sup> أراد أن يتفادى الدائن مشقة إثبات الإعسار من خلال عمل جرد لأصول وخصوم الذمة المالية، إذ يكفي إثبات عدم الكفاءة أو اليسار من خلال التوقف عن دفع الدين من ناحية؛ ومن ناحية أخرى فإنه نتيجة لدعامة السرعة والائتمان التي تتطلبها البيئة التجارية والاعتبار الشخصي، فإن إجراء موازنة بين هذه الأصول والخصوم لمعرفة مدى إعسار التاجر تقتضي وقتاً لا تتماشى مع طبيعة هذه البيئة خاصة، وأنه في الغالب أن دائني التاجر هم أنفسهم من البيئة التجارية، أي تجار، وبالتالي الإخلال بالالتزام في مواجهتهم من شأنه زعزعة الثقة في البيئة التجارية التي تضر بالائتمان ككل.

والملاحظ أن هذه المادة، بالرغم من انسجامها مع طبيعة البيئة التجارية وما تتطلبه من دعامتي السرعة والائتمان، إلا أن المشرع الليبي في القانون رقم 23 لسنة 2010 بشأن النشاط التجاري أحدث تغييراً واضحاً في هذا الجانب، إذ فيما تقرره المادة 785 يقفل الحساب الجاري إذا كان غير محدد المدة بوفاة أحد الطرفين أو فقده للأهلية أو إفلاسه، دون الإشارة لفقد الكفاءة أو اليسار، كما كان مقرراً في المادة 210 من القانون التجاري الليبي السابق، وفي ذلك اختلاف واضح بين كلا القانونين، السابق والحالي، إذ وفقاً للقانون السابق لا يشترط شهر الإفلاس طالما أن هناك مؤشرات له، وكان الحساب غير محدد المدة، إذ يجوز لأحد أطراف الحساب الجاري التحلل من العقد، مع مراعاة شرط الإخطار، بينما القانون الحالي يشترط في مسألة إقفال الحساب الجاري غير محدد المدة أن يكون قد شهر إفلاس أحد الأطراف فعلاً.

<sup>25</sup>- مما يجب ملاحظته أنه بالرجوع للأصل التاريخي للقانون التجاري الليبي نجد أن شرط الإعسار أو عدم اليسار، وفقاً للقانون الإيطالي، شرط أساسي لشهر الإفلاس. خاصة وأن المشرع الليبي في القانون السابق نص في الفقرة الثانية من المادة 210 المتعلقة بالحساب غير المحدد بأجل على أنه "وفي حالة فقد أحد المتعاقدين الأهلية أو الكفاءة أو اليسار [...] جاز لكليهما [...] الحق في التحلل من العقد".

### 3- قفل الحساب الجاري كأثر للإفلاس:

بمجرد شهر إفلاس أحد أطراف الحساب فإنه يجب عدم إلقاء أي مدفوع في الحساب، سواء في جانب الأصول أو في جانب الخصوم. فإذا تم قيد دفعة جديدة بعد شهر الإفلاس فإنها لا تؤثر في رصيد هذا الحساب، بحيث لا يتم اندماجها مع بقية الدفعات الأخرى المقيدة في الحساب قبل شهر الإفلاس، ومن ثم يقتضي الأمر عدم معاملتها كمفرد حسابي تم إدراجه في الحساب، فهذا الأمر يمس سريان الحساب. ولكن ما هو أثر الإفلاس على عقد الحساب الجاري ذاته؟ إذ هل يؤدي إلى إنهاء هذا العقد، أيا كان محدد المدة أو غير محدد المدة؟ أم يظل العقد قائما، ولا يتأثر بهذا الإفلاس؟ وعندئذ ما هي الكيفية لتسيير هذا الحساب في ظل الظروف الاقتصادية السيئة للمفلس؟

لو نظرنا لنص المادة 1/260 من القانون المدني الليبي نجد أن القواعد العامة تنص على سقوط حق المدين المفلس في الأجل "إذا شهر إفلاسه وفقا لنصوص القانون"، وذلك سواء كان هذا العقد محدد المدة أو لم يكن محدد المدة، أي لا بد من قفل الحساب فوراً، وهذا يقتضي من الطرف غير المفلس في الحساب أن يقوم بإجراء المقاصة بين المدفوعات التي تم قيدها في جانب الدافع بالنسبة له وتلك التي تم قيدها في جانب القابض، لمعرفة ما يسفر عنه من الرصيد، وفيما إذا كان الطرف المفلس في الحساب دائناً بقيمة ما أسفر عنه الرصيد، وعندئذ لا بد من تقديمه للتفليسة، أو مدينا به ومن ثم يتقدم في التفليسة كدائن عادي، ليقتضي حقه من خلالها.

وبناء على ذلك إذا كانت المدفوعات التي تشكل خصوما للمفلس أكثر من المدفوعات التي تشكل أصولاً له فإن الطرف الآخر في الحساب يتعرض لخطر مزاحمة بقية الدائنين، طبقاً لمبدأ المساواة بينهم، إلا في حالة وجود ضمانات خاصة. وهذا الأمر تقررته المادة 1087 من قانون النشاط التجاري، والتي تنص على أنه "تتحل الحسابات الجارية [...] بإفلاس أحد

الطرفين"، كما أن المادة 785 من قانون النشاط التجاري<sup>(26)</sup> تنص في فقرتها الثالثة على نفس الحكم "وفي جميع الأحوال يقفل الحساب الجاري بوفاة أحد الطرفين أو بفقدانه الأهلية أو إفلاسه"<sup>(27)</sup>.

مما لا شك فيه أن عدم اليسار، الذي كان ينص عليه المشرع في القانون السابق، يعتبر ظرفاً اقتصادياً سيئاً، يخل بالمركز المالي للتاجر، وكان من المجدي لو أن المشرع الحالي نص عليه، ومن ثم قد يترتب عليه شهر إفلاس التاجر مما يقتضي سقوط الأجل بالنسبة له، ومن ثم قفل الحساب وفق القواعد العامة.

**ثانياً- المركز المتميز لأحد أطراف الحساب الجاري في مواجهة دائني الطرف الآخر المفلس:**  
نتيجة لمبدئي التجديد<sup>(28)</sup> وعدم التجزئة<sup>(29)</sup> اللذين يحكمان سريان المدفوعات في الحساب الجاري، فإن هذا النوع من الحسابات يعطى مركزاً متميزاً لأحد أطرافه في تقليسة

<sup>26</sup>- الجدير بالملاحظة أن المادة 210 من القانون التجاري الليبي السابق خالفت هذه القواعد من ناحيتين، الأولى جواز التحلل من العقد، والثانية هو عدم سقوط الأجل، ومن ثم لا يجوز المطالبة بدفع الرصيد إلا عند حلول الأجل المقرر لقفل الحساب، ومن ثم يقتصر الأمر على مجرد عدم إدراج دفعات جديدة فيه؛ أي وقف سريان الحساب دون قفله. ولكن هذا الخروج عن القواعد العامة يمكن أن نجد له تفسيراً واحداً، وهو أن المشرع أراد معالجة فرضية أن يكون أحد أطراف الحساب في مركز اقتصادي سيء، ولم يتم شهر إفلاسه، وأراد الطرف الآخر في الحساب، الذي يكون الرصيد المؤقت لمصلحته، أن يدرك هذا الخطر، بدون أن يلجأ للقضاء للمطالبة بشهر الإفلاس، فأعطاه المشرع امكانية التحلل من العقد، إذا كان حقه في مواجهة الطرف الآخر للحساب يمكن أن يضمنه من خلال المفردات المقيدة فيه، أو من خلال مجموع العلائق التي تربطه بهذا الأخير إذا كان الحساب الجاري مصرفي، وفقاً لما تقرره المادة 242 من القانون التجاري السابق والمادة 707 من قانون النشاط التجاري، والتي تقر نفس الأحكام المتعلقة بالاندماج في حالة تعدد العلائق بين المصرف والعميل صاحب الحسابات.

<sup>27</sup>- بالنظر لما ورد في الفقرة الأخيرة من نص المادة 210 من القانون التجاري السابق نجد أن المشرع قد جعل الأمر جوازياً في التحلل من العقد في حالة عدم الكفاءة أو اليسار، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى جعل الأثر المترتب على ذلك هو "عدم امكانية إدراج دفعات جديدة في الحساب، إلا أنه لا تجوز المطالبة بدفع الرصيد إلا عند حلول الموعد المقرر في المادة 208" من نفس القانون. أي بحسب الاتفاق أو العرف، أو في نهاية كل ستة أشهر اعتباراً من تاريخ العقد. وفي ذلك الموقف ما يبرره، وهو أن التحلل من العقد غير محدد المدة كان جوازياً نتيجة لعدم الكفاءة أو اليسار، أي قبل شهر إفلاس التاجر أصلاً، إلا أن المشرع في القانون الحالي لم يعط هذه المكنة للطرف الآخر في الحساب، وكل ما أعطاه له هو قفل الحساب بعد شهر إفلاس الطرف المقابل.

<sup>28</sup>- يعتبر التجديد أثراً من آثار دخول الحق في الحساب الجاري، وحق الدافع يتحول إلى مجرد قيد في الجانب الدائن للحساب، ويحل محله مقابل بنفس القيمة في الجانب المدين للقباض، ويشكل بذلك عنصراً من عناصر الحساب المكونة للرصيد النهائي، ويعتبر تحويل الحق بقيده في الحساب الجاري تجديداً من نوع خاص، والمشرع الليبي في المادة 342 من القانون المدني الليبي ينص على ذلك بقوله "1- لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام في حساب جار . 2. وإنما يتجدد الالتزام إذا أخضع رصيد الحساب، وتم إقراره على أنه إذا كان الالتزام مكفولاً بتأمين خاص فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك "

<sup>29</sup>- تنص المادة 781 من قانون النشاط التجاري على أن "مفردات الحساب الجاري بمجموعها لا تقبل التجزئة قبل إقفال الحساب واستخراج الرصيد النهائي، وإقفال الحساب وحده هو الذي تنشأ عنه المقاصة الإجمالية لجميع مفردات الحساب". ويقصد به أن أي مدفوع يدخل الحساب يفقد ذاتيته بمجرد

الطرف الآخر، وهذا الأمر يتعارض مع مبدأ المساواة بين الدائنين المقرر بموجب الفقرة الثانية من المادة 237 من القانون المدني الليبي، والمتعلقة بحقوق الدائنين على أموال المدين، حيث تنص على أنه "وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون"، كذلك تم تقريره بمقتضى الأحكام الخاصة بالإفلاس من خلال المواد 1056؛ 1119؛ 1120.

والحساب الجاري، وما ينتج عنه من مديونية أحد الأطراف في مواجهة الطرف الآخر، لا يعتبر ديناً ممتازاً، ولا يعطي صاحبه حق التقدم إلا إذا كان مصحوباً بتأمين خاص، يمكن أن يحتج به في مواجهة جماعة الدائنين، إلا أن هذا التمييز في الحساب الجاري يجد له مجالا للتطبيق نتيجة لآثار دخول المدفوع في الحساب الجاري، إذ أن جماعة الدائنين بالنسبة للطرف المفلس من مصلحتهم إعمال مبدأ المساواة بينهم، إلا أن الطرف الآخر في الحساب من مصلحته إعمال قواعد سريان الحساب الجاري؛ أي عدم إعمال مبدأ المساواة بين الدائنين، ومن خلال ذلك يظهر التعارض بين هاتين المصلحتين، ومن ثم فإن تغليب مصلحة الطرف غير المفلس في الحساب ينطوي على المساس بهذا المبدأ، والذي يتجلى في الآتي:

**1- دور المقاصة في إنشاء المركز المتميز لأحد أطراف الحساب في مواجهة بقية الدائنين:**  
رأينا أن من ضمن مزايا الحساب الجاري أنه يوسع نطاق تطبيق المقاصة كوسيلة لانقضاء الالتزام، إذ يتم إجراؤها في حالة شهر إفلاس أحد طرفي الحساب، ومن شأن هذا النظام أن يغل يد المفلس عن إدارة أمواله، ويتولى هذه الإدارة مأمور التفليسة، وفقاً لما هو مقرر بموجب أحكام القانون رقم 23 لسنة 2010م، المتعلق بالنشاط التجاري، المنصوص عليها من خلال المادة 1093 وما بعدها، والمتعلقة بحفظ مقومات التفليسة وإدارتها.

القيد فيه، ويضمحل ويصبح مفرد حسابي، ليشكل مع غيره من المدفوعات العناصر المكونة للحساب، وتصبح جميعها كل لا يتجزأ، ولا يحل محل أي مدفوع دين في ذمة القابض، ويصبح ديناً آخر. ومحكمة القاهرة الابتدائية في حكم لها صادر بتاريخ 1961/5/11م رأت أن "الحساب الجاري يعتبر وحدة متماسكة العناصر، غير قابلة للتجزئة، فلا يجوز فصل العمليات الداخلة فيه، والنظر إلى كل منها على انفراد، ذلك أن كل دين يدخل الحساب يفقد ذاتيته ومقوماته كدين مستقل، ويعتبر مفردة من مفردات الحساب، لا يمكن فصلها أو المطالبة بها على استقلال، وتتعدم الديون والحقوق داخل الحساب، وتحل محلها مفردات حسابية من الجانبين، وتتقاص دفعة واحدة عند قفل الحساب، وعلى هذا الأساس لا يجوز فصل مفردة من الحساب وتخصيصها للوفاء بمفردة أخرى مقابلة". المجموعة الرسمية، السنة الستون، العدد الثاني، رقم 144، ص 1106. أنظر أيضاً د. عبد الحميد الشواربي: ص 470.

إلا أن أحكام هذا القانون ذاته، والمتعلقة بتسيير الحساب الجاري، تعطي أطراف الحساب امكانية إجراء المقاصة بين المدفوعات الدائنة والمدينة في الحساب، بحيث لا يلزم الطرف غير المفلس في الحساب بتقديم الديون التي في ذمته تجاه المفلس لمأمور التفليسة، على أن يدخل في التفليسة بالمدفوعات التي تم قيدها في الجانب المدين للمفلس، ومن ثم يتعرض لخطر مزاحمة بقية الدائنين.

فإمكانية إجراء المقاصة تعطيه الحماية الكافية، بحيث لا يضر من تطبيق مبدأ المساواة بين الدائنين<sup>(30)</sup> نتيجة لتطبيق مبدأ العدالة الذي تقوم على أساسه فكرة المقاصة المقررة بموجب المادة 349 من القانون المدني الليبي، والمتعلقة بالديون القابلة للمقاصة<sup>(31)</sup>، طالما أن كلا الطرفين دائن ومدين للآخر، بموجب علاقات قانونية جارية بينهما، وبالتالي تعتبر المقاصة وسيلة حماية يستوفي بمقتضاها كل طرف حقه في مواجهة الطرف الآخر<sup>(32)</sup>، ولا يتعرض لخطر مزاحمة بقية الدائنين إلا في حدود القدر الزائد على الجانب المدين في الحساب.

<sup>30</sup> - A proposito di quest'ultimo aspetto è stato osservato che talvolta tra compensazione ed equità può esserci contraddizione, per esempio nel caso della disciplina particolare che la legge fallimentare detta contro il principio della *par condicio creditorum*, attribuendo al creditore la possibilità di avvalersi della compensazione nei confronti del fallito (art. 56 L. fall.) v. R.D. 16 marzo 1942, n. 267, Disciplina. del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa.

Cf. P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., p. 111ss.

<sup>31</sup> -Secondo la migliore dottrina la norma appare dettata da motivi di equità, poiché si ritiene ingiusto che il creditore possa pretendere l'intero credito mentre poi, da parte sua, non è in condizione di pagare tutto il debito.

In questo senso si veda: G. ZUDDAS, *Compensazione*, in Enciclopedia, Roma, 1993, p. 6.

<sup>32</sup> -"Quando due persone sono obbligate l'una verso l'altra, i debiti ed i crediti reciproci avranno un'autonoma giustificazione causale perchè derivano da distinti rapporti giuridici intercorrenti tuttavia tra le medesime parti, e quindi la compensazione è un modo soddisfacitivo del creditore".v. Cf. C. FALQUIMASSIDDA, *Compensazione*, in Rivista di diritto civile, VII, 1961, II, parte seconda, CEDAM, Padova, p. 61.

فالمقاصة في مجال الإفلاس تم تنظيمها بكيفية بسيطة من خلال المادة 1061 من القانون رقم 23 لسنة 2010م الخاص بالنشاط التجاري، والمتعلقة بالمقاصة في مرحلة التفليس، إذ افترض فيها المشرع وسيلة للضمان في هذا المجال، فنص على أنه "تقع المقاصة بين الديون المطلوبة للدائنين من المفلس وبين ما له من ديون في ذمتهم، حتى ولو لم يحل أجلها قبل شهر الإفلاس. ومع ذلك لا تجري المقاصة بالنسبة إلى الديون التي لم يحل أجلها إذا اكتسبها الدائن بعقد بين الأحياء بعد شهر الإفلاس أو خلال السنة السابقة عليه".

فهذه القاعدة لا تثير جدلاً بسيطاً، وذلك بالسماح للدائن بإجراء المقاصة، أي إعفاؤه من الدفع، وذلك بتفعيل وسيلة من وسائل انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، بل أثارت جدلاً معمقاً لكونها تعطي أفضلية في المعاملة في مجال من المفترض أن يبرز فيه مبدأ المساواة بين الدائنين، أي أن آلية المقاصة التي يتم إجراؤها في حالة الإفلاس وفقاً للمادة 1061 تقدم مخالفة لمبدأ المساواة بين الدائنين، فضلاً عن ذلك تتضمن إمكانية أن يجري مدين المفلس، حتى في مواجهة مأمور التفليس، المقاصة لديون متقابلة بين هذا المدين والمفلس، فيستوفي من خلالها حقه الذي في ذمة المفلس، وينقضي في المقابل التزامه تجاه هذا الأخير.

فالمقاصة في حالة الإفلاس تعطي للدائن نوع من الحماية الخاصة التي يتميز بمقتضاها هذا الدائن عن بقية دائني المفلس، إذ وفقاً لهذه المادة يستطيع الدائن أن يجري المقاصة بين ما له من حقوق وما عليه من ديون في مواجهة المفلس، بالرغم من أنها لم يحل أجلها قبل شهر الإفلاس (33).

<sup>33</sup>-La compensazione nel fallimento si attegga in modo particolare tanto che i legislatori, negli articoli precedenti, hanno stabilito che i creditori possono compensare i loro debiti verso il fallito con i loro crediti che hanno verso il medesimo, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento.

v. Ibtesam BEHEH, Le garanzie legali innominate nel credito bancario - diritto comparato libico e italiano, tesi di dottorato, Università degli studi di Roma Tor Vergata, 2008, p. 74

كما أن المقاصة تلعب دورا هاما في مجال الحسابات الجارية المصرفية، وفقا للقانون التجاري الليبي<sup>(34)</sup>، وهذا المجال يكون له أثر مباشر في حالة شهر إفلاس العميل أو المصرف، إذ تنص المادة 707 من القانون رقم 23 لسنة 2010م على أنه "إذا تعددت العلاقات بين المصرف وصاحب الحساب الجاري، أو كانت على أساس عدة حسابات، ولو بنقود مختلفة، فالأرصدة الدائنة والمدينة تجري عليها المقاصة، ما لم يتفق على خلاف ذلك". فمن خلال هذه المادة نجد أن القاعدة المقررة من قبل المشرع، وفي إطار العمليات المصرفية، تنص على وحدة أو اندماج العلاقة بين المصرف والعميل، ولو كان هناك تعدد للعلاقات أو الحسابات طالما كانت متعلقة بإحدى العمليات المصرفية [كالإيداع المصرفي أو فتح الاعتماد] المنظمة في حساب جار.

ففي حالة إفلاس أحد أطراف الحساب الجاري المصرفي فإن الطرف الآخر، نتيجة لتقرير مبدأ الاندماج، سوف يستوفي حقه، ما أمكنه ذلك وبحسب المركز المالي للمفلس في العلاقات التي تربطه به، دون أن يجبر على التقدم في التفضيلة بكل علاقة أو حساب على حدة، فيدخل كدائن في التفضيلة بالرصيد المدين للمفلس، وعندئذ يتعرض لخطر مزاحمة بقية الدائنين، لأنه سيدخل معهم في قسمة الغرماء، كما يفترض فيه تقديم القيمة الدائنة للمفلس لمأمور التفضيلة، بحيث تصبح من ضمن أموال التفضيلة التي تخضع للتقسيم بين الدائنين. ولكن بتقرير مبدأ الاندماج، والذي يتم تفعيله من خلال إجراء المقاصة، فإنه سيدراً هذا الخطر قدر الإمكان، وتصبح المقاصة بموجب ذلك وسيلة من وسائل الضمان.

وتبدو وسيلة الضمان هذه واضحة وجلية حتى في إطار النظام القانوني الفرنسي الذي يعتمد في حالة تعدد العلاقات بين المصرف والعميل على الاتفاقات بينهما، باعتبار أن القانون

<sup>34</sup>- L'art. 1853 c.c.it. (letteralmente l'art. 707 del c. comm. libico) stabilisce la compensazione tra i saldi di più rapporti o più conto: "Se tra la banca e il correntista esistono più rapporti o più conti, ancorché in monete differenti, i saldi attivi e passivi si compensano reciprocamente, salvo patto contrario".

الفرنسي لا يوجد به نص يقرر اندماج الحسابات في حالة تعدد العلائق بين العميل والمصرف. ففي حكم لمحكمة استئناف ريوم صادر في 1960/10/7م<sup>(35)</sup> تتلخص وقائعه في أنه كان يوجد اتفاق صريح بين الشركة والمصرف على اندماج الحسابات، وذلك بموجب خطاب مرسل منها، وعند شهر إفلاسها كان مركز أحد الحسابين دائئا والآخر مدينا، بنفس القيمة تقريبا، وعندئذ تقدم المصرف كمدين في التفليسة بقيمة الحساب الدائن، وتقدم كدائن فيها بقيمة الحساب المدين، وبعد إجراء التصفية تحصل على نسبة من ديونه، وطالب الكُلاء بالنسبة الباقية منها، إلا أن هؤلاء دفعوا بأن المصرف كان بإمكانه تفادي هذه النتيجة عن طريق تطبيق الاتفاق المتعلق باندماج الحسابات، وأن المصرف بتهاونه في استعمال حقه هذا يعفيهم من التزاماتهم المترتبة عن عقد الكفالة بموجب المادة 2037 من القانون المدني الفرنسي [المادة 793 من القانون المدني الليبي والمتعلقة ببراءة الكفيل بخطأ الدائن<sup>(36)</sup>] إلا أن المصرف دفع بعدم إمكانية إجراء المقاصة خلال فترة الريبة وإلا كانت باطلة<sup>(37)</sup>.

ولكن المحكمة رأت أن هذه المقاصة ليست عادية، بل هي مقاصة في حساب جاري، ونتيجة لمبدأ عدم الانقسام الذي يحكم سريان مثل هذه الحسابات، كان على المصرف دمج الحسابين، وإعفاء الكلاء من التزاماتهم، دون أن يتعرض لدعوى البطلان.

**2- بعض المسائل التي تثيرها قواعد سريان الحساب الجاري في حالة إفلاس أحد أطرافه وتمنح الطرف الآخر مركزا متميزا:**

الضرورات العملية كان لها دورا في الخروج المستمر عن المبادئ التي تحكم سريان الحساب الجاري، نتيجة لطبيعته الخاصة، وقيامه في بيئة خاضعة لسنة التطور والتغيير، ويبدو ذلك واضحا من خلال بعض المسائل التي تثار في حالة إفلاس أحد أطرافه.

<sup>35</sup>-Dalloz 1962, P 479, obs. HONORAT; Rev. Trim. Dr. Com. 1962, P. 756, n° 27, obs. R. HOUIN.

<sup>36</sup>- تنص المادة 793 من القانون المدني الليبي على أنه "1- تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضعاه الدائن بخطئه من ضمانات. 2- ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين، ولو تقرر بعد الكفالة، وكل تأمين مقرر بحكم القانون".

<sup>37</sup>- تنص المادة 1061 من قانون النشاط التجاري على أنه "تقع المقاصة بين الديون المطلوبة للدائنين من المفلس وبين ما له من ديون في ذمتهم حتى، ولو لم يحل أجلها قبل شهر الإفلاس. ومع ذلك لا تجري المقاصة بالنسبة إلى الديون التي لم يحل أجلها إذا اكتسبها الدائن بعقد بين الأحياء بعد شهر الإفلاس أو خلال السنة السابقة".

### أ- إنشاء التأمينات خلال فترة الرتبة ضمانا للحساب الجاري:

وفقا لمبدأ عدم التجزئة فإن أي مدفوع يدخل الحساب لا يعتبر وفاء لمدفوع آخر<sup>(38)</sup>، ومن ثم فإن المدفوعات التي يقدمها المفلس خلال فترة الرتبة<sup>(39)</sup> لا تخضع لأحكام القانون المتعلقة بعدم نفاذ تصرفات المفلس المنصوص عليها في القانون التجاري الليبي<sup>(40)</sup> بحسب مقتضيات وطبيعة الحساب الجاري الخاصة.

فوفقا لما هو مقرر في المادة 1072، والمتعلقة بالأعمال بالمقابل والدفع والضمانات، نجد أن الفقرتين رقمي 3 و 4 من الفقرة الأولى المتعلقة بعدم نفاذ بعض التصرفات الواردة في هذه المادة ما لم يثبت الطرف الثاني أنه لا علم له بعدم قدرة المدين على أداء ديونه، إذ تنص على عدم نفاذ أي رهن، سواء كان منصبا على منقول أو على عقار، إذا نشأ خلال السنتين السابقتين على شهر الإفلاس تأمينا لدين سابق لم يحل أجله، إلا إذا كان الطرف الثاني غير عالم بعدم قدرة المدين عن أداء ديونه، واستطاع إثبات ذلك. وكذلك الأمر بالنسبة للتأمينات التي تنشأ خلال السنة السابقة على شهر الإفلاس، إذا كانت هذه الضمانات مقدمة لتأمين دين حال الأجل.

أما الفقرة الثانية من نفس المادة فهي متعلقة بالضمانات المعاصرة لنشأة الدين، إذ لا تنفذ في حق الدائنين إذا قدم هذا الضمان خلال السنة السابقة على شهر الإفلاس، وكان الدائن على علم بعدم قدرة المدين على أداء ديونه.

<sup>38</sup>- يري د. علي جمال الدين عوض أنه بناء على تطور القضاء فإنه بالنسبة للمدفوع الحاصل من المفلس في فترة الرتبة، وإن لم يكن اعتباره وفاء، إلا أنه مشروط بأن يكون هذا القيد ممثلا لمدفوع حقيقي، وإلا فإنه يمكن إبطاله إذا كان القصد منه وضع القايض في مركز ممتاز، وفي هذه الحالة أصبح هناك إمكانية لمعاملة المفرد الحسابي معاملة خاصة، وهذا الأمر لا يتفق مع مبدأ عدم التجزئة. د. علي جمال الدين عوض: ص 470

<sup>39</sup>- "فترة الرتبة هي الفترة التي تقع بين تاريخ توقف المدين التاجر عن دفع ديونه وتاريخ الحكم بشهر إفلاسه". راجع بهذا الشأن د. مصطفى كمال طه: ص 292.

<sup>40</sup>- خلال فترة الرتبة ينص المشرع الليبي، من خلال قانون النشاط التجاري، على بطلان بعض التصرفات بشكل مطلق، كما هو منصوص عليه في المادة 1069، المتعلقة بالتصرفات بدون مقابل، والتي تنص على أنه "تقع باطلا بالنسبة للدائنين التصرفات المجانية التي قام بها المفلس خلال سنتين قبل شهر إفلاسه، عدا الهدايا المعتادة والتصرفات التي تتم وفاء بواجب أدبي أو لغرض تحقيق نفع عام، طالما كانت متناسبة وحالة المتبرع الاقتصادية". والمادة 1070 المتعلقة بالتسديدات، والتي تنص على أنه "يقع باطلا بالنسبة للدائنين أداء الديون التي حل أجلها يوم شهر الإفلاس أو بعده، إذا أدي المفلس هذه الديون خلال العامين السابقين على شهر الإفلاس". وإما بشكل نسبي كما هو منصوص عليه في المواد 1071؛ 1072؛ 1073.

وبالنظر لهذه الأحكام، ومدي تطبيقها بخصوص الحساب الجاري، نجد أن قواعد سريان هذا النوع من الحسابات تمنح أحد أطرافه مركزا متميزا في مواجهة دائني الطرف الآخر الذي تم شهر إفلاسه، وفي ذلك أيضا إخلال بمبدأ المساواة المقرر للدائنين بموجب المادة 2/237 من القانون المدني الليبي. ولكن هذا المركز المتميز لأحد أطراف الحساب كان مثار جدل فقهي وقضائي، فأصبح ينظر لمدي تطبيق هذه الأحكام على التأمينات التي تنشأ خلال فترة الريبة، ضمانا للحساب الجاري، حتى لا يكون الحساب الجاري وسيلة للإفلات من أحكام الإفلاس، ومن ثم الإضرار بجماعة الدائنين، خاصة إذا انطوى الأمر على غش من جانب أطرافه.

ففي البداية يجب ملاحظة أنه وفقا للنظرية التقليدية، التي تتمسك بمبدأ عدم التجزئة، فإن أي تأمين يقدم لرصيد الحساب الجاري من المفترض أن يكون بمنأى عن تطبيق أحكام المادة 1072 من قانون النشاط التجاري، ذلك أن أي مدفوع يدخل الحساب يفقد ذاتيته، ويصبح مجرد مفرد حسابي، تنتفي عنه صفة الحق أو الدين، فإذا شهر إفلاس أحد أطراف هذا الحساب، فإن مديونيته للطرف الآخر لا تنشأ إلا عند قفل الحساب، أي من تاريخ شهر الإفلاس، ومن ثم فإن أي تأمين نشأ خلال سريان الحساب يعد مقدما كضمان لدين مستقبلي، وليس مقدما لدين سابق، وفقا لما تقررته الفقرة رقم ثلاثة من المادة 1072، أو دين حال الأجل، وفقا لما تقررته الفقرة رقم أربعة من نفس المادة، كما أن هذا الضمان لم يكن تقديمه معاصرا لنشأة الدين، وفقا لما تقررته الفقرة الثانية من المادة ذاتها.

إلا أن تطبيق هذا الأمر على إطلاقه فيه مساس بمبدأ المساواة، وإضرار بجماعة الدائنين، وفقا لما تقررته النظرية الحديثة، فأصبح هناك إمكانية للاعتداد بالرصيد المؤقت للحساب الجاري وقت إنشاء التأمين، ومن ثم فهو يمثل حقا أو دينا سابقا، وأصبح بموجب ذلك هناك مجال لتطبيق الأحكام السابقة، ومن ثم قد يخضع هذا التأمين لعدم النفاذ بقدر الرصيد المؤقت، أما قيمة المدفوعات التي تدرج لاحقا فهي لا تعتبر من ضمن الرصيد المؤقت، وبالتالي التأمينات التي تنشأ بشأنها تعتبر صحيحة، إذا كان الحساب الجاري يسير سيرا

طبيعياً، بحيث يظهر من خلاله تبادل وتشابك المدفوعات، وتتأرجح فيه صفة الدائنية والمديونية بين أطرافه، حتى لا يكون هناك مضنة الغش للإضرار بالدائنين<sup>(41)</sup>.

ففي حكم لمحكمة النقض الإيطالية بتاريخ 1975/10/24 رقم 3519 قررت من خلاله أن "التصرف الذي ينشئ ضماناً يكون في حالة الإفلاس محلاً للبطلان، إذا تم إجراؤه فقط خلال السنة السابقة على شهر الإفلاس، وفقاً لما هو مقرر بموجب المادة 67 من قانون الإفلاس الإيطالي"<sup>(42)</sup>، وهي تقابل المادة 1072 من قانون النشاط التجاري رقم 23 لسنة 2010.

أي أن هذه الضمانات كانت معاصرة لنشأة الدين، إذ في هذه الحالة ينظر فيما إذا كانت نافذة في حق الدائنين، أو أنها لا تنفذ في حقهم، وذلك إذا قدم هذا الضمان خلال السنة السابقة على شهر الإفلاس، وكان الدائن على علم بعدم قدرة المدين على أداء ديونه. إضافة إلى ذلك فإن القانون رقم 23 لسنة 2010م الخاص بالنشاط التجاري يقرر من خلال المادة 778، والمتعلقة بالديون المضمونة على أنه "إذا كان الدين المدرج في حساب جارٍ مقروناً بضمان عيني أو شخصي، فللمتعاقدين الحق في التمسك بالضمان لاستيفاء الرصيد القائم لصالحه عند إقفال الحساب الجاري، وإلى حد مقدار الدين المضمون، ويطبق نفس الحكم إذا كان الدين مصحوباً بكفيل متضامن. وإذا اشترط القانون إجراءات معينة لانعقاد الضمان، أو للاحتجاج به على الغير، فلا يتم انتقاله إلى الرصيد، ولا يجوز الاحتجاج به إلا من تاريخ تمام تلك الإجراءات".

وفي حالة الحساب الجاري المصرفي فإن الرصيد المؤقت قابل للتصرف فيه، إذ في هذه الحالة يعترف بدائنية ومديونية كل طرف في مواجهة الطرف الآخر. فإذا تعددت العلاقات بين المصرف والعميل، بحيث يكون هناك مجال لتطبيق نص المادة 707 من قانون النشاط التجاري، فيكون هناك حساب جارٍ يضمن جميع العلاقات بين المصرف والعميل، فإن هذا

<sup>41</sup>-د. علي البارودي؛ د. محمد فريد العريني؛ ص 367 وما بعدها؛ د. علي جمال الدين عوض؛ ص 472 وما بعدها؛ د. مصطفى كمال طه؛ ص 292.

<sup>42</sup>-Cass. 24 ottobre 1975, n. 3519, in Banca, Borsa e tit. cred., 1976, II, p. 289

التصرف جائز وفقا لأحكام المادة 1072، ولا مجال للدفع ببطلانه باعتباره يخضع لأحكام المادة 707، إلا إذا كان هذا التصرف منطويا على غش<sup>(43)</sup>.

#### ب- القيد العكسي للأوراق التجارية بعد شهر الإفلاس:

عرّف المشرع الليبي خصم السندات من خلال المادة 752 من قانون النشاط التجاري، فنص على أنه "خصم السندات عقد يعجل المصرف بمقتضاه إلى حامل سند مالي على الغير لم يحل أجله دفع قيمته بعد اقتطاع الفائدة والعمولة، على أن تنتقل ملكية السند إلى المصرف مقيدة بشرط استيفاء الدين عند حلول الأجل"<sup>(44)</sup>.

كما أنه أعطى حكما خاصا لخصم الأوراق التجارية بصفة عامة<sup>(45)</sup> من خلال المادة 756 من قانون النشاط التجاري، إذ تنص هذه المادة على أنه "في حالة خصم ورقة تجارية أو صك مصرفي عن طريق التدوير يحق للمصرف استرداد المبلغ المعجل، إذا لم تدفع القيمة

<sup>43</sup>-Qualora una banca conceda un'apertura di credito in conto corrente garantita da pegno su merci al solo scopo di fomire, attraverso il meccanismo della compensazione prevista dall'art. 1853 c.c., una garanzia reale ai credito nel caso di fallimento del cliente tale garanzia reale, essendo costituita in favore dei crediti ricollegati alla precedente apertura di credito, non può considerarsi concessa per un credito contestualmente creato e non sfugge, perciò, all'azione revocatoria proposta ai sensi dell'art. 67 comma 1° L. fall. con la conseguente presunzione iuris tantum di conoscenza dello stato di insolvenza

-v. A. CECCHERINI, M. GENGHINI, I contratti bancari nel codice civile, Giuffrè, Milano, 1996, 2003, p. 686 ss.

<sup>44</sup>-Secondo l'art. 1858 c.c. it. "Lo sconto è il contratto con il quale, la banca pervia deduzione dell'interesse, anticipa al cliente l'importo di un credito verso terzi non ancora scaduto, mediante la cessione, salvo buon fine, del credito stesso".

<sup>45</sup>-يلاحظ أن المادة 247 من القانون التجاري الليبي جاءت معنونه بعنوان خصم الكمبيالات، أي بصيغة الجمع، وذكرت في متن المادة الصك المصرفي، مما قد يتبادر إلى الذهن الكمبيالة والصك فقط دون السند الإذني، إلا أن هذا التفسير فيه مجانبية للصواب، باعتبار أن القانون الإيطالي، الذي يعد الأصل التاريخي للقانون التجاري الليبي، يطلق على كل من الكمبيالة والسند الإذني لفظ الكمبيالة، ويتم التفريق بينهما من خلال بعض المواد التي تبين الأحكام الخاصة لكل منهما في القانون رقم، 1669 الصادر بتاريخ 1933/12/14م، إذ تم التمييز بين الكمبيالة التي تتضمن أمر بالدفع La cambiale tratta "الكمبيالة وفق ما يطلق عليها المشرع الليبي" أو التي تتضمن تعهد بالدفع La cambiale diretta "وهي التي يطلق عليها المشرع الليبي السند الإذني". بالإضافة إلى أن موسوعة القانون المدني الإيطالي أشارت إلى هذه المسألة في هامش هذا القانون، وذلك بالقول "Il testo del decreto consta di due articoli, rispettivamente così formulati: «Alle disposizioni contenute nel codice di commercio concementi la cambiale sono sostituite le norme sulla cambiale e sul vaglia cambiario allegate al presente decreto e firmate d'ordine Nostro dal Ministro Guardasigilli»".

عند حلول الأجل، وذلك علاوة على الحقوق الأخرى الناشئة عن السند، وتراعى النصوص الخاصة بتدوير السفاتج غير المقبولة أو المصحوبة بشرط (بدون قبول)."

فإذا تلقى أحد أطراف الحساب الجاري ورقة تجارية من الطرف الآخر على سبيل الخصم، فإنها تكون قد تم تظهيرها للقابض تظهيراً ناقلاً للملكية، فتقيد في الجانب المدين للقابض، وفي الجانب الدائن للدافع. فإذا لم يتم دفع قيمتها في ميعاد الاستحقاق كان للقابض حق الرجوع على كل الموقعين، بما فيهم الدافع، فإذا تم شهر إفلاس هذا الأخير عندئذ يكون على القابض التقدم في التقلية بقيمة الورقة التجارية كدائن عادي، ويخضع بذلك لقسمة الغرماء.

ولكن أحكام سريان الحساب الجاري تعطي مركزاً متميزاً للمصرف القابض، إذ يمكنه إجراء القيد العكسي للورقة التجارية التي لم يتم استيفاء قيمتها بعد، بالرغم من أن شهر إفلاس العميل يتطلب قفل الحساب، إذ لا يجوز قيد أي دفعة فيه بعد ذلك<sup>(46)</sup>.

فالمادة 780 من قانون النشاط التجاري<sup>(47)</sup>، والمتعلقة بإدراج ديون على الغير، افترضت إدراج الدين على الغير مقترناً بشرط فاسخ، يسمى بشرط قبض القيمة، أو شرط التحصيل<sup>(48)</sup>، فإذا لم يتم الوفاء بقيمة هذا الدين، فللقابض حق الخيار بين مطالبة المدين، أو شطب الدفعة من الحساب، وهذا يقتضي إجراء قيد عكسي لهذه الدفعة، ومن ثم فإن أحكام هذه المواد تعتبر الأساس القانوني لهذا الاستثناء<sup>(49)</sup>.

<sup>46</sup>- "إلغاء المدفوع لا يعتبر قيداً جديداً، ولذلك يصبح من الممكن إجراء هذا القيد العكسي، حتى بعد صدور حكم الإفلاس". د. على البارودي؛ د. محمد فريد العريني: ص 377

<sup>47</sup>- تنص المادة 780 على أن "إدراج دين على الغير في حساب جار يفترض اعتباره مقترناً بشرط (قبض قيمته)، وفي هذه الحالة إذا لم يتم الوفاء بالدين فللقابض حق الخيار، إما بمطالبة المدين، وإما بشطب الدفعة من الحساب، وإرجاع حقوق صاحب الدفعة إليه، ويجوز له كذلك شطب الدفعة من الحساب، إذا لم يحصل على نتيجة في الدعوى المقامة ضد المدين".

<sup>48</sup>- استخدم المشرع الإيطالي هذا اللفظ "si presume fatta con la clausola [salvo incasso]" من خلال المادة 1829 من القانون المدني، وهي مطابقة للمادة 780 من قانون النشاط الاقتصادي رقم 23 لسنة 2010 [المادة 206 من القانون التجاري الليبي السابق].

<sup>49</sup>- في الفقه الفرنسي والمصري قيل بعدة آراء فقهية للبحث في الأساس القانوني لهذا الاستثناء، فالبعض تبني فكرة الشرط الفاسخ، مستمداً رأيه من الشروط الاتفاقية التي كانت المصارف تحرص على إدراجها في اتفاقاتها مع عملائها. والبعض الآخر يستند على فكرة السبب، باعتبار أن قيد قيمة الورقة في الحساب دون أن يتم الوفاء بها مجرد هذه الدفعة من السبب. والبعض الآخر يري أن إجراء القيد العكسي يستند إلى الضمانات المصرفية للورقة التجارية ذاتها. وهناك رأي أخير يستند إلى اعتبارات الائتمان. راجع هذه الآراء والانتقادات الموجهة لها في مؤلف "د. على البارودي؛ د. محمد فريد العريني: 2004، ص 378 وما بعدها.

وبناء على ذلك أصبح القيد العكسي للورقة التجارية التي لم يتم تحصيل قيمتها تنطوي على خروج على مبدأ المساواة بين الدائنين، فيكون أحد أطراف الحساب، الدائن بقيمة الورقة التجارية التي لم يتم استيفاء قيمتها، له الأفضلية في اقتضاء حقه عن بقية دائني الطرف الآخر في الحساب، ولو تم شهر إفلاسه.

### الخلاصة

من الواضح أن المدين التاجر، إذا كان تربطه علاقة عقدية على أساس عقد حساب جار بينه وبين مصرف، أو بينه وبين شخص طبيعي، سواء كان تاجراً أو غير تاجر، فإن كلا الطرفين في الحساب له وضع قانوني متميز عن بقية الدائنين، نتيجة لطبيعة عقد الحساب الجاري، وما يترتب عليه من آثار لدخول المدفوع في هذا الحساب. فالقواعد الموضوعية للإفلاس تظل قائمة بين الدائنين ومدينهم المفلس، إلا أن القواعد الإجرائية لهذا النظام، والمتمثلة في حماية الدائنين أنفسهم تجاه بعضهم لبعض، نتيجة للتزاحم فيما بينهم، فيها مخالفة للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 237 من القانون المدني الليبي. فالقواعد الإجرائية بعد شهر الإفلاس يتبين من خلالها أن الحساب الجاري يعطي مركزاً متميزاً للدائن في الحساب عن بقية الدائنين للمفلس عند تزاحمهم، وفي ذلك إخلال بمبدأ المساواة بين الدائنين، المقرر في القواعد العامة، والذي يعد استثناء لها، تبرره طبيعة الحساب الجاري وقواعد قانونية واردة في القانون التجاري الليبي رقم 23 لسنة 2010م الخاص بالنشاط التجاري، معتمداً في ذلك على الأحكام الواردة في القانون التجاري السابق.

## قائمة المراجع

- د. ابتسام بحيج: مذكرات في القانون التجاري، أقيمت على طلبة السنة الثالثة، كلية القانون، جامعة قاريونس، العام الجامعي 2008 – 2009
- إبراهيم سيد أحمد: الموسوعة التجارية فقها وقضاء، المجلد الأول، دار العدالة، 2004م.
- د. إلياس ناصيف: الموسوعة التجارية الشاملة، الجزء الرابع "الإفلاس"، عوידات للطباعة والنشر، 1999م.
- د. عبد الحميد الشواربي: عمليات البنوك في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف، 2001م.
- د. محمد فريد العريني: القانون التجاري، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1976/1977م.
- د. مصطفى كمال طه: العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، 2002م.
- د. علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، طبعة مكررة، 1989م.
- د. علي البارودي؛ د. محمد فريد العريني: القانون التجاري "العقود التجارية – عمليات البنوك"، دار الجامعة الجديدة، 2004م.
- Alessandro GIRAUDO, Corso di diritto privato, II, "diritto commerciale", MARIETTI, 1976-
- A. CECCHERINI, M. GENGHINI, I contratti bancari nel codice civile, Giuffrè, Milano, 1996, 2003.
- Dalloz 1962, P. 479, obs. HONORAT; Rev. Trim. Dr. Com. 1962-

- Cf. C. FALQUI MASSIDDA, *Compensazione*, in Rivista di diritto civile, VII, 1961, II, parte seconda,
- CEDAM, Padova, Giuseppe FERRI, Manuale di diritto commerciale, "a cura di Carlo Angelici et Giovanni B. Ferri", undicesima edizione, UTET, Torino, 2001
- G. ZUDDAS, *Compensazione*, in Enciclopedia, Roma, 1993-
- Ibtessam BEHEH, Le garanzie legali innominate nel credito bancario
- diritto comparato libico e- italiano, tesi di dottorato, Università degli studi di Roma Tor Vergata, 2008
- CF.P. PERLINGIERI, Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni, cit.
- WIKIPEDIA l'enciclopedia libera [www.http://it. Wikipedia. Org/wiki/fallimento\\_\(diritto\)-](http://it.wikipedia.org/wiki/fallimento_(diritto))
- Cass. 24 ottobre 1975, n. 3519, in Banca, Borsa e tit. cred., 1976, II.

## المصطلحات الدستورية الدلالة اللغوية والممارسة السياسية السلطة - أنموذجاً (1)

### المقدمة:

يعنى المصطلح دلالة اللفظ على معنى معين عند أهل العرف أو الاختصاص، فلا يتبادر إلى الذهن عند إطلاقه غيره، كما أن آلية وضع المصطلح تتطلب معرفة النظام الملحق به، من تصورات ومفاهيم، ومن خلال هذا النظام يتم تحديد الكل المترابط<sup>(2)</sup>، وبذلك فإن مرجع الخلاف العلمي عند إطلاق لمصطلح ينحصر في دلالة المعاني<sup>(3)</sup>، كما توصف عملية وضع المصطلحات العلمية بالمهمة الشاقة؛ لأن ذلك يتطلب البحث والتتقيب عن معنى المصطلح الأصلي في لغته اليونانية أو اللاتينية، وعن واضعه ومرادفه...، كما يتطلب البحث في العربية في معجمات اللغة ومشهور كتبها، فضلاً عن أن هذا العمل يتطلب ذوقاً خاصاً، وخبرة واسعة، وإطلاعاً بأساليب اللغة، من اشتقاق وتضمنين ومجاز ونحت وتعريب، ليختار من هذه الوسائل ما هو مناسب في وضع مصطلح عربي جديد لذلك المصطلح المستعمل في لغته الأم بنفس الدلالة<sup>(4)</sup> فضلاً عن استعمال الكلمات الاشتقاقية في كثير من المصطلحات التي تتكون من أكثر من كلمة واحدة، ولكنها تدل على مصطلح واحد، ويزداد الأمر صعوبة في لغة القانون؛ لأن وضع مصطلحات مؤدية إلى معان مستقرة في البيئة القانونية أمر ليس بهين في البيئة العربية، ولكن خبرة أعضاء مجمع اللغة العربية بالقاهرة؛ ولاسيما القانونيين دفعت إلى إخراج معجم القانون سنة 1999، وقد اشتمل هذا المعجم على ثمانية آلاف مصطلح قانوني في

<sup>1</sup> - مصطفى عبد الفتاح العربي عضو هيئة التدريس بقسم الدراسات الإسلامية بآداب جامعة بنغازي.

<sup>2</sup> - د. سعيد أحمد بيومي: ص 346

<sup>3</sup> - د. محمود فهمي حجازي: ص 425، د. إبراهيم بيومي مذكور: ص 74.

<sup>4</sup> - د. سعيد بن محمد بن عبد الله القرني: ص 586.

القانون الدستوري والمدني وقانون المرافعات التجارية والمدنية، والعقوبات والقانون الإداري والبحري والجوي والتأمين، والدولي العام، والدولي الخاص، وقد كان قبل هذا العمل محاولات سابقة؛ منها: (المعجم القانوني) باللغتين الفرنسية والعربية، من إعداد أ. خليل شيبوب سنة 1994م<sup>(5)</sup>، وتنقسم المصطلحات القانونية حسب بيومي إلى: مصطلحات فقهية، ومصطلحات فنية خاصة، ومصطلحات قضائية، ومصطلحات حضارية، أما صور المصطلح؛ فمصطلح مفرد، ومصطلح مركب ومنه (مصطلح وصفي، ومصطلح إضافي، ومصطلح عطفى)<sup>(6)</sup>، وقد وجدت أن الباحثين للموضوعات الأساسية في القانون الدستوري بدءاً من مصطلح دستور ومكملات الجهاز النظري لمؤسسة الديمقراطية من انتخابات واستفتاء وجماعات ضاغطة، ... يتعرضون للمعنى اللغوي والاصطلاحي، ولم أجد سبباً لـ (كُنْه) تلك المصطلحات في جذورها التاريخية، وحاولت استقصاء المصطلحات الدستورية فلم أجد من أفرد المصطلحات الدستورية بعناية، إذا ترتبط بالمصطلحات السياسية أو الدبلوماسية، وكان نصيبها في المعجم القانوني الصادر عن مجمع اللغة العربية 180 مصطلحاً من أصل 8000 مصطلح قانوني، وقد عُثِرَت هذه الدراسة بمصطلح (السلطة) على مستوى التنظير والممارسة من أجل بيان الممارسة السلطوية وتقنيات السيطرة على مستوى الفرد والدولة، أو داخل المجتمع، ما يجعلنا أمام إشكالية العلاقة الجدلية بين السلطة والسيطرة، لاتساع المصطلح وضيقه، لي طرح تساؤل آخر عن مدى مشروعية المعارضة؟، من خلال التركيز على المصطلحات الآتية، والتي كان مدار البحث عليها: (السلطة العامة) و(السيادة) (سيادة الأمة) (سِر الطاعة المدنية) (سلطة قانونية)، (سلطة فعلية)، (سلطة مباشرة) (سلطة مُغفلة)، (سلطة مجسّدة) (سلطة مؤسّسة) (تجسيد السلطة) (السلطة والقوة) (دولة السلطة) و (سلطة الدولة)، (المواطنة)، (السلطة السياسية)، (سلطة عسكرية).

<sup>5</sup>- ضاحي عبد الباقي: ص 275.

<sup>6</sup>-بيومي: ص 347، 348.

كذلك فإن التساؤل يُطرح عن دراية الباحث في علم المصطلحات القانونية؛ ولاسيما الدستورية عند غياب التكافؤ الدلالي بين المعنى المصطلحي للمصطلحات الدستورية والمعجمي في العربية، حيث تعد ترجمة المصطلح إشكالية قائمة في نفسها، ومدى تماهي العربية مع المصطلح المترجم، وهذا يتطلب ضرورة إدراك وظيفة المفهوم أو (التصور) في النظام القانوني الذي ينتمي إليه ذلك المصطلح حتى يتمكن المترجم من نقله نقلاً وظيفياً؟ ويتفرع عن هذا الطرح مجموعة أسئلة منها: ما هو متعلق بإشكالية المصطلح في نفسه من ناحية، وإشكالية ترجمة المصطلح من ناحية أخرى؟ ومدى التوافق بين المعنى المصطلحي والمعجمي؟ ومدى تماهي تلك الدلالة مع الواقع السياسي؟ ولاسيما مصطلح (السلطة) محل الدراسة، ولبيان ذلك سيعالج في المبحث الأول: المعنون بـ (الإطار النظري) الأساس النظري الذي انطلقت منه مشكلة البحث من خلال عرض إشكالية المصطلح في علم المصطلحات ثم عرض لإشكالية المصطلح في الموروث العربي، ثم تُعرض الدراسات ذات العلاقة بمشكلة البحث، ويعالج في المبحث الثاني المعنون بالإطار التطبيقي: إشكالية -السلطة- بوصفها أنموذجاً للمصطلحات الدستورية، ليس لأهميته فحسب؛ بل لما يحمله من رصيد ضخم من المعاني، تشكل منذ أقدم العصور إلى اليوم تنظيراً وممارسة، وفقاً للمفاهيم الدينية والسياسية.

## المبحث الأول

### الإطار النظري

أ. الأساس النظري الذي انطلقت منه مشكلة البحث:

تنتطق مشكلة الدراسة من أساس نظري، وهو البحث عن الارتباط بين المعنى المصطلحي والمعنى المعجمي، في إطار علم المصطلحات من ناحية، كما أن الإقرار بوجود مشكلات تتعلق بقضية المصطلح العلمي عند العرب، هو الذي دفع إلى إصدار مؤلفات تحمل عنوانات المصطلح الغربي، في مقابل تفاقم النظرة القطرية، وتجزئة المجزأ من الأمة العربية، على حساب الانتماء القومي والإسلامي والعلمي والسياسي، فما انفكت دور النشر والعاملون فيها من ترجمة المصطلحات وتعريبها دون وجود مكانة علمية أو خبرة مرجعية تؤهلهم للقيام بهذا العمل، ما يجعل قضية المصطلح أمام عدد من المفترقات<sup>(7)</sup>، وسنعرض في هذا المبحث إلى معالجة ما ذكر في الآتي:

### أولاً- إشكالية المصطلح:

ترتبط دلالة المصطلح ارتباطاً وثيقاً بالمحيط التواصل، ما يدفعنا إلى التمييز بين المصطلح والكلمة؛ إذ إن هناك هوة تفصل بين اللغة كما نبه ساجيه (sager) بوصفها أداة تصاغ لتشكيل العالم، أم أنها أي: اللغة التي تشكل العالم لا نعلمها<sup>(8)</sup>، فاللغة أداة لتنظيم المعارف يمكن ضبطها؛ ولا سيما في مقامات التواصل، وهو مذهب أفلاطون وبيكارث ولوك ولايبنتز وراسل وفريجه، أو أنها نظام معقد نسعى إلى فهمه من خلال مراقبته، وانتصر لهذا المذهب بيركلي وأوستن وفغنشتاينوراي، وهذا الفصل جعل علم المصطلحات النظري في عزلة لبنائه على وصف مثل عليا؛ منها: أحادية المعنى، وصحة التعريفات.

<sup>7</sup>- الخطيب: ص 86، 87.

<sup>8</sup>- حجازي: ص 9.

إن علماء المصطلح النظري لا يؤكدون على الاختلاف الجذري بين (المصطلح والكلمة) فحسب، بل حذو إلى تحديد الاختلافات بينهما خروجاً من نظرية (النموذج البدئي) أو العزلة التي افترضتها أعمال فوستر المتناولة في (مدرسة فينا) في محاولة لإقامة الدليل على هذا الاختلاف، ليس لأنه عمق قضية الاصطلاحية، بل للإجابة عن التساؤلات المطروحة حول صيغة دلالة المصطلح، وتمثيل مفاهيم السمة التصورية، والمدلول والتصور، والمعنى والتعريف عند تطبيقها على المصطلحات، لإدراك العلاقات التي يقيمها المصطلح بالعلم، وتحتل السمات الدلالية في علم الدلالة الكلاسيكي أهمية بالغة في عمليات وصف المعنى، وهي المسؤولة عن إدارة المخزون المعجمي، ويصطلح على تسميتها (خاصية) في علم المصطلحات النظري؛ إذ تسهم في كشف المعنى المصطلحي، أو معنى الكلمة، وبذلك ترسي أسس المصطلح بالاستعانة بأدوات أخرى؛ منها: الصورة الذهنية والتصور العقلي والأطر والسيناريوهات والمخطوطات<sup>(9)</sup> والسمة في علم المصطلحات النظري إما أن تكون تصورية أو جوهرية، في حين لا تكون إلا دلالية في الحقل الألسني، وهذا يعني خلو المصطلح النظري من العنصر الدلالي، كما بين ديبكر، كما أن معنى الكلمات لا يفتقر إلى العنصر التصوري في نظر (فان كامبنهوت)، والسؤال المفترض: "ما ماهية تصور المصطلح"، و"وما مدى تقيده باللغة موضوع البحث"؟؛ أي: التساؤل عن فضاءات المعنى المعدة لإنشاء مصطلحات مُعادلة بين اللغات، ولا يقتضي هذا التعادل المزج بين التصورات والمدلولات بإنشاء مفاهيم خاصة باللغة الاصطناعية باستحداث (تصور ذهني مثالي)، وفي هذا الصدد ينبغي أن يُشار إلى أن المنظمة الدولية للمعيرة تخلت عن مصطلح مفهوم ليحل محله مصطلح (تصور)، ما يدفعنا إلى التساؤل حول طبيعة المصطلح المُثقل بالاستعمالات التي لم تسهم جهود الألسنيين في تبيانها بدءاً من دوسوسير SAUSSURE وجنتيوم، وفي أسئلة أكثر تعقيداً يتساءل بواستون عن العناصر المؤلفة لعلم الدلالة، وهي ثلاثية محصورة في الشكل والمدلول والمرجع، أم رباعية

<sup>9</sup> BOISSON: 1996 p. 555-، نقلاً عن هنري بيجوان، وفيليب نوارون ص 27.

بزيادة التصور أو المفهوم، كما أن عملية التمييز تجعل بعض المصطلحات مجرد كلمات من اللغة العامية، وهذا ما أكده مايروماكينتوس بفقدان بعض المصطلحات سماتها، مثل كلمة اسبرين (ASPIRINE).

ويتميز كذلك علم المصطلحات بالتعريف الذي يفترض إقامة علاقة بين السمات الأساسية، في مقابل التعريف المعجمي المستخدم في تعيين المرجع أو التصور والتعريف، وقد تتمازج التعريفات بسبب إعادة استعمالها في اللغة التقنية أو العلمية التي تحكمها سلطة معلومة الهوية في الثاني، مجهولة الأصل في الأول لضرب جذورها المطبقة في غياهب التاريخ باستخدام الجماعة، كما أن المصطلح لا يرتبط بالمعنى اللغوي فحسب، بل بامتداد السياق، ما يجعلنا نميز بين المصطلح الملصق ومصطلح الخطاب الذي يعنى بأغراض التعريف والتصنيف في حين يكون للتخصص دور بارز في مصطلح الخطاب، وأدى القول إلى التطابق لدى أقران فوستر بالتطابق الثابت والأحادي بين الرمز ومعناه؛ إذ يرون أن الرمز هو المصطلح، مع وجوب تمييزه عن الكلمة، وبازدهار مفاهيم أخرى لدسلودزيان (SLODZIAN) تمثلت في قابلية المصطلح للتغير في النصوص بتعدد اللغات ما يقتضي خلق تصور (المصطلح المرشح) بوصفه اصطفاً نهائياً بين المصطلحات، وبهذا فإن علم المصطلحات يعني: إنشاء ما ينبغي أن يكون عن طريق التدخل في الوقائع الطبيعية هادفاً إلى تغيير مجراها خلافاً للألسنية التي تعنى بوصف الظواهر<sup>(10)</sup>، ويعد المصطلح الوحدة الأساس في علم المصطلحات، في حين تعد الكلمة الوحدة الأساس في علم الألفاظ، وتتكون الوحدات من شكل (تسمية) ومحتوى (تصور ذهني)، وتتطابق الوحدات مع الكلمات تطابقاً ظاهرياً؛ إذ تستخدم الدال والمدلول في علم الألفاظ، في حين يستخدم التسمية والمفهوم في علم المصطلحات، ويبحث علم المصطلحات عن التسميات غير الموجودة انطلاقاً من المفاهيم الموجودة، ويعطل مبدأ السياقات النحوية المرفقة بالوحدات المصطلحية في علم المصطلحات، وتنتمى المفردات المصطلحية بالبساطة والمحدودية والاقتضاب والتزام الطابع الوصفي بعيداً

<sup>10</sup> - ماريا تريزا كاريه: ص 43

عن المعلومات النحوية والعلاقات التداولية؛ فضلا عن الالتزام بالتنظيم المنهجي والألفبائي. ويعنى علم الألفاظ بكيفية تسمية المفاهيم، لا دراسة معاني الكلمات؛ لأن المصطلحات تتسم بأحادية المعنى والتصورات بأحادية المرجع، وتتسم البنى التصورية بصلاية الطابع<sup>(11)</sup> وبذلك يعد علم المصطلح متراسا ضد تعددية المعنى، أسوة بلغات البرمجة المصممة، بهدف التخلص من تعددية المعاني في اللغة الطبيعية<sup>(12)</sup>، ويلاحظ أن معاجم الألسنية لم تدرس مدخلا لكلمة مصطلح (Terme)، فلم يحدد تراسك (Trask 1993) في معجم مصطلحات النحو، ولا مالمكاير في معجمه موسوعة الألسنية كلمة مصطلح؛ لأن الإسناد ضمني في قواعد اللغة الوظيفية في اعتقاد ديك (dick)، أو للاعتقاد وضوح معنى المصطلح عند استخدامه وشفافيته، كنانوه راي ((rey)، وتعد المصطلحات انعكاسا لعمليات مفهومة خارجة عن أطر اللغة، لدراستها خارج سياق النص؛ بوصفها أدوات تصنيف معرفية، تضطلع بمهمة الخطاب التواصلية الذي يعد أحد عناصرها، وهو ما يمكن حصره في ثنائية (التفكير والتواصل) أتستخدم اللغة للتواصل أم للتفكير؟، وتتسم اللغات المضبوطة بالسكون والافتقار إلى المرونة، ومنها اللغة القانونية، ويجدر الإشارة إلى أن المصطلحات مخزنة في أنظمة قواعد البيانات العلانية في البنوك المصطلحية الكبرى<sup>(13)</sup>، ومنها:

1. بنك المجموعة الأوروبية (EURDICATION)
2. قاعدة بيانات شركة سيمنز. أ. ج (SIEMENS AG TEAM)
3. بنك نورماتيرم المصطلحي (NORMATERM) التابع للجمعية الفرنسية أفنور (AFNOR)
4. المعجم الإلكتروني تيرميوم (TERMIUM) التابع للحكومة الكندية
5. بنك المصطلحات في كيبك (QUEBEC BANQUE DE TERMIONLOGIE D)

<sup>11</sup> - جوان ساجيه: ص 74.

<sup>12</sup> - مونيكسلوذرمان: ص 109.

<sup>13</sup> - المصدر السابق: ص 105.

وقد أبدت موضوعات التعارض بين المصطلح والكلمة وعمليات تقطيع المصطلح في النص، والعلاقات القائمة بين تعددية المعاني اهتمامات الباحثين في موقف دفاعي، في حين تمسك آخرون بالتأويل الوسط بين العنصر التصوري واللغوي بوصف المصطلح رمزا لغويا يملك دالا ومدلولاً، واستبدال التسمية بالدال والمفهوم بالمدلول، وقد ظهر هذا الدمج منذ بداية الألسنية<sup>(14)</sup>، وهذا الدمج غير مؤسس؛ إذ أثيرت المسألة في أوساط المتخصصين في علم المصطلحات، ولم يجدوا أهمية لهذا التمييز، لأن التمييز بوصف اللغة دالا ومدلولاً كما عبر دوسوسير يؤدي إلى انغلاق العنصر الألسني على نفسه، بإعطاء الفكرة والصوت شكلاً هو الرمز، بوصف الفكرة سديماً، فلا شيء معدّ سلفاً، ولا شيء أبلج حتى تظهر اللغة، والذي يرجح الشيء والاسم هو التصور والصورة الصوتية، وهو ما عبر عنه بالسمة النفسية لذلك الصوت<sup>(15)</sup>. فاتحاد (التصور بالصورة الصوتية) هو الذي يشكل الرمز، فهو وحدة نفسية ذات وجهين، وبذلك فتح الباب لمريدي الألسنية الحديثة عندما اعتبر أن الرمز وحدة بنيوية، وجعل أفعال الإدراك المصطلح على تسميتها تصورات داخل الرمز عبر التواليف بالجمع بينهما في الوجه السمع لرمز محالاً إلى المدلول، ما يجعل الوجود الخارجي للرمز معدوماً<sup>(16)</sup>؛ أي: ترسخ الفكرة في الصوت، ليغدو رمز الفكرة، ويظهر من كلام (SAUSSURE) ميله إلى دمج التصور بالمدلول، ولكن أحدهما يتميز عن الآخر، لأن بنية المصطلح التسمية والتصور، بوصف المصطلح "علماً مجرداً يعالج تصورات مزودة بملصق لغوي"<sup>(17)</sup>، إذ ينتمي الأول إلى نظام اللغة والثاني إلى نظام الفكر، ما أدى إلى ظهور المبدأ الثاني بتعريف المصطلح بوصفه رمزا لغويا (دال ومدلول) "يرجع إلى تصور قابل للتحديد خارج إطار اللغة"<sup>(18)</sup>، وفي سياق الربط بين الرمز والفكرة فإن ذلك قد تم في حقل المنطق والفلسفة منذ زمن بعيد، ما دعا النظريات الألسنية الحديثة إلى إجازة ذلك لتسهم في وصف حاسم بياناً للفرق بين التصور

<sup>14</sup> - لوك ديببكر: ص 138.

<sup>15</sup> - فردينانديسوسور : 98.

<sup>16</sup> - المصدر السابق: ص 157.

<sup>17</sup> - لوك ديببكر: ص 146.

<sup>18</sup> - المصدر السابق: ص 147.

والرمز، تكرارا لتقليد ذلك الوصف؛ لأن تفكيرنا من خلال التصورات والتصديقات، كما أن الفصل بين الرمز والتصور، لا يمكن أن يصاغ كمُسَلِّمة<sup>(19)</sup>، ويتكون النظام التصوري من المصطلح والتصور والميدان والتعريف، ولا يمكن عزل هذه العناصر، أو الاستغناء عنها في علم المصطلحات، فالمصطلح المركز، وتصوره لا بد أن ينتمي إلى ميدان معين، ويحدد بوصفه مصطلحاً من خلال التعريف<sup>(20)</sup>، وتشكل العلوم النظرية وعلوم الطبيعة والفيزياء (العلوم الصارمة)، والعلوم الاجتماعية (العلوم غير الصارمة) والتقنيات والأنظمة التصورية ميادين المعرفة، وقد يكون الميدان نشاطاً لمجموعة أفعال متناسقة ومنظمة أياً كان اقتصادياً أو اجتماعياً أو صناعياً...، ويعد ما نتج من تنظيم المعارف عن التصورات الناتجة عن تلك العمليات، وإنشاء النظريات ميداناً اصطلاحياً، ومن تصنيفات الميدان أنه قد يكون حراً أو علمياً أو وثائقياً أو دلالياً أو وظيفياً أو تصورياً<sup>(21)</sup>، ومما سبق عرضه فإن المصطلح وحدة ثابتة مرسومة في فضاءات تصورية، عينت حدودها في دقة متناهية، ولكن حالات التمدد تحدث عندما يكتسب المصطلح معنىً أوسع من المعنى المكتسب في لغة العامة<sup>(22)</sup>.

**ثانياً- إشكالية المصطلح العلمي والموروث العربي:**

لعبت مدينة (موسكو) عاصمة الاتحاد السوفيتي دوراً كبيراً في طبع المؤلفات العربية؛ فضلاً عن الدور الذي اضطلعت به في تعريب كثير من المؤلفات الغربية، كما حاول لغويو موسكو تطويع العربية تطويعاً كاملاً، من خلال توظيفها في مؤلفاتهم العلمية والصناعية...، وبات من المسلمات البديهية عجز اللغة العربية عن مواكبة تطور العلوم الحديثة بسبب عزلتها عن الميدان العلمي تأليفاً وتدریساً<sup>(23)</sup>، ومن العجز عدم مجاراتها لجزئية من جزئيات اللغة، وهي (المصطلح)، من حيث "إنشاء مصطلحات خاصة بعلومها أو تتفاعل مع المصطلحات

<sup>19</sup> - المصدر السابق: ص 185.

<sup>20</sup> - برونو دو بيبه: ص 269.

<sup>21</sup> - المصدر السابق: ص 277-282.

<sup>22</sup> - انغريد، وكريستين ماكينشوس: ص 138.

<sup>23</sup> - عائشة عبد الرحمن: ص 15، عبد العزيز بن عبدالله: ص 9.

الأعجمية، وتجري عليها التعريف أو الترجمة، مما يجعلها مؤهلة لدخول العربية<sup>(24)</sup> ويجب الإقرار بوجود مشكلات تتعلق بقضية المصطلح العلمي عند العرب، ما دفع إلى إصدار مؤلفات تحمل عنوانات المصطلح الغربي، في مقابل تفاقم النظرة القطرية، وتجزئة المجزأ من الأمة العربية، على حساب الانتماء القومي والإسلامي والعلمي والسياسي، فما انفكت دور النشر والعاملون فيها من ترجمة المصطلحات وتعريبها دون وجود مكانة علمية أو خبرة مرجعية تؤهلهم للقيام بهذا العمل، ما يجعل قضية المصطلح أمام عدد من المفترقات<sup>(25)</sup>.

كان مبدأ العرب في معالجة المصطلح منطلقاً من اتفاق العلماء على استعمال اللفظ الذي لا ينصرف الذهن إلى غيره، لدقة الدلالة المتأتية عن التواضع والاصطلاح على المعنى، وهذا ما عبروا عنه بقولهم: "لا مشاحة في الاصطلاح"<sup>(26)</sup>، ولم تكن الدلالة على المصطلحات عائناً عند دراسي اللغة الأوائل، لنهلهم عذبا من مناهل العربية، هياً لنشأة حاضنة سليمة لنشوء مصطلح عربي، له من شرائط البناء ما يكفل توحيده دون لبس أو اضطراب، ويمكن حصر هذه الشرائط كما أفاد أحمد عبد المطلوب في<sup>(27)</sup>:

1. اتفاق العلماء في الدلالة على معنى من المعاني العلمية.
2. اختلاف دلالة المعنى الجديد عن الدلالة اللغوية الأولى.
3. الاشتراك في مناسبة بين المدلول المصطلحي واللغوي.
4. حصر المعنى العلمي على معنى أحادي.

ولم يكن في دخول المصطلحات الجديدة العربية من ثقافات الإغريق واليونان عائناً؛ لصهرها في معين العربية وتداولها في استعمال اللسان العربي<sup>(28)</sup>، بل كان للعرب جهد كبير يوصف بذاتيته، من ذلك ما وضعه الخليل في مقدمة (العين) من مصطلحات صوتية، تعد رائدة، أعيد إنتاجها في المعمل الصوتي الغربي، كما ذكر العالم الألماني (براجستر)

<sup>24</sup>- زعين: ص 96، 97.

<sup>25</sup>- الخطيب: ص 86، 87.

<sup>26</sup>- الجرجاني: ص 38، عبد المطلوب: ص 7.

<sup>27</sup>- عبد المطلوب: ص 7.

<sup>28</sup>- زعين: ص 101.

والإنجليزي (فيرث) والفرنسي (جان كانتينو)<sup>(29)</sup>، ولكن واقع اللغة العربية الحديث بات متلكئاً في مواجهة المصطلح الغربي على حساب المصطلح العربي لغياب الهوية، فضلاً عن محاولات تغليب اللغة المستعمرة على المستعمرة بدءاً بمحاولات تنريك العربية، وما تلا ذلك من أسباب مقومات النهضة الغربية، في فرنسا وإنجلترا، فلم يكن نير احتلالهما، ووطأة عسفهما، محركاً لسيطرة المصطلحات الفرنسية والإنجليزية، بل أطناب التخلف والجمود منعاً مواكبة معطيات الواقع بانتقال المصطلحات الغربية إلى العربية، تعريباً وترجمة، من غير كد عناء، ليناسب المصطلح الجديد المفهوم (التصور) في العربية، فكانت المسألة في إيجاد الحلول الناجعة لضم الكم الهائل من المصطلحات الوافدة بوصفها جزءاً من نظام العربية<sup>(30)</sup>، فلا مناص من التعامل معها بوصفها جزءاً من لغة النخبة، فكانت الترجمة والتعريب من وسائل تنمية اللغة، بإعادة صياغة الكلمات بصيغة العربية، وهو بخلاف الدخيل المحتفظ بسمته الأعجمية<sup>(31)</sup>، واستعويض عن الدخيل بمصطلح الترجمة الفورية، وبات لفظ التعريب متسعاً، ليشمل: (المصطلحات والترجمة، والتأليف) في محاولة لمواكبة التمدن الغربي، ما دفع مجمع اللغة العربية بالقاهرة إلى إجازة استعمال الألفاظ الأعجمية عند الضرورة بطريقة العرب في التعريب<sup>(32)</sup>، بشرط أن يصاغ المعنى في لفظ واحد، وأن يكون صالحاً للاستعمال، مع وضوح المصطلح العربي، مبتعداً عن ترجمة المصطلح الغربي في جملة أو في لفظين مترادفين، أو أن يكون غامضاً، أو مبهماً، أو من أساليب المجاز والاستعارة والسجع والجناس...<sup>(33)</sup>، ولكن حد الضرورة أثار تساؤلاً على قرار مجمع اللغة العربية؟! إن هذا القرار ما هو إلا حل عملي لمشكلة المعربات بإقرار كثير منها في العلوم والفنون، ليصبح التعريب كما بين محمد علي الزركان مقبولا في غير توجس أو خيفة حتى

<sup>29</sup> - كانتينو: ص 11.

<sup>30</sup> - زعين: ص 111.

<sup>31</sup> - عبد المطلب: ص 190.

<sup>32</sup> - الفيصل: ص 129-130.

<sup>33</sup> - مدكور: ص 56.

يتمكن الباحثون والمترجمون "بزاد لغوي لم يجدوه بالأمس"<sup>(34)</sup>، وأجاز قرار المجمع تعريب المصطلحات العلمية كذلك في حال غياب البديل عنها في العربية بطريق الحقيقة أو المجاز، ما جعل حد الضرورة واسعا<sup>(35)</sup>، وبذلك فإن الهرب من المشكلة يعد مشكلة في نفسها، فاتخاذ المصطلح الأعجمي بديلا وتجاهل المصطلح العربي لم يكن الحل لمشكلة المصطلح، بل أصبح التعامل مع المصطلح الجديد في غير لغته مشكلة جديدة، أدت إلى اضطراب الترجمة والتعريب، لعدم استقراء المصطلح الجديد في لغته الأم، فتمخض عن ذلك اضطراب في تصور المصطلح المعرب أو المترجم، ما يجعل اتجاه المصطلح اللغوي العربي إلى خارج معجمها بالتعريب أكثر من الاتجاه إلى التوالد، ما يخلق حالة من الفوضى بسبب تعدد المصطلحات العربية في مقابل المصطلح الغربي، واقتراح مقابلات لا تؤدي المعنى واختلاف مدلول المصطلح من مدرسة إلى أخرى<sup>(36)</sup>.

وخلاصة القول: إن حالة الإرباك التي يعيشها المصطلح اللغوي العربي بسبب ضعف القائمين على الترجمة والتعريب، وغياب التنسيق بين المجامع اللغوية في مجال توحيد المصطلحات وغياب مشروع وضع معجم موحد لكل المصطلحات اللغوية في مقابل الأجنبية فضلا عن تفضيل المصطلح الغربي لدى بعض اللغويين<sup>(37)</sup>.

#### ب. الدراسات أو البحوث ذات العلاقة بمشكلة البحث:

يمكن تصنيف الدراسات السابقة التي انبثقت منها هذا البحث في مساقين:

**الأول:** دراسة مترجمة عن المنظمة العربية للترجمة بعنوان (المعنى في علم المصطلحات)، إشراف هنري بيجوان، وفيليب نوارون، ترجمة: ريتا خاطر، ط1، بيروت، 2009م، جمعت ثمانية أبحاث عنيت بقضية علم المصطلحات وفروعه النظرية والتطبيقية والمعلوماتية، وقد تناول هذا الكتاب قضية جديدة نسبيا على حد تعبير المترجمة، وهي قضية

<sup>34</sup> - الزركان: ص152.

<sup>35</sup> - الشهابي: المصطلحات العلمية وألفاظها العربية، ج1، ص71، نقلا عن زعين: ص117.

<sup>36</sup> - الفهري: ج2، ص225، السعران: ص35، المسدي: ص72، قدور: ص35.

<sup>37</sup> - زعين: ص138.

علم المصطلحات وفروعه النظرية والتطبيقية والمعلوماتية، ويضم الكتاب في طياته مجموعة من المقالات قام بجمعها: هنري بيجوان، وفيليب توارون، واستعرضا في الفصل الأول المعنون بـ(معنى المصطلحات): علم المصطلحات النظري وثبت المصطلحات، وأول الصعوبات تلقاء البحث المصطلحي الاصطدام بعلمي الدلالة والدراسات المعجمية، كما تظهر للسطح إشكالية التضاد بين الكلمة والمصطلح واختلاف صيغة دلالة المصطلح، كما يثور الجدل القديم في علم المصطلحات حول قابلية العربية لاستيعاب المصطلحات التقنية والعلمية المبتكرة، وما سبيل استحداث المصطلح العربي المقابل لتلك المصطلحات، والتشويش الناتج عن تعداد ترجمة المصطلح الواحد، ما يدعونا إلى البحث عن المعالجة للأزمة المصطلحية، أما المقالات الواردة في هذا الكتاب فهي:

- \* ماريّا تريزا كاريه: **حول تمثيل التصورات تمثيلا ذهنيا** - أسس لمسعى إلى النمذجة - معهد الألسنية التطبيقية الجامعي في جامعة (POMPEU FABRA) برشلونة، مقالة مدرجة في إطار المشروع الممول (DGES PB 96-0239).
- \* جوان ساجيه: **من أجل مقارنة وظيفية لعلم المصطلحات**، معهد العلوم والتكنولوجيا، في جامعة مانشستر، مقالة مدرجة في إطار المشروع الممول (DGES PB 96-0239).
- \* مونيكسلو ذريان: **بروز علم مصطلحات نصي وعودة المعنى**، مركز الأبحاث الهندسية التطبيقية المتعددة اللغات (crim) في المعهد الوطني للغات والحضارات الشرقية إينالكو (inaico) باريس، مقالة مدرجة في إطار المشروع الممول (DGES PB 96-0239).
- \* لوك ديببكر: **الرمز بين الدال والتصور**، مركز البحث في شؤون علم المصطلحات النظري والمعلوماتي وتنظيم اللغة (CRETAL) في جامعة السوربون الجديدة، باريس، مقالة مدرجة في إطار المشروع الممول (DGES PB 96-0239).
- \* مارك فان كامنهود: **من المعجمية إلى علم المصطلحات التطبيقية**: نحو "معجم تحولي"، مركز الأبحاث والألسنية التطبيقية (TERMISTT) معهد المترجمين والمترجمين الفوريين العالي في بروكسل.

\* فرانسوا غودان: هل للمصطلحات خصائص عارضة؟ مختبر (UPRESA) رقم 6065 الذي يعنى بدراسة علم الديناميكا الألسني اللغوي الاجتماعي التابع للمركز الوطني للبحث العلمي (CNRS) في جامعة روين.

\* برونو دو بيه: "الميدان"، مختبر علم المصطلحات، مدرسة الترجمة الكتابية الفورية في جامعة جنيف، مقالة مدرجة في إطار المشروع الممول (DGES PB 96-0239)، والذي يحمل اسم "علم المصطلحات النظري والتقني: التعرف على المعلومة الشكلية والدلالية وتحليلها واستخراجها".

\* انغريد، وكريستين ماكينشوس، "تمدد المعنى المصطلحي" لمحة عن ظاهرة زوال الصفة المصطلحية، مدرسة الترجمة الكتابية والفورية في جامعة أوتوا كندا، مقالة مدرجة في إطار المشروع الممول (DGES PB 96-0239).

الثاني: دراسات عربية عنيت بقضية الإشكالات التي تواجه المصطلح اللغوي العربي، والفوضى والاضطراب في حالة الترجمة العربية والتعريب لبيان حالة الإرباك التي يعيشها علم المصطلح في دعوة لشحذ الهمة من أجل إيقاظ اله ممل بذل الجهد في المجال المصطلحي، لمعالجة عجز اللغة العربية عن مواكبة تطور العلوم الحديثة بسبب عزلتها عن الميدان العلمي تأليفاً وتدریساً<sup>(38)</sup>، ومن العجز عدم مجاراتها لجزئية من جزئيات اللغة، وهي (المصطلح)، ومن أصول هذه الدراسة ومراجعتها:

- سمير روجي الفيصل: قضايا اللغة العربية في العصر الحديث، الهيئة العامة السورية للكتاب، 2010.

- أحمد فارس الشدياق: الجاسوس على القاموس، القسطنطينية، دار الجوائب، 1299هـ.

- عائشة عبدالرحمن: "اللغة العربية وعلوم العصر"، مجلة اللسان العربي، مكتب تنسيق التعريب في الوطن العربي، ع (13)- 1976.

<sup>38</sup> - عائشة عبد الرحمن: ص 15، عبد العزيز بن عبد الله: ص 9.

- عبد العزيز بن عبد الله: "اللغة العربية وتحديات العصر"، مجلة اللسان العربي، مكتب تنسيق التعريب في الوطن العربي، ع (13)- 1976.
  - د. عبد الصبور شاهين، العربية لغة العلوم والتقنية، دار الاعتصام (د.ت).
  - محمود فهمي حجازي: الأسس اللغوية لعلم المصطلح، مكتبة غريب (د.ت).
  - محمد حسين علي زعين: المصطلح اللغوي - قراءة في تأصيل المفاهيم - التعريب، العدد (45)، ديسمبر، 2013م.
  - محمد الزركان: الجهود اللغوية في المصطلح اللغوي الحديث، منشورات اتحاد الكتاب العرب، 1988م.
- أما العلاقة بين هذه الدراسة المعنونة بـ(المصطلحات الدستورية: الدلالة اللغوية والممارسة السياسية -السلطة أنموذجاً-) والدراسات السابقة، فإن القاسم المشترك هو أن الدراسات السابقة تمثل الإطار النظري الذي انطلقت منه هذه الدراسة، ولاسيما الأبحاث المترجمة التي بينت الاختلاف الجذري بين المعنى المعجمي والمصطلحي؛ لأنه عمق قضية الاصطلاحية، فضلاً عن بيان دلالة المصطلح، وتمثيل مفاهيم السمة التصورية والمداول والتصور والمعنى والتعريف عند تطبيقها على المصطلحات، لإدراك العلاقات التي يقيمها المصطلح بالعلم، والسمة في علم المصطلحات النظري كما بينا إما أن تكون تصورية أو جوهريّة، في حين لا تكون إلا دلالية في الحقل الالسنّي، وهذا يعني خلو المصطلح النظري من العنصر الدلالي، وهنا تظهر أهمية هذا البحث في عرض الاختلاف الجذري بين المعنى المصطلحي للمصطلحات الدستورية والمعنى المعجمي من خلال سبر أغواره التاريخية، تماشياً مع الوقائع السياسية التي من خلال يظهر ارتباط الدلالة، وقد اكتفيت بمصطلح السلطة لأهميته، ولبيان الملايسات بين السلطة والقوة والسيادة.

## المبحث الثاني

## الإطار التطبيقي: السلطة أنموذجاً (Authority)

إن تلازم السلطة والمجتمع السياسي لا ينفكان؛ إذ لا يتصور وجود مجتمع سياسي بغير سلطة حاكمة، يخضع لها، تحد سلوكه ونشاطه وأهدافه؛ وهذا يستوجب وجود طائفتين، الأولى: الحاكمة: صاحبة الإرادة الأقوى التي تحكم وتأمر، والثانية: محكومة ملزمة بالطاعة، وتدل السلطة في معاجم اللغة على القوة والقهر والغلبة، والقدرة والملك والسلطان، والتسلط والتغلب، والتمكّن والتحكّم والسيطرة، فيقال: سَلَطَ يُسَلِّطُ تَسْلِيْطاً وَسَلَاطَةً. و(السَّلاطَةُ): القهر، وقيل: هو التَّمَكُّنُ والتَّحَكُّمُ والسيطرة، فيقال: سَلَطَ يُسَلِّطُ تَسْلِيْطاً وَسَلَاطَةً. و(السَّلاطَةُ): القهر، وقيل: هو التَّمَكُّنُ من القهر، والاسم سلطة بالضم. و(السلطة) هي التسلط والسيطرة والتحكّم، فيقال: (سَلَاطَةُ): أي أطلق له السلطان والقدرة. و(سَلَاطَةُ عَلَيْهِ): أي مَكَّنَهُ مِنْهُ وَحَكَّمَهُ فِيهِ. و(تَسَلَّطَ عَلَيْهِ): تَحَكَّمَ وَتَمَكَّنَ وَسَيَّطَرَ، ومنه: تَسَلَّطَ الْأَمِيرُ عَلَى الْبِلَادِ: أي حَكَّمَهَا وَسَيَّطَرَ عَلَيْهَا، وَتَسَلَّطَ الْقَوِيُّ عَلَى الضَّعِيفِ: تَغَلَّبَ عَلَيْهِمْ وَقَهَرَهُمْ. و(التَّسْلِيْطُ): التَّغْلِيْبُ وَإِطْلَاقُ الْقَهْرِ وَالْقُدْرَةِ، يُقَالُ: سَلَّطَهُ اللَّهُ فَتَسَلَّطَ عَلَيْهِمْ، أي جَعَلَ لَهُ عَلَيْهِمْ قُوَّةً وَقَهْرًا، وفي التَّنْزِيلِ الْعَزِيزِ: ﴿وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَسَلَّطَهُمْ عَلَيْكُمْ فَلَقَاتَلُوكُمْ﴾ (39).

ومن مشتقات السلطة: السلطان، و(السُّلْطَانُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ): شِدَّتُهُ وَجِدَّتُهُ وَسَطْوَتُهُ، وَمِنْهُ اسْتِثْقَا السُّلْطَانِ. و(السُّلْطَانُ): الْوَالِي ذُو السَّلاطَةِ، وَالنَّوْنُ فِي السُّلْطَانِ زَائِدَةٌ، وَأَصْلُهُ مِنَ التَّسْلِيْطِ. و(السُّلْطَانُ وَالسُّلْطَانُ): قُدْرَةُ الْمَلِكِ وَقُدْرَةُ مَنْ جُعِلَ ذَلِكَ لَهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَلِكًا، كَقَوْلِكَ قَدْ جَعَلْتَ لَهُ سُلْطَانًا عَلَى أَخَذِ حَقِّي مِنْ فُلَانٍ، وَالسُّلْطَانُ أَيْضًا: الْقُوَّةُ وَالْقَهْرُ، أَوْ الْحُجَّةُ وَالْبُرْهَانُ (40).

39- سورة النساء: الآية 90.

40- ينظر في المعنى اللغوي ابن منظور: مادة سلط.

أما في الاصطلاح، فهي: "الحق أو القدرة على إعطاء الأوامر، وصُنع (أو اتخاذ) القرارات، وفرض الطاعة"<sup>(41)</sup>. وتمتد السلطة لتشمل كل العلاقات الإنسانية، من خلال قدرة الأشخاص ذوي النفوذ على فرض قراراتهم بوساطة إنزال عقوبات أو التهديد أو الإقناع بها على أولئك الذين لا يطيعون أوامرهم أو طلباتهم.

وتتنوع السلطة وفقاً لجميل صايبها إلى السلطة النفسانية، والسلطة الشرعية، والسلطة الدينية، وسلطة الأجهزة الاجتماعية، ومن أقدم صور السلطة في تاريخ البشرية السلطة الأبوية التي ضاقت تدريجياً، وحلت محلها سلطة شيخ القبيلة، ثم سلطة حاكم المدينة، ليخضع الفرد لسلطة الدولة، وفق تطور شكل المجتمع السياسي نتيجة الصراع السياسي الذي أوجبه حق الأمر والنهي<sup>(42)</sup>.

وتعد فكرة (السلطة العامة) و(السيادة) المشكلة الأساسية في مظاهر الصراع بين الحاكم والمحكوم، ويتفرع عن السلطة العامة حق الأمر، وقد اختلف مسمى السلطة باختلاف المجتمعات التي يستعمل فيها، ويرتبط مدلول السلطة بالسيادة في العصر الحديث، وهو مرتبط بالظروف التاريخية للثورة الفرنسية، مادعا الفقه الفرنسي التقليدي إلى إطلاق اسم (السيادة) على السلطة، لامتياز السلطة السياسية في الدولة بصفات ذاتية خاصة، ولهذا الاستخدام جذور تاريخية عند الرومان، فقد عبروا عن السيادة باصطلاح (Imperium) بمعنى سلطة الحاكم، وأكسى جان بودان في الفكر السياسي الغربي الحديث نظرية السيادة في مؤلفه الشهير (سنة كتب عن الجمهورية) الصادر في باريس 1576م، حلة موشومة بمعطيات الواقع المتجلي بصيغة الصراع الديني الناتج عن انقلاب مارتين لوتثر وجون كالفن في النصف الأول من القرن السادس عشر.

وقد ارتبطت فكرة السيادة، بادئة ذي بدء بشخص الملك، لتصطبغ السلطة بصيغة سلبية، تمثلت في انتفاء الخضوع لأي سلطة أخرى، ليتسع مفهومها حتى تتسم بطابع إيجابي تتمثل في مجموع القدرات التي تملكها الدولة، لتصبح عنصراً في أساس تكوين الدولة، ومظهراً من

<sup>41</sup> - جورج بوردو: الدولة، ص 18، عبد الوهاب الكيالي: ص 215.

<sup>42</sup> - عبد الفتاح ساير: ص 3.

مظاهر سلطانها، بعد أن كانت مجرد رمز يعبر عن استقلال الدولة، فاستمدت الثورة الفرنسية، فكرة (سيادة الأمة) من التكييف السابق لفكرة السيادة الذي قامت عليه نظرية المَلَكِيَّة المطلقة. ويذهب جاك ماريتان في كتابه (الفرد والدولة) إلى القول بإسقاط مفهومَي (السيادة) و(مذهب الحكم المطلق)؛ لأنهما طُرِقا على سندان واحد، وفي ضوء علاقة "علاقة الأمر والطاعة"، تظهر المتناقضات في كينونة الإنسان، في الجمع بين صفته محكوما مستعدا للطاعة، وبين رغبته في أن يكون حاكما مسيطرا، "ما يجعل حتمية (التمايز أو الاختلاف السياسي) في علاقة الأمر والطاعة التلازم في انقسام الناس إلى حاكمين ومحكومين لتظهر على السطح إشكالية (ظاهرة السلطة السياسية)" (43)، وهذا يجسد مقولة (أرسطو): "الإنسان كائن سياسي بطبعه" لتصبح هذه القولة من مسلّمات المعرفة السياسية.

وترتبط فكرة (السلطة السياسية) بكينونة السلطة وفقا لـ(بيرتراند دي جوفينيل)، إلى قال أن جوهر السلطة هو الأمر، المتمثل في القوة المحضة، فلا سلطة بلا قوة، ويجب أن توصف تلك السلطة بوسم الأنانية والاستغلال بعيدا عن ثنائية العدل والظلم، لأن السلطة هي الأمر في ذاته ولذاته، أما في حال غياب القدرة على الأمر، لذاته وبذاته، فإن السلطة تكون معدومة، وذهب (جورج بيردو) إلى أن السلطة ليست كامنة في الأمر ذاته، إنما في الفكرة الموحية بالأمر، دون أن يكون هناك فصل بين إرادة من يمارس السلطة وبين الفكرة النابعة من (الوجدان) الاجتماعي هي التي ينتج عنها القوة الدافعة لهذه الإرادة الحاكمة، ووفقا لذلك فإن السلطة هي قوة في خدمة الفكرة.

وحاول عبد الله إبراهيم ناصف في كتابه (السلطة السياسية: "ضرورتها وطبيعتها")، الجمع بين فكرتي أن (جوهر السلطة هو الأمر في ذاته ولذاته) وأن (السلطة هي قوة في خدمة الفكرة) من خلال القول بأن "السلطة هي قوة مخصّصة لتحقيق غاية معينة"، ولم يفرق ناصف بين إدارة الجماعة بطريقة مشروعة أو غير مشروعة ولكن المقصد تحقيق غايات معينة.

إن ما يمكن استخلاصه من مفهوم (السلطة السياسية) عند ناصف يتمثل في قيام السلطة على ركنين، يتجلى الأول في أن القوة هي جوهر السلطة الحقيقي، ليظهر مصطلح (سر الطاعة المدنية) حسب (بيرتراند دي جوفينيل)، الناتج عن استبدال السلطة القائمة على القهر بسلطة الإقناع، سواء أكانت السلطة مشروعة (سلطة قانونية)، أم غير مشروعة (سلطة فعلية)، ما يوجب احتكام السلطة إلى إرادة المحكومين، من أجل إضفاء صفة الشرعية، على السلطة الفعلية، لتكتسب الصفة القانونية، من خلال إرادة المحكومين الرضائية، فتكتسب بذلك قوة معنوية، كما يظهر عنصر الغاية من قيام السلطة وتكوين الدولة في فكرة ناصف المتمثلة في تحقيق المصلحة العامة، ما يجعل السلطة في حالة انحراف عند غياب تحقيق تلك الغاية، ما يجعلها في سلطة فعلية غير مشروعة.

عودا على بدء فإن للسلطة معنيين، الأول: ضيق مرادف الوظيفة الاجتماعية، والثاني: واسع ويعني الوظيفة والهيئة أو المؤسسة التي تمارسها في آن واحد<sup>(44)</sup>، وقد ذكرت أن السلطان مشتق من السلطة، وتستمد السلطة حقيقة وجودها من السيادة التي تعلوها، ولا تجمع كل خصائصها، والسيادة بمعنى السلطان: هي سلطة الدولة المخولة لاستخدام الإكراه لتنفيذ أوامرها، وإلا أصبح ما تقوم به تحت طائلة التعسف والجور، وتستمد السلطات الفرعية شرعيتها من السيادة؛ أي السلطان؛ الذي يحدد اختصاصها.

واختلف فقهاء القانون العام في تبرير أصل السلطة استنادا إلى نظريتين:

الأولى: النظريات الثيوقراطية (نظريات المصدر الإلهي للسلطة).

الثانية: النظريات الديمقراطية،

وتستند النظريتان على حالة الخوف من وجود الفراغ السياسي مسوغا لوجود السلطة السياسية، الساعية إلى تنظيم شؤون المجتمع وضبطها، عن طريق خضوع المحكومين للإكراه، أو المعتقد الذي تأسست عليه نظرية الحق الإلهي، حجر الزاوية في نظرية الأنظمة الملكية في أوروبا القرنين السادس عشر والسابع عشر، تبريرا لفكرة السلطان المطلق، وهو ما عبر عنه

<sup>44</sup> - سعيد شعيتو: ص 168.

الكواكبي بأن سواد الناس يلتبس عليهم بيان الفرق بين الإله المعبود بحق وبين المستبد المطاع بالقهر، ولا سيما في الفكر المسيحي.

وقد تطورت هذه النظرية لتظهر في ثلاث صور (نظرية الطبيعة الإلهية للحاكم)، و(نظرية الحق الإلهي المباشر)، و(نظرية الحق الإلهي غير المباشر)، وتمثل المذنبات القديمة الأنموذج لنظرية الطبيعة الإلهية للحاكم، بدءاً من الفراعنة في مصر الذين اعتبروا الفرعون إلهاً، وقد وجدت الفكرة أصداء في مذبذب الفرس والهند والصين، بل استمر دويُّ الفكرة في العصر الحديث عند اليابانيين حتى سنة 1947م.

أما نظرية الحق الإلهي المباشر؛ فقد صاغها الأسقف الفرنسي الأب جاك بوسيه (1627 – 1704)، وتنسم السلطة الملكية بأنها مقدسة وأبوية، لتظهر نظرية (السيفين) أو (السلطتين)، بعد الحرب والمصالحة في أواخر القرن الخامس بعد الميلاد، لتكون هذه النظرية تقليداً في بداية العصور الوسطى.

أما نظرية الحق الإلهي غير المباشر؛ فهي أولى المحاولات للحد من السلطان المطلق للملوك في العصور الوسطى المسيحية، وفيها تكريس لفكرة الحكم الاستبدادي المطلق، من خلال اختيار الشعب للحاكم الذي يمارس سلطة إلهية قد يستبد بها، فهم يستمدون سلطتهم من الله، لكنهم يمارسونها بموجب رضا الشعب المسيحي.

وتعد هذه النظريات التي ابتكرت تبريراً لاستبداد الملوك، لتسهم الثورات في وضع حلٍ لإشكالية السلطة الدينية من خلال الفصل بين السلطتين الزمنية (المدنية) والسلطة الدينية (الروحية)، بعد التحرر من أغلال الدين والكنيسة، ونتاجاً لهذا الصراع تظهر العلمانية مهد النظريات الديمقراطية، والتي أبرزت فرضية أن السلطة مصدرها الشعب، وأن مصدر السلطة المشروعة إرادة الشعب الحرة، وقد أسهمت نظريات رجال الفكر الغربي من أمثال (ميكافيلي، سبينوزا، لوثر، مونتسكيو، روسو، لوك، هوبز) في رسم حدود التمايز بين إشكالية الدولة المؤسسية الحديثة وإشكالية الميثولوجيا المسيحية (أو علم الأخلاق المسيحي)، بموازاة التحول التاريخي.

وقد افترضت (نظرية العقد الاجتماعي) وجود حياة فطرية سابقة لقيام الجماعة، ويستوجب الانتقال من الحياة الفطرية إلى حياة الجماعة بناء عقد اجتماعي بين الأفراد بغية إقامة السلطة الحاكمة، وقد تطور تصور السلطة بتطور المجتمعات، فتطورت من سلطة مباشرة أو مُغفلة (مستترة) معروفة، إلى (سلطة مجسدة) إلى (سلطة مؤسّسة)، كما يقول جورج بيردو، وتعد (السلطة المؤسّسة) تحقيقاً لديمومة الاستقرار بإرساء سلطة مؤسسة على قواعد وأصول مستقلة عن إرادة الأفراد، ليتم نقل السلطة من الأفراد إلى القانون، أي أن السلطة السياسية المؤسّسة هي سلطة القانون، يخضع من يمارسها إلى تشريعات مستقلة عن إرادته وأهوائه ومصالحه الفردية، ليصبح نظام الحكم وظيفة.

ولكن الواقع العملي يأبى ذلك، فلقد أبرز (تجسيد السلطة) امتداده في السلطة المؤسّسة، ولاسيما في دول العالم الثالث، حيث لا بيان لشخص من يمارس السلطة والسلطة، وحتى في الدول الأكثر تمّذناً وتحضراً تظهر شخصيات مؤثرة، ولاسيما في الأزمات، ومنهم من بات مضرب مثل، وأشهرها (شارل ديغول) مؤسس الجمهورية الفرنسية الخامسة، (فرانكلين ديالانو روزفلت) رئيس الولايات المتحدة الأمريكية، الذي واجه أزمة الكساد العظيم ببرنامجه الإصلاحية المعروف باسم الصفقة (أو السياسة الاقتصادية) الجديدة التي هزت العالم الرأسمالي في فترة الثلاثينات من القرن العشرين، ومن باب الإنصاف كانت شخصية صدام حسين والقذافي من الشخصيات العربية التي مثلت السلطة المجسدة في ظل السلطة المؤسّسة<sup>(45)</sup>.

ومن أبرز المعالجات لقضية السلطة في إطار الديمقراطية، ما قدمه جاك ماريتان عندما ميز بين (السلطة) و(القوة)، إذ تستوجب السلطة الطاعة؛ أي: انصياعاً لقوة الحق التي تمثلها، أما استخدام القوة بلا سلطة فظلم واستبداد<sup>(46)</sup>، وفي ذات السياق يشير بدوي إلى أن التركيز المفرط للسلطة وغياب آليات للرقابة، هو الذي يؤدي إلى إساءة استعمالها، ويفرق بين من

45- ثروت بدوي: ص 11

46- جاك ماريتان، الفرد والدولة: 35.

يستمد سلطته من إرادة الشعب، بل يفرضها على الناس بالقوة<sup>(47)</sup>، وهو المستبد، وهذا يعني أن قيام الدولة يتطلب وجود سلطة عليا، سلطة أمرة تملك وسائل القهر والإكراه المادي اللازمة لفرض سيطرتها وتأمين تنفيذ أوامرها.

وتظهر إشكالية في تصور (السلطة) في الدول العربية المعاصرة أكثر تجليا، حيث يجري استعمال مفهوم الدولة والسلطة بمعنى واحد دون مشاهدة أي تمايز بينهما، فالسلطة تشكل الوجه الآخر للدولة، الذي تظهر فيه بصفتي القهر والاستلاب، ليظهر مفهوم آخران هما: (دولة السلطة) و(سلطة الدولة)، حيث يمثل المفهوم الأول، وهو (سلطة الدولة)، منظومة تهدف إلى تحقيق غايات الوطن وطموحات المواطن من خلال خضوع كل أجهزة الحكم فيها من مؤسسات ودستور وقوانين وقيادة سياسية، لتحقيق تلك الغاية المذكورة القائمة على روح دستور الأمة، يشارك المواطن في صنعه والدفاع عنه من خلال نظام ديمقراطي تعددي، يؤكد على مبدأ تداول السلطة واحترام الدستور.

ولكن سرعان ما تلاشت هذه النظرية التي جاءت بوصفها حلا للصراعات التاريخية السياسية التي واجهتها أوروبا، أيديولوجيا وسياسيا، بتكشف ظاهرة الاستعمار، ليعود مفهوم دولة السلطة، ولاسيما بعد سقوط الدولة العثمانية، ليتم تكريس حالة من الشعور المتمثل في الحفاظ على الهوية العربية الإسلامية بعد تقهت البنية التحتية الاجتماعية على أسس عرقية ولغوية ودينية، لتنشأ حالة من الوعي القومي العربي التي أسهمت في بناء الأنظمة السياسية العربية المعاصرة المتأثرة بأيديولوجية النهضة الأوروبية، المبنية على الحداثة والعلمانية، لتظهر مجموعة من المفارقات، تمثلت في الدعوة إلى الجمع بين الإرث الإسلامي والحداثة، من ناحية، واستبدال الشرعية الدينية بشرعية الاستبداد وعسكرة المجتمعات من ناحية أخرى، ما يجعل التساؤل عن هوية الدول العربية في الجمع بين مفهومي الدولة التقليدي والحديث؟ فلم تصل الدول العربية إلى حالة من النضج الفكري لمفهوم الدولة الحديثة، لأنها لا تمتلك مظاهر مضمون بقاء الدولة بدءا من مفهوم المواطنة، وحقوق المرأة، والانتقال السلمي للسلطة،

وحقوق الإنسان، والتنمية الاقتصادية، وصولاً إلى المجتمع المدني المعاصر، لغياب دور المواطنة الفاعلة المؤثر في مكونات السلطة، فالمواطن أحد أفراد الرعية الذي يلقي بأعبائه على السلطة التي تجد من حالة الطبقة الاجتماعية والاقتصادية خلاصاً من هذا العبء من خلال عمليات التجنيس والهجرة واستقبال اللاجئين، من أجل إعادة إنتاج الجغرافيا البشرية وتغيير القوة الاجتماعية لصالح السلطة السياسية على حساب الهوية والمواطنة اللتين تشكلان مصدر إزعاج للنظام، وخلق حالة موالاة وهمية لأزمة "شرعية" النظام.

إن ممارسات الأنظمة في الدول العربية التي نشأت إثر الاستقلال ما هي إلا نماذج للسلطة، أو تكريس لمفهوم دولة السلطة، المختزلة في سلطة سياسية يمثلها أفراد أو أحزاب حاكمة، تنشئ سلطة حكومة غير منتخبة، على الأغلب، تنحصر وظيفتها في تطبيق القانون وحفظ نظام الحكم وتقيد الحريات، بل صنعت شريعات حماية لوجودها، باسم الثورة والانقلاب، ليأخذ الأمن القومي بعداً آخر في مفهوم السلطة، عندما تتحول السلطة إلى سلطة عسكرية من أجل الحفاظ على النظام والدفاع عنه.

وفي المقابل تتلاشى المؤسسات المدنية، وإن ظهرت فتظهر في شكل غطاء لممارسة دور الدولة الأمني وللإستجابة لمطالب القوى العظمى أو لتخفيف ما يسمى بحالة الاحتقان المفتعلة، من ذلك جمعية سيف الإسلام وعائشة القذافي، في محاولة للبحث عن مفهوم جديد للسلطة، والذي يتمثل في التكيف مع متغيرات العولمة متعددة الأبعاد، وسرعان ما تبوء هذه المحاولات التي تسعى إلى البحث عن نموذج جديد للسلطة بالفشل؛ لأنها تحاول الجمع بين الخصوصيات والثوابت الوطنية من ناحية، والمقاربات الجاهزة من ناحية أخرى، في حين أن الواقع يستنكر كل هذه المحاولات، لغياب نظرية متكاملة الأركان في مجال الحكم في الدول العربية، ولاسيما بعد ثورات الربيع العربي، ولاسيما ليبيا التي ما زالت تعيش في ظلال سلطة الدولة.

إن غياب مشروع السلطة في ليبيا بدءاً من التعامل مع المتغيرات التي طرأت بانتهاء نظام القذافي، وغياب هدف لمشروع الدولة في ثورة 17 فبراير من خلال تأهيل آليات السلطة، إما باستحداث أنموذج قانوني للشكل السياسي يتماشى مع الحالة الليبية، لأن النماذج المتقاطعة مع النماذج الفكرية الكلاسيكية ستكون عاجزة عن مقاومة كافة المتغيرات التي ترتبط بتوافق المتصارعين على السلطة، من إسلاميين وعلمانيين وملكيين وأصحاب الدعاوى القبلية، وأنصار النظام السابق<sup>(48)</sup>.

إن التفسير التقليدي لمصطلح الأمن الوطني الليبي مازال قائماً، فلا يوجد في النظام الليبي نظرية أمن وطني تتمحور حول أمن الإنسان بوصفه شرطاً أساسياً لتعزيز أمن الدولة، بل الاكتفاء بالإنفاق الأمني والعسكري تحت ذريعة درء المخاطر الأجنبية، في حالتي الدولة، أو إعادة إنتاج استمرار العنف من خلال دعم الميليشيات من الأسياد، أو من خلال الاتفاق على العموميات التي تؤدي إلى مأزق وطني، مما يعطي الأطراف الخارجية الفرصة لوصف الحالة بأنها حرب أهلية في حالة ما بعد الدولة (المرحلة الانتقالية بعد فبراير)، ولذلك يعد التحدي الأكبر بالنسبة للحالة الليبية هو التحول من اللا نظام إلى نظام في غياب المرجعيات والهياكل القانونية والدستورية، وصياغة قوانين قادرة على حماية أمن الدولة الليبية، تبدأ بتبني نظام اللامركزية الإدارية، ورفع دعم السلع والمحروقات، ووضع معايير الإيفاد للعلاج والدراسة والعمل بالخارج، وإشراك القطاع الخاص في التنمية.

كما أن استعصاء حسم المشهد السياسي والعسكري يؤدي إلى طول أمد الصراع ما يجعلنا أمام سيناريوهات التقسيم، الذي لا يتأتى إلا بعد حرب أهلية طويلة، أو التدخل الأجنبي؛ بحجج منها: حماية المدنيين أو الموارد الاقتصادية، كل هذا يجعل الأمن الوطني الليبي في مخاطر عديدة، كما أن استبعاد احتمال وضع نقطة نهاية مصطنعة - بوصفها نقطة الخروج بتبني عمليات بناء الدستور لانتخابات عامة واحدة على الأقل وحكومة مستجدة التشكيل بعد

<sup>48</sup> - غادة الحلايقة: المفهوم الجديد للسلطة: (13: 14، 28 يوليو 2016) <https://mawdoo3.com>

سريان الدستور الجديد - أمر واقعي لغياب تبني مفهوم جديد للسلطة والسيادة دون عرضهما في حالة انفصام<sup>(49)</sup>، أو تكريس مفهوم السلطة بمعنى الحاكمية، في علاقة السيادة بالسلطة استنادا إلى مفهوم الاستخلاف في إظهار حاكميته، ما يؤدي إلى استمرار حالة اللا نظام<sup>(50)</sup>.



- 49 - مصطفى العريبي وآخرون (رؤية جامعة بنغازي) ورقة غير منشورة عن مركز البحوث جامعة بنغازي، 2016.
- 50 - ينظر إلى الأبحاث الآتية، والتي استفاد الباحث من قراءتها في رصد الفكرة: د. صبري محمد خليل: مفهوم الحاكمية في الفكر السياسي الإسلامي، يوم 15 - 09 - 2010 ، [sabri.khalil@hotmail.com](mailto:sabri.khalil@hotmail.com) ، معزز حيسو إشكالية اندماج الدولة بالسلطة، السبت 10 حزيران 2017، جريدة الأخبار ، <https://al-akhbar.com>، نعم تشومسكي: الدولة المارقة (استخدام القوة في الشؤون العالمية)، تعريب: أسامة إسبر، مكتبة العبيكان، 2004، نعم تشومسكي: الدولة الفاشلة (إساءة استعمال القوة واتعدي على الديمقراطية)، ترجمة: سامي الكعكي، دار الكتاب العربي، بيروت، 2007، حسام عيسى عبد الرحمن: تحولات الإسلام السياسي في سورية بين تسييس الدين وعسكرة السياسة، مؤمنون بلا حدود للدراسات والأبحاث، 16 يناير 2018، د. الطيب بوعزة، د. يوسف بن عدي: الدولة والدين في الفكر العربي المعاصر، مؤمنون بلا حدود للدراسات والأبحاث، 3 سبتمبر 2016، د.شاهر إسماعيل الشاهر: دراسات في الدولة والسلطة والمواطنة، المركز العربي الديمقراطي، براين/ ألمانيا، 2017، د.إحسان عبد الهادي النائب: مفهوم السلطة وشرعيتها، إشكالية المعنى والدلالة، 2017 ، د. رعد عبد الجليل: مفهوم السلطة السياسية، دراسات دولية ، ع 37.

## نتائج الدراسة

### الاستنتاجات:

- 1- تعد قضية المصطلح من أهم القضايا اللغوية التي اعتنى بها الدرس اللغوي قديما وحديثا، في مسارين مختلفين، تمثل الأول في إحياء مصطلحات قديمة، والثاني في استحداث أساليب حديثة.
- 2- إن وضع مصطلحات مؤدية لمعان مستقرة في لغة القانون أمر ليس بهين في البيئة العربية.
- 3- تنقسم المصطلحات القانونية حسب بيومي إلى: مصطلحات فقهية، ومصطلحات فنية خاصة، ومصطلحات قضائية، ومصطلحات حضارية، أما صور المصطلح؛ فمصطلح مفرد، ومصطلح مركب، ومنه مصطلح وصفي، ومصطلح إضافي، ومصطلح عطف.
- 4- تعد ترجمة المصطلح إشكالية قائمة في نفسها، ومدى تماهي العربية مع المصطلح المترجم، وهذا يتطلب ضرورة إدراك وظيفة المفهوم أو (التصور) في النظام القانوني الذي ينتمي إليه ذلك المصطلح حتى يتمكن المترجم من نقله نقلا وظيفيا.
- 5- لا يؤكد علماء المصطلح النظري على الاختلاف الجذري بين (المصطلح والكلمة) فحسب، بل حذو إلى تحديد الاختلافات بينهما خروجاً من نظرية (النموذج البدئي) لإقامة الدليل على هذا الاختلاف ليس؛ لأنه عمق قضية الاصطلاحية.
- 6- يتميز كذلك علم المصطلحات بالتعريف الذي يفترض إقامة علاقة بين السمات الأساسية، في مقابل التعريف المعجمي المستخدم في تعيين المرجع أو التصور والتعريف، وقد تتمازج التعريفات بسبب إعادة استعمالها في اللغة التقنية أو العلمية التي تحكمها سلطة معلومة الهوية في الثاني، مجهولة الأصل في الأول، لضرب جذورها المطنبة في غياهب التاريخ

باستخدام الجماعة، كما أن المصطلح لا يرتبط بالمعنى اللغوي فحسب، بل بامتداد السياق، ما يجعلنا نميز بين المصطلح المُلقق ومصطلح الخطاب.

7- لم تكن الدلالة على المصطلحات عائقا عند دراسي اللغة الأوائل، لنهلم عذبا من مناهل العربية، هيا لنشأة حاضنة سليمة لنشوء مصطلح عربي، له من شرائط البناء ما يكفل توحيدة دون لبس أو اضطراب.

8- السمة في علم المصطلحات النظري إما أن تكون تصورية أو جوهريّة، في حين لا تكون إلا دلالية في الحقل الألسني، وهذا يعني خلو المصطلح النظري من العنصر الدلالي.

9- تتجلى أهمية هذا البحث في إضافة البعد الدلالي للمصطلح الدستوري، من خلال البحث في مصطلح السلطة بسبر أغواره التاريخية بالبحث في المعنى المعجمي، وما مدى توافق هذه المعنى المعجمي مع المعنى المصطلح عليه، وتوافق المعنيين مع الواقع السياسي.

10- تلازم السلطة والمجتمع السياسي لا ينفكان؛ إذ لا يتصور وجود مجتمع سياسي بغير سلطة حاكمية، يخضع لها، تحد سلوكه ونشاطه وأهدافه؛ وهذا يستوجب وجود طائفتين، الأولى: الحاكم، صاحبة الإرادة الأقوى التي تحكم وتأمّر، والثانية: محكومة ملزمة بالطاعة.

11- تعد فكرة (السلطة العامة) و(السيادة) المشكلة الأساسية في مظاهر الصراع بين الحاكم والمحكوم، ويتفرع عن السلطة العامة حق الأمر، لتصبح السلطة السياسية مرتبطة بكيونة السلطة.

12- تطور تصور السلطة بتطور المجتمعات، فتطورت من سلطة مباشرة أو مُغفلة (مستترة) معروفة، إلى (سلطة مجسّدة) إلى (سلطة مؤسّسة).

13- تعد (السلطة المؤسّسة) تحقيقا لديمومة الاستقرار بإرساء سلطة مؤسسة على قواعد وأصول مستقلة عن إرادة الأفراد، ليتم نقل السلطة من الأفراد إلى القانون، أي أن السلطة السياسية المؤسّسة هي سلطة القانون، يخضع من يمارسها إلى تشريعات مستقلة عن إرادته

وأهوائه ومصالحه الفردية ليصبح نظام الحكم وظيفة، ولكن الواقع العملي يأبى ذلك، فلقد أبرز (تجسيد السلطة) امتداده في السلطة المؤسسة، ولا سيما في دول العالم الثالث.

14- إن ممارسات الأنظمة في الدول العربية التي نشأت إثر الاستقلال، ما هي إلا تكريس لمفهوم دولة السلطة، المختزلة في سلطة سياسية، يمثلها أفراد أو أحزاب حاكمة.

15- يعد التحدي الأكبر بالنسبة للحالة الليبية هو التحول من اللا نظام إلى نظام في غياب المرجعيات والهيكل القانونية والدستورية، وصياغة قوانين قادرة على حماية أمن الدولة الليبية، بتبني مفهوم جديد للسلطة والسيادة دون عرضهما في حالة انقسام.

#### ب. التوصيات:

على الرغم تطابق المعنى اللغوي للسلطة الذي يدل على القوة والقهر والغلبة، والقُدرة والملك والسلطان، والتسلط والتغلب، والثمكن والتحكم والسيطرة، والممارسة العملية لتصوير السلطة فإن ضمان استمرارية السلطة، يستلزم رضا المحكومين ليكون ضمانا لتلك الاستمرارية، فالقدرة على الإكراه لا تكفي الحُكَّام للحفاظ على سلطتهم، إنما يجب عليهم التمتع بثقة المحكومين، فتكون الثورة تعبيرا سلبيا عن رفض السلطة من الشعب مصدر الشرعية، عندما تكتسي المظهر المادي، لأنه لا يمكن وصف الدكتاتورية إلا بالقول بأنها مرض من أمراض السلطة، وليست نتاجا عن الظواهر الطبيعية<sup>(51)</sup>.

وقد تماهى المعنى اللغوي والاصطلاحي لمصطلح السلطة مع مجريات التطور السياسي والواقعي تماشيا مع محاولة التأطير القانوني لهذا المصطلح، سواء في طرح روسو للسيادة "الشعبية"، الممثلة في فكرة الإرادة العامة، أو في كتابات جان بودان (1530-1596) وتوماس هوبز (1588-1679) عن مفهوم السيادة كتبرير

<sup>51</sup>- حسن البحري: السلطة؛ بحث منشور في الموسوعة القانونية المتخصصة الصادرة عن هيئة الموسوعة العربية التابعة لرئاسة الجمهورية السورية، العدد الرابع.

للنظم الملكية المطلقة، أو من خلال مذهب السيادة البرلمانية عند جون أوستن الذي ربط السيادة بالدستورية (1790-1895).

تعد هذه الدراسة المحاولة الأولى للربط بين التأطير القانوني والممارسة للمصطلح في بعده المصطلحي والمعجمي، وهي محفوفة بالإشكالات النظرية والتطبيقية، وتأت هذه الورقة بوصفها نواة لمشروع المصطلحات الدستورية أسوة بالموسوعة السياسية على أساس بيان المعنى اللغوي والاصطلاحي وربطهما بالواقع السياسي والقانوني للمصطلح محل الدراسة، لتكون نواة لهذا المشروع الذي نوصي المختصين بالعناية به.



### ثبت المصادر والمراجع

- إبراهيم أنيس وآخرون: المعجم الوسيط، ط2 ، 1392هـ/ 1972م.
- إبراهيم مذكور: مجمع اللغة العربية في ثلاثين عاما، مطبوعات مجمع اللغة العربية، والهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1964م.
- أحمد فارس الشدياق: الجاسوس على القاموس، دار الجوائب، القسطنطينية، 1299هـ.
- أحمد محمد قدور: مبادئ اللسانيات، الدار العربية، بيروت، ط1، 2011م.
- أحمد عبد المطلوب: بحوث مصطلحية، منشورات المجمع العلمي العراقي، 2006م.
- إحسان عبد الهادي النائب: مفهوم السلطة وشرعيتها: إشكالية المعنى والدلالة، 2017
- أنور محمد الخطيب: منهج بناء المصطلح العلمي العربي، مجلة اللسان العربي، مكتب تنسيق التعريب في الوطن العربي، الرباط، العدد (20)، 1983م.
- برونو دو بيه: الميدان، مختبر علم المصطلحات، مدرسة الترجمة الكتابية الفورية في جامعة جنيف، مقالة مدرجة في إطار المشروع الممول (DGES PB 96-0239)، والذي يحمل اسم "علم المصطلحات النظري والتقني: التعرف على المعلومة الشكالية والدلالية وتحليلها واستخراجها".
- انغريد، وكريستين ماكينشوس، تمدد المعنى المصطلحي، لمحة عن ظاهرة زوال الصفة المصطلحية، مدرسة الترجمة الكتابية والفورية في جامعة أوتوا كندا، مقالة مدرجة في إطار المشروع الممول (DGES PB 96-0239)
- ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة 1994.
- جانكانتينو: دروس في علم أصوات العربية، ترجمة: قرمادي صالح، مركز الدراسات النحوية الاقتصادية والاجتماعية، 1966م.
- الجرجاني؛ علي بن محمد السيد الشريف: التعريفات، تحقيق: عبد المنعم الحنفي، دار الإرشاد، القاهرة، 1991م.

- جوان ساجيه: من أجل مقارنة وظيفية لعلم المصطلحات، معهد العلوم والتكنولوجيا، في جامعة مانشستر، مقالة مدرجة في إطار المشروع الممول DGES PB 96-(0239)
- جاك ماريتان: الفرد والدولة، ترجمة عبد الله أمين، ومراجعة صالح الشماع وقرىاقوسموسيس، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، 1962م.
- جورج بوردو: الدولة، ترجمة: سليم حداد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2002م.
- حسام عيسى عبد الرحمن، تحولات الإسلام السياسي في سورية بين تأسيس الدين وعسكرة السياسة، مؤمنون بلا حدود للدراسات والأبحاث، الرباط، 16 يناير 2018.
- حسن البحري؛ السلطة؛ بحث منشور في الموسوعة القانونية المتخصصة الصادرة عن هيئة الموسوعة العربية التابعة لرئاسة الجمهورية السورية، العدد 4.

[www.slideshare.net/](https://www.slideshare.net/)

- د. رعد عبد الجليل: مفهوم السلطة السياسية، دراسات دولية، العدد 37.
- روبرت م. ماكيفر: تكوين الدولة، ترجمة: حسن صعب، دار العلم للملايين، بيروت، 1966م.
- د. سعيد أحمد بيومي: لغة القانون في ضوء علم لغة النص، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.
- سعيد بو الشعير: القانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية / الجزائر، (د.ت).
- د. سعيد بن محمد بن عبد الله القرني: أثر الفهم اللغوي في فهم المصطلحات العلمية- دراسة استكشافية في اللغتين العربية والإنجليزية، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، ج(17)، العدد (29)، صفر، 1425هـ.
- سمير روجي الفيصل: قضايا اللغة العربية في العصر الحديث، الهيئة العامة السورية للكتاب، 2010م.

- د.شاهر إسماعيل الشاهر: دراسات في الدولة والسلطة والمواطنة، المركز العربي الديمقراطي، براين/ ألمانيا، 2017.
- ضاحي عبد الباقي: المصطلحات العلمية والفنية وكيف واجهها العرب المحدثون، مكتبة الزهراء، القاهرة، ط1، 1992.
- د. الطيب بوعزة، د.يوسف بن عدي، الدولة والدين في الفكر العربي المعاصر، مؤمنون بلا حدود للدراسات والأبحاث، 3 سبتمبر 2016.
- عائشة عبد الرحمن: اللغة العربية وعلوم العصر، مجلة اللسان العربي، مكتب تنسيق التعريب في الوطن العربي، العدد (13)، 1976م.
- عبد العزيز بن عبدالله: اللغة العربية وتحديات العصر، مجلة اللسان العربي، مكتب تنسيق التعريب في الوطن العربي، العدد (13)، 1976م.
- د.عبد الصبور شاهين: العربية لغة العلوم والتقنية، دار الاعتصام، (د.ت)
- عبد القادر الفاسي الفهري: اللسانيات واللغة العربية، منشورات عويدات، بيروت، ط1، 1986م.
- عبد السلام المسدي: قاموس اللسانيات، الدار العربية للكتاب، 1984م.
- عبد الفتاح ساير: القانون الدستوري، مطابع دار الكتاب بمصر، ط2، 2004.
- عبد الله إبراهيم ناصف: السلطة السياسية «ضرورتها وطبيعتها»، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983م.
- عبد الوهاب الكيالي: الموسوعة السياسية، ج3، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 1993
- غادة الحلايقة: المفهوم الجديد للسلطة: (14:13، 28 يوليو 2016)
- <https://mawdoo3.com>
- عصام سليمان: مدخل إلى علم السياسة، ط2، دار النضال للطباعة والنشر، بيروت، 1989م.

-فرديناندي سوسور، علم اللغة العام :ترجمة الدكتور يوثيليو سفغريز، دار آفاق عربية، بغداد، 1985م.

- ماريا تريزا كاريه: حول تمثيل التصورات تمثيلا ذهنيا - أسس لمسعى إلى النمذجة - معهد الألسنية التطبيقية الجامعي في جامعة (POMPEU FABRA) برشلونة، مقالة مدرجة في إطار المشروع الممول (DGES PB 96-0239)

- محمد حسين علي زعين: المصطلح اللغوي - قراءة في تأصيل المفاهيم - التعريب، العدد (45)، ديسمبر، 2013م.

- محمود فهمي حجازي: الأسس اللغوية لعلم المصطلح، مكتبة غريب، (د.ت).

- محمد الزركان: الجهود اللغوية في المصطلح اللغوي الحديث، منشورات اتحاد الكتاب العرب، 1988م.

- محمود السعران: علم اللغة - مقدمة للقارئ العربي، دار الفكر العربي، 1999 م.

معتر حيسو إشكالية اندماج الدولة بالسلطة، السبت 10 حزيران 2017 ، جريدة الأخبار

<https://al-akhbar.com>

-مصطفى العريبي وآخرون (رؤية جامعة بنغازي) ورقة غير منشورة عن مركز البحوث جامعة بنغازي، 2016.

- معجم ماروزو لمصطلحات علم اللغة

de terminology linguistique, Paris 1951J . Marouzeau, lexique

- ابن منظور: لسان العرب، دار صادر بيروت، ط1، (د.ت)

- مونيكسلوذيان: بروز علم مصطلحات نصي وعودة المعنى، مركز الأبحاث الهندسية

التطبيقية المتعددة اللغات (crim) في المعهد الوطني للغات والحضارات الشرقية إينالكو

(inaico) باريس، مقالة مدرجة في إطار المشروع الممول (DGES PB 96-0239) .

- نعوم تشومسكي:

- الدولة المارقة (استخدام القوة في الشؤون العالمية)، تعريب: أسامة إسبر، مكتبة العبيكان،

2004

- الدولة الفاشلة (إساءة استعمال القوة واتعدي على الديمقراطية)، ترجمة: سامي الكعكي، دار

الكتاب العربي، بيروت /لبنان، 2007.

- لوك ديبكر: الرمز بين الدال والتصور، مركز البحث في شؤون علم المصطلحات النظري

والمعلوماتي وتنظيم اللغة (CRETAL) في جامعة السوربون الجديدة، باريس، مقالة

مدرجة في إطار المشروع الممول (DGES PB 96-0239)

- هنري بيجوان، وفيليب نوارون: المعنى في علم المصطلحات، المنظمة العربية، ترجمة:

ريتا خاطر، ط1، بيروت، 2009م،

- د. علي أسعد وطفة: بين السلطة والتسلط: دراسة تحليلية، مجلة فصلية تصدر عن اتحاد

الكتاب العرب بدمشق - تعنى بنشر المواد الفكرية والسياسية والدبلوماسية والوثائق المتصلة

بذلك - العدد الثالث السنة الأولى، 1998م.

## نطاق استقلال اتفاق التحكيم

د. عطية محمد عطية<sup>(1)</sup>

### مقدمة

لا ريب أنّ التحكيم ليس بدعا من القضاء، وإنّما هو أصله نشأ وارتدى ثوبه القشيب وحقّق مراده قبل أن يوجد القضاء، بيد أن التحكيم كأداة لتسوية المنازعات بين الأشخاص له خصوصية قوامها أمران: الأول إرادة المحكّمين، حيث يتفقان على طرح النزاع على شخص معيّن أو أشخاص محدّدين، يفصلون فيه بحكم ملزم لهما، والثاني اعتراف النظام القانوني بتلك الإرادة، ومن هنا فإنّ التحكيم في حالة توافر الأمرين يقف على قدم سواء مع القضاء، بل يفوقه في بعض المنازعات – لا سيما التجارية منها – فهو يعني المرونة، ولذلك فهو يعيش الآن أوج تألقه في ظلّ عقود الاستثمار العابر للحدود.

ويعد التحكيم اتفاقاً حقيقياً متكاملًا، له أركانه وشروطه، سواء اتخذ شكل شرط أو مشاركة، وإن كان في الثاني أكثر وضوحاً منه في الأول، فالأول بمثابة عقد داخل العقد، ولا مرأى في ارتباط اتفاق التحكيم بالاتفاق الأصلي ارتباطاً عضوياً ووظيفياً حسب الصورة التي تتّخذها<sup>(2)</sup>.

ويبقى التساؤل حول الارتباط القانوني بينهما؟ والإجابة عليه – بطبيعة الحال – لها انعكاسات على سطح العلاقات القانونية، إذ القول بوجود ارتباط قانوني بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي يعني أن بطلان العقد الأصلي يستتبعه بالضرورة بطلان اتفاق التحكيم<sup>(3)</sup>، وبالحتمية فإن القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي يكون هو ذاته الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وعلى النقيض تماماً، فإن القول بالاستقلال يعني أن بطلان العقد الأصلي لا

<sup>1</sup> - عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.

<sup>2</sup> - إذا كانت الصورة التي يتّخذها التحكيم شرطاً فإنه يرتبط بالعقد الأصلي ارتباطاً عضوياً ووظيفياً، أما إذا كانت الصورة التي يتّخذها الاتفاق مشارطة

فإنه يرتبط بالعقد الأصلي ارتباطاً وظيفياً

<sup>3</sup> - راجع د. مصطفى الجمال: ص 67.

يؤثر على صحة اتفاق التحكيم، وكذلك لن يوجد ارتباط حتمي بين القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي والقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

لقد اتخذ القضاء الانجليزي في بداية الأمر مسار التبعية، استناداً إلى سابقة قرار مجلس اللوردات عام 1926م، في قضية تتلخص وقائعها في قيام أحد المتعاقدين باستخدام حقه في فسخ العقد، مما حدا بالطرف الآخر أن يطلب تعويضاً دون أن يعترض على اعتبار العقد مفسوخاً، فدفعت الأول بوجود شرط التحكيم، ذاك الدفع الذي رفضه مجلس اللوردات، مؤسساً ذلك على أنّ الفسخ قد نال العقد برمته، بما في ذلك شرط التحكيم، وقد عبر عن ذلك اللورد (سميتر) بقوله: "إن شرط التحكيم ليس عنقاء، يمكن أن تعود للحياة بعدما غطاها رماد الموت"<sup>(4)</sup>.

غير أن الرأي قد استقر في الفقه<sup>(5)</sup> والقضاء<sup>(6)</sup> على أن اتفاق التحكيم – أيا كانت الصورة التي أقرها شرط أو مشاركة – هو اتفاق مستقل عن العلاقة الأصلية بين الأطراف. ويقصد باستقلال اتفاق التحكيم<sup>(7)</sup> انفصال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي ورد فيه أو ارتبط به، بحيث ينظر دائماً في تقدير صحة اتفاق التحكيم إلى ذات ماهيته، أي من حيث وجوده هو، لا من حيث وجود العقد الأصلي<sup>(8)</sup>، ومفاد ذلك أنّ اتفاق التحكيم يُشكل عقداً معادلاً للعقد الأصلي، فاستقلال اتفاق التحكيم على هذا النحو يعكس نتيجة غاية في الأهمية وهي عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي، لا فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، ولا فيما يتعلق بوجوده.

<sup>4</sup> - د. أحمد عمر بوزقية: أوراق في التحكيم، ص 60-61.

<sup>5</sup> - لقد كرس العديد من المعاهدات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدولية وكذلك التشريعات المنظمة للتحكيم التجاري – على حد ما أعلم – استقلال اتفاق التحكيم. راجع في ذلك تفصيلاً د. حفيظة السيد الحداد: ص 13 وما بعدها.

<sup>6</sup> - راجع من القضاء الليبي والقضاء اللاتيني لاستقلال اتفاق التحكيم د. أحمد بوزقية: المرجع السابق، ص 61-62.

<sup>7</sup> - د. أحمد عبد الكريم سلامة: ص 467 وما بعدها.

<sup>8</sup> - د. أحمد مخلوف: ص 224.

## اشكالية البحث:

الاشكالية التي يطرحها البحث تتجسد في محاولة الإجابة على تساؤل مؤداه هل مبدأ استقلال اتفاق التحكيم يعمل في كل حالات العوار التي تصيب حالات الاتفاق الأصلي أم يقتصر على حالة البطلان فقط؟

## منهجية البحث:

اتبع الباحث في سبيله للوصول إلى حل هذه الاشكالية منهج الاستقراء الناقص

## خطة البحث:

ينقسم البحث إلى المباحث الآتية:

المبحث الأول: إطلاق مبدأ استقلال اتفاق التحكيم.

المبحث الثاني: تقييد مبدأ استقلال اتفاق التحكيم

المبحث الثالث: رأينا الخاص.

## المبحث الأول

## إطلاق مبدأ استقلال اتفاق التحكيم

انقسم الفقه القانوني حول تحديد نطاق استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إلى رأيين، الرأي الأول ذهب إلى إطلاق مبدأ الاستقلال، مستندا إلى حجج عدة، وعليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نعرض في المطلب الأول فحوى هذا الرأي، والأسانيد التي استند عليها في مطلب ثانٍ.

## المطلب الأول

## فحوى إطلاق مبدأ الاستقلال

يرى هذا الرأي أن فحوى مبدأ استقلال اتفاق التحكيم وعدم ارتباطه من ناحية القانون الواجب التطبيق عليه بالعقد الأصلي<sup>(9)</sup>، كذلك عدم ارتباطه وجودا وعدما بالعقد الأصلي، وأن التحكيم عنده يعني المرونة فإنه لن يحقق فاعليته باعتباره آلية تنصيب قضاء ذاتي خاص، يتلاءم مع مقتضيات التجارة الداخلية والدولية المتسمة بالتطور المستمر، إلا إذا وُضع في مأمن من تعقيدات النظم القانونية والقضائية الداخلية للدول، ولن يتأتى ذلك إلا بالفصل بين مصير اتفاق التحكيم ومصير العقد الأصلي، وعدم تأثر الأول بالآفات القانونية والواقعية التي

<sup>9</sup> - إن الإيمان بمبدأ ذاتية اتفاق التحكيم يفرض بالضرورة إلى الإيمان بذاتيته فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق عليه، فاتفاق التحكيم يعد جزءاً مستقلاً عن العقد الأصلي، فلا أطراف وأيضا للقضاء الذي يعرض عليه أمر في مسألة وجوده وصحته إخضاعه لقانون يختلف عن ذلك الذي يخضع له العقد، ولعل هذا الأثر لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم أثر فعال لتحقيق الأثر الأول، ولا لأصبح الأثر الأول فارغ المضمون، فلو اقتصر الأمر على الأثر الأول، وهو عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، لكان معنى ذلك أنه إذا ورد العقد صحيحاً لا بطلان فيه، وكان القانون واجب التطبيق يحظر اتفاق التحكيم أو يجعله باطلاً لسبب أو لآخر، فإن هذا الاستقلال لن يحول دون اعتبار اتفاق التحكيم باطلاً، لذلك فإن الأثر الثاني بمثابة طوق النجاة لاتفاق التحكيم الذي ينقذه من البطلان الناشئ عن تطبيق قانون العقد الأصلي. هذا وقد أقر صراحة هذا الأثر مجمع القانون الدولي، في دورة انعقاده بمدينة أمستردام بهولندا 1957م، حيث نصت المادة السادسة من قراره على أن "شرط صحة مشاركة التحكيم وشرط التحكيم لا يخضع بالضرورة لذات القانون المطبق على الرابطة موضوع النزاع"، راجع في هذا النص أحمد عبد الكريم سلامة: ص 473.

كما أكدت على ذلك أحكام التحكيم، حيث ذهبت بعض الأحكام إلى القول بأن مصادر القانون الواجبة التطبيق على تحديد نطاق وأثار شرط التحكيم لا تختلط بالضرورة بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإذا كان هذا القانون وقواعده القانونية يمكن في بعض الأحيان أن تتعلق بموضوع النزاع وشرط التحكيم، فإنه من الممكن تماماً أن يكون هذا الأخير محكوماً في أحيان أخرى، وبالنظر إلى استقلاله، بمصادر قانونية أخرى خاصة به ومستقلة عن تلك التي تحكم موضوع النزاع. أشار إلى هذا الحكم د. أحمد عبد الكريم: المرجع السابق، نفس الموضوع.

كما كرس القضاء الوطني لبعض الدول هذا الأثر في العديد من أحكامه، من ذلك على سبيل المثال حكم محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 31-3-1992م، في سياق ردها على المدعي، والذي ادعى أن محكمة الاستئناف لم تفصل فيما يخص شكل وإثبات شرط التحكيم المدعى به في مسألة القانون الواجب التطبيق على العقد الذي تضمنه، فردت محكمة النقض على ذلك بأنه "ما ينبغي لمحكمة الاستئناف أن تفصل فيما يتعلق بهذه الشروط وإثباتها وفقاً لقانون لا ينطبق عليها، وذلك نظراً لاستقلال هذه الشروط عن العقد الأصلي". وأيضاً صدر حكم من محكمة النقض الفرنسية في 14-12-1983م، أبدت بمقتضاه محكمة الاستئناف عدم تطبيق القانون الذي يحكم العقد بصدد تفسير شرط التحكيم الوارد به على نحو ما تمسك به الطاعن، وقررت أن شرط التحكيم في مسائل التحكيم الدولي تتمتع باستقلال قانوني كامل عن العقد المدرج به. - Cass- civ: 14 - 12 - 1983 - rpev. Arb. P 483.

كما رفضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 26-03-1991م الطعن ببطلان حكم التحكيم المبني على أن المحكمين لم يطبقوا القانون الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع على اتفاق المحكمين، وقضت بأنه "في مجال التحكيم الدولي فإن مبدأ صحة واستقلال شرط التحكيم يكرس استقلال اتفاق التحكيم تجاه الأحكام الموضوعية للعقد المتعلق به". Paris 26 - 03 - 1991 rev - arb 1991 note - hélénegaudement.

قد تلحق بالثاني، كالبطلان أو الفسخ أو الانعدام، وذلك بغض النظر عن الأساس الذي استند إليه في تقرير هذا الاستقلال<sup>(10)</sup>، وعلى هذا فإن وجود وصحة وسريان اتفاق التحكيم لا يتوقف ولا يتأثر بمصير العقد الأصلي.

وغني عن البيان أن عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي رهين بصحة اتفاق التحكيم، وعليه إذا امتد العيب الذي أصاب العقد الأصلي إلى اتفاق التحكيم، كعيب الرضا مثلا، فإن كلا منهما قد يبطل، وبطلان اتفاق التحكيم في هذه الحالة ليس لكونه تابعا للعقد الأصلي، وإنما لأن البطلان أصابه في ذاته، ومن ثم لا يخل بمبدأ الاستقلال.

فهذا الرأي يرى شمولية مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، فكما يعمل في حال البطلان يعمل كذلك في حال الانعدام، وهذا الرأي ينكر أساسا التفرقة بين فكرة البطلان والانعدام، ويرى أنها لا تقوى على استبعاد استقلال اتفاق التحكيم في حالتي البطلان والانعدام، فزعم أحد أطراف

10- لقد اختلف الفقه حول الأساس القانوني الذي يقوم عليه مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، فمنهم من أسسه إلى فكرة إنقاص العقد، راجع في عرض هذا الرأي د. أحمد يوزقية، المرجع السابق، ص 63. غير أن هذا التأسيس غير مقنع بالقدر الكافي؛ حيث إن فحواه يفضي إلى التبعية لا إلى الاستقلال؛ إذ إنه يعتبرها عقدا واحدا، منها جزء صحيح، ومنها جزء باطل، فيظل الصحيح صحيحا والباطل باطلا، فهو لا يخدم بحال فكرة الاستقلال، وإنما يكرس للوحدة.

ومنهم من أسسه على استقلال الاتفاقات الإجرائية عن الاتفاقات الموضوعية، فاستقلال اتفاق التحكيم - وفقا لهذا الرأي - ليس إلا محض تطبيق لاستقلال الاتفاقات الإجرائية عن الاتفاقات الموضوعية التي ينظمها القانون الموضوعي، ومن ثم فإن هناك قاعدتين مستجنتين في المادتين 1447 مرافعات فرنسي والمادة 23 تحكيم مصري ليست سوى تطبيق لقاعدة أعم، مفادها "أنه لا أثر لبطلان الاتفاق الإجرائي على الاتفاق الموضوعي، أي كان، ولا أثر لبطلان الاتفاق الموضوعي أو فسخه أو إلغائه على الاتفاق الإجرائي، أي كان، حتى ولو كان هذا الأخير مجرد شرط في الاتفاق الموضوعي". أحمد جشيش: ص 219. فالاتفاقان من وجهة نظر هذا الرأي مستقلان، فلا يعتبر أحدهما أصلا للآخر.

على أننا نرى أن التساؤل حول أساس استقلال اتفاق التحكيم ينفي عنه صفة الاستقلال، فإذا كنا نعتز بأن اتفاق التحكيم له أركانه من رضا ومحل وسبب، وشروطه الخاصة به، فهذا يعني أن له ذاتية مستقلة، فعلا ما إذا نبحت عن أساس الاستقلالية، فاستقلاليته تكمن في ذاتيته، أليس كل عقد له ذاتية مستقلة عن غيره من العقود؟ وهل الأساس في العقود الاستقلال أم التبعية لغيرها؟!

إن هذا السؤال مقلوب، (السؤال عن أساس الاستقلال) إذ البحث دائما حول أساس التبعية، وليس أساس الاستقلال، فاستقلال العقود عن بعضها هو الأصل، فإذا ما قلنا بتبعية عقد لعقد آخر فهنا، وهنا فقط، نبحت عن أساس التبعية، وعليه فإن البحث عن أساس الاستقلال لا محل له؛ إلا إذا افترضنا أن ثمة ارتباط قانوني بين العقد الأصلي واتفاق التحكيم، ولا يتصور هذا الارتباط إلا إذا ذهبنا بالأذهان بعيدا، واعتبرنا أن العقد الأصلي يمثل ركن السبب في اتفاق التحكيم، فهنا، وهنا فقط، من الممكن أن نقول بوجود ارتباط، وفي هذه الحالة نتصور البحث عن أساس الاستقلال، وعلى ما نرى لا مناص لتحطيم هذا الرابط القانوني المفتعل إلا بالجاء إلى استعارة فكرة التصرف المجرد من الفكر الجرماني، والذي ينظر إلى التصرفات نظرة مادية مجردة عن سببها، فالتصرف يكون صحيحا بصرف النظر عن سببه. راجع في فكرة التصرف المجرد د. محمود أبو العافية: ص 468. وهذه ليست المرة الأولى التي نستعير فكرة التصرف المجرد من الفكر الجرماني، فقد سبق وأن استعناها في الإنابة والأوراق التجارية، وعليه ينفصل اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي. راجع تفصيلا في تطور مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في التشريع والقضاء الفرنسي وكذلك التشريع والقضاء الأمريكي د.

أحمد انعيم الصلاحي: ص 74 وما بعدها

الخصومة التحكيمية عدم وجود اتفاق التحكيم، لعدم وجود العقد الأصلي، وبالتالي رفض الاعتراف للمحكم بالفصل في اختصاصه؛ هذا من شأنه أن يفتح الباب من جديد أمام وسائل احتيالية، وما وجد مبدأ استقلال اتفاق التحكيم إلا لتفاديها.

إنّ مجرد الادعاء بعدم وجود العقد لا يكفي لاستبعاد اختصاص المحكم، فللمحكم أن يفحص الأساس السليم لهذا الادعاء، ثم إذا ما ثبت بالفعل أنّ العقد الأصلي لا وجود له فيجب عليه بدون شك أن يقضي بعدم اختصاصه، إذا تبين له أنّ هذا الانعدام يلحق أيضاً اتفاق التحكيم، ليس لكونه نتيجة مترتبة على انعدام العقد الأصلي، ولكن لأنّ العوار موجود في اتفاق التحكيم ذاته، أما إذا وجد أن العقد الأصلي منعدم، واتفاق التحكيم صحيح، فإنه يستمر في نظر النزاع.

### المطلب الثاني

#### أسانيد هذا الرأي

استند الرأي القائل بإطلاق مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بما ذهبت إليه نصوص بعض اللوائح الخاصة بهيئات تحكيم دولية، ومنها على سبيل المثال:

المادة 16 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985م، والتي تقضي بأنه "ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من العقد الأصلي على أنه اتفاق مستقل عن بنود العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطالان العقد الأصلي لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان شروط التحكيم".

وأيضاً المادة 6 فقرة 4 من لائحة التحكيم بغرفة التجارة الدولية، والتي نصّت على أنّه "ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك، فإن الادعاء ببطالان العقد الأصلي، أو الزعم بانعدامه، لا يترتب عليه عدم اختصاص المحكم، إذا ارتأى صحة الاتفاق التحكيمي، ويظل المحكم حتى في حالة انعدام العقد الأصلي أو بطلانه مختصاً في تحديد حقوق الأطراف والبت فيما يدعونه".

كما نصت المادة 21 المعدلة بالمادة 23 لسنة 2010 من قواعد الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (Uncitral) 1 ..... 2 -. تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه، وفي حكم المادة 21 يعامل شرط التحكيم، الذي يكون جزءاً من عقد، وينص على إجراء التحكيم وفقاً لهذا النظام بوصفه اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقود الأخرى، وكل قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان شروط التحكيم.

وعلى ذلك، ووفقاً لهذه النصوص، فإن أي آفة تصيب العقد الأصلي لا يستتبعها بالضرورة انتقالها إلى اتفاق التحكيم، أياً كان نوع هذه الآفة، فهذه النصوص أكدت أنه لا تفرقة بين البطلان والانعدام، فنطاق مبدأ الاستقلال يشملها باعتبارهما شيئاً واحداً، فاتفاق التحكيم لا يتأثر إلا إذا أصابته آفة من آفات العقود في ذاته.

### المبحث الثاني

#### تقييد مبدأ استقلال اتفاق التحكيم

وعلى النقيض من الرأي القائل بالإطلاق ذهب جانب آخر من الفقه إلى تقييد مبدأ الاستقلال، وانبرى للرد على حجج الرأي الأول، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نعرض في المطلب الأول فحوى هذا الرأي، وفي المطلب الثاني تنفيذ حجج الرأي الأول.

#### المطلب الأول

##### فحوى الرأي

ذهب هذا الرأي إلى القول بأنه إذا كان اتفاق التحكيم لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي فإنه مع ذلك وعلى العكس- يتأثر بمصير هذا العقد في حال انعدامه، بمعنى أن العقد الأصلي إذا كان منعدمًا فإن اتفاق التحكيم ينعدم هو الآخر بشكل تلقائي، وقد كرست محكمة النقض

الفرنسية هذا الرأي في أحد أحكامها، حيث ذهبت في حكمها الصادر سنة 1990م<sup>(11)</sup>، إلى أنه في إطار التحكيم الدولي فإن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يتقيد بوجود العقد الأصلي الذي تضمن شرط التحكيم التمسك به من حيث الشكل؛ ويتم تقدير هذا الوجود بالضرورة وفقا للقانون الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص الذي ينطبق على شكل العقد الأصلي، وبهذه المثابة يكون حكم محكمة النقض الفرنسية قد كرس التفرقة بين الانعدام والبطلان، ومن ثم فإن اتفاق التحكيم لن يكون له وجود إذا كان العقد المتضمن لهذا الاتفاق لا وجود له هو الآخر<sup>(12)</sup>.

إن انعدام الاتفاق الأصلي يفترض الغياب الكامل لرضاء الأطراف، وهذا الغياب يشمل كلاً من اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، وهذا التصور -وفقاً لهذا الرأي- يتفق مع الواقع والمنطق، حيث إنه من غير المقبول أن يكون الأطراف قد اتفقوا على اللجوء للتحكيم للفصل في المنازعات الناشئة عن عقد لم يتم التراضي عليه أساساً، ومن ثم فإن انعدام التراضي يؤدي حتماً إلى عدم وجود العقد، وكذلك اتفاق التحكيم الذي يتضمنه، وعلى العكس تماماً في الحالة التي يكون فيها العقد مشوباً بالبطلان، حيث إن بطلان العقد لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان اتفاق التحكيم المتعلق به، وبناء عليه فإن نطاق مبدأ الاستقلال لا يمكن الأخذ به إلا في حالة بطلان العقد دون حالة الانعدام<sup>(13)</sup>.

<sup>11</sup> - حفيظة الحداد: ص 44. 1990. arb. 10N 855Rev . cass civ :1990/07/

<sup>12</sup> - د. حفيظة الحداد: ص 44-45.

<sup>13</sup> - د. سراج حسن أبو زيد: ص 218

## المطلب الثاني

### تفنيـد حجـج الرأـي الأول

انبرى أنصار هذا الرأي<sup>(14)</sup> للرد على حجج الرأي الأول، بالقول إن الذي يرفض التفرقة بين الانعدام والبطـلان قد ربط ربطاً لا يقبل التجزئة بين مبدأين مستقلين، هما: مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه (مبدأ الاختصاص بالاختصاص)، ومبدأ استقلال اتفاق التحكيم، وهو مالا يمكن الأخذ به. فالأول مفاده أنه إذا أثير دفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في نظر النزاع فإن لهذه الهيئة سلطة الفصل في هذا الدفع، وهي التي تقرر ما إذا كانت مختصة بنظر النزاع من عدمه، بينما الثاني مفاده أن اتفاق التحكيم يظل قائماً ومنتجاً لكافة آثاره بالرغم من بطلان العقد أو فسخه أو انقضائه، بمعنى أن يظل الأطراف ملزمين باللجوء للتحكيم ويكون للمحكمين الاختصاص بالفصل في النزاع على الرغم من بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو انقضائه.

وعلى ذلك يمكن القول بعدم وجود تلازم أو ارتباط بين كل من هذين المبدأين، وعليه، فتقرير مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه لا يستفاد منه الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم، كما أن تقرير مبدأ استقلال اتفاق التحكيم لا يعني الأخذ في نفس الوقت بمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه، فالهدف من تقرير مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، وعدم تأثره بما قد يلحق بالعقد الأصلي من بطلان، ليس تقرير اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه، بل تقرير اختصاص المحكم بالفصل في النزاع الناشئ عن العقد الأصلي والمطروح على هيئة التحكيم، وذلك بالدفع بعدم وجود اتفاق التحكيم ذاته، أو بطلانه، أو بالدفع بعدم وجود العقد الأصلي أو بطلانه، مع تسليمه بأن المحكم هو المختص بالفصل في اختصاصه.

<sup>14</sup> - المصدر السابق: ص 222 وما بعدها.

ويستطرد هذا الرأي قائلاً: "أما ما ذهب إليه بعض الفقهاء من القول بأن هذه التفرقة بين حالة انعدام العقد وحالة بطلانه قد رفضتها صراحة الاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم الدولي 1961م، والقانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1985م، ولائحة التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، فهو قول لا يمكن التسليم به، فالاتفاقية الأوروبية لم تتعرض على الأقل صراحة لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، ولا للآثار المترتبة عليه، حتى يمكن القول بأن الاتفاقية الأوروبية ترفض التفرقة بين الانعدام والبطلان"<sup>(15)</sup>.

أما بالنسبة للوائح التحكيم فإن لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1976م، وكذلك القانون النموذجي الصادر عن نفس اللجنة 1985م قد أشارت صراحة إلى عدم تأثير اتفاق التحكيم ببطلان العقد الأصلي، ولم تُشر إلى حالة الانعدام، ومن ثم يمكن القول - وعلى خلاف ما ذهب إليه أصحاب الرأي القائل بالوحدة بين البطلان والانعدام - إن هذه اللائحة وكذلك القانون النموذجي يُقران باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في حالة بطلان هذا الأخير دون حالة انعدامه، وذلك استناداً إلى إغفالها حالة الانعدام، وإذا كان من غير الممكن أن نستخلص من إغفال حالة الانعدام أنهما لا يأخذان باستقلال اتفاق التحكيم في هذه الحالة، فعلى الأقل من غير الممكن القول بأنهما قد رفضا الأخذ بالتفرقة بين حالة انعدام العقد وحالة البطلان"<sup>(16)</sup>.

أما بالنسبة لللائحة التحكيم النافذة لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم منذ عام 1992 فإنها قد اكتفت بالنص على استقلال اتفاق التحكيم دون النص صراحة على الآثار التي تترتب على هذا المبدأ، حتى يمكن القول أنها تقرر استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في حالة انعدامه"<sup>(17)</sup>.

<sup>15</sup> - د. سراج حسن أبو زيد: ص220.

<sup>16</sup> - المصدر السابق: ص222.

<sup>17</sup> - المرجع السابق: ص223.

ولا يستثنى من ذلك إلا لائحة التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، فهي الوحيدة التي لم تميز بين حالة البطلان والانعدام، حيث نصت صراحة على أن يظل المحكم مختصاً حتى في حالة عدم وجود عقد أو بطلانه، وبالتالي يمكن أن يستخلص من ذلك أنها قد أقرت مبدأ الاستقلال في كلتا الحالتين<sup>(18)</sup>.

وإذا توجهنا ناحية القوانين الوطنية، المتعلقة بالتحكيم يبدو لنا - ولا يزال الرد مستطردا - أنها تناصر التمييز بين حالة بطلان العقد وانعدامه، فالقانون المصري قد أشار صراحة إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم بما قد يلحق العقد الأصلي من بطلان أو فسخ أو انقضاء، دون أن يشير إلى حالة انعدام العقد من أساسه، وفي نفس هذا الاتجاه القانون الجزائري والإسباني والسويسري، حيث أشارت هذه القوانين صراحة إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم بعدم صحة العقد الأصلي أو بطلانه، دون أن تشير إلى حالة الانعدام<sup>(19)</sup>.

### المبحث الثالث

#### رأينا الخاص

بعد استعراض الرأيين السابقين حول نطاق مبدأ استقلال اتفاق التحكيم فإننا نرى أنه يجب بحث هذه المسألة في إطار القواعد العامة للاتفاقات، لا سيما المتعلقة منها بالتفرقة بين الانعدام والبطلان، بحسبانها المرتكز الأساسي للقائلين بتقييد مبدأ الاستقلال، ولكن هل يقبل الفقه نظر المسألة في إطار القواعد العامة للاتفاقات؟

هذا يقتضي منا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نستعرض في المطلب الأول مدى امكانية طرح المسألة في إطار القواعد العامة للعقود، ونتناول في المطلب الثاني تحديد النطاق في إطار القواعد العامة.

<sup>18</sup> - المرجع السابق: ص 223.

<sup>19</sup> - يشير المعارض على الرأي الثاني إلى نص المادة 23 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 م .

## المطلب الأول

### مدى امكانية طرح المسألة في إطار القواعد العامة للعقود

بعض الفقه يعترض على عرض مسائل التحكيم على قواعد القانون المدني<sup>(20)</sup>، بحسبان أن اتفاق التحكيم والقواعد العامة للاتفاقات متباعدتان تباعداً واضحاً، ذلك أن التصور النموذجي الذي تنبني عليه القواعد العامة للاتفاقات إنما هي علاقات ذات مضمون التزامي، أي تفرض التزامات متبادلة فورية التنفيذ، والحال أن اتفاق التحكيم لا يتطابق تماماً مع هذا النموذج، فهو لا يحقق أي تبادل مضمونه التزامي؛ إن لم يكن معدوماً فهو على الأقل هامشي، فهدف اتفاق التحكيم ليس تنظيم الحاضر والمستقبل الاحتمالي، ولكن تنظيم مستقبل احتمالي، فالتباين إذاً بين النموذجين جلي، ورد الفعل المباشر لهذا التباين هو استبعاد الحلول التي وضعتها القواعد العامة للاتفاقات، فبالرغم من مرونتها إلا أنها لا تتناسب ولا تكفي لاتفاق التحكيم، لهذا يجب استبعادها واستبدالها بحلول خاصة.

وهنا تبدو الحلول المستقاة من مبدأ ذاتية اتفاق التحكيم، ذلك أن التحكيم التجاري - لا سيما الدولي منه - تمشياً مع مقتضيات التجارة الدولية يتعطش للحلول الخارجة عن القواعد العامة، فنضوب القواعد العامة وشيخوختها يُسرّع من فقدها التأثير كلما تعلق الأمر بحاجات خاصة. ولما كان التحكيم مغموراً بالنفعية؛ مهتماً بالفاعلية، وبفضل القواعد المعدة له خصيصاً فهو - من حيث المبدأ - يتجه إلى تحويل القواعد العامة<sup>(21)</sup>.

ويستنكر بعض أنصار وجهة النظر هذه<sup>(22)</sup> وتصوير اتفاق التحكيم على أنه قابل للخضوع لنظام العقد الموضوعي (قواعد القانون المدني)، وتقرر أنه تصور يتعارض تماماً مع طبيعة اتفاق التحكيم، فاتفاقات التحكيم اتفاقات إجرائية تؤمها قواعد قانون المرافعات، بينما

<sup>20</sup> - سلفان بولي: ص 917.

<sup>21</sup> - سلفان بولي: ص 3.

<sup>22</sup> - د. أحمد حشيش: ص 217 وما بعدها.

العقود الموضوعية تؤمها قواعد القانون المدني، وعلى ذلك فتصوير اتفاق التحكيم بأنه قابل للخضوع لقواعد بطلان العقود في القانون المدني -وفقاً لهذا الرأي- أمرٌ في غير محله. فبطلان العقود وفقاً للقانون المدني بطلان موضوعي، وبالتالي فإن التمسك به يُعدّ دفعاً موضوعياً، يجوز إبدائه في أي حالة تكون عليها الدعوى، بل ويجوز التمسك به بطريق الدعوى المبتدأة، ولكن ليس هو نظام التمسك ببطلان اتفاق التحكيم أمام المحكم؛ حيث يندرج التمسك بهذا البطلان تحت الدفع بعدم اختصاص المحكم، سواء تعلق الدفع ببطلان أو إبطال اتفاق التحكيم، وهذا الدفع مقيد بقيد زمني<sup>(23)</sup>.

غير أننا لا نسلم بوجهة النظر هذه من عدة نواحٍ: فمن ناحية تتساءل هل بحق نال مرور الزمن بما احتواه من تطور اجتماعي وتقني ومعرفي من الأسس الفلسفية العامة، ومن الركائز القانونية الخاصة التي بُني عليها القانون المدني؟ إن رصد الواقع القانوني، وما أحاط به من إطار ثقافي، ورصد المصالح الاجتماعية التي جاء القانون المدني لحمايتها، عروجاً على تطور هذه المصالح، وما يتبعها من تطور للقيم والأفكار وانعكاساتها على الواقع القانوني المعاصر وارتباطه بالواقع الاجتماعي، لا يمكن لمنصفٍ بعده أن ينكر أنّ بعض قواعد القانون المدني قد ظهر عليها آثار الزمن، ودبت الشிخوخة فيها، وثقلت خطواتها عن ملاحقة تطورات الواقع الاجتماعي في بعض مناحيه، إلا أنه وعلى الجانب الآخر ليس لمنصفٍ كذلك أن ينكر أنّ الأسس العامة للقانون المدني لا زالت راسخة، وعليه لا تُسوّغ شِخوخة بعض قواعد القانون المدني أن نولي وجوهاً عن قبلته، قبله العلاقات القانونية ذات الطابع الخاص، وإنما - فقط - علينا أن نحور الجزئيات التي لا تلائم التطور بما يتلاءم مع الواقع الجديد مع المحافظة على الثوابت.

<sup>23</sup>- المرجع السابق: ص 218.

ومن ناحية أخرى فإن القول بالتباين بين اتفاق التحكيم والقواعد العامة للاتفاقات مبناه أن اتفاق التحكيم ليس ذا مضمون التزامي، وتسفيه الأثر المترتب على اتفاق التحكيم باعتباره من قبيل التصنع قول ينطوي على إنكار جدية آثار اتفاق التحكيم من الناحيتين الموضوعية والإجرائية<sup>(24)</sup>.

فمن الناحية الموضوعية اتفاق التحكيم يتمتع بالقوة الملزمة للعقد، فأطراف العلاقة التحكيمية يحكمهم مبدأ القوة الملزمة للعقد، إذ أنه بات من المبادئ المستقرة في العقود الدولية، ولا يوجد في اللحظة الراهنة -على حد تعبير البعض- أي صعوبة بالاعتراف لاتفاق التحكيم بهذا المبدأ<sup>(25)</sup>.

ولا تختلف القوة الملزمة في اتفاق التحكيم، باعتباره اتفاقاً عن القوة الملزمة في سائر الاتفاقات الأخرى، ولما كان الأثر الجوهري لهذا الاتفاق هو التزام أطرافه بطرح النزاع على التحكيم، والامتناع عن اللجوء لقضاء الدولة الرسمي؛ فإن مقتضى ذلك أن هناك التزاماً بتحقيق نتيجة على عاتق كل من طرفي التحكيم، وهو ضرورة قيام كل منهما بالمساهمة في اتخاذ إجراءات التحكيم، والامتناع عن عرضه على قضاء الدولة الرسمي، ولا يستطيع أحد طرفي الاتفاق التخلص منه بإرادته المنفردة، وإن حاول أمكن إجباره على تنفيذ التزامه بتنفيذاً عينياً، وذلك بإجباره بتعيين محكم وتقديم مستنداته وبدء إجراءات التحكيم، فإذا امتنع عن التعيين لجأ الطرف الآخر إلى المحكمة أو السلطة للقيام بعمل الخصم المتقاعس، وهذا هو مقتضى التنفيذ العيني<sup>(26)</sup>، كما حدث في قضية شركة (تاكسكو) مع الحكومة الليبية، حيث امتنعت الحكومة الليبية عن تعيين محكم، مخلة باتفاقها مع الشركة المذكورة، فلجأت الأخيرة إلى محكمة العدل الدولية، والتي بدورها عينت محكماً فرداً، والذي فصل في النزاع<sup>(27)</sup>.

<sup>24</sup> - سلفان بولي: ص 3.

<sup>25</sup> - 1068-1. fasc. civ. Broce . 586-8-1. Arbitrage commercial international . Gaillarde (Emmanuel) ; المشار إليه

لدى د. حفيظ الحداد: ص 111 في الهامش.

<sup>26</sup> - د. أحمد عبد الكريم سلامة: ص 440.

<sup>27</sup> - راجع تفصيلاً هذه القضية عند د. أحمد بوزقبة: ص 211.

وقد أيد المضمون الالتزامي لاتفاق التحكيم نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، والتي نصت على أنه: "إذا اتفق طرفا النزاع كتابة على إحالة أي خلافات قانونية تنشأ مباشرة عن استثمار بين دولة متعاقدة وبين رعايا لدول أخرى متعاقدة إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بطريق التحكيم أو بأي طريق آخر، فإنه لا يجوز لأي من الطرفين أن يسحب الموافقة دون قبول من الطرف الآخر" (28).

بل إن البعض قد ذهب إلى أبعد من ذلك (29)، حيث اعتبر أن القانون الأجنبي الذي لا يعترف بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم لن تكون له - من وجهة نظر القانون الفرنسي - أي فرصة للتطبيق، والبعض منهم ذهب إلى اعتباره قاعدة مادية من قواعد القانون الفرنسي. وإلى جانب الأثر الموضوعي يوجد الأثر الإجرائي، وهو يقتضي أمرين: الأول عدم طرح النزاع على قضاء الدولة الرسمي، والثاني ثبوت الاختصاص لقضاء التحكيم. وعليه يتضح أن اتفاق التحكيم يتمتع بمضمون التزامي، لا يمكن إنكاره أو التعامل معه باستخفاف.

ومن ناحية ثالثة فإن القول بعدم امكانية اخضاع اتفاق التحكيم لقواعد القانون المدني، نظراً لاختلاف طبيعة كل منهما؛ حيث إن الأولى ذات طبيعة إجرائية، والثانية ذات طبيعة موضوعية (لا سيما أحكام البطلان)، يدفعنا للقول: إن تكوين أي اتفاق، أيا كانت طبيعته، يخضع للأحكام العامة للعقود، لا سيما من حيث الرضا والمحل والسبب، والاتفاقات الإجرائية من هذه الناحية شأنها شأن أي اتفاق؛ إنما تتجسد خصوصيتها في موضوعها (محلها)، حيث إن محلها ينصب على أمر إجرائي؛ وحتى في هذا الإطار يخضع المحل لشروط محل أي اتفاق، من امكان ووجود أو إمكانية وجود، وتعيين أو قابلية للتعيين، ومشروعية.

28- . 586-8-1. Broce .civ . fasc 1068-1. Arbitrage commercial international (Emmanuel) Gaillarde راجع

أيضاً نصوص الاتفاقية في الجريدة الرسمية المصرية، عدد 45، -الصادر في 11-11-1971.

29- . 586-8-1. Broce .civ . fasc 1068-1. Arbitrage commercial international (Emmanuel) Gaillarde

فلو تساءلنا عن مدى جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات لا يجوز التحكيم فيها فإن الجواب يكون بالقطع ببطلان هذا الاتفاق، نظرا لعدم مشروعية محله، وكذلك أيضا فإن هذا القول فيه خلط بين تكوين الاتفاق وترتيبه لآثاره والتمسك به، فالبطلان شيء، والتمسك به شيء آخر، فكل الاتفاقات، أيما كانت طبيعتها بما فيها الاتفاقات الإجرائية، هي أولاً وأخيراً اتفاقات تخضع في تكوينها للقواعد العامة، فالاتفاق الإجرائي موضوعي التكوين إجرائي الأثر، والبطلان متعلق بالجانب الموضوعي للاتفاق، أيما كان الاتفاق، فلماذا إذا نستبعد وجود البطلان وفقاً لقواعد القانون المدني؟ وعليه فإن تحديد نطاق مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يكون في إطار النظرية العامة لتكوين العقود.

### المطلب الثاني

#### تحديد النطاق في إطار القواعد العامة

بعد أن انتهينا إلى امكانية نظر المسألة في إطار القواعد العامة التي تحكم الاتفاقات في إطار القانون الخاص، فإننا نرى شمول مبدأ استقلال اتفاق التحكيم لكل حالات العوار التي تصيب العقد الأصلي (انعدام- بطلان- فسخ)، ذلك أننا نرى أنه لا فرق بين البطلان والانعدام، فقد استنكر الفقه هذه التفرقة، وهذه التفرقة لم تكن إلا بدعة من ثلة من الفقه التقليدي الفرنسي، والتي عمدت إلى إضافة الانعدام كعمول هدم ثالث إلى جانب البطلان المطلق والبطلان النسبي، وما فعلوا ذلك إلا حيلة، ليخرجوا من مأزق واقعي، لم يجدوا ملاذ قانونيا إلا بافتراض فكرة الانعدام، فهي لم تكن موجودة أصلا في القانون الروماني، والعقد يكون عندهم منعما إذا كان ينقصه أحد أركانه الأساسية كالتراضي والمحل والسبب، ويكون باطلا بطلانا مطلقا إذا وجد الركن ولكنه اختل شرط من شروطه، كشرط المشروعية في المحل أو السبب<sup>(30)</sup>.

فكرة الانعدام لم تكن موجودة في القانون الروماني، ولا في القانون الفرنسي القديم، ولا وجود لها في مجموعة نابليون، ولكن ابتدعها الفقه الفرنسي اللاحق لتلك المجموعة، وأول

<sup>30</sup> - راجع تفصيلا د. محمد علي عبده: ص 137 وما بعدها.

ما ثارت مسألة الانعدام في فرنسا كانت بمناسبة زواج أبرم بين شخصين من جنس واحد، فمثل هذا الزواج لا يتصور أن ينتج أثراً، فكان لا بد من أن يقضى ببطلانه، إلا أنه كانت توجد قاعدة قديمة مفادها "أنه في مواد الزواج لا بطلان إلا بنص"، ثم إنه لا يوجد في القانون الفرنسي آنذاك نص يحرم الزواج بين شخصين من جنس واحد، وللخروج من هذا المأزق قال الفقه الفرنسي إن العقد هنا منعدم، وليس مجرد عقد باطل، ومن ثم لا حاجة إلى نص يقضي بالبطلان<sup>(31)</sup>.

غير أن غالبية الفقه الحديث ذهبوا إلى إنكار فكرة الانعدام كفكرة مستقلة عن البطلان المطلق، وهاجموها بالآتي:

- 1- إن فكرة الانعدام غير محددة، وأنصارها لم يستطيعوا أن يحددوا معياراً واضحاً لما يعد انعداماً وما يعد بطلاناً، أو حتى يحدّدوا حالتها.
  - 2- أنها فكرة عقيمة لا فائدة لها، فلا توجد فوائد حقيقية تميّزها عن البطلان المطلق<sup>(32)</sup>.
- فلا فرق بين انعدام العقد وبطلانه بطلاناً مطلقاً، ففي الحالتين لا يترتب العقد أثراً بوصفه عملاً قانونياً، فأحكام البطلان المطلق هي عينها أحكام العقد المنعدم<sup>(33)</sup>، كما نُعي على التمييز بين الانعدام والبطلان المطلق أنه يصطدم بالمنطق، إذ العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ليس له وجود قانوني، فهو يستوي في الانعدام مع العقد المنعدم، ولا يمكن أن يقال إن العقد المنعدم أشدّ انعداماً مع العقد الباطل بطلاناً مطلقاً، إذ لا تفاوت في العدم<sup>(34)</sup>.

<sup>31</sup> - د. عبد الرزاق السنهوري: ج1، ص 489، د. محسن عبد الحميد البيه: ص 304 وما بعدها.

<sup>32</sup> - د. فتحي عبد الرحيم عبد الله: ج1، ص 183.

<sup>33</sup> - وقد قضت محكمة النقض المصرية أن المشرع لم يرد على ما أفصحت به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني محلاً للترقية بين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً والعقد المعدوم، على أساس أن البطلان المطلق يرجع إلى تخلف ركن من أركان العقد في حكم الواقع، والقانون يحول دون انعقاده أو وجوده، ويستتبع اعتبار العقد معدوماً إذ قد كان المشروع استبدال عبارة (لا ينعقد) بالمقابلة لها في المشروع التمهيدي، إلا أن ذلك لم يكن يعدو -وعلى ما جاء في الأعمال التحضيرية لهذا القانون- مجرد تعديل لفظي في صياغة النص، لم يقصد منه الخروج عن التقسيم الثنائي البطلان. راجع حكم محكمة النقض المصرية: 1973-4-21م - مجموعة أحكام محكمة النقض، ص 24، رقم 115، ص 649.

<sup>34</sup> - د. عبد الرزاق السنهوري: ج1، ص 489 وما بعدها، د. فتحي عبد الرحيم: ص 183.

ونستخلص من ذلك أن غالبية الفقه الحديث يستنكر التفرقة بين البطلان المطلق والانعدام، وحتى من قال بالتفرقة لم يفرق بين البطلان والانعدام، وإنما صوّر الانعدام على أنه أحد صور البطلان.

وعليه فإن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم وعدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد يعمل في البطلان والانعدام معاً، باعتبار أنهما مصطلحان مترادفان، وإذا ما وصلنا إلى أنهما مصطلحان مترادفان، فإن ذلك يعني أن من قال بالتقييد يكون على غير أساس؛ حيث إنّ مرتكزه الأساسي التفرقة بين المصطلحين، وهذا ما لم يقره الفقه الحديث وفقاً لما سبق.

وبخصوص الاستناد للمادة 16 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والمادة 21 والمعدلة بالمادة 23 لسنة 2010 من قواعد الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي (اليونسترال) واللذان نصتا على البطلان دون الانعدام، فهذا لا يعني أنهما ينظران إليهما نظرة ثنائية، فمن قال بثنائية المصطلحين، وكما سبق هم ثلة من الفقه التقليدي، والمسألة ليست محل إجماع، ولذلك فمن المتصور أن يكون واضعو النّصين ممن يتبنون الوحدة، ومن ثم فإنّ استخدامهما للبطلان يشمل معه الانعدام، لا سيما وأنّ من فرق لم يفرق بين البطلان والانعدام، وإنما فرق بين البطلان المطلق والانعدام، باعتبار أن الانعدام أحد أنواع البطلان، وبناء عليه فإن النص على البطلان يشمل في ثنياه الانعدام، فالنص على الكل يشمل معه الجزء. وعليه فإنه وفقاً للقواعد العامة فإن الاستقلال يشمل البطلان بمفهومه الواسع (المطلق والمعدوم)، لأن التفسير الضيق للمصطلح المستخدم في النصوص سالف الذكر يحملها أكثر مما تحتمل، ويخرج بها عن المعنى المقصود.

وبالنسبة للحجة الخاصة بحكم محكمة النقض الفرنسية فإن الحكم المشار إليه ليس فيه إطلاقاً ما يكرس للتفرقة بين الانعدام والبطلان، كذلك فإن القول بأن انعدام العقد الأصلي يفترض الغياب الكامل لاتفاق الأطراف، وهذا الغياب يشمل اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، فإنّه يمكن الرد على هذه الحجة بالقول أننا لو سلمنا جدلاً بصحتها فإنّ ذلك يمكن أن يُقبل إذا اتخذ

اتفاق التحكيم صورة الشرط الوارد في صلب العقد الأصلي، فكيف نفسره إذا اتخذ الاتفاق صورة شرط في سند مستقل عن سند العقد الأصلي، أو اتخذ صورة مشاركة التحكيم!!



### الخاتمة

لئن كان اتفاق التحكيم يمثل انعكاساً تاماً لمبدأ سلطان الإرادة، والذي يعطي للأطراف، بإقرار من النظام القانوني، القدرة على سلب النزاع من ولاية القضاء، ومنحه لأشخاص يختارونهم، فإن هذا الاتفاق اتفاق متكامل له ذاتيته المستقلة عن العقد الذي أدرج به، فله أركانه الخاصة به، فرضاه مستقل، ومحلّه مستقل، وسببه مستقل، فاتفق التحكيم له ذاتيته بأركانه وشروطه، ولا يضار من أي أفة تصيب العقد الأصلي، إذ لم يوجد إلا ليظهر الآفات التي تصيب العقد الأصلي، أو يؤكد عدم وجود آفات فيه، وينبغي ألا يجهد الفقه القانوني نفسه حول البحث في أساس استقلال اتفاق التحكيم، إذ أن البحث عن أساسه يعد مطعناً فيه، فاستقلاله كامن في ذاتيته بأركانه وشروطه المستقلة، والمفترض أنّ العلاقة بين العقود علاقة استقلال لا علاقة تبعية، وإنما البحث يكون عن أساس التبعية، إن وجدت، لا عن أساس الاستقلال. لما كان ذلك كذلك فإن اتفاق التحكيم لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي أو انعدامه، ذلك أنّ الانعدام جزء من البطلان، واعتبار البطلان شيئاً والانعدام شيئاً آخر، وبالتالي فإن الاستقلال يعمل في البطلان دون الانعدام، أمر مجافٍ للمستقر عليه قانوناً وفقاً للقواعد العامة في الاتفاقات، والتي تقبل التطبيق على قواعد التحكيم. وعليه فإننا ننتهي إلى أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم واسع النطاق، يشمل استقلاله عن العقد الأصلي في كل حالات العقد الأصلي من صحة أو بطلان بمعناه الواسع (البطلان المطلق والانعدام) والفسخ .... إلخ، وبالتالي يجب تفسير نصوص لوائح التحكيم المختلفة والمعاهدات الدولية التي تناولت مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، وكذلك أحكام المحكّمين، والنصوص الداخلية في التشريعات الوطنية في هذا الإطار، ولا ينبغي تحميلها أكثر ممّا تحتمل، فمصطلح البطلان الوارد في كلّ ما ذكر إنّما يصرف إلى المعنيين باعتبارهما شيئاً واحداً.

والله من وراء القصد.....

## قائمة المراجع

- 1- د. أحمد عبد الكريم سلامة: قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، ط1، 2004م، القاهرة، دار النهضة العربية.
- 2- د. أحمد عمر بوزقية: أوراق في التحكيم، ط1، 2003م، بنغازي، منشورات جامعة قاريونس.
- 3- د. أحمد انعيم الصلاحي: النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، ط1، 1994م، صنعاء، مركز الدراسات والبحوث اليمني، منشورات المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.
- 4- د. أحمد مخلوف: مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، دراسة قانونية في التحكيم الدولي، 2002 م، القاهرة، دار النهضة العربية
- 5- أحمد حشيش: طبيعة المهمة التحكيمية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي
- 6- د. حفيظة السيد الحداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، 2011م، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي
- 7- د. سراج حسن أبو زيد: التحكيم في عقود البترول، 2004م، القاهرة، دار النهضة العربية.
- 8- سلفان بولي: شرط التحكيم والقواعد العامة للاتفاقات، مجلة التحكيم، 2005م، ترجمة د. أحمد بوزقية، بنغازي، محاضرات مقررة على طلبة الدراسات العليا بكلية الحقوق بجامعة بنغازي سنة 2010م.
- 9- د. عبد الرازق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام، القاهرة، دار إحياء التراث العربي.
- 10- د. فتحي عبد الرحيم عبد الله: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول مصادر الالتزام، الجزء الأول العقد والإرادة المنفردة، 1999م، المنصورة، مكتبة الجلاء الجديدة.
- 11- د. محسن عبد الحميد البيه: النظرية العامة للالتزامات – المصادر الإرادية، المنصورة، مكتبة الجلاء.

12- د. محمد علي عبده: دور الشكل في العقود – دراسة مقارنة، 2007م، بيروت، منشورات زين الحقوقية.

13- د. محمود أبو العافية: التصرف القانوني المجرد، ط1، 1954م، القاهرة، دار النهضة العربية.

14- د. مصطفى الجمال: امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد7، 2011م.



## التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية طبقاً للاتفاقيات الدولية

أ. فريحة القطراني<sup>(1)</sup>

### مقدمة

نتعرض في هذا البحث لدراسة الآلية التي رسمتها أهم الاتفاقيات المعينة بالتعاون القضائي الدولي لتنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية، حيث إنها تشكل البناء الأساسي لهذه الآلية المهمة من آلياته، فجوهر هذه الدراسة ومغزاها الحقيقي هو تحليل القواعد التي تتضمنها هذه الاتفاقيات، كونها تساهم في تطوير القانون الجنائي الدولي، التي تتعلق بموضوع تنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية، سواء أكانت اتفاقيات جماعية أم إقليمية، كاتفاقية الرياض العربية وبعض الاتفاقيات الأوروبية، إلى جانب اتفاقيات التعاون القضائي الدولي التي أبرمتها ليبيا مع الدول الأخرى، فهذه الاتفاقيات تُعد مجالا خصباً للبحث والدراسة، بالإضافة إلى نظام روما الأساسي بشأن المحكمة الجنائية الدولية.

ويُعد تنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية من الآثار الإيجابية، حيث إنه الأثر المباشر المترتب عن تلك الأحكام، فالتعاون الدولي في تنفيذها صورة مستقلة وقائمة بذاتها في إطار نطاق أكثر عمومية واتساعاً، وهو التعاون الدولي في مكافحة الجريمة.

إلا أن التمسك بالطابع الوطني لمسألة تنفيذ تلك الأحكام يجعل الدول رافضة لإمكانية تفعيل هذه الآلية من آليات الاعتراف الدولي بالأحكام الجنائية، ولكن تلك الدول لا يمكن أن تبقى في دائرة التوقع التي رسمتها لنفسها، فلا بد أن تتعاون مع بعضها بعضاً لإمكانية مكافحة الإجرام المعاصر، ومن ثم يتطلب ذلك تحديث التشريعات الجنائية الوطنية حتى تستوعب هذا الشكل من أشكال التعاون الدولي.

<sup>1</sup> - عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.

وقد تفاوتت سياسات الدول بين الرافض لآلية تنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية، وبين المنظم لها بوضع شروط وضوابط معينة لتفعيلها، وقد حددنا دراستنا لموقف بعض الاتفاقيات الدولية المعنية بالقوة الإيجابية للأحكام الجنائية الأجنبية، لأنها تشكل منظومة العمل لتفعيل آلية الاعتراف بهذه الأحكام، خاصة الاتفاقيات المتعددة الأطراف، مع دراسة نظام روما الأساسي، لأنه أفرد لآلية تنفيذ أحكام محكمة الجنايات الدولية الباب العاشر منه، وذلك بتحليل نصوصه هذا الباب، والتساؤل في هذا الشأن عن مدى التزام الدول الأطراف طبقاً لهذا النظام؟ ومن جهة أخرى هل ثمة التزامات على الدول غير الأطراف في هذا النظام المذكور أم لا؟

بناءً على ما تقدم سنقسم هذا البحث إلى مطلبين، ونُتبع ذلك بخاتمة نورد فيها أهم ما تم التوصل إليه من نتائج، إضافة إلى أهم ما يمكن إبدائه من مقترحات، وذلك على النحو الآتي:

- **المطلب الأول:** آلية تنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية في ضوء بعض الاتفاقيات الدولية.
- **المطلب الثاني:** القوة التنفيذية للأحكام الصادرة عن محكمة الجنايات الدولية.

### المطلب الأول

#### آلية تنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية في ضوء بعض الاتفاقيات الدولية

تدور خطة الاتفاقيات الدولية، في شأن التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية، حول اتفاق الدول المتعاقدة على إمكانية تنفيذ الحكم الجنائي الأجنبي على أراضيها رغماً عن إرادة المحكوم عليه أحياناً، وبارادته أحياناً أخرى، خاصة في العقوبات السالبة للحرية<sup>(2)</sup>.

والتعاون بين الدول يتم في المجال الأمني، خاصة في التحقيقات الأولية والنهائية على أوسع نطاق، والسؤال هنا لم يؤيد هذا التعاون في المراحل السابقة على التنفيذ، وعندما يتعلق الأمر بتنفيذ الحكم فيعارض ذلك بحجة مساسه بسيادة الدول؟

<sup>2</sup>- د. جمال سيف فارس: ص 200.

### أولاً- آلية تنفيذ العقوبات السالبة للحرية:

أرسى العديد من الاتفاقيات الدولية في المجال الجنائي قاعدة إمكانية تنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية في غير دولة الإدانة، وقد حددت شروط هذا التنفيذ والقواعد التي تحكمه، حيث نجدها تقرر ضرورة اعتراف الدول الأطراف فيها بالأحكام الجنائية الصادرة من محاكم بعضها بعضاً، فواقع المجتمع الدولي يُشير إلى توجه الجهود الدولية إلى العمل الاستراتيجي الدولي المبني على الأجهزة الدولية والوطنية المعنية بالتعاون لمكافحة الجريمة، فلا يبقى أمام الأطراف الدولية التي ترغب في تحقيق هذا الأمل المنشود سوى الحرص على دعم العمل المشترك ثنائياً وإقليمياً ودولياً، وتطوير صورته، وتوثيق الروابط التعاونية لتحقيق المزيد من الصالح المشترك في هذا الميدان.

وقد استطاعت بعض الدول، سواء على المستوى الجماعي أو الثنائي، أن تخطو خطوات كبيرة في مجال التعاون القضائي الدولي<sup>(3)</sup>، حيث نجدها أبرمت اتفاقيات عدّة منها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية بتاريخ 19 ديسمبر 1988م (اتفاقية فيينا)، التي تهدف هذه الاتفاقية التي عُقدت في العاصمة النمساوية فيينا إلى النهوض بالتعاون فيما بين الدول الأطراف، حتى تتمكن من التصدي بمزيد من الفعالية لمختلف مظاهر مشكلة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية التي لها بعد دولي، وقد حثت هذه الاتفاقية على تعزيز فعالية التعاون الدولي، وذلك بعقد اتفاقيات وترتيبات ثنائية أو متعددة الأطراف بهذا الشأن<sup>(4)</sup>.

وقد نصّت في المادة السادسة/10 على أنه "في حالة رفض طلب التسليم الرامي إلى تنفيذ عقوبة ما، لأن الشخص المطلوب تسليمه من مواطني الطرف متلقي الطلب، ينظر الطرف متلقي الطلب إذا كان قانونه يسمح بذلك، وطبقاً لمقتضيات هذا القانون، وبناء على

<sup>3</sup>- د. علاء الدين شحاته: التعاون الدولي لمكافحة الجريمة، دراسة للاستراتيجية الوطنية للتعاون الدولي لمكافحة المخدرات، ط1، إيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، 2000م، ص 18.

<sup>4</sup>- المادة الثانية من هذه الاتفاقية، وكذلك الاتفاقية العربية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية، الموقعة سنة 1994م في تونس، حيث نجدها تنص في المادة الثانية /4/ ج على الحكم ذاته.

طلب من الطرف الطالب لتنفيذ العقوبة المحكوم بها بموجب قانون الطرف الطالب، أو ما يتبقى من تلك العقوبة".

ومن خلال استقراء هذا النص نجد أن هذه الاتفاقية أقرت إمكانية تنفيذ العقوبات المحكوم بها من قبل قضاء دولة في إقليم دولة أخرى، شرط أن يكون قانون الدولة التي ينتمي إليها المحكوم يُجيز ذلك، سواء لتنفيذ العقوبة كاملةً أو الجزء المتبقي منها.

وكذلك نصت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، اتفاقية باليرمو لسنة 2000م، في مادتها السادسة عشرة/12، على الأحكام ذاتها التي نصت عليها اتفاقية فيينا<sup>(5)</sup>.

كما أن كثيراً من الاتفاقيات الإقليمية حثت الدول على احترام قوة الأحكام الجنائية الأجنبية، ومنها الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالقيمة الدولية للأحكام الجنائية لسنة 1970م، فهذه الاتفاقية لم تتضمن مجرد الأخذ في الحسبان الأحكام الجنائية الأجنبية فحسب، بل ذهبت إلى أبعد من ذلك، حيث أجارت تنفيذ الأحكام الجنائية الأوروبية<sup>(6)</sup>، ومن ثم وضعت قواعد تفصيلية تحدد الآلية التي يتم وفقاً لها تنفيذ تلك الأحكام، حيث رسمت للدول المتعاقدة خطة تنفيذ الأحكام الجنائية الصادرة من محاكم بعضها بعضاً.

وتعدّ هذه الاتفاقية بحق النموذج الأمثل لبقية الدول لتسير على نهج الدول الأوروبية بعقد اتفاقيات على غرارها<sup>(7)</sup>، وقد حدّدت الإجراءات المُمهدة لعملية التنفيذ، حيث يجب تمهيداً لهذه العملية نقل المحكوم عليه، إن كان محبوساً في دولة الإدانة، إلى دولة التنفيذ، بعد قبول طلب التنفيذ من هذه الأخيرة، حيث إن تنفيذ العقوبة المنطوق بها في دولة الإدانة يتم بموجب قرار يصدر من قاضي دولة التنفيذ، حيث يقوم بمنح الحكم أمر التنفيذ، ولا بدّ من صدور حكم

<sup>5</sup>- حيث نصت على أنه "إذا رفض طلب تسليم، مُقدم بغرض تنفيذ حكم قضائي، بحُجّة أن الشخص المطلوب تسليمه هو من رعايا الدولة الطرف متلقية الطلب، وجب على الدولة الطرف متلقية الطلب، إذا كان قانونها الداخلي يسمح بذلك، وإذا كان ذلك يتفق ومقتضيات ذلك القانون، وبناء على طلب من الطرف الطالب، أن تنتظر في تنفيذ الحكم الصادر بمقتضى قانون الطرف الطالب الداخلي، أو تنفيذ ما تبقى من العقوبة المحكوم بها".

<sup>6</sup>- د. حازم مختار الحاروني: ص 508.

<sup>7</sup>- وقد خصصت الباب الثاني تحت عنوان "تنفيذ الأحكام الجنائية الأوروبية"، من المواد الثانية حتى الثانية والخمسين.

منه، يأمر فيه السلطات المختصة في دولته بضرورة وضع ذلك الحكم موضع التنفيذ<sup>(8)</sup>، وعلى الرغم من ذلك فإن الاتفاقية تعطي الدول المتعاقدة مكنة تعيين سلطات أخرى لاتخاذ مثل هذه القرارات، إذا كان الأمر يتعلق فقط بتنفيذ غرامة أو مصادرة<sup>(9)</sup>.

وقد تتطلب عملية النقل مرور المحكوم عليه في دولة ثالثة<sup>(10)</sup>، ومن ثم يتعين تطبيق الشروط التي نصت عليها الاتفاقية، حيث إن عبور الشخص المعتقل من خلال أراضي إحدى الدول المتعاقدة، والذي يتعين ترحيله إلى دولة متعاقدة ثالثة، بموجب المعاهدة الحالية، يمكن السماح به بناء على طلب من الدولة المعتقل بها الفرد، وقد تُحتّم دولة العبور الاطلاع على كل المستندات اللازمة إذا قبلت اتخاذها لأي قرار بشأن الدعوى، ويتعين أن يبقى الفرد المرحّل معتقلاً بأرض دولة العبور، إلا إذا طالبت الدولة القائمة بترحيله بالإفراج عنه<sup>(11)</sup>. وعلى الرغم من ذلك فقد استثنت الاتفاقية المذكورة من مبدأ ضرورة نقل المحكوم عليه من دولة الإدانة إلى دولة التنفيذ، الحالات التي يتعارض فيها هذا النقل مع قانون دولة الإدانة، ومثل ذلك أن يكون المحكوم عليه من رعايا هذه الأخيرة. وأوجبت هذه الاتفاقية تقديم طلب لتنفيذ الحكم الجنائي الأوروبي من قبل دولة الإدانة، يرفق به كل الأوراق اللازمة لتطبيق الاتفاقية، ويتم ذلك بين وزارة العدل التابعة لدولة الإدانة ووزارة العدل التابعة لدولة التنفيذ، وبموجب اتفاقية بين هاتين الدولتين، ويتم أحياناً نقل الدعاوى والأوراق اللازمة فيها بواسطة المنظمة الدولية للشرطة الجنائية "Interpol"، كما يتم نقل الأصل أو النسخة المعتمدة من جزء أو كل الملف الجنائي إلى دولة التنفيذ، بناء على طلبها<sup>(12)</sup>.

<sup>8</sup>- د. حازم مختار الحاروني: ص 298.

<sup>9</sup>- هذا ما نصت عليه المادة السابعة والثلاثين من الاتفاقية. ومما تجدر ملاحظته أن هذه الاتفاقية أعطت لأي دولة من الدول المتعاقدة الحق في أن تبدي رفضها لقواعد النقل المذكورة فيها، وذلك بموجب تصريح موجه إلى السكرتير العام للمجلس الأوروبي.

<sup>10</sup>- هذا ما نصت عليه المادة الثالثة والأربعين من الاتفاقية.

<sup>11</sup>- وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة عشرة من الاتفاقية.

<sup>12</sup>- هذا ما نصت عليه المادة السادسة عشرة من الاتفاقية، حيث "يرفق بدعوى التنفيذ الأصل أو الصورة المعتمدة من الحكم الذي تمت إقامة الدعوى لتنفيذه، بالإضافة إلى كل الأوراق اللازمة، كما يتم نقل الأصل أو النسخة المعتمدة من جزء أو كل الملف الجنائي إلى دولة التنفيذ بناء على طلبها".

وأعطت لقاضي دولة التنفيذ صلاحية استبدال العقوبة المنصوص عليها في قانون دولته بالعقوبة السالبة للحرية المحكوم بها في دولة الإدانة، ولكن لا يجوز أن تزيد مدة العقوبة لحدّ الإساءة لمركز المحكوم عليه الناتج عن الحكم الصادر من دولة الإدانة<sup>(13)</sup>.

ومراعاةً لاعتبارات العدالة والإنصاف أوجبت الاتفاقية على القاضي أن يخصم مدة العقوبة والحبس الاحتياطي التي أمضاها المحكوم عليه في دولة الإدانة من العقوبة التي ستُنَفَّذ في دولته<sup>(14)</sup>.

ويجب على القاضي أن يتأكد من نقاط أساسية عدّة، حددتها الاتفاقية المذكورة في مادتها الأربعين، وهي أن يتأكد من أن العقوبة مُوقَّعة بموجب حكم جنائي أوروبي، ومن وجوب ازدواج التجريم في دولتي الإدانة والتنفيذ<sup>(15)</sup>، وأن يتأكد من أن التنفيذ لا يصطدم مع قاعدة "عدم جواز المحاكمة عن الفعل الواحد مرّتين"، التي نصت عليها الاتفاقية في مادتها الثالثة والخمسين.

وقد ألزمت الاتفاقية دولة الإدانة بعد قبول دولة التنفيذ تنفيذ الحكم الصادر من محاكمها- أن تُخَطِّر هذه الأخيرة دون تأخير بالقرارات والإجراءات التي تم اتخاذها في إقليمها، ويترتب عليها إنهاء العقوبة<sup>(16)</sup>، وفي المقابل ألزمت دولة التنفيذ بإرسال تقرير عن سير عملية التنفيذ لدولة الإدانة، بما يفيد أن العقوبة قد نُفذت بالفعل في تلك الدولة<sup>(17)</sup>.

وتنفيذ العقوبة السالبة للحرية طبقاً للاتفاقية الأوروبية لسنة 1970م، وإن كان يخضع لقانون دولة التنفيذ، ويُرتب ذلك نتيجة مفادها عدم جواز قيام دولة الإدانة -كقاعدة عامة- بتنفيذ العقوبة التي قضى بها حكم الإدانة، بمجرد تقديمها طلب التنفيذ إلى سلطات دولة التنفيذ، لكن

13- المادة الرابعة والأربعون من الاتفاقية.

14- د. عادل يحيى: ص 92.

15- وإن كان هذا الشرط محل نقد، حيث يؤدي إلى صعوبة تنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية.

16- المادة الثانية عشرة منها حيث نصت على أنه "يتعين على دولة الإدانة إخطار دولة التنفيذ بكل القرارات أو الإجراءات المتخذة على أرضها دون أي تأخير، التي ينبغي عليها، بموجب الفقرة السابقة، وضع حدّ لحق التنفيذ".

17- المادة الثامنة عشرة من الاتفاقية ذاتها نصت على أنه "تقوم سلطات دولة التنفيذ بإبلاغ، دون تأخير، سلطات دولة الإدانة بما يحدث بشأن دعوى التنفيذ. وإذا استلزم الأمر، فإن سلطات دولة التنفيذ تمد سلطات دولة الإدانة بالمستندات الدالة على أن العقوبة قد نفذت بالفعل".

هذا لا يعني غلّ يد دولة الإدانة بشكل مطلق، حيث حددت الاتفاقية حالات تستعيد فيها دولة الإدانة حقها في تنفيذ العقوبات المحكوم بها من محاكمها الوطنية، وهذه الحالات هي:

- 1 - إذا سحبت دولة الإدانة دعوها قبل أن تخطرها دولة التنفيذ بنيتها في استكمالها.
- 2 - إذا أخبرت دولة التنفيذ دولة الإدانة برفضها استكمال دعوى التنفيذ.
- 3 - إذا تنازلت دولة التنفيذ صراحةً عن حقها في تنفيذ العقوبة، ولا يمكن إجراء هذا التنازل إلاّ إذا قبلت بذلك الدولتان، أو إذا أصبح التنفيذ أمراً مستحيلاً في دولة التنفيذ، وهنا الأمر إجباري، إذا طلبت بذلك دولة الإدانة<sup>(18)</sup>.

وبالإضافة إلى الاتفاقية الأوروبية بشأن القيمة الدولية للأحكام الجنائية، هناك أيضاً اتفاقيات أخرى تُعنى بمسألة تنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية، نصت على آلية نقل المحكوم عليهم كوسيلة من وسائل التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام المذكورة، وترجع العلة وراء اهتمام الدول بهذه الآلية إلى أن نسبة السجّاء الأجانب في السجون الوطنية تُشكل غالبية عدد نزلائها، ومن ثم يؤدي هذا الأسلوب إلى التقليل من هذا العدد، فيخدم متطلبات السياسة الجنائية الحديثة. ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية "Shengne" الأوروبية لسنة 1985م، الخاصة بإلغاء الحدود الداخلية، وإنشاء واحد من الحدود الخارجية بين دول الاتحاد الأوروبي الأطراف في هذه الاتفاقية، قد قضت بجواز نقل تنفيذ الحكم الصادر بعقوبة سالبة للحرية، ولا تستلزم رضا المحكوم عليه، في المادة الثامنة والستين منها<sup>(19)</sup>.

وكما أن اتفاقية باليرمو حثت الدول الأطراف على إبرام اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف، بخصوص نقل المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية، لارتكاب جرائم تخضع لأحكام هذه الاتفاقية، لتنفيذها في الدولة التي يحملون جنسيتها، لكي يتسنى لأولئك الأشخاص اكمال مدد عقوباتهم هناك<sup>(20)</sup>.

18 - المادة الحادية عشرة من الاتفاقية المذكورة.

19 - د. عمر محمد سالم: ص 95 .

20 - المادة السابعة عشرة من الاتفاقية المذكورة .

وبمطالعة اتفاقية ستراسبورج الأوروبية الموقعة سنة 1983م، الخاصة بمسألة نقل المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية، نجدها حدّدت شروط هذا النقل، ويمكن إجمالها فيما يأتي :

- 1- أن تكون الجريمة التي يستند إليها طلب النقل معاقباً عليها بعقوبة سالبة للحرية، بمقتضى تشريع كلا الدولتين.
  - 2- أن يكون الحكم القضائي الصادر بالإدانة نهائياً وواجب التنفيذ، وألاً تكون العقوبة قد تقادمت طبقاً لقانون دولة الإدانة<sup>(21)</sup>.
  - 3- أن يكون المحكوم عليه من رعايا دولة التنفيذ وقت تقديم الطلب.
  - 4- أن يبدي المحكوم عليه، أو ممثله القانوني إذا كان المحكوم عليه عاجزاً عن التعبير- موافقته على النقل.
  - 5- ألا يقل باقي مدة العقوبة الواجب تنفيذها عن ستة أشهر من تاريخ تسلّم طلب النقل، ويجوز للدولتين أن تتفقا على النقل، ولو كانت المدة أقل من ذلك في حالات استثنائية.
- ومن خلال استقراء نصوص هذه الاتفاقيات نطرح تساؤلاً بشأن الطبيعة القانونية لنقل المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية، حيث ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأنه نمط استثنائي من تسليم المجرمين، وذلك لتفادي الشروط الموضوعية والإجرائية الصعبة التي يتسم بها تسليم المجرمين التقليدي، في حين يرى جانب آخر منهم أنه ليس تسليمياً للمجرمين، إنما هو وسيلة للتعاون بين الدول في تنفيذ الأحكام الصادرة من محاكم بعضها بعضاً لتسهيل عملية التنفيذ<sup>(22)</sup>.

### التعاون القضائي العربي بشأن تنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية:

الاتجاه نحو الاعتراف بالأحكام الجنائية الأجنبية يمكن ملاحظته، خاصة فيما يتعلق بتنفيذها على المستوى العربي، حيث يبدو ذلك في نصوص العديد من الاتفاقيات المبرمة بين الدول العربية، كاتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، التي أبرمت بين الدول الأعضاء في

<sup>21</sup> - المادة الثالثة من الاتفاقية المذكورة .

<sup>22</sup> - د. عبد السلام علي المزوغي: ص 14 .

جامعة الدول العربية في 6 أبريل لسنة 1983م، ودخلت حيز النفاذ في 30 أكتوبر لسنة 1985م<sup>(23)</sup>، وذلك لرغبة تلك الدول في تحقيق تيسير إجراءات التقاضي، وتوحيد قواعد الاختصاص، والاعتراف بالأحكام الجنائية الأجنبية، وتنفيذ العقوبات التي تتضمنها، وإيماناً منها بأن وحدة التشريع بين الدول العربية هدف قومي ينبغي السعي إلى تحقيقه، واقتناعاً بأن التعاون القضائي فيما بينها ينبغي أن يكون تعاوناً شاملاً لكل المجالات القضائية<sup>(24)</sup>.

وتُعَدُّ هذه الاتفاقية خطوة مهمة جداً في طريق ما ينبغي أن تكون عليه العلاقات بين الدول العربية في كل المجالات، حيث إن الدول العربية لا تألوا جهداً في سبيل وضع قواعد مشتركة، وإيجاد حلول لمشكلات التعاون القضائي الدولي منذ عام 1952م، وذلك في إطار جامعة الدول العربية، وقد نصّت الاتفاقية المذكورة في مادتها الخامسة والخمسين على "تنفيذ الأحكام القضائية بعقوبة سالبة للحرية لدى الطرف المتعاقد، الموجود في إقليمه المحكوم عليه"<sup>(25)</sup>، وتضمنت إجراءات تنفيذ الحكم الجنائي الصادر في إحدى الدول المتعاقدة في إقليم دولة أخرى طرف في هذه الاتفاقية، ولا يتم ذلك إلا بناء على طلب تتقدم به دولة الإدانة إلى دولة التنفيذ، وهذا الطلب لا يكفي وحده، بل لابد من موافقة المحكوم عليه، والدولة المطلوب منها التنفيذ.

وقد حدّدت الاتفاقية الشروط الواجب توافرها لتنفيذ ما تتضمنه الأحكام الأجنبية من عقوبات سالبة للحرية، وذلك بنقل المحكوم عليهم للدول التي ينتمون إليها، حيث نصت في مادتها الثامنة والخمسين على أنه "يجوز تنفيذ الأحكام الجزائية المكتسبة الدرجة القطعية

<sup>23</sup>- حُلّت اتفاقية الرياض المذكورة محل اتفاقيات تنفيذ الأحكام، واتفاقية تسليم المجرمين، واتفاقية الإعلانات والإنابات القضائية التي تم أبرمت عام 1952م، وهذا ما نصت عليه في المادة السابعة منها تحت عنوان "إلغاء الاتفاقيات المعمول بها حالياً".

<sup>24</sup>- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، موقع مركز القوانين العربية Arblaws . com ، دليل الاتفاقيات الدولية، متاح على الرابط : <http://www.farraulawuer.com/law/ettoo3m-6k>.

<sup>25</sup>- يجوز تنفيذ الأحكام القضائية بعقوبة سالبة للحرية لمدة تقل عن سنة في إقليم أحد الأطراف المتعاقدة الموجود فيه المحكوم عليه، بناءً على طلب الطرف المتعاقد الذي أصدر الحكم، إذا وافق على ذلك المحكوم عليه، والطرف المتعاقد المطلوب لديه التنفيذ. وقد نصت اتفاقية الرياض على المبدأ ذاته الذي نصت عليه الاتفاقية الملغية التي حُلّت محلها، إلا أنها قيدت إمكانية التنفيذ بشروط أكثر ضيقاً، حيث قصرت ذلك على الأحكام القضائية بعقوبة سالبة للحرية لمدة تقل عن سنة، وفي إقليم أحد الأطراف المتعاقدة الموجود فيها المحكوم عليه، شريطة أن يتم ذلك بموافقة المحكوم عليه، والطرف المتعاقد المطلوب منه التنفيذ. د. عبد السلام المزروعي: ص 12 .

النهائية. الصادرة لدى أحد الأطراف المتعاقدة في إقليم أي من الأطراف الأخرى الذي يكون المحكوم عليه من مواطنيه، بناء على طلبه إذا توافرت الشروط الآتية:

1- أن تكون العقوبة المحكوم بها سالبة للحرية، لا تقل مدتها أو المدة المتبقية منها أو القابلة للتنفيذ عن ستة أشهر.

2- ألا تكون العقوبة من أجل إحدى الجرائم التي لا يجوز فيها التسليم طبقاً للمادة 41 من هذه الاتفاقية.

3- أن تكون العقوبة من أجل فعل معاقب عليه لدى الطرف المتعاقد المطلوب التنفيذ لديه بعقوبة سالبة للحرية لا تقل مدتها عن ستة أشهر.

4- أن يوافق على طلب التنفيذ كل من الطرف المتعاقد الصادر عنه الحكم والمحكوم عليه<sup>(26)</sup>.

وتضمنت اتفاقية الرياض المذكورة ثلاث حالات لا يجوز فيها تنفيذ العقوبة المحكوم بها، وهي:

- إذا كان نظام التنفيذ لدى الطرف المتعاقد طالب التنفيذ لا يتفق مع نظام التنفيذ لدى الطرف المتعاقد الصادر منه الحكم.

- إذا كانت العقوبة قد انقضت بمضي المدة، وفق قانوني دولتي الإدانة والتنفيذ.

- إذا كانت العقوبة المحكوم بها تُعد من تدابير الإصلاح والتأديب، أو الحرية المراقبة، أو العقوبات الفرعية الإضافية، وفقاً لقانون ونظام الطرف المتعاقد طالب التنفيذ<sup>(27)</sup>.

وبمطالعة نصوص اتفاقية الرياض العربية يثور تساؤل مهم، وهو في حالة صدور عفو عام عن الجريمة المحكوم فيها، أو عفو خاص عن المحكوم عليه، ما أثر ذلك؟ سواء أكان ذلك من دولة التنفيذ أم دولة الإدانة؟ إذ حسمت هذه الاتفاقية حسمت هذه المسألة بنص صريح، وهو

<sup>26</sup> - خصصت هذه الاتفاقية الباب السابع لتنفيذ عقوبات المحكوم عليهم لدى الدول التي ينتمون إليها، على الرغم من أنها لم تكن اتفاقية خاصة بمسألة نقل المحكوم عليهم، وبموجب القانون رقم 8 لسنة 1987م، الخاص بالمصادقة على بعض الاتفاقيات، الجريدة الرسمية، العدد رقم 23 ديسمبر 1987م، وبذلك تُعد اتفاقية الرياض جزءاً من القانون الليبي، ومن ثم يتم تنفيذ الأحكام الجنائية طبقاً لنصوص هذه الاتفاقية.

<sup>27</sup> - المادة التاسعة والخمسون من الاتفاقية.

نص المادة الحادية والسنتين منها، حيث نصت على أنه "يسري على المحكوم عليه كل من العفو العام والعفو الخاص الصادرين لدى الطرف المتعاقد الذي أصدر الحكم، ولا يسري عليه العفو الخاص الصادر لدى الطرف المتعاقد طالب التنفيذ، أمّا إذا صدر عفو عام من الطرف المتعاقد طالب التنفيذ، وكان يشمل المحكوم عليه، أخطر بذلك الطرف المتعاقد الصادر عنه الحكم، الذي له أن يطلب استعادة المحكوم عليه لتنفيذ ما تبقى من العقوبة المحكوم بها، وإذا لم يتقدم بهذا الطلب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغه بهذا الإخطار يُعدّ قد صرف النظر عن استعادة المحكوم عليه، ويطبق العفو العام على المحكوم عليه".<sup>(28)</sup>

ومن خلال هذا النص نتبين أنّ الاتفاقية ضيّقت من نطاق العفو الذي يصدر عن دولة التنفيذ، وقصرته على حالة العفو العام فحسب، بالإضافة إلى تقيده بضرورة موافقة دولة الإدانة، بخلاف الحال في حال صدوره من هذه الأخيرة<sup>(29)</sup>.

كما أن اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي لسنة 1991م<sup>(29)</sup>، نصت على جواز تنفيذ الأحكام القضائية بعقوبة سالبة للحرية في بلد من البلدان الأطراف الموجود فيه المحكوم عليه، بناءً على طلب الطرف المتعاقد الذي أصدر الحكم، شرط موافقة المحكوم عليه، والطرف المتعاقد المطلوب لديه التنفيذ<sup>(30)</sup>، حيث يتم نقل تنفيذ هذه العقوبة إلى إقليم الدولة التي ينتمي إليها المحكوم عليه، وتُعدّ هذه الاتفاقية في الواقع نوعاً جديداً من التعاون القضائي الدولي المثمر، لأنها تقوي الروابط بين الدول الأطراف فيها، في ظلّ التبادل المشترك والطبيعي بينها منذ زمن بعيد.

28- الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالقيمة الدولية للأحكام الجنائية نصت هي الأخرى على أثر العفو العام والخاص، في مادتها الثانية عشرة، حيث أعطت حق إصدارهما لدولتي الإدانة والتنفيذ، وإن كان الأصل أن الاستفادة ممكنة من جانب الدولة التي أصدرت حكم الإدانة، كون الجريمة ارتكبت على أراضيها، وهي الأقدر على تحديد كون المحكوم عليه يستحق العفو من عدمه، حيث إن دور دولة التنفيذ يقتصر على تنفيذ العقوبة وفقاً للإجراءات المقررة في قانونها، ويجب عليها أن تُوقف تنفيذ الحكم حالاً بمجرد إخطارها رفع القوة التنفيذية عن حكم الإدانة من جانب دولة الإدانة بموجب عفو عام أو خاص، د. جمال سيف فارس: ص 214.

29- الموقع عليها بمنطقة رأس الأنوف في ليبيا سنة 1991م، والتي تمت المصادقة عليها بموجب القانون رقم 2 لسنة 1991م، في شأن المصادقة على بعض الاتفاقيات الدولية، الجريدة الرسمية، الجزء الأول، العدد العشرون.

30- المادة السادسة والسنتون من الاتفاقية، متاح على الرابط :

والاتجاه نحو الاعتراف بالأحكام الجنائية الأجنبية يظهر جلياً أيضاً في نصوص الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية لسنة 2010م، فقد جاء النص صراحة في المادة الحادية والثلاثين منها على أنه "تعترف الدول الأطراف في الاتفاقية بالأحكام الجنائية والمدنية الأجنبية النهائية الصادرة من محاكم الدول الأخرى الأطراف في الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية" (31).

وقد حدّد واضعو هذا المشروع بعض الأحكام التي تخرج من نطاق الاعتراف، ولا يجوز من ثم الاعتراف بها، وهي:

- 1- الأحكام المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، أو الأنظمة الأساسية في الدول المطلوب منها الاعتراف بها لتنفيذها.
  - 2- الأحكام التي مازالت قابلة للطعن فيها بأحد أوجه الطعن المقررة في قانون دولة الإدانة.
  - 3- الأحكام الصادرة في جريمة تدخل أصلاً ضمن الولاية القضائية للدولة المطلوب منها أخذ الحكم في الاعتبار، متى باشرت فيها أياً من إجراءات التحقيق أو المحاكمة (32).
- وفيما يتعلق باتفاقيات التعاون القضائي الدولي، التي عقدتها ليبيا مع بعض الدول، نجد مثلاً الاتفاقية المبرمة بين ليبيا والمملكة المغربية، بشأن الإعلانات والإنابات القضائية وتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين، بتاريخ 27 ديسمبر 1962م (33)، وكذلك الاتفاقية المبرمة بينهما، بتاريخ 2 يوليو 1998م بشأن مساعدة الأشخاص المعتقلين أو المحبوسين، ونقل المحكوم عليهم إلى أوطانهم، حيث حددت هذه الاتفاقية شروط نقل المحكوم عليهم، سواء بناء على

<sup>31</sup>- أنظر نصوص هذه الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية، لسنة 2010م، موقع جامعة الدول العربية متاح على الرابط: <http://pas.org.b/default.aspx?tabid=108?article.Type=Article.view?articleid=563-24k>.

<sup>32</sup>- د. جمال سيف فارس: ص 98.

<sup>33</sup>- المادة الرابعة والثلاثين منها، حيث نصّت على أنه "يجوز تنفيذ الأحكام القضائية بعقوبة مقيدة للحرية في الدولة الموجود بها المحكوم عليه، بناء على طلب الدولة التي أصدرت الحكم، على أنه يشترط لذلك موافقة الدول المطلوب منها التنفيذ، وتحمل الدولة طالبة التنفيذ جميع النفقات التي يستلزمها تنفيذ الحكم"، وكذلك اتفاقية الإعلانات والإنابات القضائية وتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين، المعقودة بين ليبيا والجمهورية التونسية سنة 1963م، في مادتها الرابعة والثلاثين، والتي تمت المصادقة عليها بموجب القانون رقم 14 لسنة 1963م، موسوعة التشريعات الليبية، الجزء الأول، العدد السابع، ص 76، وكذلك اتفاقية التعاون القضائي الموقعة بين ليبيا والسودان عام 1991م، والتي تمت المصادقة عليها بموجب القانون رقم 2 لسنة 1991م، الجريدة الرسمية، العدد العشرون، 1991م.

طلب المحكوم عليه، أو دولة الإدانة، أو دولة التنفيذ، وذلك في المادة الرابعة منها<sup>(34)</sup>.

وقد نصت هذه الاتفاقية الأخيرة بأن طلب نقل المحكوم عليه يتم رفضه في حالتين هما:

1- إذا تقادمت العقوبة بمقتضى قانون إحدى الدولتين.

2- إذا كان المحكوم عليه ينتمي إلى دولة الإدانة<sup>(35)</sup>.

وفيما يتعلق بتكاليف نقل المحكوم عليهم، فطبقاً لهذه الاتفاقية تتحملها دولة التنفيذ، إلا إذا

تقرر خلاف ذلك من طرف الدولتين<sup>(36)</sup>، في حين أن اتفاقية الرياض المذكورة نصت على أن

تتحمل دولة الإدانة مصروفات نقل المحكوم عليه لإقليم الدولة المطلوب منها تنفيذ الحكم، أما

نفقات التنفيذ ذاتها فتتحملها دولة التنفيذ<sup>(37)</sup>.

وعند دراسة مسألة تنفيذ الأحكام الجنائية في غير دولة الإدانة نجد لها تأثير العديد من

الإشكاليات القانونية، حددتها الاتفاقية الأوروبية لسنة 1970م، حيث إن موافقة الدولة على

تنفيذ حكم صادر من قضاء دولة أخرى طرف في الاتفاقية يترتب عليه جملة من الآثار

القانونية، أي على نشوء العلاقة بين دولة الإدانة ودولة التنفيذ، وتتمثل في:

34- حيث نصت على أنه "يشترط لتطبيق هذه الاتفاقية ما يأتي:

أ - أن تكون الجريمة التي يستند إليها الطلب معاقباً عليها في تشريع كل من الدولتين.

ب - أن يكون الحكم المشار إليه في المادة الثالثة نهائياً، وقابلاً للتنفيذ.

ج - أن يكون المعتقل أو المحبوس المحكوم عليه من رعايا الدولة التي سينتقل إليها.

د - أن يكون هذا النقل بموافقة المعتقل أو المحبوس أو ممثله القانوني، إذا تعذر عليه ذلك بسبب سنه، أو حالته الصحية أو العقلية.

هـ - يجب أن يحظى هذا النقل بقبول كل من دولة الإدانة ودولة التنفيذ".

وكذلك اتفاقية التعاون بين ليبيا وإيطاليا في مجال مكافحة الإرهاب والجريمة المنظمة والتجارة غير المشروعة بالمواد المخدرة والمؤثرات العقلية

والهجرة غير المشروعة، الموقع عليها في روما 12.13.2000م، وقد تمت المصادقة عليها بالقانون رقم 11 لسنة 1999م، الخاص بالمصادقة

على الاتفاقيات الدولية المبرمة بين ليبيا والدول الأخرى في نطاق المنظمات الدولية والإقليمية، مدونة التشريعات، سنة 2001م، وكذلك اتفاقية

التعاون القضائي في المواد المدنية والجزائية التي وقّعت بمدينة القاهرة بين ليبيا وجمهورية مصر العربية في 1992/6/26م، والتي تمّت

المصادقة عليها بالقانون رقم 13 لسنة 1992م، الخاص بالمصادقة على بعض الاتفاقيات الدولية، الجريدة الرسمية، العدد 33، 1992م.

35- المادة السادسة من الاتفاقية المذكورة، وكذلك تم التوقيع على اتفاقيتين بين ليبيا وأوكرانيا بتاريخ 2008/2/9م، بشأن نقل الأشخاص المحكوم

عليهم، والمساعدات القانونية في المسائل الجنائية، وكذلك اتفاقية المساعدة القانونية المدنية والتجارية والجنائية بين ليبيا وقبرص المبرمة في

2004.9.22م، التي تمّت المصادقة عليها بموجب القانون رقم 10 لسنة 1993م متاح على الرابط : <http://www.alade.gov.ly/main/modules/nems/article.php?storuid=11-16k>.

36- المادة الرابعة عشرة من الاتفاقية ذاتها.

37- المادة الرابعة والستون من اتفاقية الرياض.

## 1 - الإجراءات القاطعة أو الموافقة للتقادم:

هذه الاتفاقية في مادتها الثامنة ساوت بينهما في الأثر القانوني المترتب عليهما، سواء التي اتخذت في دولة الإدانة أم دولة التنفيذ<sup>(38)</sup>، ويلاحظ أن التقادم المشار إليه في المادة المذكورة لا يقتصر على تقادم العقوبة المحكوم بها، وإنما يشمل بالإضافة إلى ذلك تقادم الدعوى الجنائية، حيث أشارت هذه المادة إلى نص الفقرة الأولى من المادة السادسة من الاتفاقية الخاصة بتقادم العقوبة، وإلى التحفظ المشار إليه في الفقرة (C) من الملحق (I) بهذه الاتفاقية، الخاص بتقادم الدعوى الجنائية.

## 2 - قاعدة خصوصية التنفيذ:

قررت كذلك هذه القاعدة في مادتها التاسعة، ومفادها أن المحكوم عليه لا يخضع بعد نقله إلى دولة التنفيذ إلا لتنفيذ العقوبة المحكوم عليه بها في دولة الإدانة، ولا يجوز ومن ثم ملاحظته عن أفعال سابقة على نقله إلى هذه الدولة<sup>(39)</sup>، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة، حيث أجازت هذه الاتفاقية لدولة التنفيذ ملاحقة المحكوم عليه، لتنفيذ عقوبة أخرى غير العقوبة المحكوم بها في دولة الإدانة، وذلك في حالات معينة، وبموافقة دولة الإدانة<sup>(40)</sup>، ويجوز لدولة التنفيذ اتخاذ الإجراءات الضرورية لإعادة المحكوم عليه إلى إقليمها بغرض تنفيذ العقوبات الأخرى، ولقطع مدة التقادم، وذلك وفقاً لأحكام قانونها الداخلي<sup>(41)</sup>.

<sup>38</sup> - حيث نصت المادة الثامنة على أنه "من أجل تنفيذ الفقرة الأولى من المادة السادسة، والتحفظ المذكور تحت رقم (ج) في أولى الأوراق المرفقة مع المعاهدة الحالية، فإن الإجراءات المؤجلة أو المعترضة لسقوط العقوبة، التي تتخذ بواسطة سلطات دولة الإدانة تعد في دولة التنفيذ، وكأنما ينتج عنها الأثر نفسه لسقوط العقوبة، طبقاً لقانون تلك الدولة".

<sup>39</sup> - د. عادل يحيى: ص 118.

<sup>40</sup> - المادة التاسعة/1 من الاتفاقية نصت على أن "الفرد المعتقل في دولة الإدانة، الذي قد تم ترحيله إلى دولة التنفيذ من أجل التنفيذ لن تتم ملاحظته أو معاقبته أو مقاضاته بالامتنال لأي عقوبة أو قرار أو إجراء من شأنه حرمانه من حريته الشخصية، جزاءً لأي فعل سابق، غير الفعل الذي صدر عنه الحكم بالعقوبة، إلا في الحالات الآتية:

1. إذا وافقت الدولة التي قامت بترحيله على ذلك، وبهذا الشأن يتم التقدم بطلب مرفقة به كل الأوراق اللازمة، بالإضافة إلى محضر قانوني مدون به كل التصريحات الصادرة من قبل المعني، وتتم هذه الموافقة عندما يمكن أن تسمح المخالفة التي يتطلب تلك الموافقة بشأنها بتسليم المجرم، طبقاً لقانون دولة الإدانة، أو إذا لم يتم استبعاد التسليم إلا بسبب معدل العقوبة.

2. أو إذا لم يترك المعني، خلال الخمسة وأربعين يوماً التالية للحكم، أرض الدولة التي تم ترحيله إليها على الرغم من قدرته على ذلك، أو إذا كان قد عاد إليها ثانيةً بعدما تركها".

<sup>41</sup> - د. عادل يحيى: ص 119.

### 3 - مسألة الطعن في الأحكام:

حدّدت هذه الاتفاقية أيضاً سلطة النظر في الطعن في الحكم الجنائي الأجنبي وطلب مراجعته بدولة الإدانة دون غيرها، باعتبار إن الحكم صدر من محاكمها الوطنية، فهي أقدر على ذلك، حيث إن الطعن في الحكم الصادر بالإدانة يهدف إلى مراجعة ما أثبتته هذا الأخير من وقائع، والتشكيك في صحتها، ونسبتها للمحكوم عليه<sup>(42)</sup>.

#### ثانياً - التعاون الدولي في مجال تنفيذ المصادرة والغرامة:

تُعد المصادرة من الجزاءات الجنائية الأكثر فعالية في مكافحة الجريمة المنظمة، حيث إن مصادرة متحصلات الجريمة تعني القضاء على الغرض الرئيس الذي تسعى التنظيمات الإجرامية إلى تحقيقه<sup>(43)</sup>، وقد أقرّها العديد من الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف، وأكد ضرورتها كآلية من آليات التعاون القضائي الدولي، كاتفاقية فيينا لعام 1988م، حيث أفردت للمصادرة المادة الخامسة منها<sup>(44)</sup>.

وحدّدت القواعد التي يجب على الدول اتباعها لتنفيذ حكم المصادرة، في إطار قانوني متكامل، لتنظيم هذه الوسيلة من وسائل التعاون القضائي الدولي<sup>(45)</sup>، حيث قضت بأنه "في حالة تقديم طلب تنفيذ حكم المصادرة من طرف له اختصاص قضائي بإحدى جرائم الاتجار غير المشروع بالمخدرات وغسل الأموال إلى طرف آخر تقع على إقليمه المتحصلات أو الأشياء الأخرى المطلوب مصادرتها يقوم الطرف المطالب باتخاذ أحد إجراءات وفقاً لأحكام قانونه الداخلي وقواعده الإجرائية"<sup>(46)</sup>.

إما أن يُقدم الطلب إلى سلطاته المختصة لاستصدار أمر المصادرة، والقيام بتنفيذ هذا

<sup>42</sup>- هذا ما قرره المادة العاشرة/2 منها حيث إنه "يحق فقط لدولة الإدانة البت في النقض بالمراجعة".

<sup>43</sup>- د. شريف سيد كامل، مكافحة جرائم غسل الأموال في التشريع المصري، مرجع سابق، ص 284.

<sup>44</sup>- حيث نصت هذه المادة في فقرتها الأولى على أنه "يتخذ كل طرف ما قد يلزم من تدابير للتمكين من مصادرة ما يأتي:

أ- المتحصلات المستمدة من الجرائم المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة الثالثة، أو الأموال التي تعادل قيمتها قيمة المتحصلات المذكورة.

ب- المخدرات والمؤثرات العقلية، والمواد والمعدات أو غيرها من الوسائط المستخدمة، أو التي يقصد استخدامها بأي كيفية في ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة الثالثة".

<sup>45</sup>- وقد تناولت الاتفاقية العربية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لسنة 1994م القواعد ذاتها بشأن المصادرة.

<sup>46</sup>- د. مصطفى طاهر: ص 499.

الأمر حال الحصول عليه، أو أن يتم تقديم أمر المصادرة الأجنبي، الصادر من الطرف الطالب إلى سلطاته المختصة، بهدف تنفيذه بالقدر المطلوب، وبقدر ما يتعلق بالمتحصلات أو الأموال والأشياء الأخرى ذات الصلة، الواقعة في إقليم الطرف المطالب، ويشترط أن يتضمن الطلب في هذه الحالة صورة مقبولة قانوناً من أمر أو حكم المصادرة، وبياناً بالوقائع والمعلومات عن النطاق المطلوب تنفيذ الأمر في حدوده<sup>(47)</sup>.

وقد اعتمدت اتفاقية باليرمو ذات الأحكام الواردة في اتفاقية فيينا إلى حد كبير في مجال تنفيذ أحكام المصادرة الصادرة في إحدى الدول المتعاقدة في إقليم دولة متعاقدة أخرى<sup>(48)</sup>، في حين أن الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالقيمة الدولية للأحكام الجنائية فصلت في مادتها الخامسة والأربعين في ذلك، إذ أنه عندما يتم تسلم طلب لتنفيذ حكم بمصادرة مبلغ من المال، فإن قاضي دولة التنفيذ يقوم بمصادرتها، وذلك بتحويله إلى الوحدات النقدية الخاصة بالدولة المطلوب منها التنفيذ، وفقاً لأسعار الصرف الموجودة لحظة اتخاذ القرار<sup>(49)</sup>.

ويتم تحديد المبلغ محل المصادرة دون تجاوز الحد الأقصى المحدد بموجب قانون الدولة المنفذة بالنسبة الجريمة ذاتها، وفي حالة عدم تحديد حد أقصى للمبلغ في دولة التنفيذ، يتم تحديده وفقاً لما جرى عليه العمل بالنسبة للوقائع ذاتها<sup>(50)</sup>، وإذا كان طلب تنفيذ حكم المصادرة ينصب على مصادرة أشياء محددة، فلا يجوز - وفقاً لنص المادة السادسة والأربعين من الاتفاقية المذكورة - لقاضي دولة التنفيذ أو السلطة المشار إليها في المادة السابعة والثلاثين من الاتفاقية، الأمر بمصادرة هذه الأشياء، إلا في الحالة التي ينص فيها قانون دولة التنفيذ على جواز مصادرة هذه الأشياء، كجزاء للجريمة المرتكبة ذاتها<sup>(51)</sup>، وعلى الرغم من ذلك فإنه يجوز بموجب هذه المادة الحفاظ على المصادرة التي تم النطق بها في دولة الإدانة، عندما

47- المادة الخامسة /4/د.

48- د. عادل يحيى: ص 105.

49- د. عمر محمد سالم: ص 93.

50- المادة الخامسة والأربعون/1 من الاتفاقية الأوروبية.

51- حيث نصت المادة السادسة والأربعون/1 على أنه "عندما تستهدف دعوى التنفيذ مصادرة إحدى الأشياء المحددة، فإن القاضي أو السلطة المعنية بموجب المادة السابعة والثلاثين لا يمكنها الأمر بمصادرة هذا الشيء إلا في حالة ما إذا كانت تلك المصادرة يسمح بها قانون دولة التنفيذ للفعل ذاته".

تكون تلك العقوبة غير واردة في قانون دولة التنفيذ عن الجريمة ذاتها، ولكنه يسمح بالنطق بعقوبات أشد جسامة<sup>(52)</sup>.

وبهذا نتبين أن الاتفاقيات الدولية تسعى إلى حث الدول على تطوير أسس ووسائل التعاون فيما بين سلطاتها القانونية والقضائية، لاسيما في مجال المصادرة، والعمل على تعزيز هذا التعاون لأقصى حد ممكن<sup>(53)</sup>، حيث توجب على الدول الأطراف تعيين السلطة المختصة لتسلم طلبات تنفيذ أحكام وأوامر المصادرة الصادرة من محاكم بعضها بعضاً، وقد أعطت الدول حق التصرف في الأموال والمتحصلات التي تمت مصادرتها، وذلك بما يتفق مع أحكام قوانينها الوطنية، وحسب ما تقضي به من إجراءات وضوابط<sup>(54)</sup>.

وهذه الاتفاقيات حثت الدول على عقد اتفاقيات بشأن التبرع بقيمة المتحصلات والأموال التي صودرت للهيئات الدولية والحكومية المتخصصة في مكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية خاصة، والجريمة المنظمة عموماً، واقتسام هذه المتحصلات أو الأموال المتحصلة من جميع هذه المتحصلات مع الأطراف الأخرى على أساس منظم، بناءً على قوانينها الوطنية، أو اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف<sup>(55)</sup>.

وحددت الآلية التي يتم بها التصرف في الأموال التي تمت مصادرتها إلى خزانة دولة التنفيذ، بشرط عدم المساس بحقوق الغير حسن النية، حيث إن الاتفاقية الأوروبية نصت في مادتها السابعة والأربعين/1 على أنه "ويرجع ما تم تحصيله من المبالغ التي تمت مصادرتها إلى خزانة دولة التنفيذ دون إضرار بحقوق الآخرين"، ويمكن إعادة الأشياء التي تمت مصادرتها، والتي تمثل منفعة خاصة، لدولة الإدانة بناءً على طلبها"<sup>(56)</sup>.

أمّا فيما يتعلق بتنفيذ أحكام الغرامة، فقد تناولت الاتفاقية الأوروبية المعنية بالقيمة الدولية للأحكام الجنائية، القواعد التي تحكم تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة من محاكم إحدى الدول

<sup>52</sup> - الفقرة الثانية من المادة ذاتها.

<sup>53</sup> - د. مصطفى طاهر: ص 500 .

<sup>54</sup> - اتفاقية باليرمو، المادة 1/14، واتفاقية فيينا، المادة الخامسة/5 .

<sup>55</sup> - اتفاقية فيينا المادة الخامسة/5ب، اتفاقية باليرمو، المادة الرابعة عشرة/3.

<sup>56</sup> - المادة السابعة والأربعون/2 من الاتفاقية الأوروبية.

المتعاقدة في إقليم دولة أخرى طرف في الاتفاقية<sup>(57)</sup>، حيث حدّدت الإجراءات الواجب اتباعها بشكل تفصيلي، وباستقراء هذه القواعد نتبين أن المادة الخامسة والأربعين نصت على أنه "عند تسلم قاضي دولة التنفيذ طلب التنفيذ الصادر من دولة الإدانة، يقوم بتحويل المبلغ المحدد في الحكم إلى الوحدات النقدية الوطنية لدولته، وفقاً لأسعار الصرف المعمول بها لحظة اتخاذ القرار، بشرط عدم تعديه الحد الأقصى المحدد في قانون دولة التنفيذ، للجريمة المرتكبة ذاتها". وفي حالة عدم تحديد هذا القانون للحد الأقصى يصبح الحد الأقصى هو الحد المحدد عادةً الذي جرى عليه العمل في تلك الدولة للجريمة ذاتها<sup>(58)</sup>، ومع ذلك يجوز للقاضي تنفيذ عقوبة الغرامة المحكوم بها من دولة الإدانة، طبقاً للفقرة الأولى من المادة الخامسة والأربعين المذكورة، دون النظر في قانون دولة التنفيذ، إذا كان قانون هذه الأخيرة يقرر عقوبات أشد جساماً للواقعة، ومُثثلة في عقوبات، أو في سحب رخصة القيادة بالنسبة لسائق مهني، أو الحرمان من حق لازم لممارسة إحدى المهن<sup>(59)</sup>.

ويلاحظ من خلال دراسة أحكام هذه الاتفاقية اتجاه أطرافها إلى تأكيد ضرورة عدم إفلات مُرتكب الجريمة من تنفيذ العقوبة المحكوم بها، مراعاةً لاعتبارات العدالة، ومحاولتهم للتوفيق بين مصلحة دولة الإدانة، في تنفيذ الحكم الصادر من محاكمها في إقليم دولة متعاقدة أخرى، نظراً لما يكفل ذلك من تأكيد لفعالية نظامها القانوني الوطني، والاعتبارات العملية التي تكفل التطبيق الفعال لهذه الاتفاقيات المهمة، خاصة مع تباين الأنظمة القانونية للدول المتعاقدة، ومراعاة سيادة دولة التنفيذ، وذلك من خلال تبني مفهوم واسع لتنفيذ الحكم الجنائي الأجنبي، ويتعين على دولة التنفيذ احترام كل التسهيلات التي منحتها دولة الإدانة للمحكوم عليه، سواء تعلقت بأجل الدفع، أم بطريقة تقسيطه<sup>(60)</sup>.

ولا يعدو هذا الحكم إلا أن يكون تأكيداً لما نصت عليه المادة الرابعة والأربعون من

57- المادة الخامسة والأربعون من الاتفاقية الأوروبية.

58- الفقرة الثانية من المادة ذاتها.

59- د. عادل يحيى: ص 96.

60- الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة والأربعين من الاتفاقية المذكورة.

الاتفاقية ذاتها، حيث حظرت على قاضي دولة التنفيذ الإساءة إلى مركز المحكوم عليه، الذي حدده الحكم الجنائي الأجنبي<sup>(61)</sup>، وأوجبت أن تؤول مبالغ الغرامة التي تم تحصيلها إلى الخزينة العامة لدولة التنفيذ<sup>(62)</sup>، وإذا كانت بعض الأموال تُشكل أهمية خاصة للدولة طالبة التنفيذ لحكم الغرامة، فإنه يمكن نقلها إليها بناءً على طلبها<sup>(63)</sup>.

وقد أشارت الاتفاقية الأوروبية إلى أنه في حال استحالة تنفيذ حكم الغرامة الأجنبي، يتم تطبيق عقوبة سالبة للحرية كبديل عنها، من قبل قاضي دولة التنفيذ، شرط أن يسمح قانونا دولتي الإدانة والتنفيذ بذلك، حيث رسمت القواعد التي يجب أن يسير عليها في حالة استبداله الغرامة بعقوبة سالبة للحرية محل الغرامة، وكان ذلك قد حُدد في حكم الإدانة، أو نصّ عليه في قانون دولة الإدانة مباشرة، فيجب على القاضي أن يُحدد نوع ومدة العقوبة السالبة للحرية، وفقاً للقواعد الواردة في قانونه الوطني، وإذا كانت العقوبة أقل من الحد الأدنى المقرر في قانون دولته، فإنه لا يتقيد بالحد الأدنى المنصوص عليه في هذا القانون، ويطبق جزاءً مطابقاً لما هو مقرر في قانون دولة الإدانة، الصادر في ظله الحكم الأجنبي<sup>(64)</sup>، إلا في حال أن قانون دولة الإدانة قد جعل تنفيذ الحكم الصادر عنها قاصراً على الغرامة دون غيرها<sup>(65)</sup>، وفي جميع الأحوال لا يجوز للقاضي أن يُقرر عقوبة أشد من تلك التي قضى بها قانون دولة الإدانة، حيث إن مركز المحكوم عليه يتحدد بحكم هذه الأخيرة، ولا يجوز أن يضعه في وضع أسوأ منه<sup>(66)</sup>.

<sup>61</sup> - د. عادل يحيى: ص 97.  
<sup>62</sup> - د. عمر محمد سالم: ص 94.  
<sup>63</sup> - المادة الرابعة والأربعون المذكورة فيما سلف.  
<sup>64</sup> - د. عمر محمد سالم: ص 94.  
<sup>65</sup> - المادة الثامنة والأربعون/1 حيث نصت على أنه "إذا بدأ تنفيذ الغرامة أمراً مستحيلاً، فإنه يمكن تطبيق عقوبة بديلة سالبة للحرية من قبل قاضي دولة التنفيذ، إذا كان قانون البلدين يسمح بذلك في مثل تلك الحالات المشابهة، إلا إذا حصرت دولة الإدانة بشكل صريح دعوى التنفيذ على الغرامة فقط".

<sup>66</sup> - الفقرة الثانية من المادة السابقة نصت على أنه "ينبغي تطبيق القواعد التالية في حال ما إذا فرض القاضي عقوبة بديلة سالبة للحرية: أ- إذا كان استبدال عقوبة الغرامة بعقوبة أخرى بديلة سالبة للحرية قد ورد ذكره في العقوبة الصادرة في دولة الإدانة، أو منصوصاً عليه مباشرة في قانون تلك الدولة، فإن قاضي دولة التنفيذ يُحدد نوعيتها ومدتها طبقاً للوائح التي نص عليها هذا القانون، وإذا كانت العقوبة البديلة الوارد ذكرها في قانون دولة الإدانة لها أقل من الحد الأدنى الذي يسمح قانون دولة التنفيذ للقاضي النطق به، فإن القاضي لا يرتبط بهذا الحد الأدنى، وهو يطبق عقوبة

## الفرع الثاني القوة التنفيذية للأحكام الصادرة عن المحكمة الجنائية الدولية:

حيث إن الأحكام الصادرة عن المحكمة الجنائية الدولية تتمتع بصفة الأحكام الجنائية الأجنبية، مادامت غير صادرة عن القضاء الوطني، وإن كانت هذه الهيئة قد أنشئت بموجب اتفاقية دولية، ومن ثم فإن التعاون الدولي في تنفيذ أحكام هذه المحكمة يُعدُّ صورة من صور التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية.

ويُمثل إنشاء هذه المحكمة تعبيراً واضحاً عن تطور القانون الجنائي الدولي، نحو رؤية إنسانية دولية جديدة، تسعى للوقوف أمام أسوأ أعمال العنف في تاريخ البشرية، التي ما تزال تعاني من ويلاتها إلى يومنا هذا<sup>(67)</sup>، فلا يمكن الانتقاص من أهمية إنشائها كخطوة أولى نحو إعطاء النظام القضائي الدولي دفعة تجاه تحقيق العدالة الجنائية الدولية، حيث تغطي جانباً مهماً من جوانب النظام القانوني الدولي، وتظهر أهميتها في ظهور السلبيات الناجمة عن إيجاد محاكم جنائية خاصة، كمحاكم نورمبرج وطوكيو ويوغسلافيا ورواندا، كون هذه المحاكم كانت ولا تزال تُحاكم متهمين محددين في نزاعات محددة<sup>(68)</sup>.

والسؤال الذي تدور حوله الدراسة في هذا الفرع هو: ما الآلية التي أفردتها النظام الأساسي لهذه المحكمة لتنفيذ أحكامها؟ وما مدى تمييزها عن التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية عموماً؟ وإلى أي حد يمكن تطوير الدول لتشريعاتها الجنائية الوطنية، بما يكفل قيام تعاون دولي مع المحكمة، خاصة فيما يتعلق بمسألة تنفيذ أحكامها؟ وما الدور الذي تلعبه الدول الأطراف في ذلك؟<sup>(69)</sup>

موازية للعقوبة الوارد ذكرها في قانون دولة الإدانة، وعند نطقه بالعقوبة اللازمة، فإن القاضي لا يُمكنه أن يزيد من خطورة الوضع الجنائي للمعنى الناتج عن الحكم الصادر في دولة الإدانة.

ب-وفي باقي الحالات، فإن قاضي دولة التنفيذ إنما يلجأ إلى الاستبدال، طبقاً لقانون دولته، مع مراعاة الحدود المذكورة في قانون دولة الإدانة".

<sup>67</sup>- د. واثبة داوود السعدي: ص 345.

<sup>68</sup>- د. أحمد عبد الحميد الرفاعي: ص 203.

<sup>69</sup>- حيث بادرت بعض الدول كفرنسا بعد مصادقتها على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بإصدار القانون رقم 268 لسنة 2000م، الخاص بتنفيذ أحكام هذه المحكمة، وذلك مساهمة في تنفيذ أحكام المحكمة الجنائية الدولية، وقد احتوى هذا القانون على فصلين خاصين بالمحكمة المذكورة، وأفرد الفصل الثاني منه لوضع آلية لتنفيذ أحكامها، وذلك بالترقية بين تنفيذ الأحكام الصادرة بالسجن والأحكام الصادرة بالغرامة والمصادرة. د. جمال سيف فارس: ص 378.

فمسألة تنفيذ أحكام هذه المحكمة هي الغاية الأخيرة لتحقيق العدالة الجنائية الدولية؛ إذ لا يستقيم تحقيقها دون إنزال ما ورد في النظام الأساسي للمحكمة المذكورة من معاقبة المذنبين، وتعويض ضحايا أشد الجرائم الدولية شراسةً، والتي لم تعد تقتصر أضرارها على إقليم دولة واحدة، وإنما تشمل جميع أقطار العالم، وضحياتها لم تعد فرداً أو مجموعة، إنما أصبح دولاً ومجتمعات بأكملها، فالإجرام أصبح يمثل التهديد الأكبر لاستتباب أمن المجتمعات والتحدي لتشريعاتها الوطنية<sup>(70)</sup>.

وقد عبر المشرع الدولي عن التعاون بين المحكمة المذكورة والدول بصيغ متعددة، حيث إن الدول ساهمت في ضمان نجاح هذه المحكمة الدائم في أداء مهمتها، وذلك بالاعتراف بما تصدره من أحكام، والالتزام بتنفيذها<sup>(71)</sup>، ولهذا نجده حرص على أن يُفرد الباب العاشر من النظام الأساسي لهذه المحكمة لآلية تنفيذ أحكامها<sup>(72)</sup>، فالمحكمة الجنائية الدولية لا تملك الأدوات اللازمة لتنفيذ ما تصدره من أحكام جنائية، فهي من جانب لا تملك المؤسسات العقابية التي تكفل تنفيذ العقوبات السالبة للحرية، ومن جانب ثانٍ ليست لديها أجهزة خاصة تتولى تنفيذ العقوبات المالية كالغرامة والمصادرة، ومن ثم فتعاون الدول مع المحكمة يتم إما باستقبال المحكوم عليهم لتنفيذ العقوبة على أراضيها، أو بتنفيذ الأحكام الصادرة بالغرامة أو المصادرة في أراضيها<sup>(73)</sup>، ويتم ذلك من خلال الأجهزة القانونية الوطنية للدول الأطراف التي تُنفذ هذه الأحكام، ويعزز ذلك كون المحكمة المذكورة لا تعد سلطة أعلى من السيادة الوطنية للدول، بل مُكملة نوعاً ما للاختصاص الجنائي الوطني<sup>(74)</sup>، ولذلك لا بد من أن يكون للدول دور في عملية التنفيذ، للدفع بهذه المحكمة الوليدة إلى الأمام، خاصةً أنها أنشئت لحماية المجتمع الدولي قاطبةً من أبشع أنماط الإجرام.

وسنتعرض في هذا الفرع لتحليل القواعد الإجرائية التي تضمنها النظام الأساسي لهذه

<sup>70</sup>- د. منتصر سعيد حمودة: ص 305.

<sup>71</sup>- د. أحمد عبد الحميد الرفاعي: ص 203.

<sup>72</sup>- المواد من 103 إلى 111 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

<sup>73</sup>- د. جمال سيف فارس: ص 193.

<sup>74</sup>- د. محمود شريف بسيوني: ص 232.

المحكمة، كون البحث والتحليل في نصوص هذا النظام يساهم - ولو بشكل بسيط - في تطوير أحكام القانون الجنائي الدولي.

ومن خلال استقراء نصوص النظام الأساسي لهذه المحكمة نجده قد حدد، في المادة السابعة والسبعين منه، العقوبات الواجبة التطبيق، حيث نصت هذه المادة على أنه "رهناً بأحكام المادة 110 يكون للمحكمة أن توقع على الشخص المدان بارتكاب جريمة مشار إليها في المادة الخامسة من النظام الأساسي إحدى العقوبات الآتية<sup>(75)</sup>:

- أ- السجن لعدد محدد من السنوات لفترة أقصاها 30 سنة.
  - ب- السجن المؤبد، حيثما تكون هذه العقوبة مبررة بالخطورة البالغة للجريمة، وبالظروف الخاصة للشخص المدان، وبالإضافة إلى السجن للمحكمة أن تأمر بما يأتي:
  - أ- فرض غرامة بموجب المعايير المنصوص عليها في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.
  - ب- مصادرة العائدات والممتلكات والأصول الناتجة بصورة مباشرة أو غير مباشرة عن تلك الجريمة، دون المساس بحقوق الأطراف الثالثة الحسنة النية<sup>(76)</sup>.
- أولاً- آلية تنفيذ أحكام المحكمة الصادرة بعقوبة السجن:

سنعرض للآلية التي أفردها النظام الأساسي لتنفيذ عقوبة السجن، مع بيان دور الدول الأطراف، ومدى تباين نطاق هذا الدور، حيث خول النظام المذكور المحكمة صلاحية تحديد الدولة التي يتم فيها تنفيذ الحكم الصادر بعقوبة السجن من قائمة الدول الأطراف التي أبدت استعدادها صراحة لذلك، بعد موافقة الدولة التي وقع عليها الاختيار، وفي حالة إبداء الدولة رغبتها في قبول الأشخاص المحكوم عليهم، لها أن تضع الشروط اللازمة لذلك، بعد عرضها على المحكمة لدراستها وتحديد مدى تمشيها مع أهداف إنشاء المحكمة في إرساء عدالة جنائية

<sup>75</sup>- مما تجدر الإشارة إليه أن النظام الأساسي لم يعترف بنظام التدابير الوقائية كجزاء قضائي يمكن تطبيقه على مرتكبي الجرائم الخاضعة للاختصاص النوعي، ويرجع جانب من الفقه السبب وراء ذلك إلى عدم فاعليتها في هذا النطاق، ويضيف بأن عقوبة السجن التي يمكن أن تنطق بها المحكمة طويلة المدة كافية لردعهم . د. جمال سيف فارس: ص 372.

<sup>76</sup>- إلا أن هذا النظام جاء في المادة الثمانين منه وقضى بإمكانية توقيع عقوبات أخرى عداها، حيث نصت هذه المادة على أنه "ليس في هذا الباب ما يمنع الدولة من توقيع العقوبات المنصوص عليها في قوانينها الوطنية، أو بحول دون تطبيق قوانين الدول التي لا تنص على العقوبات المحددة في هذا الباب".

دولية<sup>(77)</sup>، وبالإضافة إلى ذلك يقع على الدولة المحددة للتنفيذ واجب إخطار المحكمة بأي ظروف، بما في ذلك تطبيق أي شروط، يُتفق عليها بموجب الفقرة الأولى، ويمكن أن تؤثر بصورة كبيرة في شروط السجن ومدته، ولا بدّ من أن تعطى المحكمة مدة لا تقل عن خمسة وأربعين يوماً من تاريخ إبلاغها بأي ظروف طرأت، ولا يجوز لها خلال هذه الفترة أن تتخذ أي إجراء يخل بالتزاماتها بموجب المادة 110 من النظام<sup>(78)</sup>، وإذا رأت المحكمة الموافقة على الظروف التي طرحتها تلك الدولة، تقوم بإخطار هذه الأخيرة بذلك، ويجوز لها أن تقرر في أي وقت شاءت نقل الشخص المحكوم عليه إلى سجن تابع لدولة أخرى<sup>(79)</sup>.

وقد حدّد النظام الأساسي الضوابط التي على ضوءها يتم تحديد دولة التنفيذ، حيث إن الدول التي أبدت استعدادها لاستقبال المحكوم عليه تكون على قدم المساواة، وهذه الضوابط هي:

- 1- ضرورة مراعاة التوزيع الجغرافي العادل بين هذه الدول، فيما يتعلق بالمسؤولية عن تنفيذ عقوبة السجن.
- 2- مراعاة تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص بمعاملة المسجونين، والمحددة دولياً.
- 3- مراعاة وجهة نظر المحكوم عليه وجنسيته.
- 4- أي عوامل أخرى تتعلق بالجريمة وظروفها، والتنفيذ الفعلي للعقوبة<sup>(80)</sup>.

وفي حال لم تُبد أي دولة من الدول الأطراف في نظام روما الأساسي استعدادها لتنفيذ حكم السجن في مؤسساتها العقابية، أو إذا لم تحدد المحكمة دولة للتنفيذ، فيتم تنفيذ العقوبة في المؤسسات العقابية للدولة المضيفة للمحكمة، وتقوم المحكمة بتحمل التكاليف الناجمة عن

<sup>77</sup> - وهذا ما قرره المادة 103 من النظام الأساسي، حيث نصت على أنه:

أ. يُنفذ حكم السجن في دولة تُعيّنها المحكمة من قائمة الدول التي تكون قد أبدت للمحكمة استعدادها لقبول الأشخاص المحكوم عليهم.

ب. يجوز للدولة لدى إعلان استعدادها لاستقبال الأشخاص المحكوم عليهم، أن تُقرنه بشروط لقبولهم، توافق عليها المحكمة، وتتفق مع أحكام هذا الباب.

ج. تقوم الدولة المعنية في أي حالة بذاتها بإبلاغ المحكمة حالاً بما إذا كانت تقبل الطلب.

<sup>78</sup> - المادة 103/2 أ من النظام.

<sup>79</sup> - المادة 1/104 من النظام.

<sup>80</sup> - المادة 3/103 من النظام المذكور.

التنفيذ<sup>(81)</sup>، وذلك وفقاً لاتفاق المقر الذي عقدته مع هذه الدولة<sup>(82)</sup>.

ومن خلال مطالعة نصوص الباب العاشر من النظام الأساسي للمحكمة، المتعلق بتنفيذ أحكام المحكمة الجنائية الدولية، نجد أن المشرّع الدولي لم يضع على عاتق الدول غير الأطراف التزامات بصدد التنفيذ، في حين أنه ألزمها بالتعاون مع المحكمة في صور التعاون الأخرى والمساعدة القضائية المشار إليها في الباب التاسع من النظام المذكور، في المادة 5/87<sup>(83)</sup>.

وفي حال امتناع إحدى الدول غير الأطراف، التي عقدت ترتيباً خاصاً أو اتفاقاً مع المحكمة عن التعاون بخصوص الطلبات المقدمة بمقتضى ترتيب أو اتفاق خاص من هذا القبيل، للمحكمة إخطار جمعية الدول الأطراف أو مجلس الأمن، إذا كان هذا الأخير قد أحال المسألة إلى المحكمة.

### قواعد تنفيذ عقوبة السجن:

حدّد النظام الأساسي أيضاً قواعد تنفيذ حكم السجن الصادر من المحكمة الجنائية الدولية، حيث يقضي بتسليم المحكوم عليه إلى الدولة التي وقع عليها الاختيار من المحكمة<sup>(84)</sup>، ولا يتم التسليم إلا بعد أن يكتسب الحكم الصادر بالإدانة الدرجة القطعية<sup>(85)</sup>، ويتعين على المحكمة أن تزود دولة التنفيذ بكل المعلومات والوثائق الشخصية التي تتعلق بالمحكوم عليه، ونسخة من الحكم الصادر بإدانته، ومدة العقوبة المحكوم بها، وأي معلومات لازمة عن الحالة الصحية للمحكوم عليه، بما فيها كل ما يتلقاه من علاج طبي، وذلك بعد الاستماع إلى

<sup>81</sup> - دولة المقر حالياً هي هولندا.

<sup>82</sup> - المادة 4/103 من النظام ذاته.

<sup>83</sup> - حيث نصت على أنه "للمحكمة أن تدعو أي دولة غير طرف في هذا النظام الأساسي إلى تقديم المساعدة المنصوص عليها في هذا الباب، على أساس ترتيب خاص أو اتفاق مع هذه الدولة، أو على أساس مناسب آخر".

<sup>84</sup> - القاعدة 206 من القواعد الإجرائية ونظام الإثبات نصت على أن:

"أ - يخطر المسجل المدعي العام والشخص المحكوم عليه بالدولة المعنية بتنفيذ الحكم.

ب- يُسلم الشخص المحكوم عليه إلى دولة التنفيذ في أسرع وقت ممكن، بعد إيداء الدولة المعنية بالتنفيذ قبولها.

ج - يكفل المسجل حسن إجراء عملية التسليم بالتشاور مع السلطات في دولة التنفيذ والدولة المضيفة".

<sup>85</sup> - د. عادل يحيى: ص 128.

آرائه<sup>(86)</sup>.

وتتمتع المحكمة بحق الإشراف على تنفيذ الحكم، وأوضاع السجن في دولة التنفيذ، لتتري ماذا كانت المعاملة داخل سجون هذه الأخيرة والمعيشة بها تتفق مع متطلبات ومعايير معاملة السجناء الثابتة بموجب معاهدات دولية مقبولة بوجه عام<sup>(87)</sup>.

وعلى الرغم من أن عملية تنفيذ حكم السجن تخضع لقانون دولة التنفيذ، إلا أن هناك بعض القيود على هذه الأخيرة، فلا يجوز أن تقوم بتعديل الحكم الصادر بعقوبة السجن بأي حال من الأحوال، فهذا الحكم ملزم للدول الأطراف، ولا يجوز لها أيضاً أن تقوم بالإفراج عن المحكوم عليه قبل انقضاء مدة العقوبة التي قضت بها المحكمة<sup>(88)</sup>.

ويكون للمحكمة وحدها الحق في البت في أي طلب استئناف وإعادة النظر، ولا يجوز لدولة التنفيذ أن تعوق الشخص المحكوم عليه عن تقديم أي طلب من هذا القبيل<sup>(89)</sup>، وتخصم المحكمة من باب العدالة من مدة العقوبة المحكوم بها على الشخص، أي مدة يكون قد قضاه في السابق على ذمة القضية المحكوم فيها<sup>(90)</sup>، كما أنها تختص وحدها بإعادة النظر في عقوبة السجن المحكوم بها، بغرض تخفيفها بعد الاستماع إلى الشخص المحكوم عليه، شرط انقضاء ثلثي مدة العقوبة المحكوم بها، أو خمس وعشرين سنة، إذا كانت العقوبة السجن المؤبد<sup>(91)</sup>.

<sup>86</sup> - القاعدة 204 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة .

<sup>87</sup> - المادة 106 حيث نصت على أنه:

"أ. يكون تنفيذ حكم السجن خاضعاً لإشراف المحكمة، ومتفقاً مع المعايير التي تنظم معاملة السجناء، والمقررة بمعاهدات مقبولة على نطاق واسع.

ب. يحكم أوضاع السجن قانون دولة التنفيذ، ويجب أن تكون هذه الأوضاع متفقة مع المعايير التي تنظم معاملة السجناء، والمقررة بمعاهدات دولية مقبولة على نطاق واسع، ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن تكون هذه الأوضاع أكثر أو أقل بسراً من الأوضاع المتاحة للسجناء المدانين بجرائم مماثلة في دولة التنفيذ".

<sup>88</sup> - المادة 110 من النظام الأساسي للمحكمة.

<sup>89</sup> - المادة 105 من النظام المذكور.

<sup>90</sup> - المادة 2/78، حيث نصت على أن "تخصم المحكمة عند توقيع عقوبة السجن أي وقت، إن وجد يكون قد قُضي سابقاً في الاحتجاز وفقاً لأمر صادر من المحكمة، وللحكمة أن تخصم أي وقت آخر قُضي في الاحتجاز فيما يتصل بسلوك يكمن وراء الجريمة".

<sup>91</sup> - د. عادل يحيى: ص 129 .

وقد حدّد النظام الأساسي للمحكمة القواعد التي على ضوئها تقوم هذه الأخيرة بتخفيف العقوبة، وهذا ما نصّت عليه المادة 4/110<sup>(92)</sup>، ومن أهم هذه القواعد قاعدة خصوصية التنفيذ، وتعني أنه لا يجوز إخضاع المحكوم عليه بعد تسليمه إلى دولة التنفيذ، إلا للعقوبة المحكوم بها من المحكمة الجنائية الدولية، ولا يجوز تسليمه لدولة ثالثة إلا في حال موافقة المحكمة على ذلك<sup>(93)</sup>، إلا أن النظام الأساسي خرج عن هذه القاعدة في حالات معينة، وهي حالة بقاء المحكوم عليه أكثر من ثلاثين يوماً بإرادته في إقليم دولة التنفيذ بعد قضاء مدة الحكم، وحالة عودة المحكوم عليه لدولة التنفيذ بعد مغادرته لإقليمها<sup>(94)</sup>.

وفي حالة هروب السجين يكون على دولة التنفيذ التعاون مع المحكمة، لإعادته من الدولة التي فر إليها، وذلك طبقاً للمادة 111 من النظام المذكور، حيث يجوز لها، بعد التشاور مع المحكمة، أن تطلب من الدولة الموجود فيها الشخص، تقديمه بموجب ترتيبات ثنائية أو متعددة الأطراف، ويجوز لها أن تطلب من المحكمة أن تعمل على تقديم ذلك الشخص وفقاً للباب التاسع من النظام، وللمحكمة أن توّعز بنقل ذلك إلى الدولة التي كان يقضي فيها عقوبته، أو إلى دولة أخرى تعينها. وتكاليف تنفيذ عقوبة السجن تتحملها دولة التنفيذ، أمّا تكاليف نقل المحكوم عليه فتتحملها المحكمة، بالإضافة إلى التكاليف المشار إليها في المادة 1/100<sup>(95)</sup>.

### ثانياً. آلية تنفيذ أحكام المحكمة الصادرة بالغرامة والمصادرة:

بالإضافة إلى عقوبة السجن، قد تحكم المحكمة الجنائية الدولية بالغرامة أو بمصادرة

<sup>92</sup> - من أنه "يجوز للمحكمة، لدى إعادة النظر بموجب الفقرة الثالثة، أن تخفف حكم العقوبة، إذا ثبت توافر عامل أو أكثر من العوامل الآتية:

- الاستعداد المبكر والمستمر من جانب الشخص للتعاون مع المحكمة فيما تقوم به من أعمال التحقيق والمقاضاة.
- قيام الشخص طوعاً بالمساعدة في إنفاذ الأحكام والأوامر الصادرة عن المحكمة في قضايا أخرى، وبالأخص المساعدة في تحديد مكان الأصول الخاضعة لأوامر الغرامة أو المصادرة أو التعويض، التي يمكن استخدامها لصالح المجني عليهم.
- أي عوامل أخرى تثبت حدوث تغيير واضح ومهم في الظروف، يكفي لتبرير تخفيف العقوبة، على النحو المنصوص عليه في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

<sup>93</sup> - وهذا ما نصّت عليه المادة 1/108 من النظام الأساسي حيث إن "الشخص المحكوم عليه الموجود تحت التحفظ لدى دولة التنفيذ لا يخضع للمقاضاة أو العقوبة أو التسليم إلى دولة ثالثة عن أي سلوك ارتكبه قبل نقله إلى دولة التنفيذ، ما لم تكن المحكمة قد وافقت على تلك المقاضاة أو العقوبة أو التسليم، بناءً على طلب دولة التنفيذ".

<sup>1</sup> - الفقرة الثالثة من المادة ذاتها.

<sup>2</sup> - القاعدة 208 من القواعد الإجرائية، وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة.

العائدات والأصول الناجمة عن الجريمة، حيث إن العقوبة الأصلية الوحيدة المنصوص عليها في نظام هذه المحكمة هي السجن، فالغرامة هنا عقوبة تكميلية، وليست عقوبة أصلية<sup>(96)</sup>، وكذلك المصادرة تكون عقوبة تكميلية وجوبية، فهي تقع على العائدات والممتلكات والأصول الناتجة بصورة مباشرة أو غير مباشرة عن إحدى الجرائم المشار إليها في المادة الخامسة من النظام المذكور، دون المساس بحقوق الأطراف الثالثة حسنة النية، وهذا يبدو واضحاً من نص المادة 2/77 من النظام<sup>(97)</sup>.

### مدى التزام الدول بتنفيذ هذه الأحكام:

كما أسلفنا القول فإن المحكمة الجنائية الدولية ليست محكمة جنائية وطنية، ومن ثم لا تملك سلطاناً إلا على الشخص الذي يحاكم أمامها، وأموال هذا الشخص عادة تكون في دولة أخرى، قد تكون تلك التي يحمل جنسيتها، أو التي يكون فيها مركز أعماله أو حساباته المصرفية، ومن ثم لا تكون هناك إمكانية لتنفيذ الأحكام الصادرة بالغرامة والمصادرة، إلا بتعاون الدول التي توجد بها هذه الأموال، فالنرم النظام الأساسي للمحكمة المذكورة كل الدول الأطراف فيه بتنفيذ أحكامها بخصوص ذلك<sup>(98)</sup>.

وباستقراء نصوص الباب العاشر من النظام المذكور يظهر لنا جلياً مدى المفارقة التي وضعها المشرع الدولي بين التزام الدول الأطراف بتنفيذ عقوبة السجن، والتزامها بتنفيذ الغرامة والمصادرة، ففي حالة الحكم بعقوبة السجن تقوم الدول بالتنفيذ إذا أبدت استعدادها لذلك، أمّا في حالة الحكم بالغرامة أو المصادرة فقد وضع على عاتق الدول الأطراف التزاماً بتنفيذها دون اشتراط إبداء رغبتها في ذلك، ويُرجع بعض الفقهاء العلة وراء هذه المفارقة إلى أن الدولة التي تستطيع تنفيذ حكم الغرامة أو المصادرة هي الدولة التي توجد فيها أموال المحكوم عليه أو ممتلكاته، والأصول الناتجة عن الجريمة، سواء أكانت بطريقة مباشرة أو

<sup>96</sup>- يقترب وضع الغرامة هنا من وضعها في القوانين الجنائية الوطنية فيما يتعلق بالجنايات، فهي دائماً عقوبة تكميلية وجوبية في هذه الجرائم.

<sup>97</sup>- وهذا ما يدل على كونها ليست هنا تدبيراً وقائياً، حيث إن مراعاة الغير الحسن النية، تكون في حال المصادرة عقوبة تكميلية، بخلاف عدّها تدابير، فلا يراعى هنا حسن النية من عدمه، على الرغم من أن المشرع الدولي عنوان المادة 109 من النظام الأساسي بعنوان "تنفيذ تدابير الغرامة والمصادرة".

<sup>98</sup>- د. جمال سيف فارس: ص 376.

غير مباشرة (99).

وقد حدّد النظام الأساسي الآلية التي يتم بها تنفيذ أحكام المحكمة الصادرة بالغرامة والمصادرة، حيث خوّل هيئة المحكمة أن تطلب التعاون واتخاذ التدابير بشأن التنفيذ وفقاً للباب التاسع، من إحدى الدول الأطراف، كما يجب عليها أن تحيل نسخاً من الأوامر ذات الصلة إلى أيّ دولة طرف، يبدو أن الشخص المحكوم عليه له صلة مباشرة بها، إمّا بحكم جنسيته، أو محل إقامته الدائم، أو إقامته المعتادة، أو بحكم المكان الذي توجد بها أصول وممتلكات المحكوم عليه، التي تكون للضحية صلات بها، وكذلك يجب على الدولة الموجودة بها هذه الأموال اتخاذ كل التدابير الأخرى لتنفيذ هذه الأوامر (100).

وتقوم المحكمة من أجل تمكين الدول من تنفيذ أمر من أوامر المصادرة بتحديد هوية الشخص المحكوم عليه، والعائدات والممتلكات والأصول التي أمرت بمصادرتها، ومعلومات عن مكان وجودها (101)، وبعد تحصيل دولة التنفيذ لمبالغ الغرامة والمصادرة تقوم بتحويلها إلى المحكمة (102).

ويظهر كذلك إقرار النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لفكرة الحلول العيني، أو ما يسمى بتحويل محل المصادرة لتنفيذ حكم هذه المحكمة الصادر بالمصادرة (103)، حيث يتوجب أن تقع المصادرة على قيمة الأشياء أو العائدات أو الممتلكات التي أمرت المحكمة بمصادرتها، وهذا ما نصّت عليه المادة 2/109 من النظام المذكور، حيث جاء فيها "إذا كانت الدولة الطرف غير قادرة على إنفاذ أمر مصادرة، فعليها أن تتخذ تدابير لاسترداد قيمة العائدات أو الممتلكات أو الأصول التي أمرت المحكمة بمصادرتها، وذلك دون المساس بحقوق الأطراف الثالثة الحسنة النية".

99- د. عمر محمد سالم: ص 64.

100- هذا ما حددته القاعدة 217 من القواعد الإجرائية، وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة.

101- القاعدة 218 من القواعد المذكورة.

102- حيث نصّت المادة 3/109 على أن "تحول إلى المحكمة الممتلكات أو عائدات بيع العقارات، حيثما يكون مناسباً، أو عائدات بيع الممتلكات

الأخرى التي تحصلت عليها دولة طرف نتيجة لتنفيذها حكماً أصدرته المحكمة".

103- تسمى أيضاً المصادرة بمقابل.

وفيما يتعلق بالتصرف في العائدات المُحصلة من الغرامات والمصادرات، فإن النظام الأساسي للمحكمة قد حدّد الكيفية التي يتم بناء عليها التصرف فيها، حيث تقوم الجمعية العامة للدول الأطراف بإنشاء صندوق لمصلحة ضحايا الجرائم وأسرهم، يُسمى "الصندوق الائتماني" توضع فيه هذه العائدات<sup>(104)</sup>.

### الخاتمة

في ختام دراسة موضوع التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية طبقاً لبعض الاتفاقيات الدولية نكون قد أجبنّا عن التساؤلات التي طُرحت في إطارها، وسنُخصّص هذه الخاتمة للنتائج التي تمّ التوصل إليها من خلالها، والتوصيات التي يُمكن اقتراحها، هي على النحو الآتي:

**أولاً- النتائج:**

- ضرورة إحلال مبدأ التعاون الدولي محل المبادئ التقليدية المتعلقة بالسيادة الإقليمية شيئاً فشيئاً، حيث إن هذا التعاون يتأكد يوماً بعد يوم في المسائل السياسية والمالية وغيرها، فلم نرفضه في مجال القانون الجنائي؟ أنه يفرض نفسه بكثير من القوة، فبقدر ما قدمته العولمة من فوائد للاقتصاد الوطني لجُلّ الدول، أدّى ذلك من جانب آخر إلى توسيع نطاق العمل الإجرامي على المستوى الدولي، كالإتجار بالمخدرات وغسل الأموال وتهريب الآثار والإتجار بالبشر، والقانون الجنائي مازال كأصل عام قائماً على مبدأ الإقليمية، وتطوّر هذا المبدأ مازال بدرجة لا تُواكب التطوّر الحادث في الأنشطة الإجرامية، فهذا التناقض بين عولمة الاقتصاد وارتباط القانون الجنائي بفكرة السيادة الإقليمية للدولة، يصعب أمامه إيجاد وسائل فعالة لمكافحة النشاط

<sup>104</sup>- هذا ما نصت عليه المادة التاسعة والسبعين، فقد جاء فيها:

أ - ينشأ صندوق ائتماني بقرار من جمعية الدول الأطراف، لصالح المجني عليهم، في الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة، ولصالح أسر المجني عليهم.

ب - للمحكمة أن تأمر بتحويل المال وغيره من الممتلكات المحصلة في صورة غرامات، وكذلك المال والممتلكات المصادرة إلى الصندوق الائتماني.

ج - يدار الصندوق الائتماني وفقاً لمعايير تحددها جمعية الدول الأطراف".

الإجرامي، حيث إن الدولة الوطنية التي تُوقَف عند حدودها السياسية سريان القانون الجنائي تمّ تجاوزها اقتصادياً، فهذه المعادلة بين أنشطة إجرامية تتجاوز حدود الدولة وتشريع جنائي يقف عند هذه الحدود تسهل من انتشار هذه الأنشطة، لذلك لابدّ من حركة دؤوبة لإحداث تعاون دولي فعال، يتلاءم مع صور التوحد والعولمة، وينبغي على الدول الاتجاه نحو الوحدة القانونية الجنائية، وصولاً إلى عولمة الأحكام الجنائية، وعدم ربطها بالإقليم الوطني للدولة التي صدر فيها، لضمان مكافحة فعالة للأنشطة الإجرامية المستحدثة، ولذلك ظهرت أهمية آلية الاعتراف بالأحكام الجنائية الأجنبية، ومن ثم لابدّ من الأخذ بالاتجاه الحديث، الرامي إلى تحقيق صيغ أفضل للتعاون الدولي في هذا المجال، وذلك بالاعتداد بالآثار المختلفة لهذه الأحكام.

- من خلال استقراء نصوص بعض الاتفاقيات الدولية - محل الدراسة - سواء أكانت المتعددة الأطراف أم الإقليمية أم الثنائية، تبين أنه لا يوجد جزاء يترتب على عدم تنفيذ دولة معينة لالتزاماتها إلا فيما يتعلق بمبدأ المعاملة بالمثل.

#### ثانياً. التوصيات:

- حث الدول على تبني الاتجاه الحديث المؤيد للاعتراف بالأحكام الجنائية الأجنبية، وذلك بمراجعة تشريعاتها الوطنية، بسن قوانين تُتيح الاعتراف بالأحكام المذكورة، لتكون أكثر انسجاماً مع متطلبات التعاون الدولي، وتطبيق التجربة ذاتها التي تمّت في مجال الاعتراف بالأحكام الصادرة في المسائل المدنية والتجارية.

- حث الدول على إبرام اتفاقيات دولية خاصة بالآلية الاعتراف بالأحكام الجنائية الأجنبية، وذلك بإعطائها قيمة دولية خارج الإقليم الذي صدرت فيه، على غرار الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالقيمة الدولية للأحكام الجنائية لسنة 1970م.

- حث منظمة الأمم المتحدة على إعداد اتفاقية نموذجية بشأن الاعتراف بالأحكام الجنائية الأجنبية، والتي تعتبر جزءاً من القانون الجنائي الدولي، وذلك في إطار الوصول إلى إنشاء قواعد قانونية جنائية دولية.

- ضرورة تعاون الدول مع المحكمة الجنائية الدولية، وذلك بتنفيذ الأحكام الصادرة عنها، بالإضافة إلى إدخال الجرائم التي تدخل في اختصاص هذه المحكمة في المنظومة الجنائية الوطنية لتلك الدول، وذلك بالانضمام إلى النظام الأساسي للمحكمة المذكورة، خاصة أنها تختص بالمحاكمة عن أبشع الجرائم المرتكبة في حق البشرية قاطبة.

وبهذا العمل المتواضع نأمل أن نكون قد سلطنا الضوء على موضوع التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية طبقاً لبعض الاتفاقيات الدولية؛ وذلك بتوضيح بعض الجوانب المهمة في هذا الموضوع، بما يساهم في تطوير سياسة المشرع الليبي، فيما يتعلق بهذه الصورة من صور التعاون القضائي الدولي.

### المصادر

#### أولاً - الكتب:

- د. إبراهيم سيد أحمد: حُجَّة الأحكام فقهاً وقضاءً، ط1، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2001م.
- د. سالم محمد الأوجلي: أحكام المسؤولية الجنائية عن الجرائم الدولية في التشريعات الوطنية، دراسة مقارنة، ط1، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، مصراتة، 2000م.
- د. عادل يحيى: وسائل التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.
- د. عبد السلام علي المزوغي: النظرية العامة لعلم القانون، الكتاب العاشر، تسليم المجرمين والشرعية الدولية، ط1، دار الكتب الوطنية، بنغازي، 1993م.
- د. محمود شريف بسيوني: المحكمة الجنائية الدولية، المدخل لدراسة أحكام وآليات الانفاذ الوطني للنظام الأساسي، ط1، دار الشروق، القاهرة، 2004م.
- د. منتصر سعيد حمودة: المحكمة الجنائية الدولية، النظرية العامة للجريمة الدولية، دراسة تحليلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006م.

- د. جمال سيف فارس: التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية، دراسة بين القانون الوضعي والقانون الدولي الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2006م.
- د. حازم مختار الحاروني: نطاق تطبيق القاضي الجنائي للقانون الأجنبي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1987م.
- د. مصطفى طاهر: المواجهة التشريعية لظاهرة غسل الأموال المُتَحَصِّلَة من جرائم المخدرات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ط1، 2002م.
- ثانياً - البحوث:**
- د. أحمد رفعت خفاجي: أثر الأحكام الجنائية الأجنبية، مجلة الأمن العام، السنة 6، العدد 22، يوليو 1963م.
- د. أحمد الصادق الجهاني: الأبعاد القانونية للعلومة، مع الإشارة بصورة خاصة إلى القانون الجنائي الدولي، 2002م (بحث غير منشور).
- ملاحظات حول المحكمة الجنائية الدولية، مُقدم إلى الندوة الدولية حول المحكمة الجنائية الدولية، الطموح الواقع وآفاق المستقبل، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس في الفترة 10-11 يناير 2007م، مجلة دراسات قانونية، تُصدرها كلية القانون، جامعة قاريونس، العدد 17، أكتوبر 2008م.
- د. أحمد فتحي سرور: الخطر المزدوج وحُجَّة الأحكام الجنائية، مقارنة بين النظامين اللاتيني والأنجلوسكسوني، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة 6، العدد 3، يوليو - سبتمبر 1962م.
- د. سالم محمد الأوجلي: التعاون القضائي في مجال الجريمة المنظمة عبر الوطنية، مفهومه مبرراته تقنيته، بحث مُقدم للندوة الوطنية الأولى حول الجريمة المنظمة عبر الوطنية، جامعة طرابلس، في الفترة 2 - 3 نوفمبر 2002م.
- المصادرة في قانون المرور الليبي، مجلة البحوث القانونية، السنة 1، العدد 1، 2002م.
- د. عادل الطبطبائي: النظام الأساسي للمحكمة ومدى تعارضه مع أحكام الدستور الكويتي،

دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، السنة 27، ملحق العدد الثاني، 2003م.

- د. عادل حافظ غانم: أهمية الاعتراف بآثار الأحكام الأجنبية، مجلة الأمن العام، السنة 12، العدد 50، يوليو 1970م.

- التعاون الدولي في مكافحة جرائم العملة المزيفة، مجلة الأمن العام، العدد 4، يناير 1959م.

- د. عبد الوهاب حومد: التعاون الدولي لمكافحة الجريمة، مجلة الحقوق والشرعية، السنة 5، العدد 1، فبراير 1981م.

- د. عمر محمد سالم: التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية، مجلة الفكر الشرطي، تصدر عن مركز بحوث شرطة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، المجلد 14، العدد 2، يوليو 2005م.

- د. محمد محيي الدين عوض: دراسات في القانون الدولي الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 35، العدد 1، مارس 1965م.

- د. واثبة داوود السعدي: نظرة في المحكمة الجنائية الدولية ICC، مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس النشر العلمي، كلية الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 1، العدد 1، يناير 2004م.

- د. يونس العزاوي: حاجة المجتمع الدولي إلى محكمة جنائية دولية، مجلة العلوم القانونية، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة بغداد، العدد 1، المجلد 1، 1969م.

ثالثاً - شبكة المعلومات العالمية:

- الطابع القانوني للمحكمة الجنائية الدولية ونشوء عناصر فوق وطنية في القضاء الجنائي الدولي، أ. ساشارولفلودر، المجلة الدولية للصليب الأحمر - مختارات من إعداد 2002م،

موقع منظمة العفو الدولية، متاح على الربط [http@ www. amnesty. org](http://www.amnesty.org).

- الندوة الدولية بشأن التعاون والمساعدة في المجال القانوني من أجل التنفيذ الفعال للاتفاقيات الدولية، لاهاي، 7-9 فبراير 2001م متاح على الرابط [http@www.opcw.org/html](http://www.opcw.org/html)

/ globalis/s - series / 2k1/s 251-ar 114k. html.

- اللقاء التشاوري العربي الإقليمي حول المحكمة الجنائية الدولية، تنظيم منتدى الشقائق العربي

لحقوق الإنسان في الفترة 13 - 14 أغسطس سنة 2005م، بمدينة صنعاء، ط1، موقع  
التحالف من أجل المحكمة الجنائية الدولية، The Arab coalition for the International  
criminal court، متاح على الرابط k.43 http@www.acicc.org/ar/index.htm



## الضمانات القانونية للأحداث في مرحلة ما قبل المحاكمة

أ. مديحة مصطفى الصادق<sup>(1)</sup>

### مقدمة

تعتبر ظاهرة جنوح الأحداث من أكثر الظواهر التي أقلقّت المشرع، وجعلته أكثر حيرة وارتباكاً وتردداً<sup>(2)</sup>، فجنوحهم هو بداية الطريق لولوج سبل الجريمة، إذ أثبتت الإحصائيات الجنائية أن أغلب المجرمين البالغين كانوا يمارسون الإجرام في فترة حداثتهم، ولذلك فإن مكافحة إجرام الأحداث بشتى الوسائل التهذيبية والعقابية يعتبر وأداً لقطاع من قطاعات الإجرام في مهده<sup>(3)</sup>، وأيضاً يعتبر إجرام الأحداث من أكثر المشاكل التي تهدد المجتمع وأمنه واستقراره؛ وذلك لما يترتب عليه من آثار تمس المجتمع والفرد في آن واحد، حيث إن الأحداث هم عماد المستقبل، وجنوحهم يُعطل من طاقاتهم وإلى ما يمكن أن يقدموه للمجتمع من إنتاج يسهم في رقيه، فالخسائر تصيب البدن والعقل والعواطف، فيصبحون هؤلاء قوى معطلة، يعيشون حالة على ذويهم ومجتمعاتهم<sup>(4)</sup>.

والأحداث الجانحون هم ضحية لظروف عدة اجتماعية، اقتصادية وسياسية وغيرها، هي التي أدت بهم إلى الانحراف وسوء التكيف الاجتماعي<sup>(5)</sup>، ولاشك أن الأحداث الجانحين هم من أكثر الفئات في المجتمع التي هي في أمس الحاجة إلى المعاملة الخاصة والرفيقة والملائمة

<sup>1</sup> - عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.

<sup>2</sup> - د. عبدالرحمن الحمرة: ص 1.

<sup>3</sup> - د. فوزيه عبد الستار: ص 4.

<sup>4</sup> - د. حسن الجو خدار: ص 8.

<sup>5</sup> - د. علي محمد جعفر: ص 6.

لمراحلهم العمرية؛ وذلك لما تعنيه هذه المرحلة من نقص خبرات الحدث وضعف تمييزه ونقص نضجه وعجزه عن تقدير عواقب الأمور<sup>(6)</sup>.

وبقدر اعتماد الدول في تشريعاتها الوطنية فلسفة الإصلاح والتأهيل عند تقنينها لأحكامها الخاصة بالأحداث بقدر ما كانت هذه التشريعات أقرب للاتجاهات المستحدثة في مجال السياسة الجنائية<sup>(7)</sup>، ومن ثم على المستوى الدولي، وفي إطار الاهتمام بالأحداث عُقدت العديد من المؤتمرات، لوضع قواعد قانونية تحمي هذه الشريحة الضعيفة من المجتمع، حيث عقدت منظمة الأمم المتحدة العديد من المؤتمرات، من ضمنها مؤتمر جنيف سنة 1955م، والذي كان بعنوان جرائم الأحداث، وقد اهتم بمكافحة الجريمة ومعالجة الجانحين، وفي عام 1985م اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة قواعد بكين، وهي عبارة عن قواعد نموذجية دنيا لإدارة شؤون قضاء الأحداث، وأيضاً اتفاقية حقوق الطفل سنة 1989م<sup>(8)</sup> التي نصت في مادتها 140 أن على الدول الأطراف أن تعترف بحق كل طفل يُتهم بارتكاب جريمة، أو يثبت عليه ذلك، في أن يعامل بطريقة تتفق مع رفع درجة احساس الطفل بكرامته، وتعزز احترامه لحقوق الآخرين، وتراعي سنه، وتشجع على إعادة اندماجه في المجتمع<sup>(9)</sup>.

ومشرعنا الجنائي الليبي كغيره من المشرعين تأثر بهذه التوجهات، واهتم بالحدث الجانح أثناء محاكمته، وذلك من خلال إحاطة إجراءات محاكمته بمجموعة من الضمانات التي تتميز بنوع من الخصوصية التي تتلاءم مع السياسة الجنائية الحديثة المهمة بالأحداث، غير أن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو "هل مشرعنا الجنائي أوفى فئة الأحداث حقها من الضمانات التي يجب أن تتوافر خلال الاستدلال والتحقيق الابتدائي؟ وهل النصوص الخاصة بالأحداث الجانحين تكفي لتوفير الحماية القانونية لهذه الفئة الضعيفة بكل ما تحمله من تميز؟ وهل يتماشى تشريعنا مع المعايير الدولية المتعلقة بحماية الأحداث؟".

<sup>6</sup>- العدالة الجنائية. 3-pd5 – bishry / hr/ yemen3/ pogarps/arabinba / local user/ pogor . org // Ftps

تاريخ الزيارة 2017/3/17م.

<sup>7</sup>- د. أحمد سلطان عثمان: ص1.

<sup>8</sup>- محمد زياد محمد عبد الرحمن: ص15.

<sup>9</sup>- د. محمود سليمان موسى: ص11.

بناءً على ما سبق تبين لنا أهمية هذا الموضوع من حيث أن جنوح الأحداث ظاهرة تؤثر على المجتمع وأمنه واستقراره، وأيضاً الجنوح يمثل خطراً على الأحداث أنفسهم وعلى مستقبلهم حينما يتعرضون لأجل ذلك إلى مجموعة من الإجراءات مثل القبض والحبس والمواجهة وغيرها، والتي تزيد من قلقهم واضطرابهم، وتؤثر سلباً في نفسياتهم وعلاقاتهم بغيرهم.

### نطاق البحث:

هذه الدراسة ستركز على مدى الضمانات الإجرائية الممنوحة للأحداث في مرحلة ما قبل المحاكمة، وهي الاستدلال والتحقيق الابتدائي، وستقتصر على الأحداث الجانحين فقط، وستكون في التشريع الليبي مقارنة بالتشريع المصري واليمني، مع التعرض لبعض القوانين الأخرى عند الاقتضاء.

### منهج البحث:

مراعاة لنطاق البحث، ووفقاً للأهداف التي نحاول أن نصل إليها من خلال هذا البحث، فإننا ارتأينا استخدام المنهج الوصفي التحليلي المقارن.

وبناءً على الإشكاليات التي طرحناها فإن خطة البحث ستكون على النحو التالي:

المطلب الأول: الضمانات القانونية لإجرام الأحداث في الاستدلال.

الفرع الأول: السلطة المختصة بالاستدلال مع الأحداث الجانحين.

الفرع الثاني: الاختصاصات الممنوحة عند الاستدلال مع الأحداث الجانحين.

الفرع الثالث: كيفية التصرف في الاستدلال في جرائم الأحداث.

المطلب الثاني: الضمانات القانونية لإجرام الأحداث في التحقيق.

الفرع الأول: السلطة المختصة بالتحقيق مع الأحداث الجانحين.

الفرع الثاني: الاختصاصات الممنوحة عند التحقيق مع الأحداث الجانحين.

الفرع الثالث: كيفية التصرف في التحقيق في جرائم الأحداث.

## المطلب الأول

### الضمانات القانونية لإجرام الأحداث في الاستدلال

جمع الاستدلال هي مرحلة تسبق البدء في الدعوي الجنائية من تحقيق ومحاكمة، وهي عبارة عن مجموعة إجراءات تباشر بمعرفة مأموري الضبط القضائي، بقصد التثبت من وقوع الجريمة، والبحث عن مرتكبها، وجمع كل ما يفيد في الكشف عن الحقيقة<sup>(10)</sup>. كما أنه يمثل مرحلة لا يمكن التخلي عنها، فهي تعطي للمحقق معلومات وبيانات تعتبر أساسية للانطلاق في اتخاذ إجراءات التحقيق الابتدائي<sup>(11)</sup>، كما أن الاستدلال يمثل فرصة للحصول على معلومات متعلقة بالحدث نفسه، فيما يتعلق بشخصيته وتنشئته الاجتماعية وسوابقه، وكل المعلومات المهمة التي يحتاج إليها عند فحص شخصية الحدث<sup>(12)</sup>. وعلى أساس أن هذه المرحلة مهمة ومكملة للمراحل التي يليها من تحقيق ومحاكمة يثور التساؤل حول هل مقررنا أحاط بالأحداث الجانحين عند الاستدلال معهم بمجموعة من الضمانات من حيث الجهة المختصة بالاستدلال والاختصاصات الممنوحة عند الاستدلال وكيفية التصرف في الاستدلال أم لم يُعط هذه المرحلة أي اهتمام؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال الفروع الآتية:

### الفرع الأول-السلطة المختصة بالاستدلال مع الأحداث الجانحين:

الجهة المختصة بالاستدلال بصفة عامة هم مأموري الضبط القضائي، وقد حددهم مقررنا الليبي في المادة 13 من قانون الإجراءات الجنائية، والتي نصت على أنه يُعد من رجال الضبط القضائي في دوائر اختصاصهم رجال البوليس من ضباط وصف ضباط وجنود من رتبة شاويش على الأقل، ضباط السجون، رجال حرس الجمارك، رجال الحرس البلدي،

<sup>10</sup>- د. مأمون سلامة: ج 1، ص 443.

<sup>11</sup>- د. صلاح آغا: ص 293.

<sup>12</sup>- د. مفتاح المطردي: ص 336.

وسائر الموظفين المخول لهم اختصاص مأمور الضبط القضائي بمقتضى قانون أو مرسوم"، كما نصت على أنه لرؤساء وعمداء البلديات ومشايخ المحلات أن يؤدوا الأعمال التي يختص بها مأمور الضبط القضائي في حالة عدم وجوده.

ويلاحظ أن هذا التعداد وارد على سبيل الحصر<sup>(13)</sup>، ومأمورو الضبط القضائي طائفتان: طائفة ذات اختصاص عام بالنسبة لجميع الجرائم التي تقع في دائرة اختصاصهم المكاني بوجه عام، وطائفة ذات اختصاص خاص في جرائم معينة، تحددها لهم طبيعة الوظيفة التي يباشرونها<sup>(14)</sup>.

والجدير بالذكر -الذي يهمننا في هذا المقام- من خلال استقراء نصوص تشريعنا الجنائي الليبي فيما يتعلق بالجهة المختصة بالاستدلال مع الأحداث، أن مشرعنا لم يُخصص جهازاً ضبطياً قضائياً للأحداث أو شرطة متعلقة بهم، حيث إن مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص العام هم المختصون بملاحقة الأحداث الجانحين، وأعضاء هذا الجهاز هم من أفراد الشرطة العادية، وغالباً ما يفتقدون للمعلومات الخاصة بالأحداث وكيفية التعامل معهم والتخصص في هذا المجال، مما يجعلهم يسيئون الظن بهؤلاء الأحداث، ويعاملونهم كالبالغين تماماً، وهذا الأمر لا يستقيم مع توجهات السياسة الجنائية الحديثة التي تنادي بأن يعهد بمسؤولية تعقب انحراف الأحداث وجنوحهم إلى كفاءات مؤهلة تأهيلاً اجتماعياً ونفسياً، وعليه نأمل من مشرعنا الليبي، وتماشياً مع المواثيق الدولية، النص على هذه الضمانة المتمثلة في إنشاء جهاز ضبطي خاص بالأحداث، يُعهد إليه بمسؤوليات تعقب الأحداث الجانحين، ويجب أن يكون عناصر هذا الجهاز مؤهلين تأهيلاً كافياً ومتميزاً من ثقافة إنسانية واهتمامات في مسائل الرعاية لهذه الفئات الضعيفة، وهذا ما أكدته المادة 12 من قواعد الأمم المتحدة 1985م، التي نصت على أن "ضباط الشرطة الذين يتعاملون كثيراً مع الأحداث، أو الذين يخصصون للتعامل معهم، أو الذين يتولون بالدرجة الأولى مهمة منع إجرام الأحداث، يجب أن يتلقوا تعليماً وتدريباً خاصاً، لكي يتسنى لهم أداء مهامهم على أفضل وجه".

<sup>13</sup> - د. مأمون سلامة: ص 449. وأنظر حكم المحكمة العليا، 25 يناير 1956م، مجلة محكمة العليا، ج 1، ص 271.

<sup>14</sup> - د. مفتاح المطردي: ص 355.

وتجدر الإشارة أن تاريخ الشرطة في ليبيا يشير إلى أنه سبق إنشاء قسم يعنى بالآداب والأحداث، وهذا القسم متفرع عن الإدارة المركزية لشؤون البحث الجنائي، غير أنه صدر قرار وزاري رقم 173 لسنة 1972م، في شأن إنشاء الإدارة المركزية وتنظيمها لمكافحة جرائم الآداب والأحداث، نصت مادته الأولى على أن ينشأ بوزارة الداخلية إدارة مركزية لمكافحة جرائم الآداب والأحداث، تتبع الإدارة العامة لشؤون الأمن، وعليه ألغي قسم الآداب والأحداث، المتفرع من الإدارة المركزية لشؤون البحث الجنائي.

وتختص هذه الإدارة بمنع جنوح الأحداث واستغلالهم والتغريب بهم، والتصرف في أمر الأحداث الجانحين، وإحالتهم إلى الجهة المختصة، ولكن الملاحظ أن عناصرها لم يكونوا من ذوي التخصص في مجال الأحداث، ولم يتلقوا أي تدريبات أو دورات في الداخل أو الخارج، تمكنهم من تطوير قدراتهم، وإذا كانت هذه الخطوة تعتبر جيدة، إلا أنه عملياً جُمِدَ نشاط هذه الإدارة، وصار التعامل مع الأحداث يتم من خلال مراكز الشرطة العادية<sup>(15)</sup>.

وبالنسبة للتشريع الليبي هو أيضاً لم ينص على إنشاء جهاز ضبطي خاص بالأحداث أو شرطة متعلقة بهم في قانون رعاية الأحداث رقم 24 لسنة 1992م، وأوكل هذه المهمة لمأموري الضبط القضائي المحددين وفقاً للمادة 84 إجراءات جزائية يمني، غير أن هذا الوضع قد تغير بصدور قانون الطفل الليبي رقم 45 لسنة 2002م، الذي من خلاله خصص المشرع الليبي ضبطين قضائية خاصة بالأحداث، حيث نصت المادة 128 على أن يكون للموظفين الذين يصدر بتبعيتهم قرار من الوزير، بالتشاور مع وزير العدل، صفة الضبطين القضائية في دوائر اختصاصهم، فيما يتعلق بتقصي جنوح الأحداث، والتحري عنهم، وتلقي وفحص البلاغات والشكاوى، وجمع الاستدلالات والمعلومات، وإثباتها في محاضر، وإرسالها إلى الجهة المختصة<sup>(16)</sup>.

<sup>15</sup>- المصدر السابق: ص340. وأنظر أيضاً دراسة حول نظام عدالة الأحداث في ليبيا، وزارة العدل

<sup>16</sup>- عبد الرحمن الحمرة: ص221 وما يليها.

وإلى جانب ما سبق، صدرت عدة قرارات جمهورية، حيث صدر القرار رقم 288 لسنة 2005م، والمتعلق بإنشاء الإدارة العامة لشؤون المرأة والأحداث بوزارة الداخلية، وتوليها للمهام الموكلة إليها، كما صدرت عدة قرارات وزارية خاصة بإنشاء شرطة للأحداث، لها فروع في مختلف المحافظات، ومنها القرار 324 لسنة 2002م، الخاص بإنشاء فرع بمحافظة تعز، والقرار رقم 37 لسنة 2008م بمحافظة صنعاء وغيرها، وكذلك نص في القرار رقم 349 لسنة 2002م بأنه يجب على الجهات المختصة العمل على كل ما من شأنه دعم وتفعيل دور شرطة وحماية الأحداث<sup>(17)</sup>.

ولاشك أن تخصيص نظام ضبطي خاص بالأحداث، وإنشاء شرطة خاصة بهم، للقيام بكل الإجراءات المطلوبة في مرحلة ما قبل المحاكمة، يهيئ قدراً من الرعاية، ويوفر الضمانات الكفيلة بحماية الحدث، ويحد من الآثار السلبية التي تنشأ نتيجة تعامل أجهزة وجهات غير مختصة.

ومن بين التشريعات التي أخذت بمبدأ تخصيص ضبضية قضائية للأحداث، التشريع المصري، حيث نصت المادة 117 من قانون الطفل المصري رقم 126 لسنة 2008م على أنه "يكون للموظفين الذين يعينهم وزير العدل، بالاتفاق مع وزير الشؤون الاجتماعية، في دوائر اختصاصهم سلطة الضبط القضائي فيما يختص بالجرائم التي تقع من الأطفال أو بحالات التعرض للانحراف التي يوجدون فيها"<sup>(18)</sup>.

وهذا النص ما هو إلا ترديد لذات النص الذي كان قائماً في القانون رقم 31 لسنة 1974م في المادة 24، وما نصت عليه المادة 1339 من التعليمات العامة للنيابات، وهؤلاء الموظفون الذين ذكرتهم المواد السابقة ينحصر اختصاصهم في دوائر معينة، وينصب فقط

<sup>17</sup> - من الدول التي أخذت بنظام شرطة الأحداث قانون الأحداث السوري في المادة 57، وقانون الإجراءات الكويتي في المادة 318.

<sup>18</sup> - جدي شفيق: ص 9. أنظر كذلك المذكرات التحضيرية لمشروع القانون رقم 31 لسنة 1974م بشأن الأحداث، ص 517.

على الجرائم التي تقع من الطفل، أو حالات التعرض للانحراف<sup>(19)</sup>، وقد طُعم هذا الجهاز مؤخراً بضابطات شرطة وباحثات اجتماعيات<sup>(20)</sup>.

وبالرغم من أن هذا الاتجاه الذي سلكه المشرع المصري يعتبر محموداً، إلا أن البعض من الفقه يرى أن هؤلاء الموظفين لا يستطيعون بمفردهم أداء هذا الدور؛ لأن اليد الطولي في التعامل مع الطفل تكون للشرطة، والتي لا تستطيع القيام بدورها بشكل فعال، وذلك لغياب التخصص، فضلاً عن أنها تمارس عملها في ذات الأماكن التي يتم التعامل فيها مع المجرمين البالغين، وعليه يطالب هذا الاتجاه بأن يستحدث المشرع جهازاً يضم طائفة من هؤلاء الموظفين، وشرطة متخصصة تعمل معهم، ويمارسون عملهم في أماكن منفصلة، وأن تكون اختصاصاتهم محددة، بحيث لا تمس حقوق الطفل<sup>(21)</sup>.

وبناءً على ما أسلفنا فإن تخصيص جهاز ضبط قضائي للأحداث، أو إنشاء شرطة لهم مطعمة بالعناصر النسائية، يُشكل أحد الضمانات الواجب أن يقررها مشرعنا الجنائي، لأن الشرطة هي الجهة الأولى التي تتعامل مع الأحداث، ومن خلالها يتم الاتصال الأول بالحدث، وهذه المرحلة من أكثر المراحل المرشحة لانتهاك حقوق الأحداث، وهذا ما أكدته قواعد بكيين، في المادة 12 السابق الإشارة إليها.

#### الفرع الثاني- الاختصاصات الممنوحة عند الاستدلال مع الأحداث الجانحين:

معظم التشريعات المتعلقة بالأحداث لم تعطِ مرحلة الاستدلال قدراً من الاهتمام، وأغفلت وضع نصوص خاصة بالاستدلال مع الأحداث، وعليه تطبيق الأحكام العامة الواردة في قانون الإجراءات الجنائية، والتي هي في الأصل متعلقة بالبالغين، وفي هذا إهدار للضمانات التي يجب أن يُحاط بها الحدث في هذه المرحلة الحرجة، المرشحة أكثر من غيرها لإهدار حقوقه فيها.

<sup>19</sup> - مدحت الديبسي: ص 115 وما يليها.

<sup>20</sup> - حسين المحمدي بوادي: ص 403.

<sup>21</sup> - مدحت الديبسي: ص 116.

وهذا هو الحال في التشريع الليبي، حيث إنه ومن استقرائنا لنصوص قانون الإجراءات الجنائية الليبي والقوانين المتعلقة بالأحداث لاحظنا أنه لا توجد أي نصوص خاصة بالأحداث، فيما يتعلق بالإجراءات التي يمكن لجهاز الضبط القضائي مباشرتها في الاستدلال، وهذا ما عليه التشريع الاجرائي المصري في المواد 28، 34، بينما نص المشرع اليمني في المادة 47 من قانون رعاية الأحداث اليمني رقم 24 لسنة 1992م على أنه "تطبق الأحكام العامة في قانون العقوبات والإجراءات فيما لم يرد نص في هذه القوانين".

وقد نصت المادة 14 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي، المقابلة للمادة 24 من قانون الإجراءات الجنائية المصري، على الاختصاصات الممنوحة لمأموري الضبط القضائي عند الاستدلال بأنه يجب عليهم أن يقبلوا التبليغات والشكاوى التي ترد إليهم بشأن الجرائم، وأن يبعثوا بها فوراً إلى النيابة العامة، ويجب على مرؤوسيه أن يحصلوا على جميع الإيضاحات، ويجروا المعاينات اللازمة لتسهيل تحقيق الوقائع التي تُبلغ إليهم، أو التي يعلمون بها بأي كيفية كانت، وعليهم أن يتخذوا جميع الوسائل اللازمة للحفاظ على أدلة الجريمة والقيام بجميع التحريات اللازمة للكشف عن الحقيقة<sup>(22)</sup>، ويجب أن تثبت جميع الإجراءات التي يقوم بها مأمور الضبط القضائي في محاضر، موقع عليها من قبله، يبين فيها وقت اتخاذ الإجراء ومكان حصوله، ويجب أن تشتمل المحاضر، زيادة عن ذلك، توقيع الشهود والخبراء الذين سمعت إفادتهم، وترسل المحاضر إلى النيابة العامة مع الأوراق والأشياء المضبوطة.

وبناءً على ما تقدم فإن اختصاص جهاز الضبط القضائي ينحصر في جمع الاستدلالات ولا يمتد للتحقيق، ذلك أن هذا الأخير هو تحريك للدعوى الجنائية، إذ تبدأ بأول إجراء من إجراءاته، والمختص بالتحقيق هو جهاز النيابة العامة<sup>(23)</sup>، وعلى أساس أن جهاز الضبط القضائي هو عبارة عن جهة معاون لسلطة التحقيق في أداء مهامها بغية الوصول للحقيقة لذلك أباح لها مشرعنا الجنائي اختصاصات متعلقة بالتحقيق، كما أباح للنسابة أن تندب أحد مأموري الضبط القضائي للقيام بإجراء من إجراءات التحقيق، عدا الاستجواب والحبس الاحتياطي، كما

<sup>22</sup>- د. مأمون سلامة: ص 457، د. عوض محمد: ص 226 وما يليها، د. محمد نيازي حتاتة: ص 150 وما يليها.

<sup>23</sup>- د. مأمون سلامة: ص 467.

راعى المشرع أنه في بعض الأحوال يستدعي الأمر التدخل السريع للمحافظة على أدلة الجريمة، كما في التلبس، فأعطي جهاز الضبط القضائي اختصاصات متعلقة بالتحقيق. وعلى ما سبق فإن اختصاص مأموري الضبط القضائي بالتحقيق اختصاصات استثنائية، والواجب على مأموري الضبط القضائي أن يباشروها وفقاً للحدود التي نص عليها القانون.

وعليه؛ فإن مأموري الضبط القضائي في جرائم الأحداث، ووفقاً للقواعد العامة، يملكون مباشرة نوعين من الاختصاصات، إما استدلالية أو متعلقة بالتحقيق: أولاً- الاختصاصات الاستدلالية في جرائم الأحداث: حيث أوجب القانون على مأموري الضبط القضائي القيام بالإجراءات الآتية:

1- إجراء التحريات اللازمة للكشف عن الجرائم ومرتكبيها، وهو يقوم بذلك بنفسه أو بواسطة مساعديه، وتعد التحريات من أهم الأساليب لجمع المعلومات، والكشف عن الحقائق، وجمع كل ما يتعلق بالحدث من ظروف محيطة به. ويقتضي المنطق أن يقوم مأمور الضبط القضائي بإجراء التحريات بنفسه، حيث يتطلب إجراء التحريات أن يكون القائم بها له خبرة ودراية بشؤون الأحداث، وهذا ما يفتقده معاونو مأموري الضبط القضائي، ولا يخفى على أحد أن التحري عن الحدث الجانح أمر مطلوب للتعرف على الظروف التي أدت به للانحراف، وإن كان من الأفضل الاستعانة بخبراء متخصصين اجتماعيين ونفسيين في إجراء هذه التحريات<sup>(24)</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة 92 إجراءات جزائية من القانون اليمني والمادة 6 من قانون رعاية الأحداث رقم 24 لسنة 1992م، وأيضاً أكدته المشرع المصري في المادة 21 من قانون الإجراءات الجنائية.

2- قبول التبليغات والشكاوى أياً كان مصدرها، فلا يشترط صفة معينة فيمن يقدم الشكاوى أو البلاغ، وعادة ما يكون التبليغ أو الشكاوى من أحد الوالدين أو الوصي أو إحدى مؤسسات

<sup>24</sup> - حسين الحضوري: ص 64.

الرعاية الاجتماعية أو المدارس أو عن طريق الحدث نفسه<sup>(25)</sup>، ويلزم مأمور الضبط القضائي بالثبوت في ما أسند للحدث، لأنه من الممكن أن تكون الاتهامات كيدية. وقد أكد المشرع المصري على هذه الالتزامات في المادة 24 من قانون الإجراءات، وكذلك نص عليها المشرع اليمني في المادة 91 إجراءات جزائية.

3- جمع الاستدلالات، فبمجرد أن يعلم مأمور الضبط القضائي بوقوع جريمة يبادر فوراً باتخاذ كافة الإجراءات والانتقال فوراً إلى مكان وقوع الجريمة ومعاينته والبحث عن آثار الجريمة ورفع جميع البصمات وآثار الأقدام وتحريز المضبوطات. ولمأمور الضبط في سبيل الاستدلال القيام بكل ما يلزم من إجراءات للكشف عن الحقيقة من ضبط المتهم وسؤاله عن الجريمة وسماع الشهود دون تحليفهم والاستعانة بالخبراء، وهذا ما نص عليه المشرع اليمني إجراءات جزائية المادة 92، والمشرع المصري في المادة 21 إجراءات جنائية.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض التشريعات - وهذا ما لم ينص عليه تشريعنا الجنائي - تلزم مأمور الضبط القضائي بأن يوجه تحذيراً للمتهم بأنه ليس ملزماً بأن يقول شيئاً إلا إذا رغب في ذلك، وأن ما سيقوله سيدون، وربما سيقدم دليلاً ضده، وكذلك تلزمه بأن يبلغ والد الحدث أو وصيه أو أي شخص له مسؤولية الإشراف عليه لحضور ضبط أقوال الحدث ما لم يكن ذلك متعذراً<sup>(26)</sup>، وهذا ما نص عليه المشرع اليمني في المادة 2/9 إجراءات جزائية، على أنه يجب على مأمور الضبط القضائي والنيابة العامة أن ينبهوا المتهم إلى ما له من حقوق تجاه التهمة الموجهة إليه، وإلى وسائل الإثبات المتاحة له، وأن يعملوا على صيانة حقوقه الشخصية والمالية، وهذا يعتبر ضماناً هامة للمتهم الحدث، ليعرف ماله وما عليه، ومن هذا المقام نأمل من مشرعنا الجنائي أن ينص على هذه الضمانة حماية للحدث وحماية لحقوقه.

4- تحرير محضر الاستدلالات، حيث إنه وفقاً للمادة 14 إجراءات جنائية ليجب على مأموري الضبط القضائي تدوين كل ما قاموا به من إجراءات ووقتها ومكان حصول هذه

<sup>25</sup>- د. مفتاح المطردي: ص 369 وما يليها.

<sup>26</sup>- المصدر السابق: الموضع نفسه.

الإجراءات وتوقيع من سمعت شهادتهم<sup>(27)</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة 92 إجراءات جزائية اليمني والمادة 24 إجراءات جنائية مصري.

ولاشك أن محاضر الاستدلال لها أهميتها من حيث أن نيابة الأحداث تعتمد بشكل كلي عليها، وهذه المحاضر التي يعدها جهاز الضبط القضائي ورجال الشرطة في غياب دور الإخصائيين الاجتماعيين والنفسانيين، وعليه تكون هذه المحاضر برمتها شرطية، ولا توجد أي تقارير اجتماعية أو نفسية خاصة بالأحداث، وبناءً عليه، وكضمانة يفترض أن يحاط بها الحدث، يجب أن تكون هذه المحاضر مشتملة على العوامل والظروف التي أدت إلى انحرافه، لكي تتخذ الأجهزة المعنية الإجراءات الصحيحة والمناسب.

ثانياً- الاختصاصات المتعلقة بالتحقيق، والتي تمنح لمأموري الضبط القضائي استثناءً، أو في حال التلبس أو في النذب، وهي القبض والضبط والإحضار وسماع أقوال المتهم وتفتيش الأشخاص والمنازل، وسنركز على القبض والتفتيش باعتبارهما من أخطر الإجراءات التي قد تمس الأحداث وتؤثر فيهم.

1- القبض: هو الحجر على حرية المتهم في التجول وتقييد حركته، إذاً فهو اعتداء على الحرية الشخصية، ولذلك لا يمكن عده إجراء من إجراءات الاستدلال، وإنما هو دائماً إجراء من إجراءات التحقيق، منحه المشرع استثناء لمأموري الضبط القضائي<sup>(28)</sup>.

ومن خلال استقراء النصوص الجنائية المتعلقة بالقبض على الأحداث لاحظنا أنه لا يوجد في التشريع الليبي أي نصوص متعلقة بالقبض على الأحداث ولا الكيفية التي يتم بها القبض، وعليه فإن القبض عليهم يتم عادة بواسطة رجال الشرطة ووفقاً للقواعد الإجرائية التي يخضع لها المتهمون البالغين، وهذا يشكل قصوراً من مشرعنا الجنائي الذي كان حرياً به أن ينص على قواعد خاصة بالقبض على الأحداث والكيفية التي يتم بها القبض.

<sup>27</sup>- وهذا ما قرره القاعدة 1/10 من قواعد بكين وأخذ به قانون الأحداث اللبناني في المادة 35 والمادة الرابعة من أمر 1945/2/2م الفرنسي.

<sup>28</sup>- مأمون سلامة: ص462، وفي نفس المعنى د. عوض محمد: ص223.

وبالرغم مما سبق، فإن مشرنا الجنائي، وكقاعدة عامة، أحاط هذا الإجراء بمجموعة من الضمانات تنطبق على المتهمين البالغين والأحداث، وإذا لم تتوافر هذه الضمانات فمعنى ذلك أن القبض غير قانوني، ويشكل جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات، وهذا ما نصت عليه المادة 30 إجراءات جنائية ليبي، على أنه لا يجوز القبض على أي إنسان وحبسه إلا بأمر من السلطات المختصة بذلك قانوناً. ولأعضاء النيابة وقضاة الإشراف ورؤساء ووكلاء المحاكم الابتدائية والاستئنافية زيارة السجون العامة في دوائر اختصاصهم، والتأكد من عدم وجود محبوس بصفة غير قانونية، والاطلاع على أوامر القبض والحبس وسماع الشكاوى المتعلقة بذلك (المواد 30-32-33 إجراءات جنائية ليبي)، وهذا ما أكدته المشرع المصري في المادة 29 من قانون الإجراءات الجنائية، بأنه لا يجوز القبض على أي إنسان أو حبسه إلا بأمر من السلطات المختصة قانوناً، كما يجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان، ولا يجوز إيذائه بدنياً أو معنوياً، وكذلك المشرع اليمني نص في المادة 11 من قانون الإجراءات الجزائية على أن الحرية الشخصية مكفولة، ولا يجوز اتهام مواطن بارتكاب جريمة، ولا تقييد حريته إلا بأمر من السلطات المختصة وفق ما جاء في القانون.

والضمانات العامة التي اشترطها مشرنا الجنائي للقبض على المتهمين نص عليها في المادة 24 من قانون الإجراءات الجنائية، والتي نصت على أنه لمأمور الضبط القضائي أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر الذي توجد دلائل كافية على اتهامه في الأحوال الآتية:

- 1- في الجنايات عموماً.

- 2- في أحوال التلبس بالجريمة، إذا كان القانون يعاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر.
- 3- إذا كانت الجريمة جنحة معاقب عليها بالحبس، وكان المتهم موضوعاً تحت مراقبة البوليس، أو كان قد صدر إليه إنذار باعتباره متشرداً أو مشتبهاً فيه، أو لم يكن له محل إقامة ثابت ومعروف في ليبيا.

- 4- في جنح السرقة والنصب والتعدي الشديد ومقاومة رجال السلطة العامة بالقوة أو بالعنف والقوادة وانتهاك حرمة الآداب والمواد المخدرة.

وبناءً عليه، فلكي يقع القبض صحيحاً منتجاً لآثاره لابد أن تكون الجريمة المسندة للمتهم إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة السابق الإشارة إليها، وأيضاً لابد أن تكون هناك دلائل كافية على الاتهام، ترجح أدلة الإدانة على أدلة البراءة، مستمدة من وقائع وظروف تؤكد الاتهام<sup>(29)</sup>، وتخضع هذه الدلائل لتقدير محكمة الموضوع، وبمجرد ما يتم القبض على المتهم، يتعين على مأمور الضبط القضائي أن يسمع أقواله، وإذا لم يأتي بما يبرئه يرسل خلال 48 ساعة إلى النيابة العامة التي يجب عليها أن تستجوبه خلال 24 ساعة، ثم إما أن تطلق سراحه أو تأمر بحبسه احتياطياً<sup>(30)</sup>، وإذا كان هذا يمثل ضماناً عامة، نص عليها مشرعنا الجنائي إلا أنه لم يفرق ما بين المتهم إذا كان حدثاً أو بالغاً، مع أنه من المفترض أنه فرق في المعاملة بينهم من حيث أن يرسل الحدث خلال مدة تكون أقل من المدة المقررة للمتهمين البالغين، وذلك لأن التحفظ على الحدث خلال هذه المدة قد تؤثر في نفسيته، وتحط من شخصيته، وخاصة أن أماكن الاحتجاز أو التحفظ عادة ما يتم فيها الخلط بين المتهمين الأحداث والمتهمين البالغين، وفي ذلك آثار خطيرة عليهم.

وتجدر الإشارة أن مشرعنا لم ينص على كيفية معينة للقبض وللضبط والإحضار كما فعلت تشريعات أخرى من حظر تقييد الأحداث بالسلاسل الحديدية، وألا يتم نقلهم بواسطة سيارات الشرطة، وإنما بسيارات خاصة بهم، لتجنيبهم هول الموقف ورهيبته.

وعلى ما سبق فإن مأمور الضبط القضائي عند قيامه بواجباته فيما يتعلق بالقبض وسماع أقوال المتهم الحدث لا يخضع لشكليات معينة عند تعامله مع الأحداث، فله أن يقوم بأي إجراء يراه مناسباً للكشف عن الحقيقة، على أن يكون هذا الإجراء في إطار الشرعية التي نص عليها مشرعنا الجنائي في قانون الإجراءات الجنائية، غير أن هذا لا يتماشى مع مبادئ وتوجهات السياسة الجنائية الحديثة الخاصة بالأحداث التي تنادي بتمييز الحدث بمجموعة من الإجراءات تختلف عن الإجراءات المتبعة مع البالغين عند القبض أو سماع أقواله، وكضمانة يجب على مشرعنا أن ينص على ألا يلجأ للقبض إلا عندما تقتضي الضرورة ذلك، وأن يبعده

<sup>29</sup>- د. مأمون سلامة: ص 476 وما يليها د. عوض محمد: ص 248.

<sup>30</sup>- د. مأمون سلامة: ص 476 وما يليها، د. عوض محمد: ص 248.

عن مخالطة المتهمين البالغين، وأن يسمع له بحضور والديه<sup>(31)</sup>، ويجب ألا تسمع أقواله إلا بحضور وليه، وحذا أن ينص مشرعنا على أن يعين محام عن الحدث في هذه المرحلة، وذلك تحقيقاً للمساندة القانونية والنفسية له.

ويجب على مأمور الضبط القضائي عند فتح محضر الاستدلال أن يبتعد عن الأساليب المعتادة المتبعة مع المتهمين البالغين<sup>(32)</sup>، وألا يلجأ للأساليب القاسية أو التخويف أو البذاءة في الحديث عن ماضي الحدث أو عن ظروفه، أو توجيه عبارات السب والشتم<sup>(33)</sup>، وهذا التوجه ليس من السهل تنفيذه إلا إذا كان مأمور الضبط القضائي مُعداً إعداداً كافياً لهذه المهمة. وبالنسبة للمشرع المصري نجد أنه قد خلت نصوص القانون رقم 31 لسنة 1974م والقانون 12 لسنة 1996م الخاص بالطفل من نص ينظم إجراءات القبض على الحدث، إذ لا يوجد نص يحد من سلطة مأمور الضبط القضائي، سواءً عند القبض على الحدث، أو عند ضبطه في حالة تلبس والتحفظ عليه، سوى القيود العامة الواردة في قانون الإجراءات الجنائية المنصوص عليها في المادة 1/34 والمادة 2/35 والمادة 36. وعليه فعندما يتهم الحدث بجريمة فإنه تسري عليه القواعد الإجرائية العامة، وهي يجب أن تكون التهمة المتهم بها جنائية متلبس بها، أو جنحة يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر، أو إذا اتهم بارتكاب جنائية أو جنحة سرقة أو نصب أو تعدٍ شديد أو مقاومة لرجال السلطة العامة بالقوة والعنف، وبالإضافة إلى ذلك يجب أن تكون هناك دلائل كافية على الاتهام. فإذا توافرت هذه الشروط يقبض على المتهم الحدث وتسمع أقواله ثم يرسل في ظرف 24 ساعة إلى النيابة التي يجب عليها أن تستجوبه في ظرف 24 ساعة، وهذا يعنى أن المتهم الحدث يعامل مثله مثل المتهمين البالغين، غير أنه نص المشرع المصري في قانون الطفل رقم

<sup>31</sup>- وهذا ما نصت عليه القاعدة 1/10 من قواعد الأمم المتحدة الدنيا لإدارة شؤون قضاء الأحداث "قواعد بكين"، والتي نصت على أنه بمجرد القبض على الحدث يخطر بذلك والده أو الوصي عليه على الفور، فإذا كان هذا الاخطار غير ممكن وجب اخطار الوالدين أو الوصي في غضون أقصر فترة زمنية ممكنة من إلقاء القبض عليه.

<sup>32</sup>- د. مفتاح المطردي: ص 378.

<sup>33</sup>- المصدر السابق: الموضع نفسه.

12 لسنة 1996م في المادة 112 المستبدلة بالقانون رقم 126 لسنة 2008م على أنه لا يجوز احتجاز الأطفال أو حبسهم أو سجنهم مع غيرهم من البالغين في مكان واحد<sup>(34)</sup>. ومن خلال هذا النص نجد أن المشرع المصري نص على ضمانته وجب أن يُحاط بها الحدث، وهي عدم احتجازه مع البالغين في مكان واحد، وذلك لتجنيبه الآثار السلبية المترتبة عن هذا الاختلاط.

هذا وقد خلت نصوص قانون الطفل الحالي والتشريعات السابقة من أي نصوص متعلقة بكيفية القبض على الحدث، أو منع استعمال السلاسل الحديدية عند القبض عليه، وأيضاً خلت من أي نصوص متعلقة بالكيفية التي يتم بها نقل الحدث والسيارات التي ينقل بها إلى النيابة العامة، وكذلك لم ينص المشرع المصري على حق وجوب استعانة الحدث بمحام عند الاستدلال معه، وبالتالي لم تلزم مأمور الضبط بهذا الحق، وفي نفس الوقت لم تمنع حضور المحام مع الحدث في الاستدلال، ولم يقيد بأي قيد<sup>(35)</sup>.

وبالنسبة لقانون رعاية الأحداث اليمني فقد نص في المادة 47 على أن تطبق الأحكام الواردة في قانون العقوبات والإجراءات الجزائية فيما لم يرد به نص خاص في هذا القانون، وعليه فإن هذا القانون لم يرد به نصوص متعلقة بالقبض إلا في حدود معينة -سنتناولها في حينها - وبالتالي تسري القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية<sup>(36)</sup>، والمشرع اليمني نص في قانون الإجراءات الجزائية في المادة 6 على أنه "يحظر تعذيب المتهم أو معاملته بطريقة غير إنسانية أو ابدائه بدنياً أو معنوياً لقصره على الاعتراف، وكل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة شيء مما ذكر يهدر ولا يعول عليه". وهذا النص يعد أحد الضمانات الأساسية التي قررها المشرع اليمني للمتهمين بصفة عامة، سواء كانوا أحداثاً أو بالغين. كذلك نص المشرع اليمني في المادة 9 على أنه "يجب

<sup>34</sup> - وجدي شفيق: ص 192.

<sup>35</sup> - على الرغم من أن قانون المحاماة المصري رقم 17 لسنة 1981م في المادة 52 أعطى للمحامي حق الحضور أمام دوائر الشرطة، غير أن هذا القانون قانون خاص، ولا تقيد نصوصه قانون الإجراءات الجنائية.

<sup>36</sup> - د. عبد الرحمن الحمرة: ص 225 وما يليها.

على مأموري الضبط القضائي والنيابة العامة أن ينبهوا المتهم إلى ما له من حقوق تجاه التهمة الموجهة إليه، وإلى وسائل الإثبات المتاحة له، وأن يعملوا على صيانة حقوقه الشخصية والمالية". وهذا يعتبر ضماناً أخرى أحاط بها المشرع اليمني المتهمين، وذلك من خلال تنبيههم إلى مالهم من حقوق ووسائل إثبات متاحة لهم، وهذه الضمانات تعزز احترام الحقوق والحريات الفردية.

ومن أهم الضمانات التي نص عليها المشرع اليمني، وخص بها الأحداث، ما ورد في المادة 14 من قانون رعاية الأحداث أنه "لا يجوز الإساءة في معاملة الحدث، أو استخدام القيود الحديدية عليه، كما يحظر التنفيذ بطريق الإكراه البدني على المحكوم عليهم من الأحداث" (37).

ومن خلال هذا النص يكون المشرع اليمني قد أورد قيود عند التعامل مع الأحداث بطريقة تختلف عن المتهمين كبار السن. والمشرع اليمني منح مأمور الضبط القضائي سلطة اتخاذ إجراء القبض، ولكن وفقاً لما نص عليه في المادة 101 من قانون الإجراءات الجزائية، والتي تنص على أن "الجرائم المشهودة المعاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ستة أشهر يحق لمأمور الضبط القضائي القبض على شخص يستدل بالفرائض على أنه الفاعل للجريمة أو له علاقة بها إذا كان حاضراً أو أن يأمر بإحضاره إن كان غائباً" (38)، ويقوم مأمور الضبط القضائي بحجز الحدث في قسم الشرطة حتى يعرض على النيابة في اليوم التالي. هذا وتجدر الإشارة إلى أن المادة 11 من قانون رعاية الأحداث رقم 24 لسنة 1992م نصت على أنه "لا يجوز التحفظ على الحدث الذي لا تتجاوز سنه عن اثنتي عشرة سنة في قسم من أقسام الشرطة وسائر الأجهزة الأمنية". ويجب تكفيله لوليّه أو وصيه أو المؤتمن عليه، وفي حالة تعذر ذلك إيداعه في أقرب دار لتأهيل الأحداث لمدة لا تزيد على 24 ساعة، وإذا كان الإفراج

37- المصدر السابق: الموضع نفسه، ومن التشريعات التي منعت تقييد الحدث بالسلاسل الحديدية قانون الأحداث الأردني في المادة 3 في البند الأول،

وكذلك القانون العراقي رقم 16 لسنة 1972م المعدل سنة 1980م.

38- د. عبد الرحمن الحمرة: ص 249.

عنه يشكل خطورة عليه أو على غيره، يحال بعدها إلى النيابة للنظر في موضوعه وفقاً لأحكام هذا القانون.

ووفقاً لما قدمنا نلاحظ أن المشرع اليمني حمى الحدث الجانح، وقدم له ضمانات، وذلك حرصاً عليه، ولم يُجز التحفظ على الحدث الذي لم يتجاوز اثنتا عشرة عاماً في قسم الشرطة، وذلك حرصاً عليه وحمايته من الآثار المترتبة عن هذا التحفظ، وقدم بدائل عن التحفظ عليه. كما أنه نص في الفقرة ب من نفس المادة على أنه "يجوز عند الاقتضاء التحفظ على الحدث إذا أتم الثانية عشرة من عمره في أي قسم من أقسام الشرطة، على ألا تزيد مدة التحفظ عن 24 ساعة، وأن يتم التحفظ في مكان خاص، يمنع اختلاط الحدث بغيره من المحجوزين، ممن هم اكبر منه سناً". وعليه فإن القانون اليمني حدد مدة التحفظ على المتهم الحدث بحيث لا تزيد على 24 ساعة، وهي نفس المدة التي تطبق على البالغين.

هذا ولم يرد في قانون رعاية الأحداث اليمني ما يفيد ضرورة حضور محام مع الحدث عند الاستدلال، ولذلك ترجع المسألة لتقدير مأمور الضبط القضائي الذي يملك الموافقة على ذلك أو الرفض، وهذا بالرغم من أن المشرع اليمني يحرص على حق المحامين في الحضور مع موكلهم أثناء مباشرة التحقيق وفي الاستجواب وعلى رأي بعض الفقهاء اليمنيين من يرى أن الأصل هو الحضور، ولا يوجد في القانون ما يفيد هذا الأصل<sup>(39)</sup>.

2-تفتيش الحدث، ويعني البحث في مستودع سره عن أشياء تفيد في الكشف عن الجريمة ونسبتها للمتهم، وتفتيش شخص المتهم لما فيه من اعتداء على الحرية الشخصية، فقد حصره مشرعنا الليبي في حالات معينة نص عليها على سبيل الحصر<sup>(40)</sup>.

وقد نص المشرع الليبي في المادة 35 من قانون الإجراءات الجنائية على أنه "في الأحوال التي يجوز فيها القبض قانوناً على المتهم يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يفتشه". وعلى ذلك يلزم لكي يقع التفتيش صحيحاً أن تتوافر الشروط التي استلزمها المشرع عند القبض، وهي أن تكون هناك دلائل كافية على اتهام الحدث بارتكاب جريمة من الجرائم

<sup>39</sup> - المصدر السابق: ص 259.

<sup>40</sup> - د. مأمون سلامة: ص 481 وما يليها.

التي يجوز فيها القبض، وتقدير هذه الدلائل منوط بمأمور الضبط القضائي، تحت إشراف سلطة التحقيق والحكم<sup>(41)</sup>، والمشرع قد اشترط في الفقرة الأخيرة من المادة 35 على أنه "إذا كان المتهم أنثى وجب أن يكون بمعرفة أنثى ينتدبها لذلك مأمور الضبط القضائي".

ويتضح مما سبق، أن مشرعنا الجنائي نص على ضمانات عامة تسري على المتهمين دون تمييز بينهم إذا كانوا بالغين أو أحداثاً، وأيضاً لم ينص في القوانين المتعلقة بالأحداث على أي قواعد خاصة بهم فيما يتعلق بالتفتيش، وبالتالي تسري القواعد والأحكام العامة السالف الإشارة إليها.

وكذلك المشرع المصري لم يخص الأحداث بأي خصوصية فيما يتعلق بالتفتيش، وبالتالي تسري عليهم القواعد العامة المنصوص عليها في المادة 46 إجراءات جنائية مصري، والتي تنص على أنه "في الأحوال التي يجوز فيها القبض يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يفتشه، وإذا كان المتهم أنثى وجب تفتيشه بمعرفة أنثى ينتدبها لذلك مأمور الضبط القضائي".

وبالنسبة للمشرع اليمني فلم ينص في قانون رعاية الأحداث على أي نصوص خاصة بتفتيش الأحداث، ولذلك تسري القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية، حيث نصت المادة 102 إجراءات جزائية على أنه "لمأمور الضبط القضائي في الحالات المنصوص عليها في المادة السابقة أن يفتش المتهم ومنزله ويضبط الأوراق والأشياء التي تفيد في كشف الحقيقة متى وجدت أمارات قوية تدل على وجودها فيه".

فلمأمور الضبط القضائي تفتيش المتهم الحدث في الأحوال التي يجوز فيها القبض قانوناً عليه وفق المادة 102 إجراءات جزائية، وقد تناول المشرع اليمني التفتيش في المادة 133 إجراءات جزائية التي نصت على أن "تفتيش الشخص يكون بالبحث في جسمه أو ملابسه أو أمتعته الموجودة معه"، كما نصت المادة 143 من نفس القانون على أنه "لا يجوز تفتيش

<sup>41</sup> - المصدر السابق: الموضع نفسه.

الأنتى إلا بواسطة أنتى غيرها يدعوها لذلك مأمور الضبط القضائي<sup>(42)</sup>، ومن خلال النصوص التي أشرنا إليها نجد أن المشرع الليبي والمصري واليمني قد أوردوا نفس القواعد فيما يتعلق بتفتيش الأحداث، ولم يميزوهم بأي قواعد خاصة بهم.

### الفرع الثالث- كيفية التصرف في الاستدلال في جرائم الأحداث:

إجراءات الاستدلال هي من الإجراءات السابقة على تحريك الدعوى الجنائية، فإذا قام مأمور الضبط القضائي بفتح محضر للاستدلال، وأثبت فيه جميع الإجراءات التي قام بها مرفقة بتوقيعه وتوقيع الأشخاص الذين سمعوا، مبيناً وقت اتخاذ الإجراء ومكان حصوله، عليه بعد الانتهاء من هذا المحضر أن يحيله إلى النيابة العامة مع الأوراق والأشياء التي ضبطت، باعتبار أن النيابة هي الجهة الوحيدة التي خصها القانون بحق التصرف في محضر جمع الاستدلال دون رجال الضبط القضائي<sup>(43)</sup>.

والنيابة العامة عندئذ ليس أمامها سوى أحد القرارين، إما أن تصدر قراراً بحفظ الأوراق، أو قراراً بتحريك الدعوى، وترفع هذه الأخيرة للمحكمة بناءً على محضر جمع الاستدلال إذا كانت الجريمة جنحة أو مخالفة، ورأت أنه لا حاجة لإجراء التحقيق فيها، أما الجنايات فالتحقيق فيها وجوبي.

ونرى -من خلال هذا المقام- أن يضم مشرعنا الجنائي إلى جانب الجنايات -وكضمانة- جرائم الأحداث بصفة عامة، سواء كانت جنحة أو مخالفة أو جناية؛ وذلك لمعرفة ظروف الحدث وإدخال شخصيته في التحقيق والتعرف على كل العوامل التي أسهمت في ارتكابه للجريمة<sup>(44)</sup>.

وبذا فإن مأمور الضبط القضائي تقتصر وظيفته على الاستدلال عن الحدث من أنه اقترف جريمة يعاقب عليها القانون وإحالاته للجهة المختصة بالتحقيق، وهذا هو الأصل المعمول به في أغلب التشريعات، غير أن هذا يشكل قصوراً فيما يتعلق بالضمانات التي

<sup>42</sup>- د. عبد الرحمن الحمرة: ص 253.

<sup>43</sup>- د. مفتاح المطردي: ص 286 وما يليها.

<sup>44</sup>- المصدر السابق: الموضع نفسه.

يفترض أن يحاط بها الحدث، حيث إنه من اللازم إعطاء مأموري الضبط القضائي إمكانية التصرف في أمر الحدث الجانح، وذلك بإعادته إلى ذويه دون إرساله للنيابة العامة، حيث يسلم لولييه مع إنذاره كتابياً لمراقبته والإشراف عليه، ويفترض أن هذه السلطة لا تعطى لأي أحد إلا لمأموري الضبط القضائي الخاصين بالأحداث، وذلك لما لهم من شفافية قانونية، فضلاً عما يتلقونه من تدريب خاص قبل وأثناء عملهم مع شريحة الأحداث، مما يكسبهم القدرة على اتخاذ القرار المناسب<sup>(45)</sup>.

وهناك تشريعات لبعض الدول المتقدمة أتاحت لشرطة الأحداث قدراً من الصلاحيات للتصرف في أمر الحدث عند ارتكابه للجريمة أو تعرضه للانحراف، فشرطة الأحداث أن تحيله للمحكمة مباشرة، أو أن تتخذ حياله إجراء إصلاحياً أو وقائياً بالتعاون مع الهيئات والمؤسسات الاجتماعية المهمة بشؤون الأحداث<sup>(46)</sup>.

وهناك اتجاه يرى أنه عند ارتكاب الحدث للجريمة أو تعرضه للانحراف أن يعرض أمره على هيئة الإصلاح الاجتماعي التي تقوم من خلال متخصصين نفسيين واجتماعيين وقانونيين باتخاذ كافة الإجراءات الملائمة لفحص الحدث، ويكون لها سلطة إحالة الحدث إلى مؤسسة إصلاحية، لكي تصلح سلوكه، أو أن تحيله لمحكمة الأحداث<sup>(47)</sup>.

وبالرجوع للقانون المصري نجد أن موقفه لا يختلف كثيراً عن موقف تشريعنا الليبي، إذ ليس أمام الجهة المختصة بجرائم الأحداث إلا إحالة محضر الاستدلال لجهة التحقيق، والتي ليس أمامها إلا أن تصدر قراراً بحفظ الأوراق أو رفع الدعوى وإحالتها للمحكمة المختصة (المواد من قانون 61-62-63 من قانون الإجراءات الجنائية المصري)، وهذا ما سار عليه المشرع اليمني (المواد 110-111-112 من قانون الإجراءات الجزائية)<sup>(48)</sup>.

<sup>45</sup>- د. حسن محمد ربيع: ص 82.

<sup>46</sup>- د. عبد الرحمن الحمرة: ص 261.

<sup>47</sup>- د. حاتم بكار: ص 594.

<sup>48</sup>- د. عبد الرحمن الحمرة: ص 262.

## المطلب الثاني

### الضمانات القانونية لإجرام الأحداث في التحقيق

يقصد بالتحقيق مجموعة الإجراءات التي تباشرها سلطات التحقيق بالشكل المحدد قانوناً بغية تمحيص الأدلة والكشف عن الحقيقة قبل مرحلة المحاكمة، وهي مرحلة وسط بين الاستدلال والمحاكمة، وتعتبر إجراءات التحقيق الابتدائي من أخطر مراحل الدعوى الجنائية وأهمها، فهي توطئة لإعداد الأدلة التي لا غنى عنها في مرحلة المحاكمة، وتستهدف البحث في الأدلة المقدمة من جهة الاستدلال للوصول للحقيقة عن طريق الموازنة بين الأدلة المقدمة ومدى نسبتها للمتهم<sup>(49)</sup>، وهو يحقق مصلحة عامة، متمثلة في تخفيف العبء عن جهة الفصل في الدعوى، فلا ترفع إليها من القضايا إلا ما استجمعت عناصرها وترجحت فيها أدلة الإدانة<sup>(50)</sup>.

والتحقيق في تشريعنا الإجرائي وجوبي في الجنايات، وجوازي في الجنح والمخالفات، وله شروط معينة منها أنه لا بد أن يكون مدونا بمعرفة كاتب للتحقيق، والسرية عند إجراءاته، وحياد المحقق، والتدخل المحدود للدفاع.

والتساؤل الذي يطرح في هذا المقام هو هل هناك ضمانات خاصة بالأحداث عند التحقيق معهم أو هل خصهم مشرعنا بجهة معينة للتحقيق معهم؟ أم عاملهم مثلهم مثل البالغين؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال الفروع الآتية:

### الفرع الأول- السلطة المختصة بالتحقيق مع الأحداث الجانحين:

تفصل بعض التشريعات المعاصرة بين وظيفة الاتهام ووظيفة التحقيق، لما بينهما من تعارض، فتخص النيابة بمباشرة الاتهام، وتجعل التحقيق من اختصاص قضاة يطلق عليهم قضاة التحقيق، وتسلك طائفة أخرى من التشريعات المعاصرة مسلكاً مخالفاً، إذ تخول النيابة

<sup>49</sup>- د. محمد أبو العلا عقيدة: ص 405.

<sup>50</sup>- د. محمود نجيب حسني: ص 614.

العامّة سلطة الاتهام والتحقيق معاً، ولا ترى في هذا الجمع ضيراً؛ لأن النيابة العامة ليست خصماً لدوداً، يُخشى انحرافه وتحيزه، ولكنها خصم شريف، يُعنى ببراءة البريء بقدر ما يعنى بإدانة المذنب<sup>(51)</sup>.

وينهج التشريع الليبي بوجه عام منهج الطائفة الثانية في التشريعات، فالنيابة العامة هي سلطة التحقيق الأصلية، فضلاً عن كونها سلطة الاتهام، وأخذ المشرع الليبي مع ذلك بنظام قاضي التحقيق، ولكن في حدود ضيقة، حيث يجوز للنيابة العامة في مواد الجنايات والجناح أن تطلب من رئيس المحكمة الابتدائية ندب قاضٍ للتحقيق، وأيضاً يجوز لرئيس النيابة أن يطلب من محكمة الاستئناف ندب مستشار للتحقيق في جريمة معينة، كما يجوز للمتهم في جناية أن يطلب ندب قاضي للتحقيق من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها مكان وقوع الجريمة أو مكان ضبط المتهم أو مكان محل إقامة المتهم، ويصدر رئيس المحكمة قراره بعد سماع أقوال النيابة، ويجب على رئيس المحكمة الاستجابة لطلب الندب المقدم من النيابة، أما الطلب المقدم من المتهم فجائز القبول أو الرفض<sup>(52)</sup>.

وباعتبار أن النيابة هي المختصة بالتحقيق فإن المشرع أعطاهما كل الصلاحيات، غير أنه قيد هذه الصلاحيات في أحوال معينة، فمثلاً المادة 180 إجراءات جنائية ليبي لا تجيز للنيابة تفتيش غير المتهمين أو ضبط الخطابات والرسائل إلا بناءً على إذن من القاضي الجزئي، والمادة 176 المعدلة توجب على النيابة إذا رأت مد الحبس الاحتياطي لأكثر من ستة أيام أن تعرض الأمر على القاضي الجزئي، ليصدر قراره بعد سماع أقوال النيابة العامة والمتهم.

وفي مجال الأحداث فإن المشرع الليبي لم يفرق بين المتهمين البالغين والمتهمين الأحداث، فكانت النيابة هي صاحبة الاختصاص بالتحقيق الابتدائي وفقاً لنص المادة 51 إجراءات جنائية، وعليه فإن النيابة العامة هي المعنية بالتحقيق مع الأحداث، ويجوز ندب

<sup>51</sup> - عوض محمد: ص 314 وما يليها.

<sup>52</sup> - المصدر السابق: نفس الموضع.

مستشاراً للتحقيق أو قاضي في جريمة معينة، بناءً على طلب النيابة أو رئيسها، إذا كانت جنائية أو جنحة، أو بناءً على طلب المتهم الحدث إذا كانت جريمته تشكل جنائية.

وعلى الرغم من عدم وجود نيابات مختصة بالأحداث إلا أنه في ليبيا أنشئت في بداية السبعينات نيابة واحدة في مدينة طرابلس، تختص بالتحقيق والتصرف في قضايا المتهمين الأحداث، ورغم كونها نيابة نوعية تختص بهم، ولكنها لا تتميز عن بقية النيابة في شيء، فالعاملون بها من أعضاء النيابة غير متخصصين، ولهم نفس مؤهلات نظرائهم في باقي النيابة. وإذا كان هذا الاتجاه الذي أخذ به المشرع الليبي في هذا الشأن يمكن قبوله وقت صدور القانون، أي منذ نصف قرن، إذ الإمكانيات الفنية والمادية والبشرية الضرورية لإرساء أي نظام قانوني كانت ضعيفة، إن لم تكن معدومة، فإن هذا الاتجاه أصبح غير مقبول، باعتبار أن الإمكانيات بأنواعها أصبحت متوافرة مقارنة بما سبق (53).

وبناءً على ما أسلفنا، فإن عدم تخصيص نيابة للأحداث في جميع أرجاء ليبيا للتحقيق مع هؤلاء الصغار يشكل قصوراً من مشرعنا الجنائي تجاه هذه الفئات الضعيفة، حيث إن تخصيص نيابة للأحداث يشكل أحد أهم الضمانات التي يجب أن يحظى بها الحدث، والتي يجب على مشرعنا أن يقرها، ويجب أن يكون أعضاء نيابة الأحداث مؤهلين ومتخصصين، وأن يتم اختيارهم ليس فقط استناداً للكفاءة العلمية من حيث التكوين القانوني، بل أيضاً لخبرتهم وإلمامهم بالعلوم ذات الصلة من علم نفس وعلم اجتماع وعلم التربية، وأن يكون مهتماً بصورة خاصة بمشكلات جنوح الأحداث وما تثيره من مسائل وبما يؤهله للتعامل مع هذه الطائفة والتي تتصف بخصائص استثنائية (54).

وبالنسبة للتشريع المصري فإنه لم يخصص نيابة للأحداث في القانون رقم 31 لسنة 1974 بشأن الأحداث، غير أنه ما لبث إلا أن عدل عن هذا الموقف، فنص في المادة 2/120

<sup>53</sup>- أيضاً دراسة حول نظام عدالة الأحداث في ليبيا، وزارة العدل

د. محمود سليمان موسى: ص 61.

<sup>54</sup>- د. محمود سليمان موسى: ص 210.

من قانون الطفل المصري الصادر 1996م على أن "تتولى أعمال النيابة العامة أمام تلك المحاكم "محاكم الأحداث" نيابات متخصصة بالأحداث، يصدر بشأنها قرار من وزير العدل". وعليه فإن المشرع المصري، وفي إطار تقديم ضمانات للمتهم الحدث، فقد أنشأ نيابة خاصة بهم؛ وذلك لكي تؤدي مهمتها على أكمل وجه، ووفقاً للرعاية والحماية التي يجب أن يحاط بها الحدث، وهذه النيابة ليست مختصة فقط في جرائم الأحداث، وإنما تشمل أيضاً حالات التعرض للانحراف<sup>(55)</sup>.

وبالنسبة للتشريع اليمني فإنه النيابة كانت هي صاحبة الاختصاص الأصلي بالتحقيق مع الحدث الجانح في معظم محافظات الجمهورية، وفقاً للمادة 21 إجراءات جزائية، ويجوز ندب مستشار للتحقيق عن طريق محكمة الاستئناف لتحقيق جريمة معينة، سواء أكانت جنحة أو جناية، ويقدم الطلب من وزير العدل أو رئيس النيابة لمحكمة الاستئناف. ويختص القاضي الجزئي بصفته قاضي المحكمة الجزائية ببعض إجراءات التحقيق، والتي لا يجوز للنيابة العامة اتخاذها إلا بإذن منه، كتفتيش منازل غير المتهمين ومد الحبس الاحتياطي وغيرها من الإجراءات.

والنيابة العامة كانت مختصة وفقاً للقانون رقم 24 لسنة 1992م بشأن رعاية الأحداث في المادة 2 حيث نصت على أن "النيابة المختصة هي النيابة العامة"، وهذا ما أكدته المادة 8 من نفس القانون بنصها "على أن تتولى النيابة مباشرة إجراءات التحقيق والتصرف في مسائل الأحداث"، غير أن بصدور القانون رقم 26 لسنة 1997م المتعلق برعاية الأحداث، والذي بموجب المادة 15 منه تم إنشاء محكمة مختصة بالأحداث، تختص دون غيرها بالنظر في أمر الحدث عند التعامل في الجرائم وعند تعرضه للانحراف، وعلى إثر ذلك تم إنشاء نيابة خاصة بالأحداث<sup>(56)</sup>، وهذا يعد إجراء في غاية الأهمية، ويعكس توجهات السياسة الجنائية

<sup>55</sup>-وجدي شفيق: ص196.

<sup>56</sup>-د. عبد الرحمن الحمرة: ص279. ومن التشريعات التي أخذت بنظام تخصيص نيابات للأحداث قانون الأحداث الجانحين السوري في المادة 35،

وكذلك قانون الأحداث الكويتي في المادة 1 فقرة أ.

الحديث التي تنادي بوجوب توافر جهاز متخصص بالتحقيق مع الأحداث، يكون على درجة عالية من التأهيل والكفاءة والمهنية.

### الفرع الثاني- الاختصاصات الممنوحة عند التحقيق مع الأحداث الجانحين:

إجراءات التحقيق -كما سبق أن ذكرنا- هي مجموعة الأعمال التي يرى المحقق ملائمة القيام بها لكشف الحقيقة بالنسبة لواقعة معينة يهتم بها قانون العقوبات والقوانين المكملة له<sup>(57)</sup>.

ومشرعنا الجنائي الليبي لم يرسم شكلاً خاصاً يلتزمه المحقق في تحقيقه مع المتهم، ولم يبين الكيفية التي يتم بها التحقيق، حيث ترك الأمر في ذلك لتقدير المحقق وما يراه مناسباً وفقاً للظروف المتعلقة بكل واقعة<sup>(58)</sup>، وعليه فإنه يجري التحقيق مع الأحداث بالطريقة نفسها المقررة في قانون الإجراءات الجنائية للتحقيق مع البالغين، كما تحتفظ الجهة التي تباشره بكافة السلطات وصلاحيات التحقيق المقررة في القانون إلا ما استثنى بنص خاص<sup>(59)</sup>.

وهذا ما نص عليه المشرع المصري في المادة 143 من قانون الطفل المصري رقم 12 لسنة 1996م، والتي نصت على أنه "تطبق الأحكام الواردة في قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية فيما لم يرد به نص في هذا الباب"، وكذلك المشرع اليمني في المادة 169 من قانون رعاية الأحداث اليمني عندما نص على أنه "تسري القواعد والأحكام الواردة في قانون العقوبات والإجراءات الجزائية فيما لم يرد به نص"<sup>(60)</sup>.

وفي هذا الفرع سنقتصر في دراستنا على أهم الإجراءات التي قد تمس الحدث وتؤثر عليه، وهي الاستجواب والمواجهة والحبس الاحتياطي، وسنتناول الضمانات التي أحاطه المشرع بها عند القيام بهذه الإجراءات ومقارنتها بالتشريعين المصري واليمني.

**أولاً- الاستجواب والمواجهة:** وهما من أخطر إجراءات التحقيق الابتدائي التي تستهدف جمع الأدلة، والاستجواب يعني مناقشة المتهم تفصيلاً في الاتهامات الموجهة ضده، ودعوته إلى الرد

<sup>57</sup>- د. عوض محمد: ص 469.

<sup>58</sup>- د. مفتاح المطردي: ص 412 وما يليها.

<sup>59</sup>- المصدر السابق: نفس الموضع.

<sup>60</sup>- د. عبد الرحمن الحمرة: ص 291.

على هذه الادعاءات<sup>(61)</sup>، ولخطورة هذا الإجراء حظر المشرع الليبي ندب مأموري الضبط القضائي لإجرائه أو مباشرته إلا في حالة الضرورة. والاستجواب يختلف عن سؤال المتهم في محضر جمع الاستدلال بمعرفة مأمور الضبط القضائي، حيث يعتبر مجرد سؤال دون تفصيل، والهدف من الاستجواب أمرين: الأول متمثل في إثبات شخصية المتهم ومناقشته تفصيلاً في الاتهام الموجه إليه، والثاني تحقيق دفاع المتهم<sup>(62)</sup>.

أما المواجهة فهي ذلك الإجراء الذي يقوم به المحقق بمقتضاه بمواجهة المتهم بمتهم آخر أو شاهد آخر فيما يتعلق بما أدلى به كل منهما من أقوال<sup>(63)</sup>.

وباعتبار أن مشرعنا الليبي والمشرع المصري واليمني لم ينص أيّاً منهم على نصوص استثنائية متعلقة بكيفية الاستجواب مع الأحداث، فعليه تطبيق القواعد العامة المقررة في قانون الإجراءات الجنائية، والتي أحاطت هذا الإجراء بمجموعة من الضمانات، وهي:

1- أنه لا يجوز مباشرة الاستجواب في مرحلة الاستدلال، أي عند الاستدلال مع الحدث، أو أن يندب لإجرائه مأمور الضبط القضائي، ذلك أن هذا الإجراء من إجراءات التحقيق، تباشره سلطة التحقيق إذا رأت ذلك، وإن كان المشرع قد أوجبه في حالتين عند القبض على المتهم أو حبسه احتياطياً، وعلة ذلك واضحة، لأن المتهم قد يقدم ما يثبت براءته ونفي التهمة عنه مما يؤدي لإطلاق سراحه، وهذا ما نص عليه المشرع الليبي في المادة 112 إجراءات جنائية والمشرع المصري في المادة 2/130 إجراءات جنائية والمشرع اليمني في المادة 105 إجراءات جزائية.

2- أن يكون القائم بمباشرة الاستجواب المحقق ذاته الذي يقوم بالتحقيق مع الحدث، فإذا كان القائم بالتحقيق قاضي التحقيق فلا يجوز له تكليف غيره، سواء أكان من مأموري الضبط

<sup>61</sup> - مأمون سلامة: ص 642 وما يليها.

<sup>62</sup> - المصدر السابق: نفس الموضوع.

<sup>63</sup> - المصدر السابق: نفس الموضوع.

القضائي أو أحد أعضاء النيابة، وإذا كان القائم بالاستجواب هو جهاز النيابة العامة فلا يجوز له ندب أحد مأموري الضبط القضائي لاستجواب المتهم<sup>(64)</sup>.

وتجدر الإشارة فيما يتعلق بكيفية مباشرة الاستجواب أن قانون رعاية الأحداث اليمني رقم 24 لسنة 1992م نص في المادة 8 منه على أن تتولى النيابة مباشرة إجراءات التحقيق والتصرف في مسائل الأحداث، وأنه يجب على المحقق أثناء الاستجواب وإجراء التحقيق مراعاة سن الحدث ودرجة خطورة الفعل المنسوب إليه وحالته البدنية والذهنية والظروف التي نشأ فيها وغير ذلك من عناصر الشخصية.

ومن ظاهر هذا النص يبين لنا أن المشرع اليمني قد خص الحدث ببعض الضمانات خلال القيام بهذا الإجراء، متمثلة في ضرورة أن تحاط سلطة التحقيق علماً بكل ما يتعلق بالحدث من دراسة شخصيته وحالته البدنية والذهنية وكل ما يحيط به من ظروف، أي بمعنى فحص شخصيته، وهذا الفحص لا يخفى على أحد أهميته، باعتبار أنه يتيح لسلطة التحقيق التعرف أكثر على الحدث، لكي تصدر القرار المناسب حياله<sup>(65)</sup>.

والفحص الشامل للحدث نصت عليه قواعد الأمم المتحدة النموذجية لإدارة شؤون قضاء الأحداث في القاعدة 16 التي نصت على أنه "يتعين في جميع الحالات إجراء تقصي سليم للبيئة والظروف التي يعيش فيها الحدث والظروف التي ارتكبت فيها الجريمة، لكي يتسنى للسلطة المختصة إصدار حكم في الدعوى عن تبصر".

وبالنسبة لتشريعنا الليبي فإنه لم يقر هذه الضمانة، واقتصر على النص عليها في مرحلة المحاكمة، وفقاً للمادة 319 إجراءات جنائية ليبي<sup>(66)</sup>، وذلك على الرغم من التوجهات التي تنادي بإدخال فحص الشخصية في المراحل السابقة عن المحاكمة، وذلك للإحاطة بالحدث أكثر.

<sup>64</sup> - المصدر السابق: نفس الموضع.

<sup>65</sup> - عبد الرحمن الحمرة: ص 296

<sup>66</sup> - حيث تنص المادة 319 إجراءات جنائية ليبي على أنه يجب في مواد الجناح والجنايات قبل الحكم على المتهم الصغير التحقق من حالته الاجتماعية

والبيئة التي نشأ فيها والأسباب التي دفعته إلى ارتكاب الجريمة، ويجوز الاستعانة في ذلك بالموظفين العموميين ذوي الاختصاص وغيرهم من

الأطباء والخبراء

وبالنسبة للتشريع المصري فقد اقتصر على أن يكون الفحص في مرحلة المحاكمة، وفقاً للمادة 127 والمادة 128 من القانون رقم 12 لسنة 1996م، غير أنه نص في المادة 1348 من التعليمات القضائية للنيابات على أنه يجب التصرف في قضايا الأحداث على وجه السرعة، وأن يشتمل التحقيق فيها على بيان حالة الحدث الاجتماعية والبيئة التي نشأ فيها، وإرفاق تقرير المراقب الاجتماعي، حتى يسهل على المحكمة تقدير الظروف المحيطة بالطفل، والتي دفعته إلى سلوك الجريمة<sup>(67)</sup>.

3- من الضمانات العامة المكفولة للمتهم، سواء أكان حدثاً أو بالغاً، هي إحاطته بالتهمة والوقائع المنسوبة إليه، وقد نص المشرع الليبي في قانون الإجراءات الجنائية في المادة 105 "بأنه عند حضور المتهم لأول مرة في التحقيق، يجب على المحقق أن يثبت من شخصيته، ثم يحيطه علماً بالتهمة المنسوبة إليه، ويثبت أقواله في المحضر، وهذا ما نص عليه المشرع الليبي (182 إجراءات جزائية) والمشرع المصري (123 إجراءات جنائية).

وهذه الضمانة قررتها المادة 2/40/ب-2 من اتفاقية حقوق الطفل، والتي أقرت حق الحدث في إبلاغه بالتهمة الموجهة إليه، حيث نصت على إخطاره فوراً ومباشرة بالتهمة الموجهة إليه عن طريق والديه أو الأوصياء القانونيين عليه عند الاقتضاء، والحصول على مساعدة قانونية وغيرها من المساعدة الملائمة لإعداد وتقديم دفاعه.

4- أيضاً نص مشرعنا الجنائي الليبي في المادة 106 إجراءات جنائية على ضرورة دعوة محامي المتهم لحضور الاستجواب أو المواجهة، ولكن بشرط أن تكون التهمة الموجهة للحدث جنائية، وأن يسمح للمحامي بالاطلاع على الأوراق قبل إجراء الاستجواب أو المواجهة، وهذا ما نصت عليه المادة 40 من اتفاقية الطفل السالف الإشارة إليه.

وقد استثنى المشرع الليبي حالتين يمكن لجهة التحقيق إجراء استجواب المتهم دون دعوة محاميه، وهي التلبس والسرعة بسبب الخوف من ضياع الأدلة، ويلاحظ أن المشرع الليبي قد جعل حضور المحامي في الاستجواب جوازياً وليس إلزامياً، كما هو في مرحلة

<sup>67</sup> -مدحت الديبسي: ص 119.

المحاكمة في مواد الجنايات (المادة 321 إجراءات جنائية)، وأن كل ما يلتزم به المحقق هو دعوته إن وجد، وأن يعلن المتهم عن اسمه بالطريق الذي رسمه القانون دون الالتزام بتعيين محام له، أو على الأقل إخطار المتهم بحقه في أن يكون له محام، وكذلك يفترض أن يكون له هذا الحق ليس في الجنايات فقط وإنما أيضاً في الجنح والمخالفات؛ وذلك لعدم اكتمال قدرات الحدث الذهنية والبدنية وقلة خبرته، وأيضاً كثيراً ما يقصى عن الكثير من الإجراءات المتعلقة بالتحقيق مراعاة لنفسيته، الأمر الذي يتطلب إيجاد من يمثله ويستوفي حقه في العلم بما تم من إجراءات في غيبته<sup>(68)</sup>.

وبالنسبة للتشريع المصري فقد نص على هذه الضمانة في المادة 124 إجراءات جنائية، غير أن تجدر بنا الإشارة أن المشرع المصري قد نص في المادة 125 على أنه على سلطة التحقيق أن تسمح لمحامي المتهم بالاطلاع على أوراق التحقيق قبل الاستجواب أو المواجهة بيوم، وذلك لتجهيز دفاعه، وهذا ما لم ينص عليه مشرعنا الليبي، وعلى الرغم من أنه نص على حق المتهم في إحاطته علماً بالتهمة المنسوبة إليه وفقاً للمادة 105 السالف الإشارة إليها، فكيف ستنتج هذه الضمانة أثرها؟ إنها لن تنتج أثرها إلا إذا نص على أن يسمح للمحامي بالاطلاع على التحقيق قبل الاستجواب أو المواجهة بيوم حتى يتحقق دفاعه على الوجه الأكمل اقتداءً بالتشريع المصري<sup>(69)</sup>.

وقد أقر التشريع اليمني بدوره هذه الضمانة، حيث نص عليها في المادة 181 إجراءات جزائية، فألزم جهة التحقيق بدعوة محام المتهم، واستثنى من ذلك حالتين، وهي الجرائم المشهودة والسرعة بسبب الخوف من ضياع الأدلة، وكذلك نص مثلاً فعل المشرع المصري في المادة 180 على أن يسمح للمحامي بالاطلاع على التحقيق في اليوم السابق على

<sup>68</sup> - د. مفتاح المطردي: ص 420 وما يليها. د. محمد الشركسي: ص 262. ومن التشريعات التي اشترطت تمكين محام المتهم من الاطلاع على

التحقيق قبل الاستجواب قانون الإجراءات الجنائية السوري في المادة 2/70.

<sup>69</sup> - د. مفتاح المطردي: ص 420 وما يليها. د. محمد الشركسي: ص 262.

الاستجواب أو المواجهة، ما لم يقرر المحقق غير ذلك، وفي جميع الأحوال لا يجوز الفصل بين المتهم ومحاميه الحاضر معه أثناء التحقيق<sup>(70)</sup>.

5- أيضاً من ضمن الضمانات المحاطة بالاستجواب هي ألا يكون قد بُوشر في ظروف لا تأثير فيها على إرادة المتهم الحدث وحرية في إبداء أقواله ودفاعه، فإذا توافر أي ظرف من الظروف التي تعدم الإرادة أو تعييبها ترتب عليها بطلان الاستجواب<sup>(71)</sup>، وهذا ما نص عليه المشرع اليمني صراحة في المادة 6 من قانون رعاية الأحداث بأنه "يحظر تعذيب المتهم أو معاملته بطريقة غير إنسانية أو ابدائه بدنياً أو معنوياً لقصره على الاعتراف، وكل قول يثبت أنه صدر عن أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة شيء مما ذكر يهدر ولا يعول عليه، أما التشريعان الليبي والمصري فلم ينصا على شيء من هذا القبيل.

هذا وقد حدث جدال بين الفقهاء حول الأسلوب الواجب اتباعه للتحقيق مع الأحداث، حيث اعترض البعض على الطريقة التقليدية المتبعة مع البالغين في أن تتبع مع الأحداث، وهي طريقة س و ج؛ وذلك لأنها تعرض الحدث لمواقف يستشعر فيها الحدث العداء من كافة المحيطين به، وتقلل ثقته في نفسه، وهذا ما لا يتفق مع سياسة التأهيل والإصلاح، وهؤلاء يؤثرون أن يُعهد بالتحقيق مع الحدث إلى اخصائيين اجتماعيين ونفسيين<sup>(72)</sup>.

غير أن هذا الاتجاه مغالي جداً، لأن طريقة التحقيق المتبعة هي الطريقة الوحيدة المنتجة في التحقيق، وهذا الأخير عمل قضائي بحت<sup>(73)</sup> يتوجب فيمن يتولاه أن يكون متخصصاً في القانون، وحذا لو كان ملماً بالعلوم الإنسانية الأخرى، خاصة في تعامله مع هؤلاء الصغار، وعليه لا بد أن يكون التحقيق بطريقة لا يكون فيها امتهان معتمد على تعزيز ثقة الحدث بنفسه، وأن يتحلى المحقق بالهدوء والصبر، وأن يكون توجيه الأسئلة بشكل هادي وبلهجة بسيطة ودارجة<sup>(74)</sup>.

<sup>70</sup>- د. عبد الرحمن الحمرة: ص 301 وما يليها.

<sup>71</sup>- د. مأمون سلامة: ص 648.

<sup>72</sup>- د. منير العصرة: ص 186.

<sup>73</sup>- د. عبد الرحمن الحمرة: ص 293.

<sup>74</sup>- د. مفتاح المطردي: ص 424.

6- من ضمن الضمانات التي يجب أن يقرها مشرعنا هي دعوة أقارب المتهم الحدث لحضور الاستجواب، وذلك لشد أزره وطمأنته، وإذا كان مشرعنا أجاز هذا الحضور في مرحلة المحاكمة (المادة 323 إجراءات جنائية) فمن باب أولى يجب أن يشترط هذا الحضور في التحقيق عند استجوابه، وهذا ما عليه التشريع المصري المادة 126 من قانون الطفل المصري رقم 12 لسنة 1996م، والتشريع اليمني المادة 20 من قانون رعاية الأحداث رقم 24 لسنة 1992م.

**ثانياً. الحبس الاحتياطي:** ويعني سلب حرية المتهم لفترة معينة، وذلك لمتطلبات التحقيق، ويعتبر هذا الإجراء من أخطر إجراءات التحقيق وأكثرها مساساً بحرية الشخص<sup>(75)</sup>، لأنه تسلب حريته دون حكم قضائي، وهذا الإجراء يلجأ إليه لأسباب معينة، منها الخوف من تأثير المتهم على الشهود، أو اضعاف الآثار التي يمكن أن تفيد في كشف الحقيقة، أو تجنباً لإمكانية هربه<sup>(76)</sup>.

ويعتبر الحبس الاحتياطي من أكثر الإجراءات التي تؤثر في الحدث، وله آثار سلبية لا تعد ولا تحصى، وعليه فإن أغلب الاتفاقيات الخاصة بالطفل لا تقره ولا تؤيده، حيث نصت المادة 9 من اتفاقية الطفل 1989م على "أن تضمن الدول الأعضاء عدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما إلا عندما تقرر السلطة المختصة رهناً بإجراء إعادة نظر قضائية وفقاً للقوانين والإجراءات المعمول بها"، وكذلك نصت المادة 37 من الاتفاقية ذاتها على "أن تكفل الدول الأطراف أن لا يحرم أي طفل من حريته بصورة غير قانونية أو تعسفية، ويجب أن يجري اعتقال الطفل أو احتجازه أو سجنه وفقاً للقانون، ولا يجوز ممارسته إلا كملجأ أخير لأقصر فترة زمنية مناسبة".

وعلى ما سبق فعند اللجوء لهذا الإجراء يجب أن تكون هناك ضرورة، وأن تكون مدة الحبس لأقصر فترة ممكنة، وأن يعهد بالأمر بالحبس الاحتياطي لهيأة قضائية، وأن يكون

<sup>75</sup> - د. مأمون سلامة: ص 656 وما يليها، د. عوض محمد: ص 363

<sup>76</sup> - د. مأمون سلامة: ص 656 وما يليها، د. عوض محمد: ص 363

الحبس في أماكن خاصة بالأحداث محايدة، وأن يكون هذا الإجراء مسبباً، مع اقرار حق التعويض عن الحبس التعسفي للأحداث.

والمشرع الليبي لم ينص على خصوصية معينة بالأحداث تجاه هذا الإجراء، واكتفى في الغالب الأعم بتطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في المادة 115 إجراءات جنائية، والتي تنص على أنه "إذا تبين بعد استجواب المتهم، أو في حالة هربه، أن الدلائل كافية، وكانت الواقعة جناية أو جنحة معاقباً عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر، جاز لقاضي التحقيق أن يصدر أمراً بحبس المتهم احتياطياً. ويجوز دائماً حبس المتهم احتياطياً إذا لم يكن له محل إقامة ثابت معروف في ليبيا، وكانت الجريمة جنحة معاقباً عليها بالحبس".

ونصت المادة 176 من قانون رقم 3 بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية على أنه "إذا رأت النيابة العامة مد الحبس الاحتياطي وجب قبل انقضاء مدة الستة أيام للقبض على المتهم أو إحالته أن تُعرض الأوراق على القاضي الجزئي المختص ليصدر أمراً بما يراه بعد سماع أقوال النيابة والمتهم. وللقاضي مد الحبس الاحتياطي لمدة أو مدد متعاقبة، بحيث لا يزيد مجموع مدد الحبس على ثلاثين يوماً. وللنيابة العامة الحق في استئناف الأمر الصادر من القاضي بالإفراج عن المتهم، وتسري على ذلك الاستئناف القواعد والأحكام المقررة لاستئناف أوامر قاضي التحقيق طبقاً للمواد 141 إلى 143".

وبناءً على ما أسلفنا فإن الحبس الاحتياطي لا يكون قانونياً ومنتجاً إلا إذا توافرت الضمانات التي نص عليها بشكل عام -أي بمعنى تشمل المتهمين البالغين والأحداث- وهذه الضمانات تتمثل في الآتي<sup>(77)</sup>:

1- أن يصدر الأمر بالحبس من الجهة التي تملكه، حيث إنه لا يجوز أن يصدر إلا من جهة قضائية، وبمفهوم المخالفة لا يجوز أن يأمر به مأمور الضبط القضائي، والجهات التي تملك الأمر به هي النيابة العامة وقاضي التحقيق والقاضي الجزئي وغرفة الاتهام وأخيراً المحكمة التي أُحيلت إليها الدعوى.

<sup>77</sup> - د. مأمون سلامة: ص 657 وما يليها، د. محمد نيازي حتاتة: ص 242 وما يليها، د. عوض محمد: ص 363 وما يليها.

2-لا يجوز أن يصدر إلا في الجرائم التي حددها المشرع، وهي الجنايات عموماً، والجناح بشرط أن تكون معاقباً عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر، أو الجناح المعاقب عليها بالحبس مدة ثلاثة أشهر فأقل، بشرط ألا يكون للمتهم محل إقامة ثابت في ليبيا .

3-لا بد أن تكون هناك دلائل كافية على الاتهام، وأن يكون الحبس صدر بعد استجواب المتهم.

4-ومن بين الضمانات العامة التي أحاطها المشرع بالمتهمين هي أن الأمر الصادر من النيابة لا يكون نافذ المفعول إلا لمدة الستة أيام التالية للقبض عليه أو تسليمه لها إذا كان مقبوضاً عليه من قبل. وإن رأت أن هناك ضرورة على أن يظل المتهم محبوساً احتياطياً وجب عرض الأوراق على القاضي الجزئي المختص الذي له مد الحبس الاحتياطي إلى خمسة عشر يوماً قابلة للتجديد لمدة أو لمدد لا تزيد على ثلاثين يوماً. أما قاضي التحقيق فيملك حبس المتهم احتياطياً لمدة خمسة عشر يوماً قابلة للتجديد لمدد لا تزيد في مجموعها عن ثلاثين يوماً، وذلك بعد سماع أقوال النيابة العامة والمتهم. ولغرفة الاتهام نفس الصلاحيات المعطاة لقاضي التحقيق من المدة التي يملكها لحبس المتهم والقواعد المتعلقة بالتمديد. وإذا رأت النيابة أو قاضي التحقيق ضرورة لمد الحبس الاحتياطي أكثر من ثلاثين يوماً جاز لكل منهما عرض الأوراق على إحدى دوائر المحكمة الابتدائية، مشكلة من ثلاثة قضاة، لتصدر أمرها بما تراه مناسباً، بعد سماع أقوال النيابة والمتهم. وللدائرة مد الحبس مدداً متعاقبة لا يزيد كل منها عن ثلاثين يوماً ولا تجاوز في مجموعها تسعون يوماً.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الليبي لم يشترط ضرورة تسبیب الأمر بالحبس الاحتياطي، ولم يقر مبدأ التعويض عن الحبس الاحتياطي التعسفي إذا صدر قرار بالألا وجه لإقامة الدعوى عليه بصفة نهائية، أو إذا صدر حكم بات بالبراءة، ولم يقر للمتهم المحبوس احتياطياً حق التظلم أو الطعن في هذا الأمر، وهذا يُعد بصفة عامة-سواءً أكان المتهم حدثاً أو بالغاً- انتهاكاً للضمانات التي يجب أن يحظى بها المتهم حماية لحقوقه<sup>(78)</sup>.

<sup>78</sup>- د. محمد الشرکسي: ص338. ومن التشريعات التي اشترطت تسبیب أوامر الحبس الاحتياطي قانون الإجراءات الجزائية الجزائري في المادة

125، وأيضاً قانون المسطرة المغربي في الفصل 153.

أما فيما يتعلق بالضمانات التي خص بها المتهمين الأحداث فقط فإن المشرع الليبي، وإن لم ينص على ذلك صراحة، فإنه وبمفهوم المخالفة حظر حبس الحدث احتياطياً إذا كانت سنه تقل عن الرابعة عشرة<sup>(79)</sup>، حيث نصت المادة 318 إجراءات على أنه "إذا كانت ظروف الأحوال تقتضي حبس الصغير الذي يزيد سنه على أربعة عشرة سنة احتياطياً وجب وضعه في مدرسة إصلاحية أو محل معين من الحكومة أو في معهد خيرى معترف به ما لم تر النيابة أو المحكمة الاكتفاء بأن تعهد بالتحفظ عليه إلى شخص مؤتمن وتقديمه عند كل طلب، ويعاقب على الإخلال بهذا الواجب بغرامة لا تتجاوز مئة جنيه".

ولاشك أن اتجاه المشرع إلى حظر حبس الأحداث الذين لا تزيد سنهم عن الرابعة عشرة يعد اتجاهاً سليماً، يتفق مع السياسة الجنائية الحديثة، غير أن مشرعنا الجنائي قصر مع الأحداث الذين تزيد سنهم عن الرابعة عشرة ولم يبلغوا الثامنة عشرة، حيث أجاز حبسهم احتياطياً، وأوجب وضعهم في إحدى البدائل التي نص عليها في المادة السابقة الإشارة، وبالرغم مما نص عليه مشرعنا من وضعه لبدائل عن الحبس الاحتياطي بالنسبة للأحداث الذين تبلغ سنهم الرابعة عشرة ولم يتموا الثامنة عشرة، إلا أن الواقع العملي أثبت أن هذه البدائل رغم محدوديتها غير موجودة، وأن المكان الوحيد للإيداع هو دور تربية وتوجيه الأحداث، الذي هو مكان للحجز تقيده فيه الحرية.

وعليه فإن هذا الكلام يتعارض مع ما نصت عليه اتفاقية حقوق الطفل 1989م -والتي انضمت إليها ليبيا عام 1993م- حيث نصت في المادة 40 على الضمانات الواجب توافرها للطفل موضوع الاتهام، وأولها افتراض البراءة حتى إثبات العكس، وأيضاً ما نصت عليه المادة 37/ب من أن "الحبس أو حجز الحرية هو استثناء وآخر حل ولأقصر مدة ممكنة"<sup>(80)</sup>، خاصة وأن هؤلاء الصغار غير قادرين على التأثير في التحقيق، كما أن الخشية من احتمالات هروبهم محدودة.

<sup>79</sup> - د. مفتاح المطردي: ص 439 وما يليها.

<sup>80</sup> - الحبس الاحتياطي في قانون الإجراءات الجنائية وقواعد حقوق الإنسان [www.Star.times.com](http://www.Star.times.com)

تاريخ الزيارة 2017/1/12م

وبالنسبة للتشريع المصري فإنه يشترط بصفة عامة لصدور الأمر بالحبس الاحتياطي عدة شروط، تشكل ضمانات للمتهمين بصفة عامة، تمثلت في الآتي (81):

1- ثبوت الأمر بالحبس كتابة، فقد أوجبت المادة 127 إجراءات جنائية أن يشتمل أمر الحبس اسم المتهم ولقبه وصناعته وكافة بياناته، وأن يوقع عليها مصدر الأمر.

2- صدور الأمر من جهة قضائية، وهي النيابة العامة أو قاضي التحقيق، ولا يجوز أن يصدر من مأمور الضبط، كما لا يجوز ندبه لذلك، فإذا كانت سلطة التحقيق هي قاضي التحقيق فعليه أن يسمع أقوال النيابة والمتهم قبل إصدار الأمر (المادة 36 إجراءات مصري معدلة بالقانون 145 لسنة 2006م) وللنيابة العامة في أي وقت أن تطلب حبس المتهم احتياطياً.

3- الجريمة التي يصدر بشأنها الأمر إما أن تكون جنائية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة لا تقل عن سنة (المادة 1/134 إجراءات جنائية معدلة بالقانون السالف الإشارة إليه)، أو أي جريمة معاقب عليها بالحبس، ولم يكن للمتهم محل إقامة ثابت ومعروف في مصر (المادة 134 إجراءات جنائية مصري) وهذا تحوطاً لهروب المتهم.

4- تسبب الأمر بالحبس، حيث لم يكن المشرع المصري قد نص على التسبب غير أنه تدخل بالقانون 145 لسنة 2006م فحدد أسباباً للأمر بالحبس الاحتياطي في المادة 134 إجراءات المعدلة بالقانون الذي سبق أن أوردناه، والتي نصت على أنه يجوز لقاضي التحقيق بعد استجواب المتهم، أو في حالة هربه إذا كانت الواقعة جنائية أو جنحة معاقباً عليها بالحبس مدة لا تقل عن سنة، وكانت الدلائل عليها كافية، أن يصدر أمراً بحبس المتهم احتياطياً، وذلك إذا توافرت إحدى الحالات الآتية:

أ- إذا كانت الجريمة في حالة تلبس.

ب- الخشية من هروب المتهم.

<sup>81</sup> - الحبس الاحتياطي وقواعد الافراج في جمهورية مصر العربية <http://fdci.org/> تاريخ الزيارة 2017/1/12م

د عبد الرؤوف المهدي: الحبس الاحتياطي في ضوء أحكام القانون 145 لسنة 2006م والقانون رقم 74 و153 لسنة 2007م

تاريخ الزيارة 2018-7-31 م [www.Kenanaonline.com](http://www.Kenanaonline.com)

انظر أيضاً في هذا الموضوع د. إسماعيل سلامة: ص 101 وما يليها.

ج- خشية الإضرار بمصلحة التحقيق، سواءً بالتأثير على المجني عليه أو الشهود أو العبث في الأدلة أو القرائن المادية، أو بإجراء اتفاقات مع باقي الجناة لتغيير الحقيقة أو طمس معالمها.

د- توقي الإخلال الجسيم بالأمن والنظام العام الذي قد يترتب على جسامه الجريمة، ومع ذلك يجوز حبس المتهم احتياطياً إذا لم يكن له محل إقامة ثابت ومعروف في مصر، وكانت الجريمة جنحة أو جناية معاقبا عليها بالحبس.

هـ- وجود أدلة ضد المتهم ودلائل كافية على الاتهام.

6- ضرورة استجواب المتهم قبل إصدار الأمر بالحبس الاحتياطي؛ وذلك لأن الاستجواب قد يفيد في كشف الحقيقة مما يترتب عليه إطلاق سراحه.

7- مدة الحبس، وهي تختلف بحسب جهة التحقيق الأمرة به، فسلطة قاضي التحقيق طبقاً للمادة 1/142 من القانون رقم 145 لسنة 2006م تنتهي بمضي خمسة عشر يوماً على حبس المتهم، ومع ذلك يجوز لقاضي التحقيق قبل انقضاء تلك المدة وبعد سماع أقوال النيابة والمتهم أن يصدر أمراً بمد الحبس لمدد متماثلة لا تزيد في مجموعها على خمسة وأربعين يوماً، أما سلطة النيابة فيما يتعلق بالمدة فقد نصت المادة 201 إجراءات معدلة بالقانون السالف الإشارة إليه على أنه "يصدر الأمر بالحبس من النيابة العامة ومن وكيل النيابة على الأقل ولمدة أقصاها أربعة أيام تالية للقبض على المتهم أو تسليمه للنيابة إذا كان مقبوضاً عليه من قبل" وبالنسبة للقاضي الجزئي فإنه يملك مد مدة الحبس الاحتياطي لمدة أو لمدد متعاقبة لا تتجاوز كل منها خمسة عشر يوماً، بحيث لا تزيد مدة الحبس الاحتياطي في مجموعها عن خمسة وأربعين يوماً (المادة 202 إجراءات جنائية معدلة بالقانون السالف الذكر)، وأخيراً فلغرفة المشورة، إذا استنفذ القاضي الجزئي المدة المذكورة، عرض المتهم على محكمة الجناح المستأنفة، منعقدة في غرفة المشورة لتجديد الحبس، والتي تملك مدّ الحبس الاحتياطي مُدداً متعاقبة كل مدة لا تزيد على خمسة وأربعين يوماً، وكحد أقصى لهذه المدد لا تزيد على ثلاثة أشهر بعد سماع أقوال النيابة والمتهم.

8- استئناف المتهم للأمر الصادر بحبسه احتياطياً، وهذه تعتبر من أهم الضمانات العامة التي نص عليها المشرع المصري، ولم يقرها تشريعنا الليبي، حيث نظم طريقة للتظلم في أمر حبس المتهم احتياطياً، فتدخل بالقانون رقم 145 لسنة 2006م، وأضاف فقرة جديدة للمادة 164 إجراءات جنائية مصري، نصت على أنه "للمتهم أن يستأنف الأمر الصادر بحبسه احتياطياً أو بمد هذا الحبس"، كما أضاف فقرة للمادة 205 إجراءات جنائية نص فيها على أن "للمتهم أن يستأنف الأمر الصادر بحبسه احتياطياً أو بمد هذا الحبس من القاضي الجزئي أو محكمة الجناح المستأنفة منعقدة في غرفة مشورة". وهذا كما سبق أن قلنا من أهم ما قرره المشرع المصري كفالة لحق المتهم في الدفاع عن نفسه، ونأمل من مشرعنا الليبي الاقتداء بالمشرع المصري، وإقرار هذه الضمانة خاصة للمتهمين بالأحداث.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري لم يقر حق تعويض المحبوس احتياطياً تعسفياً، غير أنه تدخل بالقانون رقم 145 لسنة 2006م، وأضاف مادة جديدة برقم 312 مكرر، قرر فيها التعويض الأدبي على الحبس الاحتياطي، حيث نصت على أن "تلتزم النيابة العامة بنشر كل حكم بات ببراءة من سبق حبسه احتياطياً، وكذلك كل أمر صادر بأن لا وجه لإقامة الدعوى قبله في جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار، بناءً على طلب النيابة أو المتهم أو أحد ورثته، وبموافقة النيابة في حالة صدور أمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى"<sup>(82)</sup>. وهذا يعتبر استجابة لتوجهات السياسة الجنائية المطالبة بحق المتهم في التعويض عن حبسه احتياطياً حبساً تعسفياً، وإن كان اقتصر على التعويض الأدبي، ونأمل من مشرعنا أن يحذو حذو المشرع المصري، ويضيف عليه بأن يقر التعويض الأدبي والمادي للمتهمين بصفة عامة والأحداث على وجه الخصوص.

<sup>82</sup>- الحبس الاحتياطي وقواعد الإفراج في جمهورية مصر العربية <http://fdci.org/> تاريخ الزيارة 2017/1/12م

د عبد الرؤوف المهدي: الحبس الاحتياطي في ضوء أحكام القانون 145 لسنة 2006م والقانون رقم 74 و153 لسنة 2007م

تاريخ الزيارة 2018-7-31 م [www.Kenanaonline.com](http://www.Kenanaonline.com)

أنظر أيضاً في هذا الموضوع د. إسماعيل سلامة: ص 101 وما يليها.

أما فيما يتعلق بحبس الأحداث في التشريع المصري فإنه لا يجيز الحبس الاحتياطي للأحداث الذين لم تتجاوز أعمارهم الخمسة عشرة، وعلى ذلك نصت المادة 119 من قانون الطفل رقم 12 لسنة 1996م أنه "لا يحبس احتياطياً الطفل الذي لم يبلغ خمسة عشرة سنة، ويجوز للنيابة إيداعه إحدى دور الملاحظة مدة لا تزيد على أسبوع، وتقديمه عند كل طلب إذا كانت ظروف الدعوى تستدعي التحفظ عليه، على ألا تزيد مدة الإيداع على أسبوع، ما لم تر المحكمة مدها وفقاً لقواعد الحبس الاحتياطي المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية. ويجوز بدلاً من الإجراء المنصوص عليه في الفقرة السابقة الأمر بتسليم الطفل إلى أحد والديه أو لمن له الولاية عليه للمحافظة عليه وتقديمه عند كل طلب، ويعاقب على الإخلال بهذا الواجب بغرامة لا تتجاوز مئة جنيه" (83).

وبناءً على ما سبق فإن ما قرره التشريع المصري يتفق مع ما نصت عليه قواعد الأمم المتحدة النموذجية بشأن قضاء الأحداث في القاعدة الثالثة عشرة، والتي تقضي بعدم إجراء الاحتجاز إلا كملاذ أخير، ولأقصر مدة ممكنة، وبحيث يستعاض عنه إذا أمكن بإجراءات بديلة بانتظار المحاكمة.

واتساقاً مع التوجهات الحديثة للسياسة الجنائية فإن المشرع المصري حظر حبس الأحداث في مكان واحد مع البالغين؛ وذلك خشية على الأحداث من أن يتأثروا بمن هم أكبر سناً من المحبوسين احتياطياً، وهذا ما نصت عليه المادة 112 المستبدلة بالقانون رقم 126 لسنة 2008م، والتي مؤداها أنه "لا يجوز احتجاز الأطفال أو حبسهم احتياطياً أو سجنهم مع غيرهم من البالغين في مكان واحد، ويراعى في تنفيذ الاحتجاز تصنيف الأطفال بحسب السن والجنس ونوع الجريمة"، وبالرغم من ذلك إلا أن التشريع المصري قد خلت نصوصه من بيان مكان تنفيذ الحبس الاحتياطي بالنسبة للأحداث الذين تزيد سنهم عن خمسة عشرة سنة (84).

وبالنسبة للمشرع اليمني فإنه لم يستخدم مصطلح الحبس الاحتياطي في قانون رعاية الأحداث رقم 24 لسنة 1992م، لكنه استخدم مصطلح التحفظ على الأحداث (84)، وقد نص

<sup>83</sup> - وجدي شفيق: ص 192 وما يليها.

<sup>84</sup> - د. علي محمد جعفر: ص 159. د. مفتاح المطردي: ص 432، هامش رقم 2

على الأحكام العامة للحبس الاحتياطي في المادة 184 من قانون الإجراءات الجزائية رقم 13 لسنة 1994م، ووفقاً للمادة المشار إليها لا يكون الحبس الاحتياطي جائزاً إلا بعد استجواب المتهم أوفي حالة الخوف من هربه، وقد اشترط أيضاً لصدور الأمر بالحبس الاحتياطي أن تكون هناك دلائل كافية على الاتهام، وأن تكون الجريمة المتهم بها معاقبا عليها بالحبس لمدة تزيد على ستة أشهر، أو لم يكن له محل إقامة معروف في الجمهورية اليمنية متى كانت الجريمة معاقبا عليها بالحبس، وأن يكون المتهم قد تجاوز الخامسة عشرة، وقد اشترطت المادة 186 إجراءات جزائية أن يكون أمر الحبس الصادر من النيابة مكتوباً ومذليلاً بتوقيع عضو النيابة المختص، وأيضاً لا بد أن يكون الأمر صادراً من السلطة المختصة بالتحقيق، فلا يجوز أن يصدر من معاون نيابة أو أحد مأموري الضبط القضائي. وقد نص المشرع اليمني في المادة 225 إجراءات جزائية على أن للمتهم أن يطعن في الأوامر الصادرة بحبسه احتياطياً<sup>(85)</sup> وهذا ما لم يقرره مشرعنا الجنائي الليبي.

وبالنسبة لما خص المشرع اليمني به الأحداث، فالأصل أن تسري القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية فيما لم يرد به نص (المادة 47 من قانون رعاية الأحداث السالف الإشارة إليه)، غير أن المشرع اليمني قرر بعض الأحكام الخاصة بالأحداث، حيث نص في المادة 11/1 من قانون رعاية الأحداث على أنه "لا يجوز التحفظ على الحدث الذي لا تتجاوز سنه اثنتي عشرة سنة في قسم من اقسام الشرطة وسائر الأجهزة الأمنية، ويجب تكفيله لوليه أو وصيه أو المؤتمر عليه، وفي حالة تعذر ذلك إيداعه أقرب دار لتأهيل الأحداث لمدة لا تزيد على 24 ساعة، إذا كان الإفراج عنه يشكل خطورة عليه أو على غيره، يحال بعدها إلى النيابة للنظر في موضوعه وفقاً لأحكام هذا القانون".

ومن خلال هذا النص نجد أن المشرع اليمني حظر التحفظ -الحبس الاحتياطي- على الأحداث الذين لم يبلغوا الثانية عشرة، وقرر لهم بدائل عن هذا التحفظ، متمثلة في تكفيله لوليه أو المسؤول عليه، وإذا استحال ذلك إيداعه في إحدى دور الرعاية المخصصة للأحداث، وذلك

<sup>85</sup> - د. عبد الرحمن الحمرة: ص303 وما يليها.

لتجنيبه الآثار السلبية المترتبة عن الحبس الاحتياطي، وهذا النص يعد حلاً عملياً لمشاكل عدم القدرة على إتباع ضوابط منع الاختلاط بين الأحداث والبالغين<sup>(86)</sup>.

وأجازت المادة 11/ب التحفظ على الحدث الذي أتم الثانية عشرة من عمره في أي قسم من أقسام الشرطة، شريطة أن لا تزيد فترة التحفظ على 24 ساعة، وأن يتم التحفظ في مكان خاص يمنع اختلاط الحدث بغيره من المحبوزين ممن هم أكبر سناً. فالمشرع اليمني أجاز التحفظ ولكن بشروط وضمانات معينة، وهي أن تكون سنه تزيد على اثنتي عشرة سنة، وألا تزيد مدة التحفظ على 24 ساعة، وأن يتم التحفظ في مكان خاص بالحدث.

وقد نص المشرع اليمني في المادة 12 على أنه إذا كانت ظروف اتهام الحدث تستدعي التحفظ عليه جاز الأمر بإيداعه إحدى دور تأهيل ورعاية الأحداث، وتقديمه عند كل طلب، على ألا تزيد مدة الأمر بالإيداع الصادر من النيابة على أسبوع مالم تر المحكمة مدها، ويجوز بدلاً من الإجراء المنصوص عليه في الفقرة السابقة الأمر بتسليم الحدث إلى أحد والديه أو لمن له الولاية عليه للمحافظة عليه، وتقديمه عند كل طلب. وعليه نجد أن المشرع اليمني حاول بقدر الإمكان أن يبعد الحدث عن أماكن الإيداع، وتسليمه إلى ذويهم بقدر الإمكان، وذلك لتجنيبه الآثار السلبية المترتبة عن هذا الإيداع.

وبالنسبة للأحداث البالغ سنهم الخامسة عشرة ولم يبلغوا الثامنة عشرة فيجوز حبسهم احتياطياً، وتطبق عليهم الأحكام التي تطبق على البالغين المنصوص عليها في المادة 184 إجراءات جزائية، وهذا الكلام محل نظر في تقديرنا، حيث كان يجب على المشرع اليمني ألا يقرر الحبس الاحتياطي لهؤلاء الصغار، فالأسباب التي أوجبت عدم حبسهم احتياطياً إذا لم يتموا الثانية عشرة متوافرة أيضاً حيالهم، وأيضاً كان عليه على الأقل أن يحدد لهم أماكن خاصة بهم مستقلة عن البالغين، وألا يخضعوا لأنظمة السجون أو أماكن الاحتجاز الخاصة

<sup>86</sup> - المصدر السابق: نفس الموضع.

بالمتهمين الكبار<sup>(87)</sup>، وبالنسبة لحق المتهم الحدث في التعويض فلم ينص المشرع اليمني على ذلك في قانون الإجراءات الجزائية وقانون رعاية الأحداث اليمني.

### الفرع الثالث- كيفية التصرف في التحقيق في جرائم الأحداث:

متى اكتملت إجراءات التحقيق يصدر المحقق قراراً بقفل باب التحقيق والفصل بسرعة في نتيجته، وهي إما بإحالة الدعوى لغرفة الاتهام أو لمحكمة الأحداث حسب الأحوال، أو بإصدار أمر بألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية، والجهة التي تملك ذلك هي الجهة المختصة بمباشرة التحقيق، وهي قد تكون النيابة العامة أو قاضي التحقيق أو غرفة الاتهام. والجدير بالذكر أن كل إجراء مما يوجب القانون إعلانه إلى الحدث يبلغ إلى والديه أو إلى من له الولاية على نفسه، ولكل من هؤلاء أن يباشر طرق الطعن المقررة في القانون، وهذا ما نصت عليه المادة 325 إجراءات جنائية ليبي، وكذلك المادة 393 إجراءات جنائية مصري والمادة 131 من قانون الطفل المصري، وأيضاً قانون رعاية الأحداث اليمني رقم 24 لسنة 1992م في المادة 25. وهذا النص يعد من أهم الضمانات التي تصب في مصلحة الحدث، وذلك لصغر سنه وعدم نضجه، ولهذا أوجبت التشريعات السابقة على السلطات المختصة إعلان كل ما يتعلق بالحدث من إجراءات إلى ذويه أو المسؤول عنه. وإذا كان التحقيق يجريه قاضي التحقيق، فإن المشرع ألزمه بأن يرسل الأوراق المتعلقة بالتحقيق للنيابة العامة خلال ثلاثة أيام إذا كان المتهم محبوساً احتياطياً وعشرة أيام إذا كان مفرجاً عنه، وألزمه أن تبلغ أو أمره بالتصرف إلى باقي الخصوم ليبدوا خلال خمسة أيام ما يكون لديهم من أقوال، وبالنسبة للنيابة العامة تصدر أمرها بالتصرف في التحقيق مباشرة بمجرد الانتهاء منه، فلا تلتزم بإخطار أحد، على خلاف قاضي التحقيق فهو ملزم بإخطار أطراف الدعوى. (المادة 137، 133 إجراءات جنائية ليبي).

وكذلك المحقق ملزم بالفصل في استمرار حبس المتهم احتياطياً من عدمه إذا كانت سنه تزيد على الرابعة عشرة عاماً، أو القبض عليه وحبسه احتياطياً إذا كانت الظروف تقتضي

<sup>87</sup> - المصدر السابق: الموضع نفسه.

حبسه. وعليه، فإن الأوامر الصادرة قد تكون بألا وجه لإقامة الدعوى أو بالإحالة لمحكمة الأحداث<sup>(88)</sup>.

**أولاً:** الأمر بألا وجه لإقامة الدعوى، وهو أمر يصدر عن سلطة التحقيق، تقرر فيه عدم السير في الدعوى الجنائية لأسباب قانونية أو موضوعية تقتضي عدم ملاحقة الحدث أمام القضاء وتعريضه لإجراءات المحاكمة، ويترتب على هذا الأمر الإفراج عن هذا المتهم المحبوس احتياطياً، ما لم يكن محبوساً على ذمة قضية أخرى.

والتشريع الليبي خول النيابة العامة -باعتبارها الأمانة على الدعوى العمومية- أن تصدر أمراً بألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية في جميع الأحوال التي تتوافر فيها سبب من الأسباب القانونية أو الموضوعية، وكذلك قاضي التحقيق، فيما عدا القرار بألا وجه لعدم الأهمية، فهو مقصور على النيابة العامة وحدها، وإن كنا نرى أن تمنح هذه الصلاحية لقاضي التحقيق فيما يتعلق بقضايا الأحداث كي يتمكن من توظيفها، وذلك لما يكون من مصلحة الحدث عدم تقديمه المحاكمة، والاكتفاء بالإحالة إلى مؤسسة اجتماعية أو وضعه تحت الحماية بشرط موافقة ذويه، وذلك تفادياً للتعسف في استعمال الحق، وهذا ما نادى به قواعد الأمم المتحدة النموذجية لإدارة شؤون قضايا الأحداث "قواعد بكين" القاعدة 2/11، والتي تقضي بتحويل الشرطة أو النيابة أو الهيئات الأخرى التي تعالج قضايا الأحداث سلطة الفصل دون عقد جلسات محاكمة<sup>(89)</sup>.

كما أن غرفة الاتهام لها أن تصدر الأمر بألا وجه في الأحوال التي يتوافر فيها سبب من الأسباب القانونية، وإن كان المشرع قد اكتفى بذكر سبب واحد أورده (المادة 153 إجراءات جنائية ليبي) وهي أن الواقعة لا يعاقب عليها القانون، أما بالنسبة للأسباب الموضوعية فقد قيد المشرع غرفة الاتهام في إصدار الأمر بألا وجه المبني على عدم كفاية الأدلة.

<sup>88</sup> - د. مفتاح المطردي: ص 444 وما يليها.

<sup>89</sup> - المصدر السابق: نفس الموضع.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجوز لسلطة التحقيق إذا أصدرت أمراً بالألا وجه العودة للتحقيق بشرط ظهور دلائل جديدة تفيد ثبوت الواقعة ونسبتها للمتهم، على ألا تكون الدعوى قد انقضت لأي سبب من أسباب الانقضاء، وللنائب العام سلطة إلغاء الأمر بالألا وجه الصادر من سلطة التحقيق خلال ثلاثة أشهر التالية لصدوره، ما لم يصدر قرار من المحكمة الابتدائية برفض الاستئناف المرفوع لها عن هذا الأمر، أو كان النائب هو الذي أصدر الأمر، ويلغى الأمر إذا طعن فيه أمام المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية، ويكون الحكم غير قابل لأي وجه من وجوه الطعن<sup>(90)</sup>.

والتصرف في التحقيق الابتدائي في التشريع المصري لا يخرج عن اثنين، الأمر بالألا وجه أو الإحالة للمحكمة المختصة، والذي يهمننا في هذا المقام الأمر بالألا وجه، أما أمر الإحالة فسنتكلم عنه في حينه، والأمر بالألا وجه يصدر من سلطة التحقيق المتمثلة في النيابة العامة (المادة 209 إجراءات جنائية) وكذلك لقاضي التحقيق سلطة إصدار الأمر بالألا وجه بجميع أنواعه، باستثناء إصداره الأمر لعدم الأهمية، مثل تشريعنا الليبي، وهذا ما نصت عليه المادة 154 المعدلة بالقانون رقم 107 لسنة 1960م، وأيضاً لسلطة التحقيق التي أصدرت الأمر بالألا وجه إلغاؤه إذا ظهرت دلائل جديدة (المادة 197 المعدلة بالقانون رقم 170 لسنة 1981م)، وأيضاً للنائب العام إلغاء الأمر بالألا وجه خلال الثلاثة أشهر التالية لصدوره ما لم يصدر قرار من محكمة الجنايات أو الجرح المستأنفة برفض الطعن (المادة 211 إجراءات جنائية مصري).

وفي القانون اليمني سلطة التحقيق هي المختصة بإصدار الأمر بالألا وجه، فالمادة 218 إجراءات جزائية يمني تنص على أنه "إذا تبين للنيابة العامة بعد التحقيق أن الواقعة لا يعاقب عليها القانون، أو لا صحة لها تصدر قراراً مبيناً بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية نهائياً"، وللنائب العام سلطة إلغاؤه في الأربعة أشهر التالية لصدوره، ولرئيس النيابة هذا الحق لكن خلال شهرين بالنسبة للقرارات الصادرة من أعضاء النيابة التابعين له، ويصدر الأمر بناءً

<sup>90</sup> - د. مأمون سلامة: ص 672، د. عوض محمد: ص 393.

على أسباب قانونية أو موضوعية، أو على أساس انتفاء المصلحة في السير في الدعوى الجنائية. كما أن لسلطة التحقيق أن تصدر الأمر إذا كانت سن المتهم تقل عن السابعة من عمره وقت ارتكاب الجريمة، وأيضاً الأمر الصادر بألا وجه يمنع من العودة للتحقيق، إلا إذا ظهرت دلائل جديدة قبل انتهاء المدة المقررة بعدم سماع الدعوى (المادة 219 إجراءات جزائية يمني)، وقد فرق المشرع اليمني في السلطة التي يحق لها التصرف بين ما إذا كانت الجريمة جسيمة أم لا، فإذا كانت الجريمة غير جسيمة فيكون لأي عضو من أعضاء النيابة سلطة التصرف، أما إذا كانت الجريمة جسيمة فإن سلطة التصرف تكون للنائب العام وفقاً للمادة 217 إجراءات جزائية يمني<sup>(91)</sup>.

ثانياً- الإحالة للمحكمة المختصة: الأمر بالإحالة هو الذي يصدر من سلطة التحقيق عقب الانتهاء من التحقيق وإعطاء الواقعة القيد والوصف القانوني الذي تستحقه، ومن مظاهر الاختصاص أن جهة الاختصاص التي تُحال إليها الأوراق هي محكمة الأحداث، دونما تفرقة بين الجنايات والجنح والمخالفات (المادة 317 إجراءات جنائية ليبي والمادة 122 من قانون الطفل المصري رقم 12 لسنة 1996م والمادة 16 من قانون رعاية الأحداث اليمني رقم 24 لسنة 1992م).

وفي التشريع الليبي إذا كان المتهمون بجناية بالغين يحالوا جميعاً إلى غرفة الاتهام، فإذا رأت إحالتهم للمحكمة المختصة أمرت بالإحالة أو صدور أمر بألا وجه لإقامة الدعوى، أما إذا كانوا أحداثاً فتحيلهم لمحكمة الأحداث، غير أن مشرعنا لم يكن مُصرّاً على الحفاظ على هذه الخصوصية، حيث أجاز الخروج عن هذا الاختصاص الشخصي إذا وجد ارتباط لا يقبل التجزئة بالنسبة للصغير الذي تزيد سنه على الرابعة عشرة وقت ارتكاب الجريمة، بأن يحال إلى غرفة الاتهام إذا كان معه مساهم في الجريمة بصفة فاعل أو شريك تزيد سنه عن الثامنة عشرة، وكانت الجريمة جناية (317 إجراءات جنائية ليبي)<sup>(92)</sup>، وقد أوجب المشرع في المادة

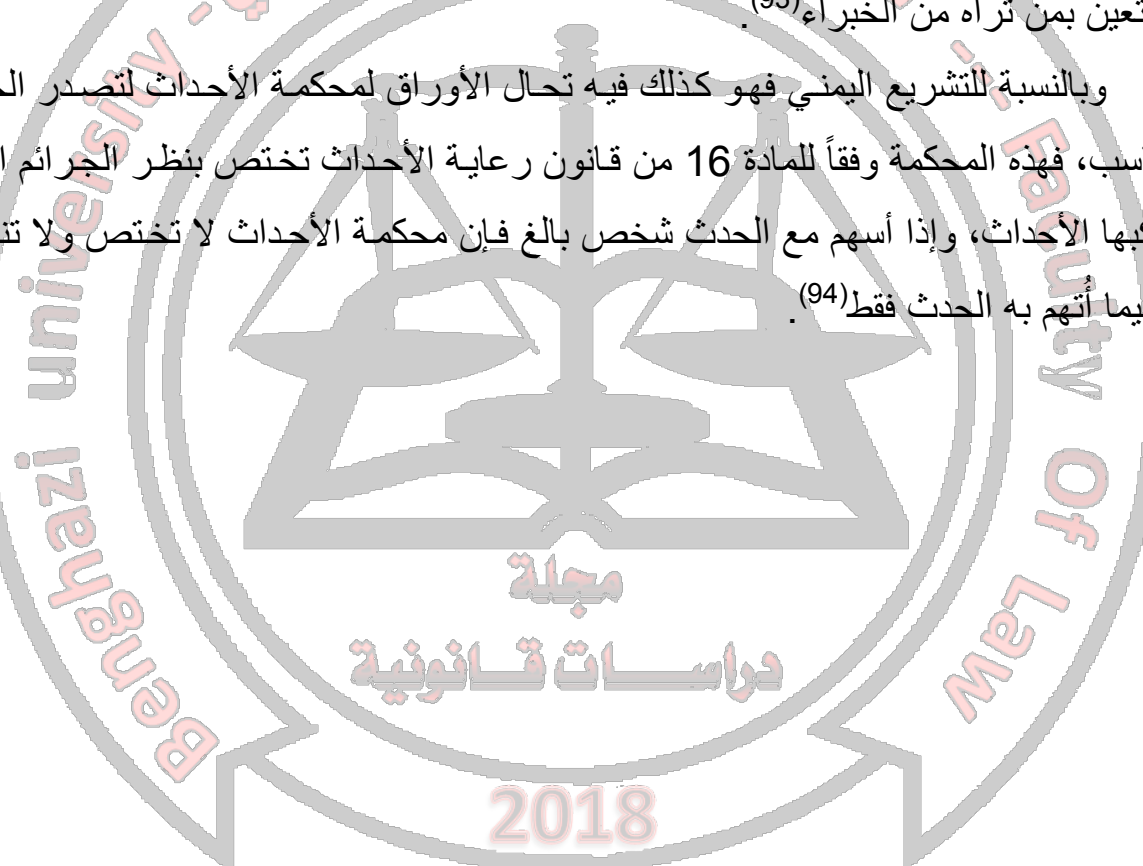
<sup>91</sup>- د. عبد الرحمن الحمرة: ص 317 وما يليها.

<sup>92</sup>- د. مفتاح المطردي: ص 451.

319 إجراءات جنائية ليبي على سلطة الحكم قبل الحكم على الحدث أن تتحرى عنه من جميع النواحي لكي تصدر الحكم المناسب لحالة الحدث.

وبالنسبة للتشريع المصري فإنه تختص محكمة الأحداث بمحاكمة الحدث وفقاً للمادة 122 من قانون الطفل المصري السابق الإشارة إليه، واستثنت من ذلك أن يكون الاختصاص لمحكمة الجنايات أو محكمة أمن الدولة العليا بنظر قضايا الجنايات التي يتهم بها طفل تزيد سنه عن خمسة عشرة سنة متى أسهم في الجريمة غير الطفل، غير أن الضمانة التي أحاط المشرع المصري بها الطفل (الحدث) هي أنه أوجب على هذه المحكمة أن تبحث في ظروفه وتستعين بمن تراه من الخبراء<sup>(93)</sup>.

وبالنسبة للتشريع اليمني فهو كذلك فيه تحال الأوراق لمحكمة الأحداث لتصدر الحكم المناسب، فهذه المحكمة وفقاً للمادة 16 من قانون رعاية الأحداث تختص بنظر الجرائم التي يرتكبها الأحداث، وإذا أسهم مع الحدث شخص بالغ فإن محكمة الأحداث لا تختص ولا تنظر إلا فيما أتهم به الحدث فقط<sup>(94)</sup>.



<sup>93</sup> - وجدي شفيق: ص 197.

<sup>94</sup> - د. عبد الرحمن الحمرة: ص 328.

## الخاتمة

لقد تناولنا في هذا البحث موضوع الضمانات القانونية الإجرائية المتعلقة بالأحداث، ورأينا أن هذه الفئة محتاجة إلى الرعاية والمعاملة الرفيعة والملائمة بمرحلتهم العمرية في جميع الأحوال، وذلك لأن الحدث لم تكتمل مداركه وهو عاجز عن تقدير عواقب الأمر، وذلك لصغر سنه، وإذا وضع نفسه موضع الشبهة أو التهمة وجب أن تكون معاملته الجنائية في إطار السعي إلى غاية هامة، وهي إصلاح الحدث وتقويمه وتأهيله للحياة الاجتماعية السوية والصالحة.

ومن خلال بحثنا لهذا الموضوع لاحظنا أن القوانين الجنائية الليبية المتعلقة بحماية الأحداث قديمة ومحتاجة إلى تطوير وتحديث، لكي تتماشى مع المعايير الدولية المتعلقة بالأحداث، خاصة اتفاقية الطفل 1989م وقواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية لإدارة شؤون قضاء الأحداث "قواعد بكين سنة 1985م"، حيث إن المشرع الجنائي الليبي ضمن الأحكام والقواعد الخاصة بالأحداث، سواء كانت موضوعية أو إجرائية، ضمن أحكام قانون العقوبات أو قانون الإجراءات الجنائية، وأيضاً لم يقرر للأحداث في المرحلة التي تسبق المحاكمة أي قواعد إجرائية خاصة تراعي صغر سنهم، وهذا عكس ما تبناه المشرع اليمني والمصري، حيث افرد كلا منهما قواعد خاصة بالأحداث، هدفها إصلاحهم ورعايتهم حتى يتم اندماجهم في المجتمع والتعامل معهم على أنهم ضحية للظروف المحيطة بهم.

## التوصيات:

من أهم سبل إصلاح عدالة الأحداث، ما يلي:

- 1- أفراد تشريع خاص بالأحداث، وأن يتضمن هذا القانون الضوابط والقواعد الموضوعية والإجرائية الملائمة لهم والخاصة بهم، وأن يبنى المعايير الدولية في هذا الشأن.
- 2- إنشاء ضبطية قضائية خاصة بالأحداث، إذ يجب أن يعهد بمسؤولية تعقب انحراف الأحداث وجنوحهم إلى عناصر مؤهلة تأهيلاً اجتماعياً ونفسياً كافياً ومتميزة فيما تحرزه من ثقافة إنسانية واهتمامات في مسائل الرعاية للفئات الضعيفة "الأطفال"، ويجب أن تكون مهمتها

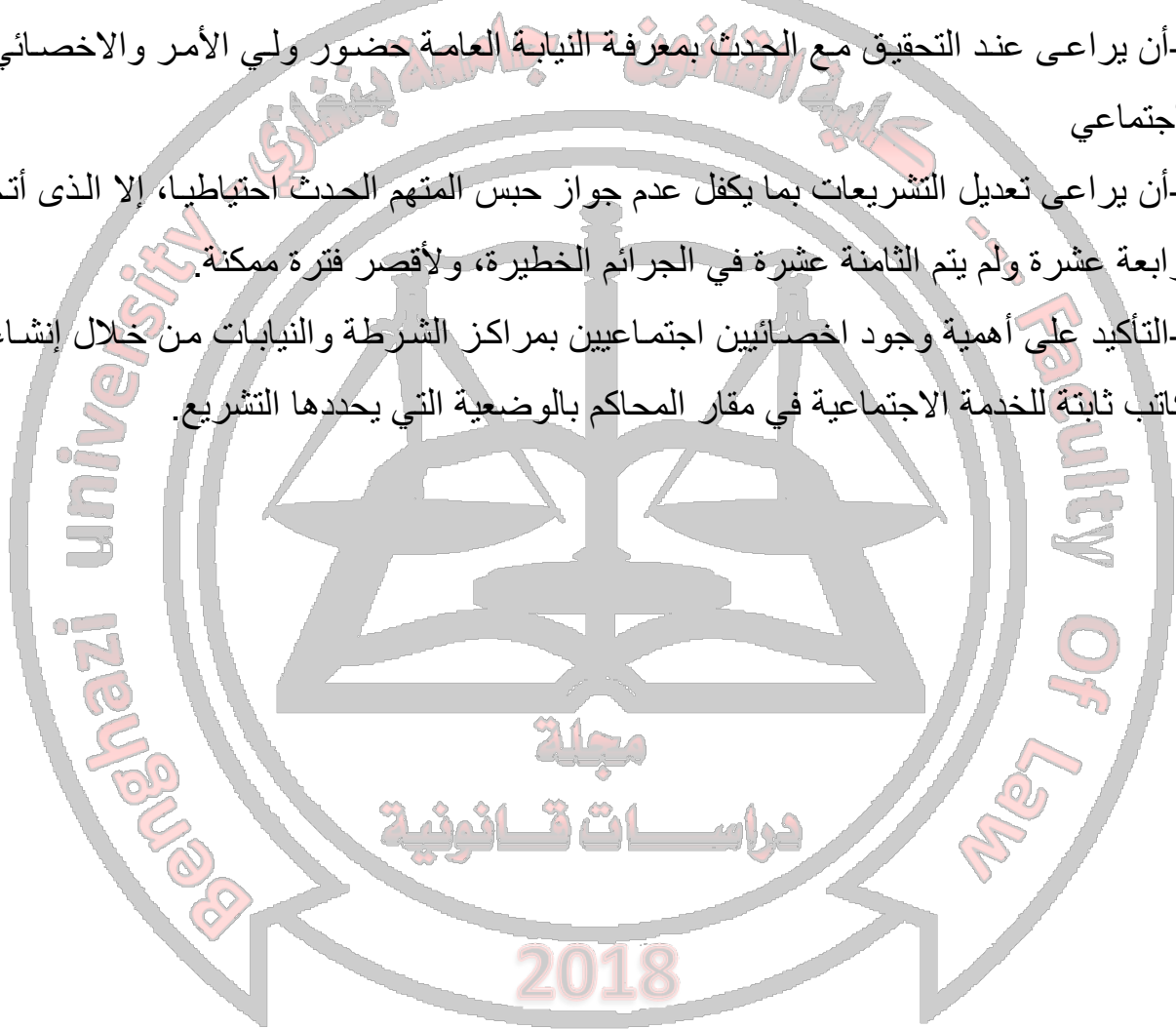
رعايتهم وتوفير فرص الإصلاح والحماية والسلامة، ولا يكون شغلها الشاغل التقاط الأحداث للزج بهم في أماكن الحجز والعقاب.

3- إنشاء نيابات متخصصة في شؤون الأحداث، ينتخب أعضاؤها من ذوي الاهتمامات الإنسانية والثقافية الرفيعة، والذين يؤمنون برسالة التعامل مع الأحداث بكل رفق، سواء في مرحلة الإشراف على الضبطية القضائية، أو في مرحلة الادعاء.

4- أن يراعى عند التحقيق مع الحدث بمعرفة النيابة العامة حضور ولي الأمر والاختصاصي الاجتماعي

5- أن يراعى تعديل التشريعات بما يكفل عدم جواز حبس المتهم الحدث احتياطياً، إلا الذي أتم الرابعة عشرة ولم يتم الثامنة عشرة في الجرائم الخطيرة، ولأقصر فترة ممكنة.

6- التأكيد على أهمية وجود اختصاصيين اجتماعيين بمراكز الشرطة والنيابات من خلال إنشاء مكاتب ثابتة للخدمة الاجتماعية في مقر المحاكم بالوضعية التي يحددها التشريع.



## مصادر البحث

## أولاً- الكتب العامة:

- حتاته (محمد نيازي): شرح الإجراءات الجنائية في القانون الليبي، ط1، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، 1980م.
- حسني (محمود نجيب): شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988م.
- سلامه (مأمون محمد): الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، ط3، منشورات المكتبة الجامعية، الزاوية، 2000م.
- عقيدة (محمد أبو العلا): شرح قانون الإجراءات الجنائية، دون رقم طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.
- ثانياً- المراجع المتخصصة:
- الحضورى (حسين): إجراءات الضبط والتحقيق لجرائم الأحداث "دراسة مقارنة"، دون رقم طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2006م.
- الدبيسي (مدحت): محكمة الطفل والمعاملة الجنائية للأطفال في ضوء القانون رقم 126 لسنة 2008م المعدل للقانون رقم 12 لسنة 1996م بشأن الطفل، دون رقم طبعة، منشورات المكتب الجامعي الحديث.
- الشركسي (محمد محمود): ضمانات المتهم خلال مرحلة التحقيق الابتدائي والمحاكمة (في قانون الإجراءات الليبي والمقارن)، دون رقم طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011م.
- العصرة (منير): رعاية الأحداث ومشكلة التقويم، ط1، المكتب المصري الحديث، الاسكندرية، 1975م.
- المطردي (مفتاح بوبكر): تطويع الإجراءات الجنائية لإجرام الأحداث "دراسة مقارنة"، دون رقم طبعة، دار الجامعة الجديدة، الازارطة، 2008م.

- بوادي (حسين المحمدي): الخطر الجنائي ومواجهته تأثيماً وتجريماً، دون رقم طبعة، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، 2008 م.
- جعفر (علي محمد): الأحداث المخالفين للقانون والمعارضين لخطر الانحراف، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2004م
- الجو خدار (حسن): قانون الأحداث الجانحين، دون رقم طبعة، مطبعة جامعة دمشق، 1889م.
- شفيق (وجدي): المسؤولية الجنائية للطفل في ضوء القانون رقم 12 لسنة 1996 موفق آخر التعديلات الصادرة بالقانون رقم 6 لسنة 2015م، مذيّل بشرح جريمة ختان الأنثى وقضاء محكمة النقض، دون رقم طبعة، يونيتيد للإصدارات القانونية، 2016م .
- عبد الستار (فوزية): المعاملة الجنائية للأطفال، دون رقم طبعة، دار النهضة العربية، 1997م.
- عثمان (حمد سلطان): المسؤولية الجنائية للأطفال المنحرفين، دراسة مقارنة، دون رقم طبعة، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، 2002 م.
- موسى (محمود سليمان): قانون الطفولة الجانحة والمعاملة الجنائية للأحداث "دراسة مقارنة في التشريعات الوطنية والقانون الدولي"، دون رقم طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006م.
- موسى (محمود سليمان): الإجراءات الجنائية للأحداث الجانحين "دراسة مقارنة"، دون رقم طبعة، دار المطبوعات الجامعية.
- ثالثاً- الرسائل العلمية:
- الحمرة (عبد الرحمن مجاهد): المعاملة الجنائية للأحداث المنحرف ينفي القانون اليمني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012 – 2013م.
- سلامه (إسماعيل محمد): الحبس الاحتياطي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1981م.

- عبد الرحمن (محمد زياد محمد): الحماية القانونية للأحداث الجانحين فيا لتشريعات الفلسطينية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين، 2007م.

#### رابعاً - البحوث والمقالات:

- آغا (صلاح): نظرة حول بعض الضمانات الحديثة المتاحة للفرد في حالة الاستدلال اتو التحقيق الابتدائي، مجلة المحامون السورية، العدد 8 - 1992م

- بكار (حاتم): الاتجاه نحو تكريس معيارية إجرائية لضمان محاكمة تعزيزية منصفة للأحداث الجنح، تقرير مقدم للمؤتمر الخامس للجمعية المصرية للقانون الجنائي، 1992م.

- جعفر (علي محمد): حماية الأحداث المنحرفين في التشريع لجرائي والمواثيق الدولية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، المجلد الأول، العدد الأول، 1998م .

- ربيع (حسن محمد): الجوانب الإجرائية لمعاملة الأحداث المنحرفين والمعرضين للانحراف، تقرير مقدم للمؤتمر الخامس للجمعية المصرية للقانون الجنائي، منشور ضمن أعمال المؤتمر، 1992م .

#### رابعاً - شبكة المعلومات (الانترنت):

- العدالة الجنائية

arabinba / hr/ yemen3/ Ftps // pogor . org / local user/ pogarps/.

bishry – 3-pd5

تاريخ الزيارة 2017/3/17م. دراسات قانونية

- أيضاً- دراسة حول نظام عدالة الأحداث في ليبيا ، وزارة العدل

www.aladel.gov.ly/main/uploads/ahdath-reseach pdf

تاريخ الزيارة 2017/3/30م

- الحبس الاحتياطي في قانون الإجراءات الجنائية وقواعد حقوق الانسان www. Star

times .com

تاريخ الزيارة 2017/1/12م

- الحبس الاحتياطي وقواعد الافراج في جمهورية مصر العربية

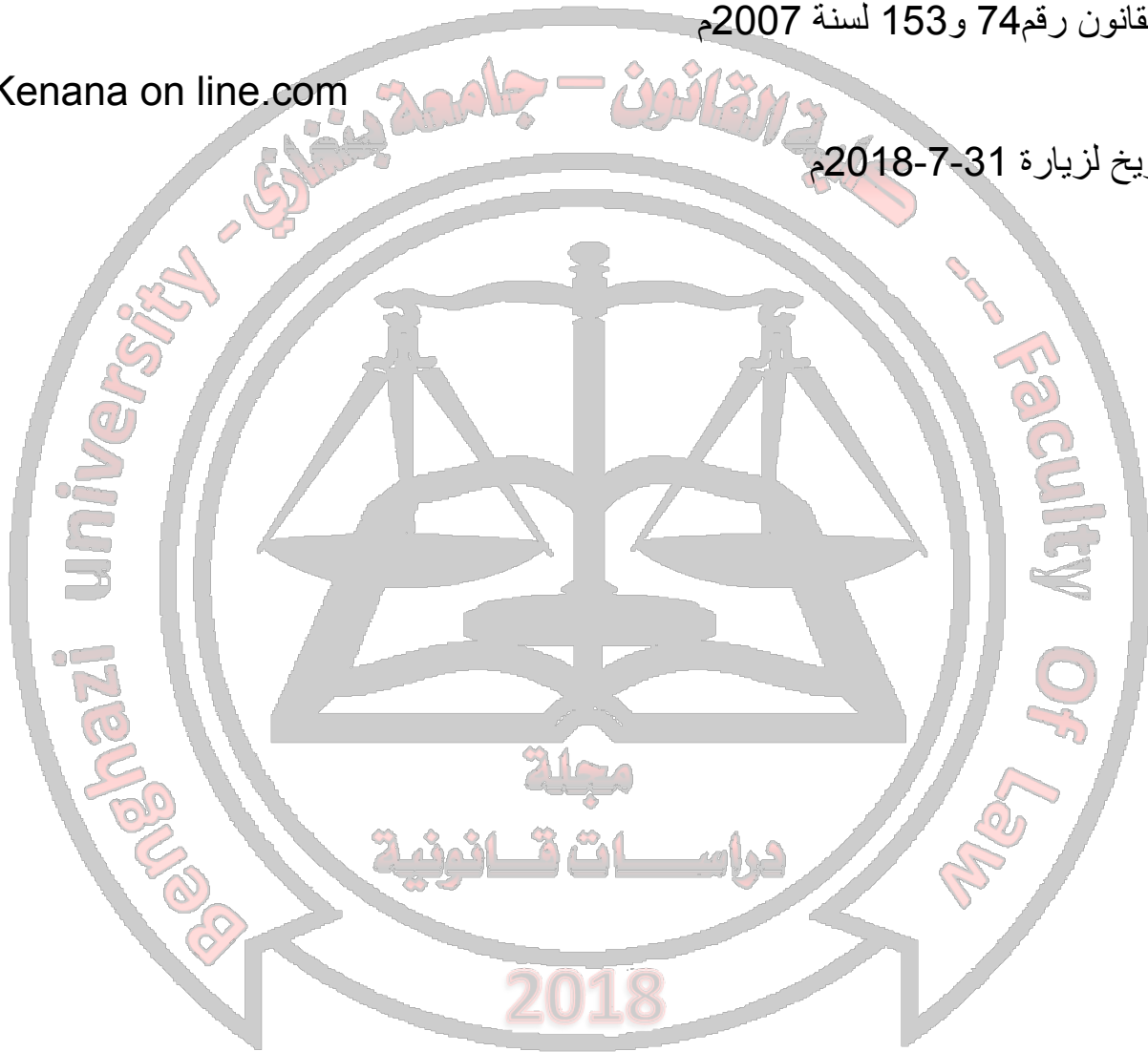
[/http://lfdci.org](http://lfdci.org)

تاريخ الزيارة 2017/1/12م

- عبد الرؤوف المهدي، الحبس الاحتياطي في ضوء أحكام القانون 145 لسنة 2006م  
والقانون رقم 74 و 153 لسنة 2007م

Kenana on line.com

تاريخ لزيارة 2018-7-31م



# ثانياً ملحق القوانين واللوائح الجديدة

## ثانياً ملحق القوانين واللوائح الجديدة



القانون رقم (15) لسنة 2010م بشأن التأجير التمويلي<sup>(1)</sup>

## الفصل الأول

### تعريف

#### مادة (1)

يقصد بالعبارات التالية المعاني المبينة قرين كل منها، ما لم تدل القرينة على خلاف ذلك:

- المؤجر: الشركات والمصارف التي يرخص لها بمزاولة نشاط التأجير التمويلي طبقاً لأحكام هذا القانون.
- المستأجر: من ينتفع بالمال، استناداً إلى عقد الإيجار التمويلي.
- العقد: عقد التأجير التمويلي، المبرم وفقاً لأحكام هذا القانون.
- المورد: الطرف الذي يتلقى منه المؤجر أو المستأجر المال محل عقد التأجير.
- المقاول: الطرف الذي يقوم بتشديد المنشآت محل الإيجار التمويلي.
- المال المؤجر: العقار أو المنقول محل عقد التأجير التمويلي.
- الوزير المختص: وزير الاقتصاد.

## الفصل الثاني

### عقد التأجير التمويلي

#### مادة (2)

عقد التأجير التمويلي كل عقد يلتزم فيه المؤجر بأن يمكن المستأجر من الانتفاع لمدة معينة، ولقاء أجره معلومة، بأي من الأموال التالية:

<sup>1</sup> - تتجه أنظار الاقتصاد الليبي حالياً نحو المشروعات المتوسطة والصغيرة في ظل التنمية المستقبلية والمتوقعة، وهذا الاهتمام الملحوظ جاء عبر اتساع آفاق التمويل ودوران عجلة التدفق المالي في استغلال الامكانيات الفنية والمعرفية لذوي الخبرات، والذين يفتقرون للوسائل النقدية والمادية في اطار مشروع تجاري وتنظيم قانوني مناسب، ولهذا تبني المشرع الليبي القانون رقم 15 لسنة 2010م بغرض خلق بيئة تجمع المشاركة بين أصحاب رؤوس الأموال وبين ذوي الخبرة والمعرفة، لتسخير المتطلبات اللازمة لدعم كافة المشروعات الاقتصادية.

1. منقول مملوك للمؤجر، أو تلقاه من المورد استنادا إلى العقد.
  2. عقار مملوك للمؤجر.
  3. أي عقار أو منقول تكون ملكيته قد آلت من المستأجر إلى المؤجر بموجب عقد يتوقف نفاذه على إبرام عقد التأجير التمويلي بينهما.
- وفى جميع الأحوال يجب أن تنتهي عقود التأجير التمويلي للمساكن لليبيين بالتملك، وذلك باستثناء عقود التأجير التمويلي التي تبرمها الشركات العامة والمصارف العامة.

### مادة (3)

يجوز للمستأجر قبل إبرام العقد أن يتفاوض مباشرة مع المورد أو المقاول مباشرة بشأن المال اللازم لمشروعه، وذلك بناءً على موافقة كتابية مسبقة من المؤجر، تتضمن المسائل التي يتم التفاوض بشأنها بين صاحب المشروع والمورد أو المقاول، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الشروط الواجب توافرها في هذا الشأن.

### مادة (4)

لا يتأثر العقد المبرم بين المؤجر والمستأجر ببطلان أو فسخ العقد الذي يبرمه المؤجر مع المورد أو المقاول، ومع ذلك يجوز للمورد والمقاول الرجوع على المستأجر بالحقوق الناشئة عن هذا البطلان أو الفسخ، وذلك بما لا يجاوز التزامات المستأجر قبل المؤجر.

### مادة (5)

مع عدم الإخلال بحق المؤجر في الرجوع على المورد أو المقاول، يجوز للمستأجر الرجوع على أي منهما بجميع الدعاوى التي تنشأ للمؤجر، وذلك فيما عدا دعوى فسخ العقد.

### مادة (6)

تعتبر الدعاوى المتعلقة بعقد التأجير التمويلي دعاوى مستعجلة يحكم فيها على وجه السرعة.

### مادة (7)

تستثنى عقود الإيجار التمويلي للعقارات من القواعد المتعلقة بتحديد الأجرة المنصوص عليها في أي قانون آخر.

### مادة (8)

مع عدم الإخلال بأحكام المادة (2) من هذا القانون للمستأجر الحق في اختيار شراء المال المؤجر كله أو بعضه في الموعد وبالثمن المحدد في العقد، على أن يراعى في تحديد الثمن مبالغ الأجرة التي أداها، وفي حالة عدم اختياره شراء المال المؤجر يكون له الحق في رده إلى المؤجر وتجديد العقد، وذلك بالشروط التي يتفق عليها الطرفان.

### الفصل الثالث

#### التزامات المؤجر والمستأجر

### مادة (9)

يكون المؤجر مسؤولاً عن خلو المال من العيوب التي تحول دون الانتفاع به أو تنقص منه بدرجة كبيرة، وذلك فيما عدا:

1. العيب الذي جرى العرف على التسامح فيه.
  2. العيب الذي أخطر به المستأجر، أو كان يعلم به وقت التعاقد.
  3. إذا كان المستأجر قد استلم المال بناء على تخويل من المؤجر طبقاً للحكم المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة (13) من هذا القانون.
- وإذا اقتصر الحكم في دعوى العيوب الخفية على انقاص ثمن المبيع، لعيب في صناعة المال أو لنقص فيه، تعين تخفيض أقساط الأجرة المتفق عليها في العقد، بما يتناسب مع النقص الذي طرأ على الثمن، ما لم يتفق على غير ذلك.

**مادة (10)**

يجب التأمين على المال المؤجر، ويحدد عقد التأجير التمويلي الطرف الملزم بالتأمين.

**مادة (11)**

على المؤجر الامتناع عن كل ما من شأنه أن يؤدي إلى تعرض المورد أو المقاول أو الغير المستأجر، بما يحول دون انتفاعه بالمال المؤجر

**مادة (12)**

إذا نص في العقد على تسليم المال من المؤجر إلى المستأجر، تعين تسليمه في حالة يصلح معها للوفاء بالأغراض التي أعد من أجلها، حسب طبيعته، وفقاً لما تم الاتفاق عليه. ويجوز النص في العقد على تخويل المستأجر استلام المال محل العقد من المورد أو المقاول مباشرة، بالشروط والمواصفات المتفق عليها، على أن يكون الاستلام بموجب محضر، تثبت فيه حالة المال المؤجر، وما به من عيوب إن وجدت، وإلا جاز للمستأجر رفض الاستلام، وإذا تم الاستلام وفقاً لحكم الفقرة السابقة كان المستأجر والمؤجر مسؤولين عن البيانات الواردة في المحضر.

**مادة (13)**

يلتزم المستأجر بما يلي:

- 1- استعمال المال المؤجر بما يتفق مع الأغراض التي أعد لها وفقاً للأصول المتعارف عليها، والمواصفات الفنية المحددة.
- 2- صيانة المال المؤجر، وإجراء الإصلاحات والترميمات اللازمة لإبقائه على الحالة التي سلم بها مع مراعاة طبيعة المال المؤجر.
- 3- إخطار المؤجر بما يطرأ على المال المؤجر من عوارض تمنع الانتفاع به كلياً أو جزئياً، وذلك طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في العقد.
- 4- أداء الأجرة المتفق عليها في العقد وفقاً للشروط والمواعيد الواردة فيه.

5- ألا يُحدث بالمال المؤجر تغييرا من شأنه الإضرار بالمؤجر، ما لم يكن ذلك بموافقته.

#### مادة (14)

يعتبر المستأجر حارسا للمال المؤجر، خلال مدة العقد.

#### الفصل الرابع

#### التنازل عن عقد التأجير التمويلي

#### مادة (15)

يجوز للمؤجر أن يتنازل عن العقد إلى مؤجر آخر، ولا يسري هذا التنازل في حق المستأجر إلا من تاريخ إخطاره به، على ألا يترتب عليه أي إخلال بالحقوق والضمانات المقررة للمستأجر بموجب العقد.

#### مادة (16)

لا يجوز للمستأجر التنازل عن العقد إلى مستأجر آخر إلا بموافقة المؤجر، وفي هذه الحالة يكون المستأجر الأصلي ضامنا للمتنازل إليه في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، ما لم يوافق المؤجر على إعفائه من هذا الضمان.

ويلتزم المتنازل له بأداء الأجرة المستحقة بموجب العقد، إلى المؤجر مباشرة، وذلك من تاريخ إخطاره بموافقة المؤجر على التنازل إليه في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد. ولا يجوز للمتنازل له أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله المستأجر من أجرة قبل تاريخ التنازل.

#### الفصل الخامس

#### انقضاء عقد التأجير التمويلي

#### مادة (17)

يعد العقد مفسوخا، من تلقاء نفسه، ودون حاجة إلى إنذار، في أي من الحالات الآتية:  
1. مرور ستين يوما على الموعد المتفق عليه في العقد لأداء الأجرة، دون أن يقوم المستأجر بسدادها، ما لم ينص في العقد على خلاف ذلك.

2. اتخاذ إجراءات التصفية ضد المستأجر، إذا كان شخصا اعتباريا، سواء كانت تصفيته إجبارية أو اختيارية، ما لم تكن بسبب الاندماج، وبشرط عدم الإخلال بحقوق المؤجر المنصوص عليها في العقد.

3. وفاة المستأجر ما لم يطلب الورثة استمرار تنفيذ العقد، خلال ستين يوما من تاريخ الوفاة.

4. وفاة الشريك المتضامن، إذا كان المستأجر شركة أشخاص، ما لم يطلب باقي الشركاء الاستمرار في تنفيذ العقد، خلال ستين يوما من تاريخ الوفاة.

5. إشهار إفلاس المستأجر، وفي هذه الحالة لا يدخل المال المؤجر في أموال التفليسة ولا في الضمان العام للدائنين.

ويجب على أمين التفليسة أن يخطر المؤجر بكتاب مسجل خلال ثلاثين يوما من تاريخ الحكم الصادر بإشهار الإفلاس، برغبته في استمرار العقد، وفي هذه الحالة يستمر العقد قائما، بشرط أداء الأجرة في مواعيدها.

وإذا هلك المال المؤجر هلاكا كلياً، وإذا كان الهلاك راجعاً إلى خطأ المستأجر التزم بالاستمرار في أداء الأجرة المتفق عليها، في المواعيد المحددة، وذلك مع مراعاة ما قد يحصل عليه المؤجر من مبالغ التأمين.

### مادة (18)

ينقضي العقد بانتهاء المدة المحددة فيه، دون حاجة إلى التنبيه على المستأجر بذلك، ولا يتجدد العقد ضمناً، سواء تم التنبيه بانتهاء مدة العقد أو لم يتم.

وإذا انقضى العقد لأي سبب كان المستأجر أو ورثته أو باقي الشركاء المتضامنين أو أمين التفليسة أو المصفي حسب الأحوال ملزماً برد المال إلى المؤجر بالحالة المتفق عليها في العقد، وإذا امتنع أي منهم عن الرد بعد إخطاره بذلك، جاز للمؤجر أن يقدم عريضة، إلى قاضي الأمور الوقفية بالمحكمة المختصة، يطلب فيها إصدار أمر بالرد، وفقاً للإجراءات المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

## الفصل السادس

### قيد المؤجرين وعقود التأجير التمويلي

#### مادة (19)

تعد وزارة الاقتصاد سجلا لقيد المؤجرين، وسجلا آخر لقيد عقود التأجير التمويلي، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الجهة المختصة بمنح أذن مزاولة نشاط التأجير التمويلي والرقابة عليه، وأحكام وشروط وإجراءات القيد في سجل المؤجرين وسجل عقود التأجير التمويلي، والبيانات والمستندات والأوراق التي يتطلبها القيد، وإجراءات تعديل القيد أو إلغائه، ورسوم إجراء القيد وتعديله، ورسوم استخراج صورة من أيهما، ولا تسري الأحكام الخاصة بشروط سجل المؤجرين على المصارف المرخص لها بمزاولة نشاط التأجير التمويلي.

#### مادة (20)

يحق للمستأجر، في حالة تصفية المؤجر أو إشهار إفلاسه، الاستمرار في تنفيذ العقد وفق شروطه، أو تسليم المال المؤجر للمصفي أو أمين التفليسة، والدخول مع باقي الدائنين في تحصيل المبالغ التي قام بدفعها للمؤجر، بعد خصم أجرة المثل عن مدة انتفاعه بالمال المؤجر.

#### مادة (21)

يجب أن يشمل القيد في هذا السجل ما يلي:

- 1- تحديد المال المؤجر.
- 2- بيان أطراف العقد وجنسياتهم، وتحديد صفاتهم.
- 3- تحديد مدة التعاقد.

وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون أحكام وإجراءات القيد، والمستندات والأوراق والبيانات التكميلية الأخرى التي يتطلبها القيد، وإجراءات تعديل القيد أو إلغائه، ورسوم إجراء القيد وتعديله، واستخراج صورة من أيهما

## مادة (22)

يعتبر القيد في السجلين المشار إليهما في المادة (19) من هذا القانون حجة في الإثبات، ولكل شخص طلب صورة من بيانات القيد في سجل المؤجرين.

## مادة (23)

يحظر على أي شخص طبيعي أو اعتباري، غير مقيد في سجل المؤجرين، مزاوله عمليات الإيجار التمويلي، أو استعمال عبارة (الإيجار التمويلي) أو مرادفاتها في عنوانه.

## مادة (24)

على المؤجر، في حالة التنازل، اتخاذ الإجراءات اللازمة بشأن قيد التنازل في سجل قيد عقود الإيجار التمويلي، وذلك طبقاً للقواعد والإجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية، ولا يجوز الاحتجاج على الغير بالتنازل إلا من تاريخ قيده.

## مادة (25)

إذا تم قيد العقد، فلا يجوز للمستأجر ولا للغير، اعتباراً من تاريخ القيد، الاحتجاج على المؤجر بأي حق يتعارض مع البيانات المقيمة.

## الفصل السابع

## المعاملة الضريبية لعمليات التأجير التمويلي

## مادة (26)

تراعى في المعاملة الضريبية لعمليات التأجير التمويلي القواعد التالية:

1. إعفاء عقد تملك المال المؤجر من ضريبة الدمغة.
2. الإعفاء من رسوم تسجيل العقار عند انتقال ملكيته إلى المستأجر.
3. فيما عدا الأرباح المحققة عن عمليات التأجير التمويلي للسلع الاستهلاكية، التي يصدر بتحديد قرار من الوزير المختص، يعفى المؤجر من الضريبة على الدخل بالنسبة لأرباحه الناشئة من عمليات التأجير التمويلي، وذلك لمدة خمس سنوات تبدأ من تاريخ الترخيص له بمزاولة النشاط.

**مادة (27)**

تستثنى مبالغ الأجرة الواجبة الأداء، والتمن المحدد بالعقد، من الأحكام المقررة في التشريعات النافذة، بشأن الخصم والإضافة والتحصيل، وغيرها من نظم الحجز عند المنبع، لحساب الضرائب.

**مادة (28)**

تستحق الضرائب والرسوم المقررة بموجب النظم المعمول بها، على ما يتم استيراده، بقصد إجباره، وفقا لأحكام هذا القانون.

**مادة (29)**

ترد الضرائب والرسوم التي سددت عما تم استيراده من أموال، وبقصد إجبارها وفقا لأحكام هذا القانون، إذا أعيد تصديرها، وذلك بعد خصم (20%) عن كل سنة انقضت من تاريخ الإفراج عنها، وتحسب كسور السنة سنة كاملة.

**مادة (30)**

يتحمل المستأجر الرسوم المقررة قانونا للحصول على تراخيص، لمزاولة النشاط، والرسوم المقررة على تجديده، كما يلتزم بأداء أقساط التأمين الإجباري، ما لم يتفق على غير ذلك.

**الفصل الثامن****الجزاءات****مادة (31)**

يعاقب بغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار، ولا تزيد على عشرة آلاف دينار كل من يخالف الحظر المنصوص عليه في المادة (23) من هذا القانون.

**مادة (32)**

يعاقب بغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرة آلاف دينار كل من قام بتحريف البيانات المقيدة بالسجل، إذا وقع الفعل بقصد تغيير معالم المال المؤجر أو أوصافه، أو بقصد طمس البيان المثبت لصفة المؤجر بالنسبة إلى هذا المال.

**مادة (33)**

يعاقب بغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار ولا تزيد على ثلاثة آلاف دينار كل من يخالف الأحكام الأخرى المنصوص عليها في هذا القانون.

**مادة (34)**

تكون للموظفين بالجهة الإدارية الذين يصدر بتحديدهم قرار من الوزير المختص صفة مأمور الضبط القضائي، فيما يتعلق بضبط الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون، ولهم في سبيل ذلك الحق في الاطلاع على جميع السجلات والدفاتر والمستندات والبيانات المتعلقة بالتأجير التمويلي، وعلى المؤجر أو المستأجر تقديم البيانات والمستخرجات وصور المستندات التي يطلبونها لهذا الغرض.

**الفصل التاسع****مادة (35)**

تسري أحكام عقد الإيجار، المنصوص عليها في القانون المدني، فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون.

**مادة (36)**

تصدر اللائحة التنفيذية لهذا القانون بقرار من رئاسة الوزراء، بناءً على اقتراح من الوزير المختص.

**مادة (37)**

ينشر هذا القانون في مدونة التشريعات، ويعمل به من تاريخ نشره.

ثالثاً المرفقات  
ثالثاً المرفقات





### نموذج مشاركة بالمجلة

- الاسم الثلاثي: \_\_\_\_\_
  - جهة العمل: \_\_\_\_\_
  - التخصص: \_\_\_\_\_
  - مجالات الكتابة والاهتمام المعرفي: \_\_\_\_\_
  - الوظيفة: \_\_\_\_\_
  - العنوان: \_\_\_\_\_
  - الهاتف : \_\_\_\_\_
  - البريد الالكتروني : \_\_\_\_\_
  - نوع المشاركة: \_\_\_\_\_
  - موضوع الدراسة محل المشاركة : \_\_\_\_\_
- ☐ بحث      ☐ تعليق علي حكم قضائي      ☐ مقالة      ☐ عرض كتاب

### إقرار:

أقر بموجب هذا الطلب بأن ما يتضمنه العمل المقدم للمشاركة إنما يعبر عن آرائي الخاصة، ولا صلة له البتة بتوجهات المجلة، ولا يعبر عن وجهة نظر إدارة تحريرها أو الجهة التابعة لها، وبأن العمل المقدم لم يسبق نشره أو تقديمه للنشر لأي جهة أخرى، ولن أعيد نشره بدون إذن كتابي من إدارة هذه المجلة، وأنه غير مستل أو متضمن في أي دراسة أو بحوث سابقة، وأتحمل المسؤولية كاملة جراء أي مخالفة للقواعد المنظمة لحقوق المؤلف والملكية الفكرية .

1. اسم مقدم نموذج المشاركة : \_\_\_\_\_
2. التوقيع: \_\_\_\_\_
3. التاريخ:      /      /





### نموذج خاص بتقديم المقترحات والملاحظات

ترحب إدارة تحرير مجلة دراسات قانونية بأي ملاحظات أو مقترحات يقدمها الأساتذة والكُتاب والقراء، من شأنها تدارك ما قد يَعتور إصدارات المجلة من عيوب، أو يشوبها من مثالب، سواء أكانت نتيجة قصور أم تقصير من إدارة المجلة، أم تتعلق بما يكتنف الأعمال المنشورة فيها من أخطاء، وكل ما من شأنه النهوض بموضوعات هذه المجلة، وإصدارها في أبهى حُلة، ونأمل أن تقدم الملاحظات والمقترحات على النحو الآتي:

• ملاحظات شكلية، تتعلق بإخراج المجلة وطباعتها.

• ملاحظات موضوعية، تتعلق بالمادة العلمية المنشورة بالمجلة.

• ملاحظات بشأن تنويع المجلة وكيفية تصنيف موضوعاتها.

اقترحات أخرى:



**Dr. Salwa Fawzi Al-Dugaili**  
**Dean of the Faculty of Law**  
**General Supervisor of the Journal**

## **Editorial Board:**

- **Dr. Saad Al-Abbar. - Chairman of the editorial board magazine**
- **Dr. Rafa Mahmoud Al-Fakhri - Editor of the Journal**
- **Dr. Jazayat Jibril Shu'aitir.**
- **Mr. Nahla Zidan Al-Warfali.**
- **Mr. Abdul Qader Saleh Aoun.**



# Journal of Legal Studies

Published by the Faculty of  
Law

Issued three times a year  
About the Faculty of Law  
Benghazi University





# Journal of Legal Studies

**NO:22**

**January 2019**

**Published by the Faculty of Law**

**Issued three times a year**

**About the Faculty of Law**

**Benghazi University**

