

مجلة دراسات قانونية



ديسمبر 2020م

العدد: الثامن والعشرون

مجلة دورية مُحكمة متخصصة
تُعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية
تصدر ثلاث مرات في السنة عن كلية القانون – جامعة بنغازي

في هذا العدد:

- ضوابط الفتوى في نوازل الطلاق.
- التأثير المتبادل بين اتفاق التحكيم والحصانة التنفيذية للدولة، «دراسة تحليلية مقارنة»
- المسؤولية عن الحوادث المرورية والآثار المترتبة عليها في الفقه الإسلامي.
- العدالة الانتقالية في ليبيا بين حكم القانون وتحديات المرحلة الانتقالية.
- الآثار القانونية لجائحة كورونا على تنفيذ العقد الإداري في القانون الليبي، «دراسة مقارنة».
- التوازن العقدي لأطراف الاعتماد المستندي وفق أحكام القانون الليبي

والعرف الدولي.

رقم الإيداع: 2020/172

دار الكتب الوطنية

مجلة دورية محكمة متخصصة
تُعنى 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:

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

د.ماشاء الله عثمان الزوي- مدير تحرير المجلة.

د.عبد اللطيف عبد الحميد ماضي.

أ.صابر فائز الورفلي.

أ.أحمد جمعة القبائلي.

قواعد النشر بالمجلة

أصالة العمل المقدم من حيث فكرته ومنهجية إعداده وأن يكون قد أعد وفقاً للمعايير والضوابط المنهجية الشكلية والموضوعية المتعارف عليها في الدراسات الأكاديمية الحديثة. ألا يكون العمل المقدم قد سبق نشره أو قدم للنشر في أي مطبوعة أخرى أو مستلا من دراسة أو بحث أو رسالة أو أطروحة سابقة. ص تخضع الأعمال المقدمة للنشر للتقويم السري من قبل خبراء وأكفاء من المتخصصين في مجال العمل المقدم للنشر ويعاد العمل لمعدده في حال طلب تعديله أو تنقيحه. تحفظ المجلة بحقها 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 ويرفق به ملخص موجز عن سيرته الذاتية وجهة عمله وما سبق له نشر من دراسات وبحوث. تخضع الأعمال المقدمة للنشر للقواعد القانونية الخاصة بالمسؤولية الأدبية والملكية الفكرية وما تضمنته هذه الأعمال يعبر فقط آراء وأفكار كتابها ولا يعكس البيئة في موقف أو توجه للمجلة . يقدم العمل من نسختين، مصحوبة بقرص مدمج (CD) ولا تلتزم المجلة بإعادة أي عمل قدم لها سواء نشر أو لم ينشر، وفي حالة نشره بالمجلة لا يجوز لمقدمة إعادة نشره في أي مطبوعة أخرى. يفضل ألا يزيد حجم العمل على (30) صفحة بما في ذلك الهوامش وقائمة المصادر والصور ووسائل الإيضاح المرفقة. ترتيب المصادر التقائياً في نهاية البحث بحسب أسم الشهرة للمؤلف: كما يلي مثلاً: سراج (محمد أحمد) : ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، 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.



أن يتضمن البحث المستخلص بالعربية والانجليزية لا يزيد عدد كلماتها عن 150 كلمة.
أن يحتوي على الكلمات المفتاحية.

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



رقم الإيداع- دار الكتب الوطنية: 172 / 2020 .

جميع الحقوق محفوظة للناشر كلية القانون - جامعة بنغازي.
المراسلات تقدم باسم رئيس هيئة التحرير على العناوين الآتية:
كلية القانون- جامعة بنغازي
مبنى الإدارة- الدور الثاني
بنغازي - ليبيا

Email: saadkhhh@yahoo.fr

Email: Law@benghazi.edu.ly

.Telephone: +218 (61) 222 9029

.Fax: +218 (61) 222 9029

.Websit: law.benghazi.edu.ly

مجلة دراسات قانونية- كلية القانون بجامعة بنغازي : Facebook

جميع الحقوق الخاصة بصورة وتصميم الغلاف محفوظة لكلية
القانون- جامعة بنغازي.
جميع الحقوق الأخرى ذات الصلة بهذا العمل خاضعة للملكية الفكرية.



ثبت المحتويات

أولاً: توطئة العدد:

- 13 افتتاحية العدد.
أ.د.سعد خليفة العبار.

ثانياً: البحوث والدراسات:

- 17 ضوابط الفتوى في نوازل الطلاق.....
أ.د.سعد خليفة العبار. د.لطيفة علي ضوء الفقهي.

التأثير المتبادل بين اتفاق التحكيم والحصانة التنفيذية للدولة

- 87 ((دراسة تحليلية مقارنة)).....
د.عز الدين أبوبكر علي أخريج.

المسؤولية عن الحوادث المرورية والآثار المترتبة

- 136 عليها في الفقه الإسلامي.....
د.سعد سليمان الحامدي.



ثبت المحتويات

- العدالة الانتقالية في ليبيا بين حكم القانون وتحديات
المرحلة الانتقالية..... 194
- د.سلوى فوزي الدغيلي.
- الآثار القانونية لجائحة كورونا على تنفيذ العقد الإداري في القانون الليبي
(دراسة مقارنة)..... 262
- د.عبد اللطيف عبد الحميد ماضي. أمهيدي محمد أمهيدي.
- التوازن العقد لأطراف الاعتماد المستندي وفق أحكام القانون الليبي
والعرف الدولي..... 345
- أ.أحمد جمعة القبائلي.
- ثالثاً: المرافقات:
- كاشف أعداد المجلة..... 379
- نموذج المشاركة بالمجلة..... 385
- نموذج خاص بتقديم المقترحات والملاحظات..... 387



افتتاحية العدد

لك الحمد يا الله على ما أسبغته علينا بكرمك وفضلك من نعم، والصلاة والسلام على أشرف الخلق الهادي إلى سبيل الحق والرشاد سيدنا محمد وعلى آله وصحبه الأخيار ومن سار على دربه إلى يوم الدين، وبعد:

فلاشك أن البحث العلمي هو سبيل رقي الأمم وتقدمها، ولاشك أيضاً أن مجلة دراسات قانونية تضيف جهد أسرة تحريرها ومساندة إدارة الكلية لها في كل عدد منها لبنة إلى الفكر القانوني والشرعي، والذي يزداد شموخاً وتنوعاً وتفصيلاً بتوالي أعضائها في الصدور، وإن كانت الصعاب تحول أحياناً دون الوصول إلى هذه الغاية في أكمل صورها فإن لذة السعي نحوها والطموح في نيلها تغري ببذل المزيد من الجهد، ومع هذا فإن مسيرة البحث العلمي في هذه المجلة استمرت عجلتها في الدوران رغماً عنها، فتنوعت بحوث هذا العدد بين فروع المعرفة القانونية والشرعية بجوانبها كافة، فزخر بفيض من الأعمال البحثية الرصينة، أعدتها ثلة من ذوي التخصص والكفاءة من رجالات القانون والعلم الشرعي في بلادنا.

ندعو المولى عز وجل أن تنال بحوث هذا العدد رضي واستحسان القارئ الكريم، وأن تواصل مجلتنا نحو مزيد من البذل والعطاء، وهذه مناسبة طيبة أن تتشرف أسرة التحرير أن تهدي هذا العدد إلى الأستاذ الدكتور موسى مسعود أرحومة، أحد أعمدة القانون الجنائي في ليبيا بمناسبة خروجه إلى التقاعد، مع كل الثقة في أن يكون ذلك حافزا نحو التفرغ للبحث العلمي، وأن يستمر في العطاء كما عهدناه، وأن تظل علاقته بالكلية وطلبتها كما كانت لسنوات طوال، وأن يجعل وقته وعلمه وقفا على دارسي العلم القانوني، مع كل الدعوات له بدوام التوفيق والصحة والسداد.

والمجلة إذ تهدي له هذا العدد تتمنى عليه أن يستمر في التواصل معها، وألا يضمن على أسرة تحريرها بالنصح والمشورة، وأن يتحفها بشيء من إنتاجه العلمي.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته،

أ.د.سعد خليفة العبار

رئيس هيئة تحرير المجلة

ثانياً : البحوث
والدراسات

ضوابط الفتوى في نوازل الطلاق

Fatwa Regulations in Divorce Issues

د. لطيفة علي الفقهي (2)

أ.د. سعد خليفة العبار (1)

Dr.Latifa Ali Elfughi Dr.Saad Khalifa Al-Abbar

المخلص

يناقش هذا البحث مسألة في غاية الأهمية، ألا وهي ضرورة إحاطة الفتوي في مسائل الطلاق بعدد من الضوابط والقيود التي من شأنها أن تصل بصانع الفتوي (المفتي) وطالباها (المستفتي) إلى ما هو أقرب إلى حكم الله سبحانه وتعالى في هذه المسائل التي تتميز خصوصية مسائلها ودقة نوازلها وكثرة الخصومات التي عادة ما تنشأ عنها، وتكون محلا للإفتاء.

هذه الضوابط تتمثل في ضرورة أن يكون المفتي، وهو صانع الفتوي، مؤهلا علميا وأخلاقيا لمنصب الإفتاء عموما، وفي مسائل الطلاق خصوصا، وعليه إذا انعدمت معرفته بحقيقة ما يُستفتى عنه ألا يتحرج في قول لا أعلم، وإحالة السؤال إلى من هو أعلم، أو إلى القضاء إذا لاحت أمام ناظره بوادر الخصومة والاختلاف، وأن ينهج كافة السبل التي من شأنها التيسير علي المستفتي، جاعلا من دوام الأسرة والحفاظ عليها غايته ما استطاع إلى سبيل.

أما المسفتي فعليه أن يكون صادقا في تصوير المسألة محل السؤال حتي يكون بحق المرشد الصادق للمفتي في أداء واجبه في الوصول إلى حكم الله في هذه القضية، كما ينبغي عليه كذلك أن يحتاط في تخيره للمفتي الذي يلجأ إليه، وذلك بأن يتوجه لمن عُرف عنه الورع قبل العلم، ولمن كان كذلك دقيقا في فتواه، محتاطا في كل ما يصدر عنه من فتاوى.

(1)- عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.

(2)- عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.



Abstract

This paper discusses the necessity of encompassing the Fatwa (a legal opinion on point of Islamic law) in issues of divorce with a number of regulations and restrictions. These regulations and restrictions are placed upon the Mufti (Islamic jurist who issues Fatwa) and the Mustafti (the person seeking Fatwa) in order to bring them into a judgment which is closer to that of God.

The first set of regulations concerns the Mufti. The Mufti must be knowledgeable and morally qualified to issue Fatwa in general, and in the issues of divorce in particular. If the Mufti lacks knowledge about a point of Islamic law, he must acknowledge that; and refers the Fatwa question to a better knowledgeable Mufti; or refers it to the judiciary court, if he observes signs of conflict and disagreement between the married couple. The Mufti must pursue all means of facilitation for the Mustafti, making his goal to preserve the permanence of the family as much as possible.

The second set of regulations concerns the Mustafti. He must be honest in portraying the issue in question, so that he becomes the Mufti's honest guide, that would enable him to perform his duty to reach the judgment of God in this case. He should also be careful in his choice of the Mufti. The Mustafti must choose a Mufti who is known for his piety before his knowledge. He must also choose a Mufti who is accurate in his Fatwa and cautious in all the Fatwas issued by him.

كلمات مفتاحية: طلاق- فقه إسلامي- فتوى- تيسير- عُرف.

key words: divorce- Islamic jurisprudence- fatwa- facilitation- Custom

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء المرسلين، وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان وسار على هديه إلى يوم الدين، وبعد:

فمما لاشك فيه أن الطلاق مسألة لها جوانب شرعية واجتماعية وقانونية، وأن له آثاره على الأسرة والمجتمع، وقد كثر في زماننا وقوعه، وكثر أيضا طلب الفتوى في مختلف مسائله، سواء منها ما وقع نظائره في الأزمنة الماضية، أو ما استجد في زماننا.

ولما كان للقول بحكم نازلة الطلاق آثاره، سواء بوقوعه أو بعدم وقوعه، على العلاقة بين الزوجين من حيث حلها وحرمتها، فإن الفتوى في نوازلها هي من الخطورة بمكان، ولدقة نوازل الطلاق يتوجب أن تتوافر في من يطلب حكمها الشرعي، وفي من يُعلمه بحكمها شرعا ضوابط، لا بد من مراعاتها في كليهما، فالمستفتي عليه تصوير الواقعة تصويرا دقيقا، كاشفا عن حقيقتها، وذلك بإعلام المفتي بها بصورة تفصيلية، دون تحيل أو تجهيل، وعليه قبل هذا التوجه لطلب الفتوى إلى من عُرف بالورع والاستقامة من أهل العلم والاختصاص، وتحاشي أخذها من الكتب ومواقع الانترنت.

أما المفتي فلن يصلح لإعلام المستفتي بحكم الشرع في النازلة ما لم يكن عالما بأحكام الطلاق الشرعية ومواطن الاجماع فيها، وبأحكامها القانونية، ويعرف البلاد وعوائد أهلها، وعليه الالتزام بالوسطية في الفتوى،

دون تعصب لمذهب أو عالم بعينه، مع تحاشي تتبع الرخص والتفريق بين الأقوال الفقهية، وعليه مراعاة مقاصد الطلاق الشرعية، وعدم التعويل على ما فهمه من ظواهر النصوص، ويجب أن تكون فتواه مراعية لحال المستفتي، مقنعة له بالدليل والحجة ما أمكن، وعليه أن يراعي التيسير عليه وعلى زوجته بحسب الامكان، والنظر لمآل الفتوى وحال الأسرة، والأخذ في الحسبان تغير ظروف الزمان والمكان وآحاد المستفتين، والستر على الزوجين كلما وسعه ذلك.

هذه جملة من الضوابط للفتوى في نوازل الطلاق على المفتي مراعاتها والالتزام بها حين اضطراره بهذه المهمة الثقيلة، لأنها تعصم الافتاء من الزلل والخطأ والانحراف، وتصون الأمة من أقاويل غير أهل العلم التي يصورونها في هيئة فتاوى، فينشرون بها الضلال، ويشيعون بها الفتن والفوضى في الأمة، دون أن تجلب نفعاً، أو تحقق مصلحة معتبرة شرعاً، وضررها فوق مخالفتها لنصوص الشرع ومقاصده يكون بجلبها لأصناف من الفساد، والعبث بأحكام الدين، وتهوين الخروج على أحكامه.

وهذه الضوابط سنتناولها بالبيان والتدليل في هذا البحث، وذلك بتقسيمه إلى مباحث ثلاثة، نتناول في أولها التعريف بالفتوى وبضوابطها، مع التعرّيج على أهميتها في خصوص نوازل الطلاق، وفي المبحث الثاني نتعرض لدراسة ضوابط الفتوى في نوازل الطلاق المتعلقة بالمفتي، وفي الثالث نتناول بالدراسة ضوابط الفتوى المتعلقة بطالب الفتوى في نازلة الطلاق، أي المستفتي، ونحن إذ نكتب هذا نسأل المولى التوفيق والسداد، إنه نعم المولى ونعم النصير.

المبحث الأول

ماهية الفتوى وضوابطها وأهميتها في نوازل الطلاق

قبل التعرض لضوابط الفتوى الأمر يقتضي بيان ماهية الفتوى، وماهية ضوابطها، وكذلك بيان أهميتها في نوازل الطلاق.

ماهية الفتوى وماهية ضوابطها:

تعددت أقوال أهل اللغة في بيان معنى الفتوى⁽³⁾، فقال ابن فارس: «الفاء والتاء والحرف المعتل أصلان، أحدهما يدل على طراوة وجدة، والآخر على تبين الحكم»، وبعد أن بين الأصل الأول قال: والأصل الآخر الفتيا، يقال: أفتى الفقيه في المسألة إذا بين حكمها، واستفتيت إذا سألت عن الحكم، ومنه قوله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ﴾⁽⁴⁾، ومنه يقال: فتوى وفتيا⁽⁵⁾، والفتوى تكون بتبيين المشكل من الأحكام.

وفي ضبط الفتوى لغتان: فتح الفاء وضمها، وهي بالفتح أشهر، وهو لغة أهل المدينة، ويبدو أن أصل الفتوى من الفتى، وهو الشاب القوي الحدّث، فكأنه يقوي ما أشكل بيانه، فيشب ويصير فتيا، والاستفتاء هو طلب الفتوى، ويكون تارة سؤال تعلم، كما في قوله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ﴾⁽⁶⁾، ويكون تارة سؤال تقرير، كما في قوله تعالى:

(3)- لتتبع معاني الفتوى في اللغة يمكن مراجعة ابن منظور: ج15، ص147، المرتضى الزبيدي: ج39، ص212،

الرازي: ص234، الفراهيدي: ج5، ص187

(4) سورة النساء: الآية 176.

(5) ابن فارس: ج4، ص473.

(6) سورة النساء: الآية 176.

﴿فَاسْتَفْتِهِمْ أَهُمْ أَشَدُّ خَلْفًا أَمْ مَنِ خَلْفُنَا﴾ (7).

أما اصطلاحا فقد تعددت تعريفاتها، واختلفت عبارات العلماء في تصوير ماهيتها، وإن تقاربت في جوهرها، ومن هذه التعريفات أنها(8):

- بيان حكم المسألة.

- الإخبار عما يُشكل من المسائل الشرعية.

- الجواب عما يُشكل من الأحكام.

- تبیین الحكم الشرعي عن دليل لمن سأله عنه بلا إلزام.

وحاصل هذه التعريفات أن المفتي يخبر المستفتي بالحكم الشرعي للمسألة التي طلب الفتوى فيها، وبهذا فالفتوى تتضمن سؤالا موضوعه طلب بيان الحكم الشرعي للنازلة، وجوابا على هذا السؤال، يحكي فيه المفتي الحكم الشرعي للمسألة، وهذا الحكم قد يكون سردا للنص الشرعي أو استنباطا منه، ففي الأولى يكون السؤال عن مسألة سبق الحكم فيها بنص قطعي الثبوت والدلالة، وبهذا فالمفتي ناقل هنا للنص لا غير، وهو بهذا مبلّغ عن الشارع، وإن كان مع هذا يعد مجتهدا في هذه الحالة في تحقيق مناط الواقعة وتكييفها شرعا، أما في الثانية فهو بالتأكيد مجتهد(9)،

(7) سورة الصافات: الآية 11.

(8) تابع هذه التعريفات وغيرها مما يناظرها عند كل من أبو حبيب: ص 281، الراغب الأصفهاني: ص 625، القنوي: ص 117.

(9) الاجتهاد في اللغة هو بذل الجهد واستفراغ الوسع في فعل فيه كلفة، ابن فارس: ج 2، ص 281، وفي الاصطلاح هو استفراغ الجهد في إدراك الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية. شاه ولي الله الدهلوي: ص 3.

لأن النازلة ليس فيها نص قطعي الثبوت والدلالة، فيستنبط المفتي حكمها، ويحقق مناطها، وينزلها على وفق مقاصد الشرع وقواعده العامة، وهو بهذا قائم مقام الشارع في إنشاء الحكم، وإن كان هذا بصورة غير مباشرة، وهو في الحالين يبين حكما شرعيا مستمدا من نصوص الشرع وأدلته، موافقا لمقاصده.

وفي كلا الحالين الفتوى أمر استشاري، فخاصيتها عدم الإلزام، وهي بهذا تتميز عن الحكم القضائي، والذي خاصيته الإلزام، كون القضاء إخبار عن الحكم الشرعي على سبيل الإلزام، فصلا في خصومة عرضت عليه⁽¹⁰⁾، فكل من القاضي والمفتي مجتهد في بيان الحكم الشرعي، ولا فارق بينهما إلا من حيث الإلزام بما يصدر عن كل منهما⁽¹¹⁾، ويتفرع عن هذا أن للمستفتي تخير من يلجأ إليه طلبا للفتوى، وله التوجه إلى غيره إن لم ترق له فتواه، بل له عدم طلب الفتوى أصلا، أما الخصم فليس له إلا الخضوع والمثول أمام القاضي، ولا يحق له تخير من يقضي له في نزاعه مع خصمه.

(10) القنوي: ص 84، المناوي: ص 272، النوي: المنهاج، ج 12، ص 2، القرافي: الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص 32.

(11) في حقيقة الأمر هناك فوارق عديدة بين الاجتهاد والافتاء، كونهما متداخلين، يتفقان في أوجه، ويختلفان في غيرها. لتتبع ذلك تفصيلا يمكن مراجعة الشوكاني: ج 2، ص 240، ابن قدامة: روضة الناظر، ج 2، ص 334، السيوطي: ص 91.

كما يتميز الافتاء عن الاجتهاد في أنه، وإن كان في كليهما طلب للحكم الشرعي بدليله، ولكن عمل المفتي أشق وأدق، فالمجتهد يقرر الحكم الشرعي للمسألة بصورة مجردة عن الواقع، أما المفتي فعليه هذا وأيضاً عليه النظر في ملابسات الواقعة بعد فهمها على حقيقتها، فهو مجتهد يُنزل الحكم على الواقع، وبهذا ينبغي أن تتوافر في المفتي كل ما يتوجب توافره في المجتهد من شروط، ويزاد عليها أن يكون على دراية وفهم دقيق للواقع وأحواله(12).

هذا والفتوى ليست عملاً منفلاً، بل إنها لن تكون صحيحة، ولن تنسب إلى الشرع إلا إذا راعت ضوابط شرعية، وفي غير ذلك لن تكون إلا عملاً بالهوى وتتبع للشهوات، والضوابط جمع ضابط، وهو اسم فاعل من ضبط الشيء، إذا حفظه بحزم وأحكامه وأتقنه، ولهذا يقال للرجل الحازم أنه ضابط(13)، إذا كان قوياً شديداً، وتضبط الرجل إذا أخذه على حبس وقهر، وهو لا يضبط قراءته أي لا يحسنها(14)، وهو ضابط أي شديد البطش والقوة والجسم(15).

(12) الشوكاني: ج 2، ص 240.

(13) الجوهرى: ص 1139، ابن فارس: ج 3، ص 386.

(14) ابن منظور: ج 7، ص 340.

(15) الأزهرى: ج 11، ص 339، المرتضى الزبيدي: ج 19، ص 439.

أما في الاصطلاح فقد ذهب العلماء في تعريف الضابط مذهبين، ففريق منهم رأى أنه لا فرق بين القاعدة والضابط الفقهي⁽¹⁶⁾، وهذا ما صرح به بعضهم في أقواله⁽¹⁷⁾، وفريق فرق بينهما، ورأى أن القاعدة أعم من الضابط، كونه يختص بباب معين، وقصد به نظم صور متشابهة فيه⁽¹⁸⁾، بينما القاعدة منبثة الفروع في أبواب فقهية كثيرة، وهذا ما قرره بعض أهل العلم، تمييزا بينهما⁽¹⁹⁾.

وعلى كل الأمر ليس بذى أهمية في واقع الحال، وإن كان التمييز بين القاعدة والضابط في المجال الفقهي أدق نظرا، نظرا لوجود بعض الفوارق بينهما، وإن تداخلا في أوجه عدة⁽²⁰⁾، ولكن الأهم من هذا هو أن النظر الفقهي جرى على اعتبار الضابط فرعا مندرجا تحت القاعدة، بحيث تشمل

(16) ومن هؤلاء التهانوي عندما عرف الضابط بأنه "حكم كلي ينطبق على جزئيات"، ج2، ص1110، والفيومي عندما عرفه بأنه "الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته"، ج2، ص510.

(17) ومنهم الفيومي عندما قال: "القاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط، وهي الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته"، ج2، ص510، وابن الهمام الحنفي عندما قال: «المفاهيم التصديقية الكلية نحو: الأمر للوجوب، ولذا قلنا بمعرفتها، ومعناها كالضابط والقانون الأصلي والحرف: قضية كلية كبرى»، ص5.

(18) السبكي: ج1، ص11.

(19) ومنهم السبكي: ج1، ص21، عندما قال: "الغالب فيما اختص بباب وقصد به نظم صور متشابهة أن يسمى ضابطا"، وابن نجيم الحنفي عندما قال: "الفرق بين الضابط والقاعدة أن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى، والضابط يجمعها من باب واحد"، زين الدين بن نجيم: الأشباه والنظائر، ص166، والتهانوي: ج2، ص1110، عندما قرر أن «الفرق بين الضابطة والقاعدة أن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى، والضابطة تجمعها من باب واحد»، وكذلك الحموي الحنفي عندما وضع تعريفا للضابط بأنه «ما يجمع فروعاً من باب واحد»، ج1، ص31.

(20) فالقاعدة أعم نطاقاً وأشمل وأكثر تطبيقات من الضابط، لأنها تضبط فروعاً عديدة، وهو يجمع فقط فروعاً ومسائل من باب فقهي واحد، كما أن القاعدة تتفق المذاهب على مضمونها، في حين يختص كل مذهب بضوابطه الفقهية، وصياغة القواعد أكثر وجازة ودقة ودلالة على العموم والاستغراق من الضوابط، ولهذا فهي أوسع نطاقاً وأكثر فروعاً، وكذلك أكثر استثناءات من الضوابط. في التمييز بين القاعدة والضابط راجع: البورنو: ج1، ص29، شبير: ص23، محمد بكر إسماعيل: ص9، الدوسري: ص18، الندوي: ص10.

كل قاعدة ضوابط عدة، وهذا ما لا يوافق التحليل اللغوي لكلمة ضابط، فهي لا تعدو أن تكون بمعنى القيد والشدة في الأمر، لا أكثر ولا أقل، ولهذا سنستعملها هنا بهذا المعنى، كونه أسلم لغة، ولأن الاستقراء يجعلنا نقرر أن الضابط ليس مقصور المعنى على القاعدة أو كونه قسيما لها، حيث استعمل في المدونات الفقهية بمعان عدة غير هذا، منها أنه تعريف الشيء، وأقسامه، وشروطه وأسبابه، والمعيار الذي يكون علامة على تحقق معنى من المعاني في الشرع⁽²¹⁾.

وبهذا تكون الضوابط هي الشروط والقيود اللازمة لكمال الشيء وإحكامه وإتقانه⁽²²⁾، ويكون مرادنا من ضوابط الفتوى في نوازل الطلاق القيود التي يجب مراعاتها عند إصدارها، وذلك لضمان انضباطها وتوافقها مع أحكام الشرع.

وطلب الفتوى، أي السؤال عن الحكم الشرعي، يقتصر في هذا البحث على نوازل الطلاق، والذي هو لغة من الفعل طلق، فالطاء واللام والقاف أصل صحيح، يدل على التخليّة والإرسال، ومنه قولهم: امرأة طالق إذا طلقها زوجها، وناقاة طالق إذا أرسلت ترعى حيث شاءت⁽²³⁾.

وأصل الطلاق التخليّة من الوثاق، يقال: أطلقت البعير من عقاله وطلّقت، فهو طالق، ومنه استعير طلقت المرأة أي خلتها، فهي طالق⁽²⁴⁾،

(21) السوسوة: ص12-10، شبير: ص22

(22) السوسوة: ص11.

(23) ابن فارس: ج3، ص420.

(24) الراغب الأصفهاني: ص523.

وقد ورد هذا كثيرا في الكتاب الكريم، ومنه قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁽²⁵⁾، وقوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾⁽²⁶⁾، وطلاق المرأة بينونتها من زوجها.

وبهذا فطلاق النساء لغة لمعنيين، أحدهما حل عقدة النكاح، والآخر بمعنى التخلية والإرسال، حيث يقال للإنسان إذا أعتق تليق، أي صار حرا، وأطلق الناقة من عقالها وطلّقها إذا فكه، وأطلقه من السجن أو الأسر فهو تليق ومطلق، والطلاق والتطليق حل العقد⁽²⁷⁾.

ولم يخرج تعريف الطلاق في الاصطلاح عن معناه اللغوي، فقد عرفه الأقدمون بأنه «حل قيد النكاح»⁽²⁸⁾، وعرفه بعض المعاصرين بتعريف أكثر تفصيلا عندما قال: هو «رفع قيد النكاح في الحال أو في المال بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو ما في معناها»⁽²⁹⁾.

وهذا التعريف اللغوي والاصطلاحي للطلاق يشمل صورته كافة، سواء كان قد أوقعه الزوج، وهو ما ينبغي قصر اصطلاح الطلاق عليه، أم تطليقا أوقعه القاضي حكما منه في دعوى رفعت إليه بسبب عدم إنفاق أو غيبة أو حبس زوج أو أسرته، أو بسبب ضرر أوقعه أحد الزوجين بالآخر، أو

(25) سورة البقرة: الآية 230.

(26) سورة الطلاق: الآية 1.

(27) ابن منظور: ج 10، ص 231-226.

(28) ابن قاضي شهبة: ج 3، ص 217، اليهودي: كشف القناع، ج 5، ص 232.

(29) ابن قاضي شهبة: ج 3، ص 217، اليهودي: كشف القناع، ج 5، ص 232.

لإساءته عشرة شريكه في الحياة الزوجية، أو لعيب بأحدهما أخل بمقصود الزواج وغاياته، أو لإيلاء أو هجر أو لعان أو ظهار، أم هو فسخ للعقد لأسباب نص عليها على سبيل الحصر، بعضها مقارن للعقد، وبعضها طراً عليه بعد إبرامه، أم هو خُلِعَ وقع إنهاءً للعقد باتفاق الزوجين، مقابل عوض يأخذه الزوج من زوجته، ولكن الحق يقتضي قصر الطلاق على ما أوقعه الزوج بإرادته المنفردة.

وهذا ما نعينه هنا، ونريد تحديد ضوابط الفتوى بصدده، وذلك ليس لأن تلك الصور من الفُرقة بين الزوجين قد خصت باصطلاحات، وليس لأنه الأكثر وقوعاً في الحياة العملية، وإنما لأن غيره يوقعه القاضي بحكم منه فاصل في النزاع، يحق لمن لم يرتضيه الاعتراض عليه بسلوك ما يخوله له القانون من طرق طعن، وهو بهذا ليس أصلاً بحاجة لطلب فتوى بصدده، وكذلك القاضي، لأنه يطبق حكماً قانونياً لا شرعياً، ولو كان مصدره كذلك في أصله نصوص الشرع الحكيم.

أهمية ضوابط الفتوى في نوازل الطلاق:

لا ينكر أحد من أهل الإسلام دور الفتوى وتأثيرها سلباً أو إيجاباً على الفرد والأسرة، بل المجتمع بأسره، فدورها يتجاوز المسألة المطلوب فيها الفتوى ليسهم في تشكيل العقل المسلم، ونظراته لمجتمعه، بل وفي تكوين ثقافة المواطن والمجتمع وتوجهاتها، والنظرة للدين وللحياة فيه. والفتوى هي استجابة من طالبها للأمر الشرعي المتضمن في قوله تعالى: ﴿فَاسْأَلُوا

أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ⁽³⁰⁾، واستجابة ممن أصدرها للواجب الكفائي المتضمن في قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا نَفَرٍ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ⁽³¹⁾.

وهي في الحاليين، سؤالاً وجواباً، لا بد أن تضبط بمعايير الشرع، وتسوّر بضوابطه، كي لا يقتحم غمارها من لا يتقنها، ولا يعرف قدرها، ولا يحسن أدواتها، ووجب ألا يخوض معتركها إلا من أجادها، لما لها من أهمية عظيمة، لأنها إخبار عن الله عز في علاه أو عن رسوله ﷺ بأن الله تعالى أو رسوله ﷺ أحل هذا الأمر، وفرض هذا، وحرّم هذا، وندب إلى هذا، وصحح هذا، وأبطل هذا، فكان القائل بها من غير أن يحسنها، العابث بضوابطها، ولو عن جهل منه بها أو بحسن نية منه، قائلاً على الله بغير علم، وفعله محرم، لقوله تعالى: ﴿قُلْ إِنْ مَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزَّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ⁽³²⁾.

(30) سورة النحل: الآية 43.

(31) سورة التوبة: الآية 122.

(32) سورة الأعراف: الآية 33.

وبيانا لخطر مهمة المفتي قال الإمام النووي: «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 موقّع عن الله تعالى، وروينا عن ابن المنكر قال: العالم بين الله تعالى وخالقه، فلينظر كيف يدخل بينهم»⁽³³⁾.

ولعل أدل ما يدل على أهمية الفتوى أن الله جل في علاه تولى إجابة بعض ما سئل عنه رسوله الكريم ﷺ، ونسب سبحانه الإفتاء لنفسه، قال العلامة ابن القيم بيانا لهذا: «إذا كان منصب التوقيع عن الملوك بالمحل الذي لا يُنكر فضله، ولا يُجهل قدره، وهو من أعلى المراتب السنيات، فكيف بمنصب التوقيع عن رب الأرض والسماوات؟ فحقيق بمن أقيم في هذا المنصب أن يُعد له عُدتَه، وأن يتأهب له أهبتَه، وأن يعلم قدر المقام الذي أقيم فيه، ولا يكون في صدره حرج من قول الحق والصدع به، فإن الله ناصره وهاديه، وكيف هو المنصب الذي تولاه بنفسه رب الأرباب، فقال تعالى: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ﴾⁽³⁴⁾، وكفى بما تولاه الله تعالى بنفسه شرفا وجلالة، إذ يقول في كتابه: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ﴾⁽³⁵⁾، وليعلم المفتي عمن ينوب في فتواه، وليوقن أنه مسئول غدا، وموقوف بين يدي الله»⁽³⁶⁾.

ويزيد منصب الإفتاء شرفا أن أول من تولاه في الأمة، وقام به فيها،

(33) النووي: المجموع شرح المهذب، ج1، ص40.

(34) سورة النساء: الآية 127.

(35) سورة النساء: الآية 127.

(36) ابن قيم الجوزية: ج1، ص9.

هو سيدنا محمد ﷺ، فقد أمر بالتبليغ في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ وَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَّغْتَ رِسَالَتَهُ وَاللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ﴾⁽³⁷⁾، وأمر كذلك بالبيان في قوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ﴾⁽³⁸⁾، فكان ﷺ أول المفتين وسيدهم.

وبذا فمن تولى أمر الفتوى صار موقعا عن رب العالمين جل في علاه، قائما مقام الأنبياء والمرسلين في بيان الحكم الشرعي، ولهذا وجب عليه التخلق بأخلاقهم، والنهج على وفق سيرتهم، والتحلي بصفاتهم من أمانة وورع وحلم وسعة صدر وصدق ونزاهة، ولأجل هذا اشترط أهل العلم في من يتصدى للفتوى شروطا دقيقة، تحول دون أن يلج بابها من لا يحسن قيادها، فقد روى بعضهم أن الإمام الشافعي اشترط في المفتي والقاضي شروطا لا يمكن توافرها إلا في الأنبياء⁽³⁹⁾.

ونحن في زماننا أشد حاجة للعمل بهذه الضوابط ممن سبقنا، للتطور الهائل في صور الوقائع، وازدياد عدد النوازل وتنوعها، وقلة ورع كثير من الناس، والتماسهم المخارج والحيل، وكثرة المفتين، وهذا الإسهال الشديد في الفتوى⁽⁴⁰⁾، ومما يزيد من أهمية الضوابط أن الفتوى اليوم أصبحت

(37) ابن قيم الجوزية: ج1، ص9.

(38) سورة النحل: الآية 44.

(39) سورة النحل: الآية 44.

(40) عوامل عدة يمكن أن نرجع إليها كثرة طلب الفتوى، بعضها سلبي، منها تدني المستوى التعليمي، والجهل المفرط بالأحكام الشرعية، حتى ما هو معلوم من الدين بالضرورة، فقد رأينا من هو متزوج منذ سنوات ويسأل عن أحكام الغسل والجنابة، وبعضها إيجابي، كالورع والتقوى وسعي البعض لتنظيم حياتهم وفق منهج شرعي، والصحة الإسلامية التي صارت منهجا في حياة المجتمع.

حرفة من لا عمل له، من المتعلمين المدعين للتقوى والورع، أو الدخلاء
المأجورين، أو الطامعين في الشهرة أو نوال حظوة عند سلطان، وليس له
منها إلا التحلي بزي العلماء وسمتهم، وهو أبعد الناس منهم علما وخلقاً.

أما الإفتاء نفسه فقد أثرت فيه عوامل عدة، أدت إلى كثرة الفتاوى، حتى أربت في زماننا على مئات الآلاف، وربما الملايين، بعضها إيجابي وبعضها سلبي، فمما أثر إيجاباً في الفتوى كثرة المؤسسات العلمية الشرعية من جامعات وكليات ومعاهد شرعية، يتخرج منها سنوياً آلاف الطلبة، وتجاز فيها رسائل علمية، وتعد في مؤتمرات تتناول المسائل الشرعية في مختلف الأبواب الفقهية، بما فيها أحكام النوازل والمستجدات، مما يسهم في تكوين المفتين وتأهيلهم، كما يتوافر بمكاتبها المصادر الشرعية التي يمكن للمفتي العودة إليها بكل يسر، ومنها أيضاً التقدم التقني في وسائل الاتصال والتواصل المباشر، مقروءة ومسموعة ومرئية، بحيث صار بإمكان المستفتي التواصل مع المفتي ومع كثير غيره بكل سهولة ودون تكلفة، ولو كان في غير بلده، ومنها أيضاً التقدم الهائل في وسائل حفظ وتخزين المعلومات عبر أجهزة الحاسوب والهواتف الذكية وشبكات الانترنت، فصارت تجمع بها مكتبات ضخمة جداً، تحوي مئات آلاف الكتب والمقالات والبحوث الشرعية والفتاوى الصادرة عن علماء أفاض قديماً وحديثاً، ولتنظيمها وتنسيقها صار الولوج إليها والوصول للمعلومة فيها أسير من اليسر ذاته، وهذا مكن المستفتين من التواصل مع المفتين، والإطلاع على فتاويهم حتى بعد رحيلهم عن دنيانا، ومنها كذلك تيسر الاجتهاد الجماعي عبر المؤتمرات والمجامع الفقهية والندوات والملتقيات، والتي تنتهي عادة بجملة من التوصيات والمقترحات في مواضيع يعينها، يضاف لهذا اعتناء الدول بمختلف نظمها السياسية بمنصب الإفتاء، وسعيها لتنظيمه وجعله تحت رقابتها، عبر إنشاء دور أو لجان للإفتاء، والإنفاق عليها، وتخيرات من يقوم بالعمل فيها، مما صارت معه الفتوى أكثر انضباطاً.

وفي المقابل هناك جملة من العوامل أثرت سلباً على عملية الفتوى، بعضها هو ذاته ما أثر فيها إيجابياً، فهذا الانفتاح الإعلامي، وهذه الكثرة في أجهزة التواصل الحديثة، وهذه الكثرة في الجامعات والمؤسسات التعليمية الشرعية دفعت ببعض المتخرجين منها من غير المؤهلين إلى ولوج باب الفتوى، ونشر ما يصدر عنهم دون رقيب من حاكم أو غيره، مما أثار فتناً، ولبيل أفكاراً، وحير بعضاً من الناس، بسبب هذا الخلط والتضارب والتناقض في الفتاوى، كما أن كثيراً ممن يتخرج من تلك المؤسسات العلمية الشرعية لم يكن جيد التأهيل، بل ربما المؤسسة نفسها تكون هزيلة المناهج ضعيفة إعداد المعلمين سيئة الإدارة، فيكون همها الكثرة لا نوعية المتخرجين منها، ولعل شهرة ومكانة بعض المؤسسات جعل لكل من يتخرج منها حظوة ومكانة عند العوام، فيميلون إليه دون غيره، ويأمنسون لفتاويه دون سواها، لا لعلمه وعلو قدمه في الاجتهاد، بل لمكانة المؤسسة التي أهلتها، كما أن للسلطة السياسية دورها السلبي على عملية الإفتاء، فقد صار ينظر للمفتي على أنه ذو منصب سياسي، وأن عليه التصريح بما يوافق هوى الحكام، ويسكت فلا ينبس ببنت شفة حينما يطلب منه الصمت، حتى صار بعض المفتين أبواقاً لحكام عصرهم، همهم لباس ثوب من الشرعية لتصرفاتهم.

ومما يؤكد عظم خطر ولوج باب الفتوى دون علم ودراية ما رواه أبو هريرة "رضي الله عنه، عن النبي ﷺ أنه قال: «من أفتني بفتيا بغير ثبوت فإنما إثمه على من أفتاه»⁽⁴¹⁾، بل إن الفتوى بغير علم كبيرة من كبائر الذنوب، عزيمة الخطر والضرر والعاقبة، ومن اقتحم بابها جهلا بها وبأحكامها كان من أشد الناس عذابا، وهذا ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه، قال: قال ﷺ: "أشد الناس عذابا يوم القيامة رجل قتل نبيا أو قتله نبي، أو رجل يضل الناس بغير علم، أو مصور يصور التماثيل»⁽⁴²⁾.

ولنا أن نلاحظ هنا أن الفتوى بغير علم قد وضعت في آية سورة الأعراف السابق ذكرها مع جريمتين بالعتي الخطورة، وذلك لتأكيد جسامة الإقدام عليها، ولعل النبي ﷺ يصور لنا شيئا من حال عصرنا عندما يتحدث عن الزمن الذي يسوده الجهل والفساد، ويجعل من علاماته تصدر غير أهل الفتوى للإفتاء، فقد روي عن ابن عمرو بن العاص رضي الله عنهما قوله ﷺ: "إن الله لا يقبض العلم انتزاعا ينتزعه من العباد، ولكن يقبض العلم بقبض العلماء، حتى إذا لم يبق عالما اتخذ الناس رؤساء جهالا، فسئلوا، فأفتوا بغير علم، فضلوا وأضلوا"⁽⁴³⁾.

ولهذا تهيب الصحابة والتابعون وكثير من العلماء من الإقدام على الفتوى، وهابوا المسارعة إليها، لا لقلّة علم منهم بل لوعيم بخطرهما،

(41) سنن أبي داود: كتاب العلم، باب التوقي في الفتيا، رقم 3656، وسنن ابن ماجه: مقدمة الكتاب، باب اجتناب الرأي، رقم 52.

(42) الطبراني: ج 10، ص 211.

(43) صحيح البخاري: كتاب العلم، باب كيف يقبض العلم، رقم 100، صحيح مسلم: كتاب العلم، باب رفع العلم وقبضه، رقم 2673.

وقد سرى منهج الصحابة والتابعين في التورع عن الفتوى إلى من بعدهم من أهل العلم، قال سفيان: «أدرکت الفقهاء وهم يكرهون أن يجيبوا في المسائل والفتيا، حتى لا يجدوا بُداً من أن يفتوا»⁽⁴⁴⁾.

هذا عن أهمية الفتوى وبيان منزلة المفتي والإفتاء عموماً، وفي كل أبواب الفقه ونوازل من عبادات بأنواعها ومعاملات بأصنافها، فكل خلل أو خطأ في الفتوى عظيم الخطر والضرر، وكل تهاون فيها كبير الأثر فاحش الفساد، لا يقلل منه أنه وقع في نازلة زواج أو طلاق، ذلك أن القتل هنا ليس بأقل قيمة وأثراً من الطلاق، فبالفتاوى الضالة يستوي استباحة الدماء وكذلك الأموال والأعراض، ولو طبقنا هذا على الزواج والطلاق لقلنا أن مفتياً جاهلاً أو ذا قصد سيئ خبيث يقضي بصحة زواج في حال أنه باطل، فيبيح بفتواه معاشرته محرمة، ولسنوات مديدة.

ولنا أن نتصور آثار هذه الفتوى الضالة، إذ بها يلزم الرجل بمهر وبنفاق على هذه المرأة لما تبقى من عمرهما، إن لم تقع فُرقة بينهما قبل انتهاء عمر أحدهما، وبهذه الفتوى ينسب الأولاد إلى «والديهما»، وتثبت بها حرمة مصاهرة مع أجنب، وبها يجب الرضاع وأجرته والحضانة وأجرتها، وغير ذلك من أحكام الزواج.

أما لو أفتى ذلك المفتي بغير هذا لم يثبت شيء من هذا، بل وجب بالمقابل عقاب «المتزوجين» عقاباً قد يصل إلى حد الزنى، ولو أفتى

(44) صحيح البخاري: كتاب العلم، باب كيف يقبض العلم، رقم 100، صحيح مسلم: كتاب العلم، باب رفع العلم وقبضه، رقم 2673.

أحدهم عن غير علم بوقوع الطلاق بين زوجين، فهذا سيترتب عليه أحكام أولها ثبوت العدة على المرأة، ووجوب مؤخر المهر على الرجل، وزوال حل المعاشرة بين الزوجين، فها قد حرمت المعاشرة بينهما بهذه الفتوى مع أن الحق يوجب خلاف ذلك.

وبهذا يظهر لنا أهمية الالتزام بضوابط الفتوى في نوازل الطلاق، لأن النكوص عنها قد يرتب حل استمرار علاقة في صورة «زوجية»، وهي في الحقيقة محرمة، أو تحريم علاقة زوجية، وهي مباحة شرعاً، ولنا هنا أن نلاحظ ما يترتب على الحاليين من آثار شرعية، مالية كانت أم غير مالية، كان ينبغي ترتيب عكسها.

المبحث الثاني

الضوابط المتعلقة بالمفتي

كما بينا أننا المفتي هو من يصوغ الفتوى، ويجب عن ما يوجه إليه من أسئلة من قبل المستفتي، فيبين له حكم الشرع في ما سأل عنه أو استفتاه فيه، ولذا كان لزاماً عليه أن يتقيد في عمله الجليل هذا بعدد من الضوابط التي تجعله إلى الصواب أقرب، ومن الزلل والافتيات على مقاصد الشرع وغاياته أبعد.

وقد تبين لنا أن عليه التقيد بجملة من الضوابط، أولها أن يكون أهلاً للفتوى، وأن يكون عالماً بأحوال المستفتي، فاهماً للواقعة محل الفتوى،

متأكد من وقوعها على النحو المخبر به، ليس لديه أدنى شك في صدقها كما رواها له المستفتي، مراعيًا فيما يصدر عنه حال المستفتي، وإقناعه بالدليل، مع عدم الأغراب عليه في الفتوى، والتمهيد له في بيان حكم النازلة، متخذًا من الوسطية منهجًا له، مع التيسير في فتواه على الزوجين، والنظر لحال الأسرة ككل، ومراعاة آثار تغير الزمان والمكان وآحاد الناس، وفيما يلي تفصيل وزيادة بيان لهذه الضوابط.

1- أن يكون المفتي مؤهلاً للفتوى:

لا يجوز أن يتصدى لإفتاء الناس إلا من كان مستجمعًا لشروط الفتوى، راسخ القدم في علوم الشريعة، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا﴾⁽⁴⁵⁾، وهذا ما أجمع عليه أهل العلم، قال ابن قيم الجوزية رحمه الله: "نص الإمام الشافعي وأحمد وغيرهما من الأئمة على أنه لا يحل للرجل أن يفتي بغير علم، حكى في ذلك الإجماع"⁽⁴⁶⁾.

وواجب التثبت من استجماع هذه الشروط وتوافرها في من يتصدى للإفتاء يقع على ولي الأمر، حيث يجب عليه منع من لم يكن أهلاً للإفتاء والحجر عليه، بل وله عقابه إن تمادى في غيه، فاستمر في التصدي لإفتاء الناس عن غير علم منه، وفي هذا المعنى نقل العلامة النووي عن الخطيب البغدادي قوله: «ينبغي للإمام أن يتصفح أحوال المفتين، فمن

(45) سورة الإسراء: الآية 36.

(46) سورة الإسراء: الآية 36.

صلح للفتيا أقره، ومن لا يصلح منعه، ونهاه أن يعود، وتوعده بالعقوبة إن عاد»(47).

وزاد العلامة ابن القيم المسألة بيانا عندما قال: «من أفتى الناس وليس بأهل للفتوى فهو آثم عاص، ومن أقره من ولاية الأمر على ذلك فهو آثم أيضا... وهؤلاء بمنزلة من لا معرفة له بالطب، وهو يطب الناس، بل هو أسوأ حالا من هؤلاء كلهم، وإذا تعين على ولي الأمر منع من لم يحسن التطب من مداواة المرضى، فكيف بمن لم يعرف الكتاب والسنة ولم يتفقه في الدين»(48).

وتأهل المفتي للفتوى لا يتحقق إلا إذا استجمع عددا من الشروط والمزايا، وتتمثل في جملة من السجايا والطباع، وكذلك قدر من العلم والإحاطة بشرع الله سبحانه تعالى، من علم بكتابه الجليل وسنة رسوله الكريم ومواقع الإجماع ومواضعه.

هذا والعلم الشرعي، ولو بلغ فيه من تصدر للفتوى أعلى الدرجات، لا يكفي لوحده للتأهل لها، إذا ما قرن بفسق أو سوء خلق وعدم ورع واستقامة، فالعلم والاستقامة، وهي ما يعبر عنها بالعدالة عند العلماء، جناحان لا يرتفع المرء إلى درجة العالم إلا بهما معا، قال تعالى: ﴿يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ﴾(49).

(47) النووي: آداب الفتوى، ص17.

(48) اعلام الموقعين: ج4، ص167.

(49) سورة المجادلة: الآية 11.

ولهذا فقد اتفق علماءنا على ضرورة أن يكون المفتي مكلفاً ومسلماً وثقة مأموناً، ومنتزهاً عن أسباب الفسق وخوارم المروءة، سليم الذهن، رصين الفكر، صحيح التصرف، وقد عبر الإمام ابن قيم الجوزية عن هذه السجايا بأبلغ تصوير عندما قال: "لابد للمفتي أن يكون له حلم ووقار وسكينة، فليس صاحب العلم والفتيا إلى شيء أحوج منه إلى الحلم والسكينة والوقار، فإنها كسوة علمه وجماله، وإذا فقدها كان علمه كالبدن العاري من اللباس... فبالعلم تنكشف له مواقع الخير والشر، والصلاح والفساد، وبالعلم يتمكن من تثبيت نفسه عند الخير فيؤثره، ويصبر عليه، وعند الشر فيصبر عنه، فالعلم يعرفه رشده، والحلم يثبت عليه"⁽⁵⁰⁾.

ومن المميزات والسجايا الشخصية التي حرص علماءنا على اشتراطها في المفتي أن تكون أفعاله موافقة لأقواله، وقد علل الشاطبي مدى حاجة المفتي للتخلي بهذه السجية بقوله: "إن من طابقت أقواله أفعاله فإن وعظه أبلغ، وقوله أنفع، وفتواه أوقع في القلوب ممن ليس كذلك، لأنه الذي ظهرت ينابيع العلم عليه، واستنارت كُليته به، وصار كلامه خارجاً من القلب، والكلام إذا خرج من القلب وقع في القلب، بخلاف من لم يكن كذلك، فإنه، وإن كان عدلاً وصادقاً وفاضلاً، لا يبلغ كلامه من القلوب هذا المبلغ حسبما حققته التجربة والعادة"⁽⁵¹⁾.

ومن كمال استقامة المفتي وحلمه ووقاره أن يكون حسن النية مستحضراً تقوى الله في عمله، إذ كيف يكون منه تبليغ شرع الله وهو فاسد

(50) اعلام الموقعين: ج4، ص153.

(51) الشاطبي: ج4، ص280

النية سيئ المعتقد، فالنية هي رأس الأمر وعموده، وأساسه وأصله الذي يُبنى عليه، فإنها روح العمل وقائده وسائقه، والعمل تابع لها، يُبنى عليها، يصح بصحتها، ويفسد بفسادها.

ومن كمالها أيضا ألا يقتضي المفتي ممن استفتاه اجرا على ما أفتاه به، ولذا لا ينبغي للدولة تولية منصب الإفتاء إلا لمن كان مستغنيا عن الغير، فإن لم يكن كذلك وجب عليها ضمان حاجاته بما يكفيه بحسب حال نظرائه، لأنه إذا لم يملك المفتي ما يغنيه عن الغير تطلع إلى ما في أيديهم، بل ربما طمع في ما عندهم، فيبيع دينه بدنياهم، وبثمن بخس وربما بدونه، فتصير فتاويه مفصلة بحسب ما يدفعه له السائل، محققة لمآربه، جالبة لمنافعه، موافقة لهواه، وهذا كله على حساب الشرع وأحكامه، فتتقلب الفتاوى إلى سلع تباع لمن يدفع فيها أكثر.

وحتى مع توافر هذه الشروط على المفتي أن يتوقف عن الفتوى كلما طرأ عليه ما يخرج عن هدوء النفس وحدّ الاتزان، مما قد يحول بينه وبين النظر الثاقب السديد، كحال الغضب الشديد، والخوف المفرع، والحزن الشديد، والهم المقلق، والجوع المفرط، والنعاس الغالب، فإن اعتراه شيء من هذا ونظائره وجب عليه الاعتذار عن الإفتاء، وتأجيل ذلك لحين عودة الاتزان وسكون النفس إليه.

أما الشروط المتعلقة بمقدار علمه وإحاطته بشرع الله تعالى، فإن العلماء اشترطوا ذات الشروط التي لا بد أن تتوفر في المجتهد، ذلك أن

الفتوى ما هي إلا ثمرة الاجتهاد، ولذا فقد قرر علماءنا ضرورة أن يكون المفتي علي إدراك تام ودرجة عالية من المعرفة بجملته من العلوم الشرعية، تتمثل في:

- معرفة بالقرآن الكريم وعلومه، لأنه الأصل في التشريع، وذلك بفهم معانيه اللغوية من مفردات وتراكيب، وكذلك الوقوف على معاني الآيات القرآنية من خلال كتب التفسير، مع الإحاطة بمناهج المفسرين وعقائدهم ومذاهبهم.

- معرفة علوم الحديث الشريف رواية ودراية، بأن يكون لدى المفتي قدرة على العلم بأحاديث كل باب فقهي، ودرجة كل حديث منها صحة وضعفا، تواترا وآحادا، وسبيل الوصول لكل منها في كتب الحديث وشروحها، مع التبصر بمصطلحات أهل الحديث ودلالاتها عندهم.

- العلم بأصول الفقه، كونه الركن الأساسي الذي يقوم عليه الاجتهاد، والسبيل إلى استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية.

- التمكن من العلم بمقاصد الشريعة، وإدراك مراميها وأسرارها وعللها، لأن العلم بها هو العاصم من الوقوع في الخلل والزلل، وضرب بعض نصوص الشرع ببعضها الآخر، مما قد يظهرها بمظهر التعارض والتناقض، وهي ليست كذلك، ولهذا عليه ألا يفتي بوقوع الطلاق إلا حيثما يحقق ذلك مقاصده الشرعية، وعليه أن يفهم نصوص الشرع المتعلقة بها بحسبها، لا بما يظهر له من ظاهر ألفاظها.

- معرفة المذاهب الفقهية وأقوال كبار العلماء، ومنهج كل منهم في الاستنباط، وأصول كل منهم في تخريج الأحكام، وسبل الترجيح بين الأقوال الفقهية، ومواطن الإجماع الفقهي، ومواطن الاختلاف وأسبابه.

- العلم بالقواعد الفقهية، لاسيما الكلية منها، وما يندرج تحت كل منها من فروع(52).

وعلى الرغم من أهمية هذه العلوم، فإنها لوحدها لا تكفي، إذ يجب بالإضافة إليها أن يكون للمفتي في عصرنا الحاضر اطلاع واسع وإلمام كبير بالقوانين التي تصدرها الدولة من أجل تنظيم بعض المسائل التي قد تكون موضوعاً لأسئلة المستفتين، ومن الأمثلة على ذلك ضرورة إحاطة المفتي في ليبيا بالقانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن أحكام الزواج والطلاق وآثارهما عند ولوجه باب الفتوى في مسائل الزواج والطلاق.

فالجهد بنصوص هذا القانون، والعجز عن العلم بمعاني ألفاظه وتفسيرها، وبالتالي عدم مراعاته عند إصدار الفتوى من شأنه أن يخلق حالة من التعارض بين ما استقر العمل عليه في محاكم الدولة في قضايا الزواج والطلاق وبين فتاوى المفتين، الأمر الذي من شأنه وضعنا في فرضية أن يكون للمسألة الواحدة حكمان مختلفين، بل ربما متناقضين، لدرجة يستحيل معها التوفيق بينهما، أولهما مصدره القانون، والآخر منبعه فتوى المفتي.

وهذا الوضع من شأنه أن يرسم صورة غير سوية عن المشرع الوضعي، أي ولي الأمر، تسمه أحيانا بالجهل أو السفه أو تجاهل نصوص الشرع وأحكامه، أو الإصرار على معارضتها، مع أنه لم يبدر منه سوى تخير قول من بين أقوال فقهية، رآه أرجح في تلك المسألة، وأكثر تحقيقا للمصلحة، ورآه ذلك المفتي غير راجح، فعاب على ولي الأمر صنيعه وأفتي بخلافه، وخطورة هذا التعارض تظهر بشكل كبير، بل ومقلق في مسائل الطلاق، إذ بها يقع المطلق المستفتي في حيرة عظيمة، لا يدري بسببها ما حاله، وما انتهى إليه عقد زواجه.

ويجدر هنا التنبيه إلى أن تأهل المفتي للفتوى ليس مظنة علمه بحكم كل واقعة قد يسأل عنها، بل الأقرب للواقع أن تكون هناك العديد من القضايا التي لا يعلم لها حكما، ولذا فعليه ألا يتخرج في قول (لا أعلم) في كل مسألة من تلك المسائل، وهذا الإقرار بعدم المعرفة هو أمر متبع ومحمود، أشار إليه علماءنا، وحثوا المفتين على التزامه.

ولاشك أن مراعاة توافر هذه المؤهلات في المفتي من الأمور التي نحتاج إلى التأكيد عليها في وقتنا المعاصر، والذي انفتح فيه الهواء والفضاء بالكامل للفتوى والإفتاء، فانتشرت الفتاوى والمفتين على الفضائيات، بحيث لم يعد المستفتي يعلم من أين يأخذ فتياه، ولا أضحي المفتي يقدر عظم ما قد يترتب على إفتائه غير المنضبط من آثار ومضار.

2- العلم بأحوال المستفتي، وفهم الواقعة منه، والتأكد من وقوعها على

النحو المخبر به:

هذا الضابط -كما سيتضح لنا- يتطلب أن تكون العلاقة بين المفتي والمستفتي في غاية القرب والوضوح، وذلك من أجل الوصول إلى الفتوى الحق، الملائمة للواقعة محل السؤال، ولذا فإن المفتي عليه أن يبذل أقصى جهده في السؤال والتثبت من المستفتي، حتى يحصل له الفهم الكامل والصحيح للواقعة المستفتى عنها، ذلك أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وإذا كان هذا التصور قاصراً عن بيان حقيقة المسألة، فإن الحكم بالضرورة سيكون مآله القصور والخطأ مثله.

وقد أكد العلماء على ضرورة تقييد المفتي بهذا الضابط، حيث نجد الإمام مالك يقول: "لا خير في جواب قبل فهم"، وكذلك ابن نجيم الحنفي، والذي يرى أن من أدوات المفتي أن يقرأ المسألة مرة بعد مرة، حتى يتضح له السؤال، ثم يجيب، وإذا لم يتضح السؤال سأل المستفتي (53).

وهذا السؤال أو الاستفصال تستلزمه في أحيان كثيرة طبيعة الواقعة محل السؤال، وذلك بسبب احتوائها على عناصر مختلفة ومتباينة، يصعب معها ابتداءً إدراجها تحت نوع معروف من الوقائع، والمثال على ذلك بعض المعاملات التجارية التي من الصعب الجزم وبسهولة ما إذا كان يشوبها الربا أم لا، وخاصة كثير من النوازل المالية التي جددت في زماننا.

وفي ذلك نجد الإمام ابن القيم رحمه الله يقول: "المفتي ترد إليه

المسائل في قوالب متنوعة جداً، فإن لم يتفطن لحقيقة السؤال، وإلا هلك وأهلك، فتارة تورد المسألتان صورتها واحدة، وحكمهما مختلف⁽⁵⁴⁾، ولهذا عليه الاستفصال والسؤال حتى تتبين له حقيقة المسألة.

ويظهر هذا الاحتياج للاستفصال عن الواقعة بشكل أكبر في وقتنا المعاصر، والذي تدهمنا فيه الحضارة والتطور العلمي بمختلف أشكاله بعدد من المسائل والوقائع، التي يحتاج النظر فيها وإعطائها الحكم الشرعي الملائم إلى مزيد تكاتف لجهود العلماء بمختلف اختصاصاتهم، ولذا كثرت الدعوات بسبب ذلك إلى الاستعانة بأهل الخبرة والتخصص من العلماء المسلمين لمساعدة المفتي على الوصول إلى تصور صحيح لهذه المسائل المستجدة⁽⁵⁵⁾.

وبالإضافة إلى استفصال المفتي عن الواقعة محل الفتوى، فإن هناك واجبا آخر على المفتي عدم إغفاله، وعليه الحرص على القيام به، يتمثل في استفصاله عن حال المستفتي نفسه، والظروف التي أحاطت بالواقعة، وقصده من فعل ذلك التصرف، ومعرفة المفتي بكل هذه الاعتبارات لاشك أن من شأنها الوصول به إلى الحكم الملائم للواقعة ولصاحبها. وفي هذا يقول ابن القيم أنه إذا سئل عن رجل حلف ألا يفعل كذا وكذا، ففعله، لم يجز أن يفتي بحنثه حتى يستفصله، هل كان ثابت العقل وقت فعله أم لا؟ أو هل كان عالما مختاراً أم لا؟⁽⁵⁶⁾.

(54) اعلام الموقعين: ج4، ص192.

(55) البوطي: ص 694

(56) اعلام الموقعين: ج4، ص 194

وفيما يتعلق بنوازل الطلاق تحديداً فإن المفتي عليه ألا يتعجل في الفتوى قبل بيان حال المستفتي، وتفهم ملابسات النازلة المسئول عنها، فلا يفتي بوقوع الطلاق حتي يسأل عن حال المستفتي المطلِّق قبل الطلاق، وهل نوى الطلاق فعلاً، أم قصد به التخويف، وكذلك سؤاله ما إذا كان قد أوقع الطلاق سابقاً أم لا، أم أن هذه الطلقة الأولى، وغير هذا من التساؤلات⁽⁵⁷⁾، وهل كان في حالة غضب أم لا، وما هي درجة ذلك الغضب، وهل أخرجته عن طوره أم لا، لأن الحكم بوقوع الطلاق وعدمه ينبني على ما صدر من المستفتي من ألفاظ وعلى قصده ونيته واتزان عقله وهدوء نفسه، وهذا كله لا يمكن للمفتي معرفته إلا منه، كما أن آثار الطلاق وكونه بانئاً أم رجعيًا، ونوع هذه البيونة أهي كبرى أم صغرى، يكون بحسب ما أوقع سابقاً من طلاقات.

3- مراعاة حال المستفتي وإقناعه بالدليل:

كما بينا آنفاً الفتوى هي حكم يختص فقط بشخص المستفتي، قد صيغ لأجله، ووفق ما ظهر للمفتي من أحواله وظروفه الخاصة به، وبناء على ما صورته عن حالته ومعطياتها الخاصة، وعليه فإن مراعاة حال المستفتي هي جوهر الفتيا وأساسها، إذ أن من الضوابط الأساسية التي تقيد عمل المفتي مراعاة أحوال المستفتين، وضرورة بناء فتاويه على ما يتحقق له من حال السائل وخصوصية وضعه وظروف حاله.

(57) ابن عبد العزيز المبارك: ص 499

والمراعاة التي نقصدها هنا تعني المراقبة والمناظرة، يقال راعى أمره أي حفظه وترقبه، وتأمل فعله⁽⁵⁸⁾، وهذا المعنى اللغوي لكلمة المراعاة هو ما نعنيه هنا بهذا الضابط، حيث إن من واجبات المفتي أن يراقب ويتأمل المستفتي في كل أقواله وأحواله وكافة ظروفه، ويضع كل هذه الاعتبارات الخاصة في الحسبان عند إصدار فتواه⁽⁵⁹⁾، ليتبين له ما إذ كان المستفتي عاقلاً وزاناً أم أحمقاً سفيهاً، مبذراً أم بخيلاً، سريع الغضب أم هادئ النفس صبوراً، وهذا ليس بناء على ما يقوله المستفتي عن نفسه، وما يصف به حاله، بل عن مجمل سيرة حياته بين الناس، وفق ما ظهر منها للمفتي.

وهذه الخصوصية التي من الواجب أن تميز علاقة المستفتي بمفتيه هي التي دفعت بعض العلماء إلى وصف العلاقة بينهما بعلاقة الطبيب بمريضه، فما يصفه المريض لطبيبه من حاله هو فقط مؤشر عما يعانیه من علة، لا يغني وحده عن الفحص والتدقيق ومزيد السؤال، ولذا فعلى المفتي أن يكون في مراعاته لحال المستفتي بقدر مراعاة الطبيب لمريضه، والمتمثلة في بذله أقصى جهد للتعرف على المرض وأسبابه، توطئةً لوصف العلاج الناجع والشافى⁽⁶⁰⁾.

ومن اطلعنا على كتابات علمائنا حول هذا الضابط نستطيع القول أن هذه المراعاة تتطلب أن يراعي المفتي خصوصية كل مستفتي، ودليل ذلك أن النبي ﷺ سئل عن أفضل الأعمال: فقال مرة الصلاة على وقتها،

(58) ابن منظور: ج14، ص329.

(59) ابن عبد العزيز المبارك: ص492

(60) الأشقر: ص65

ومرة الجهاد في سبيل الله، ومرة بر الوالدين إجابة على السؤال نفسه(61)، وهذا ليس تناقضاً في الفتوى، بل هو مراعاة لخصوصية السائل، وتقديمها لحال السائل عن المسألة ذاتها، فالرسول ﷺ لم يفت من توفي والداه بأن أفضل الأعمال هو بر الوالدين، لأن هذا الجواب لا ينفعه، ولا المقعد المريض بأن أفضل الأعمال هو الجهاد(62)، لأن هذا تعجيز وقطع لأمله في بلوغ أعلى الرتب.

ومن هذا أيضاً أن رجلاً جاء إلى ابن عباس رضي الله عنهما، وقال له: هل لمن قتل توبة؟ فنظر إليه، وصعد في وجهه النظر وصوبه، ثم قال له: ليس للقاتل توبة، إنه إلى النار، فخرج الرجل من عنده، فقال له جلساؤه: كنت تقول قبل ذلك إن للقاتل توبة؟ فقال: إني نظرت في وجهه فرأيت رجلاً مغضباً، يريد أن يقتل مؤمناً(63)، وهذا يعني أن مراعاة الخصوصية التي كان فيها هذا الرجل، وهي حالة المغاضبة التي كان عليها، هي التي ساهمت في صياغة ابن عباس رضي الله عنهما لفتواه(64).

ويمكن تقرير الأمر نفسه بصدد الزواج والطلاق، فعند السؤال عن الحكم الشرعي للزواج، يمكن الإجابة أنه مندوب، ولكن هذا جواب لم تراخ فيه خصوصية السائل، فلو تيقن المفتي أن السائل سيقع في الحرام إن لم يتزوج فعليه تقرير أن الزواج واجب عليه، وإن تيقن أن السائل لن يقع

(61) صحيح البخاري: كتاب الأدب، باب قول الله تعالى ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا﴾ رقم 5970.

(62) الشاطبي: ج 4، ص 99.

(63) ابن أبي شيبة: ج 9، ص 199، كتاب الديات، باب من قال: للقاتل توبة، رقم 28204.

(64) الأشقر: ص 46.

في مفسدة الزنا، وهو عاجز عن توفير تكاليف الزواج، كان عليه تقرير حرمة الزواج بالنسبة له.

وفي الطلاق ليس كل غضب يُخرج المرء عن طوره كي نقول أن قد وقع في اغلاق، بل الواجب النظر في كل حال على حدة، وتقدير مدى أثر الغضب على نفسية مُصدر الطلاق، وهذا لن يتأتى إلا بالنظر لخصوصية كل زوج، وكل حالة وقع فيها الطلاق بمعزل عن الحالات الأخرى، لأن لكل حالة ظروفها وملابساتها، التي لا تتوافر في غيرها، وتميزها عنها، فالغضب ليس صكا على بياض، يُمنح لكل رجل يدعيه كي يفلت من وقوع طلاقه.

إلا أن مراعاة هذه الخصوصية لا يمكن أن ينظر إليها باعتبارها سبباً لاختلاف وتضارب الفتوى، إنما هي مراعاة لاختلاف مستويات العباد في الفهم والاستعداد والتقبل، فالمفتي عليه التحقق من جاهزية المستفتي للعمل بهذه الفتوى، وذلك من خلال النظر في الحالات الفردية، وتقدير خصوصياتها، وما يليق بها ويصلح لها في خصوصياتها تلك⁽⁶⁵⁾.

ومن الواجب هنا التأكيد على أنه من الأولي بالمفتي والأفضل للمستفتي أن يذكر المفتي دليله في فتواه، فهذا يسبغ على الفتوى قوة إضافية تدعم حجيتها وشرعيتها، فبيعت هذا الذكر للدليل الثقة والاطمئنان في نفس المستفتي بأن ما ذكر له من حكم موافق للشرع، بل إنه مستمد من نصوصه معتمد عليها، وأنه ليس سوى تطبيق لما ورد فيها من حكم.

⁽⁶⁵⁾ <https://:islamonline.net26738/> اليريسوني:

وينبغي الإشارة هنا إلى أن ذكر الدليل يكون أحوج ما يكون إليه في فتاوى الطلاق، وذلك لخطورة هذا الأمر وحساسيته من جانب، وكذلك حاجة الطرفين الزوج والزوجة إلى معرفة دليل المفتي حال إمضاء الطلاق أو استمرار الزواج، وذلك لتطمئن نفسيهما لهذه الفتوى، ولا يكون في قلب أحدهما حرج أو ضيق أو تبرم منها، أو شك في شرعيتها.

3- مراعاة حال المستفتي في مرحلة إبلاغ الفتوى، وعدم الأغراب عليه فيها، والتمهيد له في بيان حكم النازلة:

مراعاة حال المستفتي وخصوصيتها تتجاوز مرحلة صياغة أو صنع الفتوى إلى مرحلة عرضها وتقديمها للمستفتي، وعليه فقد قرر العلماء ضرورة أن يمهد المفتي فتواه للمستفتي، خاصة متى علم أن حكمه أو ما أفتى له به مستغرب بحسب عادات المستفتي وعرفه وما نشأ عليه من طباع وأحوال، ولذا كان من الواجب أن يتقدم المفتي بما يعد مقدمة تهئي المستفتي لتقبل فتواه، وتعينه على الالتزام بها والإذعان لها⁽⁶⁶⁾.

كما ينبغي على المفتي أن يرفق بالمستفتي إذا ما عرف أنه بعيد الفهم، وأنه يحتاج قدراً زائداً من الإيضاح والشرح، بحيث يتأكد من أنه قد استوعب فتواه وفهم جوابه ووعاه⁽⁶⁷⁾، ولأجل ذلك على المفتي أن يبين فتواه بياناً مزيلاً للإشكال، متضمناً فصلاً للخطاب، كافياً في حصول المقصود، بحيث لا يُحتاج معه إلى غيره، ولا يوقع السائل في حيرة واضطراب

(66) ابن قيم الجوزية: ج4، ص163.

(67) القاسمي: ص 82.

وتردد أو سوء فهم.

ومن أجل تحقيق هذه الغاية على المفتي أن يحرص كل الحرص على مخاطبة المستفتي بلغته التي يفهمها، وبعباراته التي يستعملها، متجنباً العبارات الغريبة والمبهمة، وكذلك المصطلحات الفقهية والقواعد الأصولية، والتي يحتاج فهمها إلى الرجوع إلى معاجم اللغة أو مدونات الفقه⁽⁶⁸⁾، فلا يحدّثه بالفصحى إن كان أمياً لا يتقنها، ولا يفهم المراد مما تلفظ به المفتي من كلماتها وعباراتها، بل تكون العامية هنا أجدى وأنفع وأصلح، لأنها الأقرب لبيان المراد وتحقيق الفهم والاستيعاب.

ومن صور الاغراب في الفتوى التي كثر وقوعها من بعض المفتين أن يضع الواحد منه مستفتيه في ورطة وجهالة بالحكم الشرعي، وذلك بأن يقول له: هذه المسألة اختلف فيها أهل العلم، وتعددت أقوالهم بشأنها، دون أن يبين له القول الراجح والواجب الاتباع فيها، أو أن يقول له أن في مسألته هذه قولين فقهيين قال بهما أهل العلم، وكأنه يقول له بهذا هما رأيان متساويا القوة والحجية، فاختر منهما ما شئت، فيصبح بهذا المستفتي هو المفتي، ويقر في خلدّه أن تحليل الشيء هنا وتحريمه سيان، وفي هذا من نسبة التناقض إلى الشرع ما هو ظاهر، ومن ذلك أن يقول المفتي لمن جاءه ليفتيه في ما أقدم عليه من تطبيق لزوجته ثلاثاً في لفظ واحد، أن في هذا الشأن رأيين: أحدهما يُمضي ما قام به، ويعتبره طلاقاً بائناً بينونة كبرى، والآخر يعتبره طلقة واحدة فقط، بل وهناك قول ثالث لا يعتبر هذا

(68) ابن الصلاح: ص 134.

شيئاً، ولا تقع به حتى طلقة واحدة، فكأنه من طرف خفي يدفعه للعمل بالقول الأخير مع ضعف حجته وردّه من أهل العلم الثقات.

ومن حالات التجهيل أيضاً التي قد يوقع المفتي المستفتي فيها هو أن يسأله عن حكم لفظ وقع منه، أيقع به طلاق أم لا؟ فيجيبه أن زواجه أصلاً من هذه المرأة باطل، فلا زوجية بينهما ليقع فيها طلاق، فهي محرمة عليه، لأن زواجها به على غير أساس شرعي، لأن وليها لم يحضره، ولم يصدر عنه رضا به، مع أن هذا الزواج صحيح على مذهب الأحناف، وبناءً عليه عُقد، فانظر كيف أدخل هذا المفتي مستفتيه في هذه الحيرة!

وقل الأمر نفسه لو أن أحدهم سأله عن حكم هذا الذي صدر عنه، أيعد تظليقة أم لا؟ فأجابه أنه لا يعد كذلك، لأنه لا زوجية بينه وبين تلك المرأة، فقد حرمت عليه منذ حين، لأنه سبق له أن طلقها ثلاثاً بلفظ واحد، وهذه تُعد ثلاثاً على رأي هذا المفتي، مع أن الزوج كان قد استفتى غيره، فأفتاه على ما يراه ابن تيمية وابن القيم من أنه لا أهمية للعدد، ولذا لا يقع بما صدر عنه إلا طلقة واحدة.

5- مراعاة الوسطية في الفتوى:

من الضوابط المهمة جداً، والتي على المفتي أن يتقيد بها عند صياغة فتواه، أن يراعي الوسطية في آرائه، فلا يذهب بها إلى أحد الطرفين المذمومين، وهما الإفراط والتفريط. فالمفتي البالغ ذروة الدرجة هو -كما يقول الإمام الشاطبي- من يحمل الناس على المعهود، فلا يذهب بهم

مذهب الشدة، ولا يميل بهم إلى طرف الانحلال، لأن مقصد الشارع من المكلف الحمل على التوسط من غير افراط ولا تفريط، فإذا خرج المفتي عن ذلك في المستفتين خرج عن قصد الشارع، ولهذا كان من خرج عن المذهب الوسط مذموماً عند العلماء الراسخين⁽⁶⁹⁾.

فالتوسط هو الطريق الذي اختاره الشارع الحكيم للمكلف للسير فيه، وهو مقصده من المكلف، ولذا فعلى المفتي الابتعاد في فتاويه عن هذين الطرفين، لأن كليهما مظنة لما لا يحمد عقباه، فالتفريط والتشديد قد يقودان المستفتي إلى بغض الالتزام بأوامر الشارع، ثقلها على نفسها، بل ربما يدفعه إلى استغرابها وترك العمل بها، وحتى الاستهزاء بها أحياناً، والشك في نسبتها إلى الشرع، والتفريط يؤدي به إلى استسهال ترك أوامر الشرع، وعدم الالتزام بها والاستهانة بأحكام الشريعة.

والمعيار الهادي للمفتي للسير في طريق الوسطية هو اعتباره لمقاصد الشرع وغاياته، وعدم توقفه عند ظواهر النصوص، أو أي غاية أخرى غير الوصول إلى حكم الله في المسألة محل السؤال، إذ على المفتي استحضار مقاصد الشرع واستصحابها عند الهم ببيان الحكم الشرعي للمسألة، وهذا النظر المقاصدي هو الكفيل بحسن فهم النصوص الشرعية وحسن تطبيقها، وهو العاصم من الغلو والتشدد والتنطع، وكذلك من الإفراط في الترخيص والتساهل، ولهذا على المفتي حين تناول مسألة طلاق ألا يحكم بوقوعه شرعاً إلا حين يكون محققاً لمقصد شرعي، مبتعداً في هذا عن تحكيم هواه

(69) الشاطبي: ج 4، ص 258.

ورأيه الخاص، وتقديمه على نصوص الشرع.

وعملا بمقاصد الشرع حين الإفتاء على المفتي أن يكون ملتفتا إلى المآلات التي توول إليها فتاويه، فهذا الالتفات هو ما يعصمه من التسرع والمجازفة بالإفتاء قبل التفكير والتثبت والنظر في آثار فتواه على المستفتي وأسرته. ولعل اغفال النظر في مآلات الأفعال هو ما يعاب على فتاوى القنوات الفضائية ووسائل التواصل الاجتماعي، لأن سمتها الغالبة عليها هي التسرع والتوجه نحو التساهل، والحكم بعدم وقوع الطلاق كلما عثر المفتي على دليل أو قول فقهي، ولو كان ضعيفا أو شاذا، أو واهي الحجة، أو أن يتمسك المفتي بقول مذهبه، ويطبقه بصورة آلية على كل ما يعرض عليه من مسائل في باب الطلاق، دون تمييز بينها بحسب أحوال المستفتين ومآلات أفعالهم.

ومن هذه الفتاوى المغفلة لمآلات الأفعال ما قرره بعض المفتين من وقوع الطلاق الذي يكون باستعمال الرسائل النصية أو الرسائل المرسلة عبر البريد الإلكتروني، فهذه الفتوى في الواقع تتجاهل المآلات التي من الممكن أن تترتب عليها، والمتمثلة في الاستهانة بأمر عظمه الله وميثاق غليظ لا يمكن أن تنفك عراه إلا بقيود وضوابط عديدة، مع أن هذا المفتي لم يكلف نفسه سؤال من صدرت عنه الرسالة النصية عن مقصده مما فعل، وهل صدرت عنه حقيقة، أم أن غيره هو من أرسلها عبر جهازه، ولم يتبين ذلك المفتي نيته، ولا سعى للبحث عن حاله، وربما لم يعرف شيئا ولو يسيرا من ظروفه وأحواله.

والقصد للوسطية في الإفتاء هو ما يدفع المفتي إلى الالتزام بأمور، كما يلزمه في المقابل بالامتناع عن أمور أخرى، فمن الأمور التي على المفتي الالتزام بها عدم التقيد في فتواه بمذهب معين، وإنما عليه الاطلاع على كافة المذاهب، وذلك من أجل الوصول إلى القول الراجح، وقد نقل العلامة القاسمي إجماع العلماء على ذلك، عندما قال: "لقد اتفق الأصوليون على وجوب إتباع المفتي للرأي الأقوى دليلاً، والأقوم برهاناً من أي مذهب كان"⁽⁷⁰⁾.

فعلى المفتي أن يوازن بين الآراء، ويفتي بما هو أرجح دليلاً من أي مذهب، إذ كم من آراء رشيدة مخبأة في بطون الكتب، لا يعلمها إلا القليلون، وكم من آراء كانت سابقة لزمانها، وهي صالحة لزماننا الآن، وكم من أقوال شهّرها علماء سابقون لم يعد لها محل من القبول في زماننا، لتغير الأعراف والأحوال التي بنيت عليها، فالمعول عليه في اختيار حكم من الأحكام دائماً ليس هو كثرة عدد القائلين به، ولا مكانة من صدر عنه، ولو كان من كبار أهل العلم والفقهاء في الدين، وإنما هو قوة الدليل⁽⁷¹⁾.

ومما ينبغي الإشارة إليه هنا أن مسائل الزواج والطلاق من أكثر المواضيع التي على المفتي أن لا يتقيد فيها برأي مذهب واحد ووحيد، وذلك أن القاعدة الشرعية تقرر أنه «يحتاط في الدماء والأعراض ما لا يحتاط في غيرهما»⁽⁷²⁾، وليس للاحتياط هنا من معنى إلا أن يتحرى المفتي كل

(70) القاسمي: ص155

(71) ابن قيم الجوزية: ج4، ص177

(72) أحمد الكبيسي، <https://www.alittihad.ae/article/42863/2005>

المذاهب من أجل صياغة فتوى قادرة على رفع العقوبة عن مرتكبها، أو منع إيقاع طلاق المطلق من أجل دوام الزواج واستمراره، باعتباره هو القصد والغاية.

أما الأمور التي على المفتي تجنبها حتى يكون بمنهج التوسط والاعتدال ألصق، ولغايات الشرع ومقاصده أقرب، فهي البعد عن تتبع الرخص في المذاهب المختلفة، ولتوضيح ذلك نقول إن العمل بالرخصة في حد ذاته ليس بالأمر المرفوض، ولا المحذور شرعا، ذلك أن من أهداف الشرع ومقاصده التيسير على الناس، ورفع الحرج والضيق عنهم، إنما ما ينبغي للمفتي الانتهاء عنه هو تتبع هذه الرخص، والعمل بها في كل حال وفتوى، وإن كانت تلك الرخصة مخالفة لنصوص الشرع وأهدافه الأساسية، أو غير مناسبة لحال المستفتي.

ولو نظرنا لحال من تصدى للإفتاء في زماننا لتبين لنا أن بعضهم اتخذ من التشديد والتضييق على المستفتين منهجا وسبيلا، بدعوى الورع والتقوى والتمسك بالنصوص الشرعية، متناسيا سعة نصوص الشريعة، وما يمكن لألة الاجتهاد أن تلعبه من دور فيها، مقدما بهذا حروف النصوص على مقاصد الشرع منها، فصار هؤلاء يفتون لغير أهل بلدانهم بعرف بلادهم هم، وما جرت به عادات بلادهم هم، لا بلد المستفتي، ومالوا إلى التضييق على الناس بدعوى العمل بالسنة، والأخذ بالأحوط من الأحوال في نظرهم.

ولهذا لو سئل أحدهم عن واقعة طلاق، وساوره الشك في وقوعه، أو أنه غير واقع على غير مذهبه، أو على قول من قلده من أهل الفقه، لنصح المستفتي بالأخذ بالأحوط، واعتبار الطلاق واقعا، مع أن فتواه هذه تخالف بديهيات العقل والصريح من النص، فلو كان هذا عاملا بالنصوص ما قدّم الطلاق المشكوك في وقوعه على الزواج الثابت باليقين، وما حرّم ما ثبت بيقين من زواج بما ظهر له من شك حوله من طلاق، مع أن القاعدة المستقرة فقها أن الزواج الثابت بيقين لا يزيله شك طرأ عليه بطلاق، فانظر كيف حرّم هذا بفتواه بدعوى الورع والتمسك بنصوص الشرع علاقة زوجية مشروعة، ثبتت بما لا يحصى من النصوص، فحرم هذه المرأة على زوجها، وأباح لغيره الزواج بها.

وبعض من تصدى للإفتاء في زماننا اتخذ من التيسير منهجا، فتوسع فيه لدرجة ميع معها النصوص الشرعية، وخرج بها عن مقاصدها، فأول بعضها على غير ظاهرها الصريح، بدعوى العمل بروح الشريعة، والتي ليس لها من معنى عنده سوى تقديم ما رآه من مصلحة على النصوص الصريحة القطعية، فأباح ما كان محرما، وعطل ما ثبت من نصوص، وانجر وراء مصالح توهمها، فأوغل في تتبع الرخص، وابتلي بمسايرة الواقع وتبريراته المخالفة للنصوص القطعية.

ولهذا نراه يحرص على تحاشي الفتوى بوقوع الطلاق كلما كان للزوج ذرية ضعاف، أو لم يكن للزوجة معيل ينفق عليها بعد انقطاع علاقتها بزوجها، ملتسما له ولها في ذلك المخارج والتأويلات، ولعل أوضح

مثال علي هذا ما يسرع إليه البعض من تقرير عدم وقوع الطلاق كلما كان الزوج في حالة غضب، مع أنه ليس كل غضب يحول دون الاعتداد بقول الزوج تطليقه زوجته.

بل إن البعض تمادى وسعى وراء حيل ظاهر مخالفتها للشرع، بدعوى الحفاظ على كيان الأسرة، وصار ينتقل بين المذاهب والأقوال الفقهية، عله يعثر فيها على من يقول بعدم صحة هذا الطلاق، أو من يرشده إلى سبيل مشروع في ظاهره، أو حتى أو غير مشروع، ينقذ به هذا الزوج من ورطته.

ومن هذا افتاء بعضهم لمن طلق زوجته ثلاث طلاقات متفرقات بأنه لا حاجة بالزوجة للزواج بالغير، لتعود حليتها لمن طلقها، وليس بهما حاجة للاحتيال لفك قيد الحرمة بإعمال نكاح تحليل، أو الاستعانة بمحلل، فنكاح التحليل فيه من المفسد والحرمة ما نعلم، والمخرج من هذا كله عند هذا المفتي أهون وأيسر، وهو تقرير بطلان هذا الزواج على قول أو مذهب، وإن كان شاذاً أو ضعيف الدليل، فلا بأس من العمل به هنا، وبذا لا يكون هناك للطلاقات الثلاث من محل، لأنه لا طلاق إلا في زواج صحيح، ولما حكمنا ببطلان هذا الزواج، فكأنه لم يبرم أصلاً، وكأنه لم يكن هناك قيد من الزواج ليفك بهذا الطلاق، وبهذا فهذا الرجل (أي الزوج المطلق) له الزواج بها، وكأنه لم يسبق هذا علاقة بينهما، فانظر معنا كيف أباح هذا هذه العلاقة المحرمة بما هو أفسد من نكاح التحليل.

6- التيسير في الفتوى على الزوجين، والنظر لحال الأسرة، ومراعاة تغير

الزمان والمكان وآحاد الناس:

التيسير ورفع الحرج والمشقة مقصد شرعي تواترت الأدلة النصية على تقريره، حتى صار من المعلوم من الدين بالضرورة، وهذا ما سبق للنصوص الشرعية أن قررت، ومنها قوله سبحانه وتعالى: «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ»⁽⁷³⁾، وما ثبت عن السيدة عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أنها قالت: «ما خيّر رسول الله ﷺ بين أمرين، إلا اختار أيسرهما، ما لم يكن إثماً»⁽⁷⁴⁾، ولهذا صار المفتي الحق من يميل إلى التيسير ورفع الحرج، لأنه بهذا يكون أقرب إلى مقاصد الشرع ونصوصه، بشرط ألا يخرج في هذا عن النصوص الشرعية ومقاصدها، وفي هذا قال سفيان الثوري: «إنما العلم عندنا الرخصة عن ثقة، فأما التشديد فيحسنه كل أحد»⁽⁷⁵⁾.

وتحقيقاً للتيسير في الفتوى اشترط العلماء على المفتي أن يكون مدركاً خطورة ما هو مقدم عليه، ذلك أن فتواه قد تكون السبب في نقض هذا الميثاق الغليظ الذي اعتبره الشارع أقوى الموثيق وأعظمها، وهو الزواج، وقد استشعر علماء السلف وأئمة الفتيا هذه الصعوبة، ولذلك كانوا يتهيّبون من الإجابة عن الفتاوى المتعلقة بالطلاق، نظراً لخطورتها، وتعلقها بمصالح الآخرين من ذرية وأسرة.

(73) سورة البقرة: الآية 185.

(74) صحيح البخاري: كتاب المناقب، باب صفة النبي ﷺ، رقم 3367.

(75) النووي: أدب الفتوى، ص 112.

وقد نقل عن الإمام سفيان الثوري أنه كان لا يفتي في طلاق، وأنه كان يقول: "من يحسن ذا، من يحسن ذا"⁽⁷⁶⁾، ولعل السبب وراء قناعة سفيان الثوري هذه أن الكثير من فتاوى الطلاق تتضمن شكلاً من أشكال الخصومة التي تحتاج قاضياً لا مفتياً للنظر والفصل فيها، ولا يعني هذا عدم الإفتاء مطلقاً في مسائل الطلاق، وعدم مشروعية ذلك، ولكن على المفتي أن يتنبه لخطورة الإفتاء في هذه المسائل، وأن يكون على حذر وتنبه شديد عند قيامه بالنظر فيها، وعليه القيام بكل ما يجب من أجل التثبيت من كل ما يطرح عليه من أحداث ووقائع، وأنه متى رأى قرائن على الخصومة فعليه ألا يتردد في رفض النظر فيها، وأن يحيل السائل عنها إلى القضاء⁽⁷⁷⁾.

وقد وضع العلماء ضابطاً أساسياً ينبغي على المفتي التقيد به عند النظر في مسائل الطلاق، يتمثل في ضرورة أن يتبع هذا المفتي نهج التيسير والتخفيف على الزوجين، بحيث يراعي كافة المخارج المباحة التي توافق نصوص الشرع، والتي من الممكن أن تحول دون إيقاع هذا الطلاق، فروح التيسير هذه لا بد أن تكون هي الأساس والمقدمة التي ينطلق منها المفتي في كل ما يعرض عليه من مسائل الطلاق.

وهذا يوجب على من تصدى للإفتاء العلم بمختلف الاجتهادات الماثورة عن أهل العلم من صحابة وتابعين وأئمة مجتهدين، سابقين ومعاصرين، رضوان الله عليهم أجمعين، لأن معرفة أقوالهم تعينه على تخير أرفقها وأليقها بحال المستفتي وظروف زمانه وأحوال مكانه.

(76) ابن عبد العزيز المبارك: ص 543

(77) المصدر السابق: ص 554

ومراعاة التيسير في الفتوى تستلزم في اعتقادنا مراعاة المفتي لحال المستفتي وأوضاعه الخاصة وظروف حاله، كما تتطلب منه أيضاً مراعاته واعتباره للعرف السائد في بلد المستفتي، وأخيراً أخذه في الاعتبار لكافة التغيرات والتطورات التي تشهدها بيئة المستفتي، والتي لها أثر في توجيه الفتوى وتحديد مضمونها.

فمن حيث مراعاة المفتي لأوضاع المستفتي نجد أن العلماء قد أكدوا على ضرورة أن يتجاوز في تقرير فتواه بإيقاع الطلاق مجرد التثبت من نطق المستفتي لفظ الطلاق، إلى التحري عن نية المستفتي وتوجهها نحو حل عقد الزواج، ومقصده مما تلفظ به من لفظ، وما صدر عنه من صنيع، وكذلك عن كونه حراً مختاراً عند تلفظه بالعبرة أو قيامه بذلك التصرف.

وهنا ينقل لنا ابن القيم مثلاً راقياً على ضرورة هذا التثبت من نية المستفتي جاء فيه «أن رجلاً قال لامرأته: إن أذنت لك في الخروج إلى الحمام فأنت طالق، فتهيأت للخروج إلى الحمام، فقال لها: أخرجي وأبصري، فاستفتي بعض الناس، فأفتوه بأنها قد طلقت منه، فقال للمفتي: بأي شيء أوقعت على الطلاق؟ فقال: بقولك لها أخرجي، فقال: إنني لم أقل ذلك إذناً، وإنما قلته تهديداً، أي إنك لا يمكنك الخروج»، فهنا قلة التحوط والتثبت في القصد والنية كان سبباً في أن يفرق المفتي بين الزوج وزوجته بما لم يأذن به الله ورسوله ولا أحد من أئمة المسلمين⁽⁷⁸⁾.

(78) ابن قيم الجوزية: ج4، ص 435.

وهذا التعويل على القصد والنية في الحكم بإيقاع الطلاق من عدمه هو الذي دفع بعض الفقهاء، وعلى رأسهم الإمامان ابن تيمية وتلميذه ابن القيم رحمهما الله، إلى القول بعدم وقوع طلاق كل من لم تنعقد نيته نحو الطلاق من أمثال المكره والهازل والمجنون.

ومن مظاهر التيسير على الزوجين في الفتوى مراعاة حالهما، والأولى من هذا وقبله مراعاة حال الأسرة كلها، بما فيها من أطفال وأقارب، مما يقتضي الستر على الزوجين، إذ على المفتي أن يكون كتوماً، فلا يُطلع غير الزوجين على تفاصيل هذا الخلاف الزوجي، ولا يفتي في حضور غيرهما، لأن اطلاعه على أسرار الزوجين كان بحكم ثقتهما فيه، فلا يخونها ويذيع ما علمه من خبايا حياتهما، بل إن عليه أحياناً ألا يطلع أحد الزوجين على ما أعلنه له الطرف الآخر، شريكه في الحياة الزوجية، فربما كان ذلك في حال غضب، أو نجم عن سوء فهم، أو سوء تقدير، أو لا مصلحة في إعلانه ولو كان حقاً، لأن إذاعة الأسرار لا ينجم عنها في غالب الأحيان إلا مفسد ومضار، وقد تؤدي إلى فتنة أو تشاحن أو استفحال خلاف، وقد يكون فيها إعانة على المعصية والمنكر.

ومن الأمور التي على المفتي مراعاتها كذلك الخصوصية العرفية للمستفتي، وهذه يمكن ملاحظتها في أمرين اثنين: العبارات التي يستخدمها المستفتي في إيقاع الطلاق، وكذلك طبيعة البيئة التي يعيش فيها، وما طرأ عليها من تغيرات، وتحديد ما تعلق منها بأخلاق الناس وطرق تعاملهم.

فمن حيث الألفاظ على المفتي التثبت من أن العبارات التي استعملها

المستفتي المطلّق تفيد عرفاً قصده إيقاع الطلاق، وأنها لا يمكن حملها على أي معاني أخرى غير الرغبة في الانفصال عن شريكه في الحياة الزوجية، ولأجل ذلك نبه العلماء على ضرورة أن لا يفتي المفتي في الأقارير والأيمان ونحو ذلك مما يتعلق باللفظ إلا أن يكون من أهل بلد اللفظ بذلك الإقرار أو الطلاق، أو خبيراً به عارفاً بتعارفهم في ألفاظهم، لأنه إن لم يكن على هذه الدرجة من القرب إلى لغة المستفتي ودلالاتها العرفية، كثر خطؤه عليه⁽⁷⁹⁾.

والناحية الثانية التي لا بد للمفتي من مراعاتها فهي ما يعترض الناس من تغير وتحول في أحوالهم وأخلاقهم، وهو ما عبر عنه ابن القيم بالتغير في الزمان والعادات والأحوال. فالمفتي عليه أن يكون ابن بيئته، محيطاً بكل تفاصيلها، مطلعاً على كافة التغيرات التي تطرأ عليها، والتي من شأنها أن تؤثر معرفتها والوعي بها في تحديد مضمون فتاويه، إذ أنه من المعلوم أن النازلة إن تغيرت أو تغيرت صورتها، ولو احتفظت بذات الاسم، تغير معها الحكم، لأن الحكم الشرعي مترتب على سببه، فإن تغير السبب الموجب للحكم الشرعي تغير الحكم تبعاً لذلك، وهذا ما يكون في ما لتغير الزمان والمكان والظروف أثره على النازلة.

ولعل من أبرز الأمثلة على تغير الفتوى بتغير أحوال الناس ما أفتى به الإمام ابن تيمية من جعل الطلاق الثلاث بكلمة واحد طلاقة واحدة، (وصورته أن يقول لزوجته أنت طالق ثلاثاً)، بعد أن تعارف المسلمون

(79) ابن قيم الجوزية: ج4، ص 435.

زمنًا طويلًا على إيقاع الطلاق الثلاث بكلمة واحدة، وإمضائه على المطلق. ولتوضيح مبررات ودواعي هذا التغيير في الفتوى نقول أنه في عهد الرسول ﷺ وزمن خليفته أبي بكر ﷺ وصدراً من خلافة عمر ﷺ كان إذا جمع المطلق الطلقات الثلاث في كلمة واحدة، جُعلت طلاقاً واحدة، وبعد أن مضى سنتين من خلافة عمر ﷺ، وتغيرت أحوال الناس، قال: "إن الناس قد استعجلوا شيئاً كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيها عليهم"، فأمضاه عليهم⁽⁸⁰⁾.

وقد كانت حجة الخليفة عمر ﷺ في تغيير الفتوى، والقول بالإمضاء ثلاثاً كما تلفظ بذلك الزوج، راجع إلى ملاحظته واعتباره لتغيير أحوال الناس، فمن وجهة نظر هذا الخليفة العادل إن الناس قد تجاسروا في ذلك، وطلقوا زوجاتهم على غير ما شرعه الله تعالى، فألزمهم بما التزموه عقوبة لهم، ذلك أن الله تعالى شرع الطلاق مرة بعد مرة، ولم يشرعه كله مرة واحدة، ولهذا فمن جمع الثلاث طلقات في مرة واحدة فقد تعدى حدود الله، وظلم نفسه، فصار حقيقاً بالعقوبة، والتي هي الإمضاء والإيقاع.

ولكن بعد زمن عمر ﷺ تغيرت أحوال الناس، وشرعوا في التحايل على فتوى الإمضاء، بظهور ما يعرف بالمحلل، وهو من يتفق معه المطلق ليعقد على زوجته بعد تطليقه لها ثلاثاً، فيتزوجها هذا سورياً، لتحل للزوج السابق بعد أن حرمت عليه، وهذا التغيير في أحوال الناس واعتيادهم سوق التحليل، دفع الإمام ابن تيمية إلى الدعوة إلى تغيير فتوى

(80) صحيح مسلم: كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، رقم 1472.

الإمضاء، والعودة إلى ما كان عليه الحال زمن الرسول ﷺ من الإفتاء بما يعطل وقائع التحليل أو يقللها.

ولذا نستطيع القول أن إمضاء الطلاق الثلاث بكلمة واحدة كان عقوبة محققة لمصلحة الردع والانتهاز في عهد الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أما في عهد ابن تيمية فذات العقوبة أضحت مؤدية إلى مفسدة أكبر من الفعل المعاقب عليه، وضرر أعظم منه، ولذا كان تركها هو الأولى والأقرب إلى شرع الله.

المبحث الثالث

الضوابط المتعلقة بالمستفتي

لم يقتصر اهتمام العلماء في ضبط الفتوى على جانب المفتي، بل إنهم راعوا كذلك جانب المستفتي، وحرصوا على ضرورة أن يتوافر فيه عدد من الضوابط والقيود، وذلك من أجل مساعدة المفتي فيما هو مقدم عليه من الاستجابة لسؤال مستفتيه.

وفي هذا المبحث سنعرض عددا من هذه الضوابط، تتمثل في وجوب صدق المستفتي في تصوير واقعة الطلاق، وإعلامه المفتي شخصيا بالواقعة، والعلم بحال من يتوجه إليه بطلب الفتوى وتأهله لذلك، مع الحذر من أخذ الفتوى من الكتب الفقهية أو غيرها أو من مواقع الإنترنت أو القنوات الفضائية، وفيما يلي تفصيل لهذه الضوابط:

1- الصدق في تصوير الواقعة:

الفتوى ليست فقط جوابا عن سؤال، أو بيانا لحكم شرعي لواقعة بعينها، بل هي في الحقيقة سؤال وجواب بما يوافق الشرع، أو واقعة وحكمها الشرعي، فالفتوى تشمل السؤال والجواب معا، وليست الجواب فقط، لأن القاعدة الفقهية المقررة شرعا أن «السؤال متضمن في الجواب»، وبصيغة أخرى «السؤال معاد في الجواب»، بمعنى أن الفتوى تكون بقدر ذلك السؤال، وبحسب ما قصده السائل من معنى وأفهمه للمسئول، أي المفتي، وعلى قدر تلك الواقعة، وبحسب تصويره لها، تكون الفتوى.

ولو دققنا في الأمر قليلا لتبين لنا دور المستفتي في تصوير الواقعة هو المعول عليه، أكثر من المفتي، وبحسبه يكون ما يُفتَى به، وأن الفتوى تمر حتى صدورها بمراحل أربعة متوالية، وهذه المراحل قد لا نلاحظها، ولا نشعر بانفصال كل منها عن الأخرى، لأنها لا تأخذ وقتا ذا بال، لدرجة أنها تمر وكأنها مرحلة واحدة.

ولكن الدقة تقتضي تقرير أن الفتوى تستوجب أولا تصوير النازلة، ليبنى على ذلك ما يليها من مراحل، تتمثل في تكييف الواقعة، ثم بيان حكمها الشرعي، ثم اصدار الفتوى وتبليغها للمستفتي، والمراحل الثلاث المتأخرة عن التصوير تكون بحسب ما صورت عليه النازلة، فكما تكون هي يكون ما بعدها، والخلل أو الاحتيال أو التدليس فيها يسري إلى ما بعدها من مراحل، فمن صدق في تصوير سؤاله أو النازلة التي أُلتمت به

جاءته الفتوى بحسب ذلك، ومن كذب وتلاعب ودلس في تصوير ذات النازلة جاءه جواب كما يريد هو من تصويره للنازلة.

وعلى المفتي كذلك التحري عن الواقعة، والتأكد من أن المسئول عنه حادثة قد وقعت فعلا، أم هي أمر يحتمل وقوعه، لأنه في الحالة الأولى عليه مراعاة ما وقع من نتائج عن الواقعة، وعليه في الحالة الثانية مراعاة مآلات ما سيصدر عنه من فتوى.

وبحسب ما صورته المستفتي للمفتي من وقائع وأحداث يكون تكليف المجيب عن الحكم للنازلة المسئول عن حكمها الشرعي بما يناسبها من أبواب الفقه، وفي باب الفُرقة بين الزوجين على المفتي أن يلحق النازلة ببابها الفقهي المندرجة تحته، قبل بيان حكمها الشرعي، لتكون طلاقا أو تطليقا أو ظاهارا أو خلعا أو غير ذلك، وبحسب هذا التكليف يختلف حكمها الشرعي، وبذا فالخطأ أو التلاعب في التصوير يترتب عليه خلل في التكليف، ومن ثم خلل أو خطأ في بيان الحكم الشرعي للنازلة، لأنه انبنى عليه.

وكأننا هنا نقرر أن التكليف يصدره بصورة غير مباشرة المستفتي لا المفتي، ومثال هذا ما لو قال أحدهم لزوجته: أنت أمني، فإن كان قاصدا بقوله هذا التحريم ففعله يكون ظاهارا، وإن قصد به التكريم فلا يترتب على قوله شيء، وإنما هو تشریف لها، فهنا ترتب الحكم على حسب التكليف للنازلة، والذي ترتب على تصوير المستفتي للواقعة.

وقل الأمر نفسه عند حكاية المستفتي للخلاف الذي جرى بينه وبين زوجته، والذي استشاط فيه غضبا، فصدر عنه لفظ طلاق، فبيان ما إذا كان لفظ الطلاق قد صدر في إغلاق أم في غير ذلك لا يمكن تحديده إلا بحسب ما يروييه الزوج عن الواقعة، فهل أخرجه الغضب عن طوره، لدرجة فقد معه القدرة على الإدراك والتمييز، أم أنه لم يزل قادرا على تمالك نفسه، وكنتم غيظه، وصدر عنه ذلك الطلاق عن وعي كامل، وهذا ما لا يمكن الفتوى فيه إلا بحسب ما يصوره الزوج من حاله.

وصدق المستفتي في تصوير الواقعة يستلزم منه إعلام المفتي بالواقعة بشكل دقيق ومفصل، بحيث لا يترك تفصيلا صغيراً أو كبيراً، منتجا في بيان حقيقة النازلة، إلا وأحاط المفتي به علماً، ولذا نستطيع أن نقول أن من واجب المستفتي أن يصور للمفتي الواقعة تصويرا صحيحاً ودقيقاً، حتى يستطيع هذا الأخير تصور المسألة بشكلها الصحيح، وكيفما صدرت، مما يؤهله بعد ذلك للوصول إلى حكمها الشرعي الصحيح.

وقد أكد العلماء على ضرورة أن يتجنب المستفتي إتباع هواه في تصوير الواقعة، وذلك بأن يقوم بتحويل الوقائع، إما بالزيادة عليها أو بالإنقاص منها، أو بإخفاء شيء منها، أو بالتهويل في تصويرها، ليضمن أن يكون جواب المفتي بحسب ما يهواه وما يوافق رغباته، وليتخذ بعد ذلك هذه الفتوى ذريعة له في تبرير ما كسبه منها بغير وجه حق.

وبناء عليه، على المفتي إذا ما شعر بما يقوم به المستفتي من تحايل

وإتباع للهوى أن ينبهه إلى خطورة ما يقوم به من تصرف, وأن يخوفه من مغبة هذه الخيانة في نقل الواقعة, ويرشده إلى حقيقة أنه لا يعلم الغيب, وإنما يجيب بحسب ما يصدر عن المستفتي, ولذا فإذا ستر عليه هذا المستفتي حقيقة ما وقع فإن الإثم إنما يخلق المستفتي لا المفتي.

وفي ذلك يشبه العلماء فتوي المفتي بحكم القاضي, لأن حكم القاضي بالظاهر من الأمر لا يحل حراماً, ولا يحرم حلالاً, ويستشهدون لهذا بحديث الرسول عليه أفضل الصلاة والسلام: "إنكم تختصمون إليّ, ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض, فأقضي له على نحو ما أسمع, فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه, فإنما أقطع له قطعة من النار"⁽⁸¹⁾.

ولهذا السبب كان لزاماً على المفتي أن يكون محتاطاً لمثل هذه الفئة من المستفتيين القادرين على التلاعب بالوقائع والألفاظ, فيحيلون بذلك الباطل حقاً والحق باطلاً, كما يجب على المفتي أن يكون فقيهاً في معرفة مكر الناس وخداعهم واحتيالهم وصور ألعيبهم وأشكالها, فبهذا الفقه والمعرفة يستطيع مواجهة ما يقوم به المستفتي من حيل وخداع, وبدونهما سيقع ضحية لهذا الاحتيال, الأمر الذي يجعله يتصور الظالم بصورة المظلوم, والمظلوم في صورة الظالم, والمحق بصورة المبطل وعكسه, ويكون هو نفسه فريسة سهلة لمكر الناس وخداعهم⁽⁸²⁾.

وفيما يتعلق بمسائل الطلاق تحديداً يجب على المستفتي عند عرض

(81) أخرجه البخاري: كتاب الحيل, باب إذا غصب جارية فزعم أنها ماتت, رقم 6566.

(82) ابن قيم الجوزية: ج4, ص 229

مسألته على المفتي أن يخبره وبشكل مفصل عن الحالة التي وقع فيها الطلاق، سواء من ناحية الزوجة، بمعنى ما إذا كانت في طهر أو حيض، أو من حيث حالته هو من حيث توافر القصد والنية الأكيدة في إيقاع الطلاق.

وكذلك من الأمور التي على المستفتي أن يكون صادقاً ومراعياً الله سبحانه وتعالى في الإخبار عنها بيان إذا ما كان قد صدر منه الطلاق في فترات سابقة، أم أنها المرة الأولى التي يقدم فيها على طلاق زوجته، وهو الأمر الذي سنعرض له بمزيد من التفصيل فيما يلي.

2- إعلام المفتي شخصياً بالواقعة:

من الأمور التي على المستفتي مراعاتها الحرص على أن تكون علاقته بالمفتي علاقة مباشرة، دون أن يكون هناك وسيط بينهما، ينقل له الواقعة ويصورها له، ويسرد له تفاصيلها، وهذا الحرص على هذه العلاقة المباشرة تتطلبه دواعي كثيرة، منها الحفاظ على خصوصية المستفتي، فبهذه المباشرة يضمن المستفتي أنه سوف لن يعلم شخص آخر بموضوع فتواه، خاصة إذا ما كان هذا الموضوع له علاقة بشأن خاص، كمسائل الزواج والطلاق، وكل ما له صلة بعلاقة الزوجين فيما بينهما من أسرار وأحوال.

وإضافة إلى داعي الخصوصية، فإن المباشرة تستلزمها دواعي الاحتياط في حصول المفتي على المعلومات عن الواقعة كاملة ومستوفاة من المستفتي، فغياب المستفتي عند نقل الواقعة إلى المفتي ربما يترتب عليه

نسيان الناقل لتفصيلات كثيرة، أو عدم اعطائها وزنها الصحيح المناسب لها، كما أن هناك من الأسئلة ما يجب فيها حضور المفتي بنفسه، ولا يكفي حضور شخص آخر للسؤال بدلاً عنه، أيا كانت درجة قرابته بالزوجين معا أو بأحدهما، كألفاظ الطلاق مثلا؛ فإن المفتي يحتاج فيها إلى الاستفسار عن لفظ الطلاق وظرف صدوره وزمانه ونية المطلق وغير ذلك مما تتوقف عليه الفتوى، فإذا صدر من الزوج لفظ طلاق، فهو المكلف وحده بالسؤال عن حكم الشرع فيه، لا زوجته ولا غيرها؛ بما في ذلك والديه وأبنائه، لأن الشرع حمّله هو أمر الطلاق والنية فيه.

ويجدر هنا أن نشير إلى أن المفتي في بعض المسائل، وتحديدًا مسائل الطلاق، قد يطلب حضور الزوجة، للسمع منها والاستفسار عن بعض التفاصيل، وذلك متى شعر أن بعض عناصر واقعة الطلاق غير مكتملة لديه، وأنه بحاجة للاستماع لهذه الزوجة من أجل الوصول للحكم المناسب.

وقد حدد بعض العلماء الحالات التي يحتاج فيها المفتي للاستماع إلى أقوال الزوجة، وذلك في الأحوال التي يكون فيها للاستماع للزوجة دور في تصوير الواقعة تصويرًا صحيحًا، وهذه الحالات تتمثل في:

- الطلاق للمرة الثالثة.

- ادعاء الإكراه أو السكر من قبل الزوج.

- الشك في عدد حالات الطلاق التي سبق للزوج إيقاعها، أهي

واحدة أم أكثر (83).

ويجدر التنويه هنا أيضا إلى أنه إذا لم تفد أقوال الزوجة في وصول المفتي إلى تصور صحيح للواقعة، فعليه أن يحيل الطرفين للقضاء للفصل في مسألتهم، ومن ذلك نفي الزوجة أن يكون الزوج مكرهاً على الطلاق، وأنه واع لما يقول، والزوج يدعي خلاف قولها، وكذلك عدم اتفاق الزوجين على وقوع الطلاق وألفاظه وعدده.

وهنا نقول إن امتناع المفتي عن الفتوى في هذه الحالات وأمثالها، وإحالتها للقضاء ليس دليل عجز، إنما يدل على بُعد نظره، وصدقه ونزاهته ورغبته في تقصير عمر هذه الخصومة، وإنهائها على نحو عادل وقاطع، وهذا ما كان يفعله جهابذة المفتين.

3- العلم بحال المفتي وتأهله للفتوى:

من الواجبات الأساسية التي على المستفتي القيام بها التثبت من أن هذا المفتي الذي يتوجه إليه بفتواه هو أهل لهذا المنصب، وأنه مؤهل لأن يوصله إلى حكم الله سبحانه وتعالى في الواقعة محل السؤال، وعن هذا يقول العلامة الشافعي ابن الصلاح: أنه "لا يجوز للمستفتي استفتاء كل من ادعى العلم، حتى وإن انتصب للتدريس أو غيره من مناصب العلم" (84)، فليس كل من تقدم لإمامة أهل حيه في الصلاة، أو احترف تحفيظ الصبيان القرآن، أو قام بذلك تطوعا في المسجد، أو نصح عامة الناس، أو ألقى

(83) أيمن حتمل: <https://www.aliftaa.jo/ShowContent.aspx?Id=60#.XY9BZvIvBIU>

(84) أدب المفتي والمستفتي: ص158.

عليهم دروسا في الفقه، يصلح أن يستفتوه في شئونهم، وهذا يعني أنه يجب أن يتواتر بين الناس أهلية هذا المستفتي للفتوى، ولكن إذا لم يتحقق هذا التواتر فهنا يكفي المستفتي بأن يُشهد عدلان على أن هذا المفتي هو بالفعل مؤهل لهذا المنصب.

إلا أننا نستطيع القول -مع هذا كله- إن المستفتي، وكما أشرنا آنفاً، عليه التثبت عند بحثه عن حال مفتيه من أمرين اثنين معا: أولهما أهلية المفتي للفتوى، وثانيهما ابتعاده عن المعاصي، وعدم اشتهاره بالانحراف والبعد عن الحق فيما يصدر عنه من فتاوى.

فأهلية الإفتاء تكون بإحاطته بالعلم الشرعي اللازم لانتصابه لمنصب الإفتاء، وفي ذلك يقول الإمام الشاطبي: "السائل لا يصح أن يسأل من لا يُعتبر في الشريعة جوابه، لأنه إسناد أمر إلى غير أهله، والإجماع على عدم صحة مثل هذا، لأن السائل إذا سأل من ليس أهلاً لما سئل عنه، فكأنما يقول له أجبني عما لا تدري، وأنا أسلم أمرني إليك" (85).

وهناك من العلماء من يرى أن معرفة تأهل المفتي للفتوى تظهر في انتصاب هذا الأخير لمنصب الإفتاء، إضافة إلى قيامه عادة بالتدريس والوعظ والخطابة والتأليف ونشر الأبحاث ومجالسة العلماء والأخذ منهم (86)، وإن كنا نرى أن هذه قرائن على صلاحيته للفتوى، ولكنها، وإن كانت أقرب إلى الحقيقة، ليست قاطعة دائما.

(85) الشاطبي: ج 4، ص 262

(86) الأشقر: ص 59

وهنا ينبغي الإشارة أنه وبظهور مراكز ودور للإفتاء في أغلب الدول العربية والإسلامية أصبحت معرفة المفتي المؤهل للفتوى أكثر يسراً وسهولة، ذلك أنه كل من هو عضو في هذا المركز أو هذه الدار هو بالمحصلة مؤهل لمنصب الفتوى، لاشتهار ذلك بين الناس، ولأن الدولة في الأصل لا تولي أحدا هذا المنصب إلا بعد بحث وتحري واستقصاء، وبهذا فنصبه للفتوى من قبل الدولة يغني عن بحث حاله، ما لم يثبت للمستفتي أنه فقد شروط التأهل لها، فعُرف مثلا بفسق أو مجون أو انحراف ظاهر في أقواله التي ينسبها للشرع.

أما الجانب الثاني، والذي لا يقل أهمية وخطورة عن الجانب الأول، فهو التثبت من أن هذا المفتي ليس من أهل الأهواء في صناعة فتاويه، فالمستفتي عليه أن يعرف أن طلب الفتوى ممن عرف عنه إتباع الأهواء والجري وراء مطامع الدنيا على حساب التدين والورع محرم شرعاً، كما أن عليه التثبت من أنه ليس ممن يتتبع الحيل والرخص غير المشروعة في فتاويه، وأنه ليس ممن يجعل مرضاة المستفتي لا مرضاة الله هي غاية فتاويه وأحكامه.

وكذلك من الأمور المهمة التي على المستفتي أن يتثبت منها في رحلته للبحث عن المفتي الرباني أن يتيقن من أن هذا المفتي من العلماء الذين يقدرون خطورة وأهمية الفتوى، ويعرفون أن المفتي في عمله يقف بين الله عز وجل وبين خلقه، وبالتالي فهو يتجنب في فتاويه التسرع والتساهل، ويأخذ كل وقته من أجل الوصول إلى الحكم الذي تطمئن له

نفسه.

4- عدم أخذ الفتوى من الكتب أو مواقع الانترنت أو القنوات الفضائية:

هذا الضابط يمثل اهتمام العلماء بتنبيه المستفتي إلى عدم الاعتماد على الفتاوى الجاهزة أو المعلبة، أو المكررة ولو اختلف بعض الشيء ظروف النازلة من حالة لأخرى وأطرافها، وإنما عليه أن يتحرى طريقه في الوصول إلى الفتوى التي تكون قد صيغت وصنعت بناء على ما سألته من سؤال، وما عرضه من تفاصيل وحيثيات، وألا يكون همه الحصول على فتوى من أي كان، وبأسرع وأسرع وسيلة ممكنة، وأقلها جهدا وتكلفة، تُحفظ له معها سرية شخصيته، وبها يضمن عدم معرفة المفتي إلا بما يطلعه عليه من تفاصيل الواقعة، فلا تُعرف شخصيته، ولا يشهر به أحد، ولا يُفتى له إلا بحسب ما يريد ويهوى.

ولهذا فقد حرص العلماء القدامى والمعاصرون على مراعاة المستفتي لهذا الضابط، وذلك بتحذيره من أخذ الفتوى من الكتب أو مواقع الانترنت أو القنوات الفضائية. وفيما يتعلق بالكتب فقد نبه الإمام القرافي المالكي المفتين على ذلك بالقول: إن من يأتيك طالباً للفتوى، فلا تحاكمه إلى المستقر في عرفك، أو المسطور في كتبك، فإن هذا جمود على المنقولات، وهو كما يصفه القرافي «خلل في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين»⁽⁸⁷⁾.

إذ ليس من الموضوعية وحسن الفهم والتطبيق في شيء اتخاذ فتاوى

(87) القرافي: الفروق، ج 1، ص 166.

صدرت في واقع فكري واجتماعي واقتصادي مختلف عما يعيشه طالب الفتوى، أصلا يطبق على كل ما يشابهها من وقائع ظهرت في واقع مغاير، فأصل الفتاوى أن تتعدد بتعدد السائلين، فيفصل منها لكل منهم ما يناسبه من حكم شرعي، يوافق أحواله وظروفه، وهذا يوجب أن يكون المفتي ابن بيئته، متحقق العلم بالعوادات والتقاليد والأعراف السائدة في ذلك المجتمع، ففتاوى الطلاق لا تستورد من خارج بيئة المستفتي، ولا تأتي معلبة جاهزة، لتطبق على كل صور الطلاق، ولو ظن البعض تطابق وقائعها رغم اختلاف أطرافها.

وفي وقتنا المعاصر والمتطور ظهرت طرق حديثة يستطيع بها المستفتي طلب الفتيا، والحصول عليها بمنتهى اليسر والسرعة والسهولة، ومنها الرجوع لمواقع الانترنت وبرامج الإفتاء في القنوات الفضائية، وهنا لابد من الإشارة إلى أنه لم تتفق كلمة العلماء المعاصرين حول صلاحية هذه الطرق الحديثة في الوصول للفتيا، ونستطيع القول أن آراءهم انحصرت في فريقين اثنين:

الأول يقر بصلاحية مواقع الانترنت وبرامج الإفتاء المرئية في تقرير الفتيا، ويعتمدون في تبرير ذلك على ما تتميز به هذه الطرق من سرعة وسهولة في الحصول على الفتيا، ويقدمون مثالا على ذلك بالزوجة التي يطلقها زوجها في ساعات متأخرة في الليل، وهو الوقت الذي لا يستطيع فيه التواصل مع أحد المفتيين مباشرة، لسؤله عن حكم ما جرى، فهنا

-كما يقرر أنصار هذا الفريق- تستطيع الزوجة الدخول على أحد مواقع الانترنت لتحصل على الفتوى التي تبحث عنها(88).

أما الفريق الثاني فإنهم لا يقرون بالمبرر الذي يقدمه أصحاب الفريق الأول، وهو السرعة والحاجة، إذا ليس من غايات المستفتي الحصول على الفتوى السريعة، إنما الحصول على الفتوى الصحيحة، والتي تمثل حكم الله سبحانه وتعالى في هذه الواقعة.

وبالنسبة لأنصار هذا الفريق فإن الفتوى تحتاج إلى إمام كبير بخصوصية كل مستفتي، ومراعاة ظروفه وأوضاعه وقصده من كل ما صدر عنه من قول وفعل، واستيعاب كل هذه المتطلبات لا يمكن تصوره إلا من المفتي الذي يجلس وجهاً لوجه مع مستفتيه من أجل سؤاله عن كل ما صغر وعظم، دون أي حائل أو مانع، بل إن الأمر في بعض الأحيان يتجاوز الحصول على الإجابات المباشرة إلى الاعتماد على طريقة كلام المستفتي، وحركات يديه، ونظرات عينيه من أجل القطع في أمر يكون للمفتي تردد بخصوصه(89).

كل هذه المزايا، بل والمتطلبات الأساسية في الحصول على الفتيا، لا يمكن أن تتوافر إلا بالمقابلة والمواجهة بين المفتي والمستفتي، ولا يمكن تصور تحققها في موقع الكتروني أو برنامج تلفزيوني، لا يعطي فيه للمستفتي إلا دقائق معدودة لعرض مسألته وشرحها.

(88) البريك: ص 23.

(89) ابن عبد العزيز المبارك: ص 545

ولا يخفي على أحد رجاحة الرأي الثاني، وقربه من خطورة منصب الإفتاء، وضرورة التحوط فيه، ولذا فإنه على المستفتي أن يتوجه إلى المفتي بشكل مباشر، ليضمن بذلك حصوله على الفتوى الملائمة لأوضاعه وأحواله، ولعل من الأمور التي أكدت رجاحة هذا الرأي ما ترتب على الإفتاء الفضائي من ظاهرة تضارب الفتوى وتعارضها⁽⁹⁰⁾، هذا التضارب والتعارض الذي هو نتيجة حتمية لتعدد المفتين علي شاشات الفضائيات واختلاف مرجعياتهم وتباين ثقافتهم وبيئاتهم.

وينبغي التنبيه هنا إلي أن هذا التعارض في الفتوي تظهر خطورته في فتاوى الطلاق بشكل ملحوظ، إذ من المتوقع أن يجد المستفتي المطلق نفسه أمام فتاوى متعارضة، منها ما يفتيه بدوام الزواج وعدم وقوع الطلاق، ومنها ما يفتيه بوقوع الفرقة وانحلال عقدة الزواج، ومنها ما يعتبر الطلاق قد وقع مرة واحدة، ومنها ما يعتبره ثلاثا.

وهذا التضارب في الفتوى الذي أحدثته القنوات الفضائية يرجع من وجهة نظرنا إلى مجموعة من الأسباب منها:

- عدم تأهل العديد من المفتين الذين يظهرون في تلك الفضائيات للفتوى، وذلك بالشكل الذي أوضحناه آنفا.

- سرعة هؤلاء المفتين في صياغة فتاويهم، وعدم تمهلهم في ذلك، بل نجدهم يجيبون على كل سؤال يطرح عليهم في كافة المواضيع الدقيقة

والمتنوعة، والتي يحتاج النظر فيها إلى رأي متخصصين في تلك المواضيع، ولذلك فالمتتبع لهذه البرامج نادراً ما يسمع من المفتي كلمة لا أدري، والتي هي الواقي من المزالق والمنجي من المهالك.

- عدم اعتبار هؤلاء المفتين على شاشات الفضائيات للمذاهب السائدة في البلدان المختلفة، فعدم معرفة المفتي للمذهب السائد في بلاد المستفتي قد يكون سبباً في إفتائه بأحكام متضاربة عما هو مستقر وثابت في بلد المستفتي، ولهذا نراه يعمد إلى ما رجح لديه من مذهبه ليفتي به لسائلين من بلدان استقرت بها مذاهب أخرى، إضافة إلى ذلك فإن الأمر يزداد خطورة وأهمية إذا ما كان موضوع السؤال يدور حول بعض المسائل التي نظمها المشرع الوضعي في بلد المستفتي بقوانين محددة، كمسائل الزواج والطلاق وآثارهما، ولاشك أن جهل المفتي بهذه القوانين سيؤدي حتماً إلى إمكانية تضارب هذه الفتوى مع صريح القانون.

ولذا فإننا نخلص إلى القول بأن على المستفتي أن يلتزم بالتوجه مباشرة إلى المفتين الموثوقين في بلده، وعليه تجنب اللجوء إلى هذه الوسائل المشار إليها آنفاً، وذلك لما يترتب عليها من مضار تعم المفتي والمستفتي، من اضطراب في الفتاوى وتضارب واختلاف بعضها مع البعض الآخر.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة نود التأكيد على أن الطلاق إنما شرعه الله استثناء علي أصل هو دوام عقد الزواج واستمراره، باعتباره الميثاق الغليظ والعقد المتين الذي يربط بين الزوجين، غير أن هذا الأصل قد تعثره ظروف وأوضاع تجعل اللجوء لهذا الاستثناء، وهو الطلاق والانفصال عين الرحمة والمصلحة وحسن الرأي ووجاهة النظر، ونظرا لخصوصية وأهمية الطلاق فقد أحاطه الله بأحكام غاية في الدقة والتحديد، الأمر الذي يجعل إحاطة المطلِّق بها أمرا غير متحقق في الغالب، وهذا الواقع هو ما أفسح المجال للمفتي لأن يكون هو المرشد لهذا المطلِّق لحكم الشرع في كل ما صدر عنه، مما يدخل في مسائل الطلاق.

ونظرا لخطورة الافتاء وأثره في دوام العلاقة الزوجية أو انهائها فقد اشترط العلماء في طرفي الفتوي، المفتي والمستفتي، عددا من الضوابط الضامنة لأن يؤدي كل منهما ما عليه من واجبات من أجل الوصول الي الفتوى الحق، ولذا فعلى المستفتي، الذي هو المطلِّق، أن يلتزم الصدق في كل ما يقوله، وأن ينقل للمفتي ما جرى بينه وبين زوجته بأمانة متناهية، وعليه ألا يتكتم عنه أمورا أو أن يخلق غيرها من أجل دفع المفتي إلى امضاء الطلاق أو العكس، كما ينبغي على المستفتي في نوازل الطلاق أن يبحث عن المفتي المؤهل للإفتاء في هذا الموضوع المهم والجلل، وألا يلجأ إلى بعض مصادر الفتوي التي لا يمكنها استيعاب خصوصية المطلِّق، وتفرد حالته عن سواه.

أما بالنسبة للمفتي فعليه قبل أن يلج إلى فتاوى الطلاق أن يكون مؤهلا لمنصب الافتاء، متسلحا بالأسلحة التي تؤهله لأن يرشد المستفتي إلى حكم الله في هذا الموضوع الدقيق صعب المورد، وهذا التأهل ما هو إلا مقدمة لضوابط أخرى مقيدة ومحددة لعمل المفتي، تتمثل في ضرورة مراعاة الوسطية والاعتدال في فتاوى الطلاق، وكذلك التزامه روح التيسير في كل ما يصدر عنه من فتاوى، وذلك من أجل التقليل من فتاوى الفرقة، والتوسع في المقابل في الافتاء باستمرار الزواج واستدامته، كلما وُجد إلى ذلك سبيلا.

ومن أجل أن يحقق المفتي غايات الاعتدال والتيسير عليه أن يكون في عمله قريبا من المستفتي، مراعيًا لخصوصيته، وتفرد أوضاعه، وتميز بيئته وظروفه، فلا يفتي بطلاق أو بدوام زواج إلا بعد استماع مطول واستفسار موسع بغية الوصول إلى الحكم الأقرب إلى شرع الله، ولذا نستطيع القول أن الفتوى في نوازل الطلاق ليست مجرد إخبار وإعلام أو إجابة لسؤال، إنما هي واجب ديني له قيوده وضوابطه التي متى تجرد عنها هذا العمل فإنه يتحول إلى إثم ومعصية، يتحمل وزرها كلا الطرفين، المفتي والمستفتي.

ثبت المصادر

- ابن أبي شيبه (عبد الله بن محمد): المصنف، تحقيق: حمد بن عبد الله الجمعة ومحمد بن إبراهيم اللحيان، ط1، مكتبة الرشد، السعودية، 2004م.

- أحمد وسام، <https://www.masrawy.com/islameyat/fata-wa-other/details/2018/12/20>

- الأشقر (محمد سليمان): الفتيا ومناهج الإفتاء، ط1، 1976م، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت.

- ابن أمير علي القنوي (قاسم بن عبد الله): أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق: يحيى حسين مراد، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004م.

- البخاري (محمد بن إسماعيل): صحيح البخاري، ط1، دار ابن كثير، دمشق- بيروت، 2002م.

- البريك (سعد عبد الله): فتاوى الفضائيات الضوابط والآثار، مؤتمر الفتوي وضوابطها، والذي عقده بمكة المكرمة المجمع الفقهي الإسلامي في رابطة العالم الإسلامي، خلال الفترة من 20-23 محرم 1430هـ.

- البورنو (محمد صدقي): الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996م.

- البوطي (محمد رمضان): أصول الفتوى الشرعية وخصائصها, مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية, المجلد 25, العدد الثاني.
- التهانوي (محمد علي): كشف اصطلاحات الفنون والعلوم, تحقيق: علي دحروج, مكتبة لبنان, بيروت, 1996م.
- الجروشي (سليمان محمد): أصول الفقه الإسلامي, ط4, 2014م.
- الجوهرى (إسماعيل بن حماد): الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية, تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار, ط4, دار العلم للملايين, بيروت, 1987م.
- حتمل (أيمن): المراحل التي تمر بها فتوى الطلاق,

<https://www.aliftaa.jo/ShowContent.aspx?Id=60#.XY9B-ZvlvblU>

- ابن حزم (علي بن أحمد): الإحكام في أصول الأحكام, تحقيق: أحمد محمد شاكر, دار الأفاق الجديدة, بيروت.
- ابن حمدان (أحمد بن حمدان بن شبيب): صفة الفتوى والمفتي والمستفتي, تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني, ط1, المكتب الإسلامي, بيروت.
- الخطيب البغدادي (أحمد بن علي): الفقيه والمتفقه, تحقيق: عادل بن يوسف العزازي, ط1, دار ابن الجوزي, 1996م.
- أبو داود (سليمان بن الأشعث السجستاني): سنن أبي داود, تحقيق: محمد



- محبي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا- بيروت.
- الراغب الأصفهاني (الحسين بن محمد): المفردات في غريب القرآن، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، ط1، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، 1412هـ.
- أبو زهرة (محمد): الأحوال الشخصية، ط8، دار القلم، القاهرة.
- السبكي (عبد الوهاب بن علي): الأشباه والنظائر في فقه الشافعية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت.
- السوسوة (عبد المجيد محمد): ضوابط الفتوى في القضايا المعاصرة، ط1، جامعة صنعاء.
- السيوطي (عبد الرحمن): الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة.
- الشاطبي (إبراهيم بن موسى): الموافقات في أصول الشريعة، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة.
- شبير (محمد عثمان): القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار النفائس، الأردن، 2007م.
- الشوكاني (محمد بن علي): إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق: أحمد عزو عناية، ط1، دار الكتاب العربي، 1999م.

- ابن الصلاح (عثمان بن عبد الرحمن الشهرزوري): أدب المفتي والمستفتي، تحقيق: موفق بن عبد الله بن عبد القادر، ط1، مكتبة العلوم والحكم، وعالم الكتب، 1407هـ-1896م.

- ابن عبد العزيز المبارك (محمد): مراعاة حال المستفتي، حوليات مركز البحوث والدراسات الإسلامية، السنة السابعة، العدد 19.

- ابن فارس (أحمد بن زكريا): معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، ط1، دار الجيل، بيروت، 1991م.

- الفيومي (أحمد بن محمد): المصباح المنير في شرح غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت.

- القاسمي (محمد جمال الدين): الفتوى في الإسلام، ط1، 1986م، دار الكتب العلمية، بيروت.

- القرافي (أحمد بن إدريس): الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، ط2، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 1416هـ-1995م.

- القشيري (مسلم بن الحجاج): صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط1، 1991م، دار إحياء الكتب العربية، دار الكتب العلمية، بيروت.

- ابن قيم الجوزية (محمد بن أبي بكر): اعلام الموقعين عن رب العالمين،



تحقيق وتعليق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، 2002م.

- ابن ماجه (محمد بن يزيد القزويني): سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية.

- المرتضي الزبيدي (محمد بن محمد): تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية.

- المناوي (عبد الرؤوف بن علي): التوقيف على مهمات التعاريف، ط1، عالم الكتب، بيروت، 1990م.

- ابن منظور (محمد بن مكرم): لسان العرب، ط3، دار صادر، بيروت، 1994م.

- ابن موسي (عبد الناصر): ضوابط الفتوي عبر الفضائيات، مؤتمر الفتوي وضوابطها، والذي عقده بمكة المكرمة المجمع الفقهي الإسلامي في رابطة العالم الإسلامي، خلال الفترة من 20-23 محرم 1430هـ.

- ابن نجيم (زين الدين): الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، 1980م.

- ابن نجيم (زين الدين): البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، دار الكتاب الإسلامي، بيروت.

- ابن الهمام (محمد بن عبد الواحد السيواسي): التحرير في أصول الفقه



الجامع بين اصطلاحى الحنفية والشافعية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1351هـ.

- النووي (يحيى بن شرف): آداب الفتوى والمفتي والمستفتي، تحقيق: بسام الجابي، ط1، دار الفكر، دمشق، 1408هـ.

- النووي (يحيى بن شرف): المجموع شرح المهذب، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، القاهرة.

- النووي (يحيى بن شرف): المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط2، دار إحياء التراث العربي، 1392هـ.

- الهروي الأزهري (محمد بن أحمد): تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، ط1، دار إحياء التراث العربي، 2001م.



التأثير المتبادل بين اتفاق التحكيم والحصانة التنفيذية للدولة (دراسة تحليلية مقارنة)

د. عزالدين أبوبكر علي اخريج⁽¹⁾

The mutual effect between the arbitration agreement and the state's executive immunity "Comparative analytical study"

Dr. Ezeddin Abubakr Ali Akrej

المخلص

لقد لعب التحكيم دوراً بارزاً في تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة أو الكيانات التابعة لها، والمستثمرين الأجانب، بيد أن الحصانة التنفيذية للدولة أثرت بشكل مباشر على التحكيم التجاري الدولي ومنعت تنفيذ أحكامه، مما دفع بعض الفقه إلى عدها عقبة رئيسية في طريق نجاح التحكيم التجاري الدولي وتطويره، حيث سعى البحث إلى تحليل التأثير المتبادل بين اتفاق التحكيم والحصانة التنفيذية في ضوء الآراء الفقهية والأحكام القضائية والاتفاقيات الدولية، للوقوف على أبعاده ومعالجة آثاره السلبية، وقد خلص البحث إلى أن الحصانة التنفيذية أصبحت نسبية، تقتصر على الأموال السيادية مثل البنوك المركزية والسفارات الأغراض العسكرية، وأقترح بعض التوصيات الرامية إلى إقامة توازن بين اتفاق التحكيم والحصانة التنفيذية.

الكلمات المفتاحية: اتفاق التحكيم، أهلية الدولة، الحصانة التنفيذية، الأموال السيادية.

(1) عضو هيئة تدريس بجامعة عمر المختار - ليبيا



Abstract

The Arbitration played a prominent role in settlement of investment disputes between state or its entities and foreign investors. However, the state's executive immunity had directly affected international commercial arbitration and prevented the execution of its awards. Which prompted some of jurists, to consider it as constituted a major obstacle to the success and development of international commercial arbitration. Therefore, the research sought to analyze the mutual impact between the arbitration agreement and executive immunity in the light of jurisprudence opinions, judgments, and international conventions, to know its dimensions, and treating its negative effects. The research concluded that the executive immunity has become relative that limited to sovereign funds non-commercial, such as central banks, embassies, and military purposes. Accordingly, the research has suggested some recommendations for establishing a balance between arbitration agreement and executive immunity.

Keywords: Arbitration agreement, State Eligibility, Executive Immunity, Sovereign Funds

المقدمة

لا غرو أن ارتياد الدولة ساحة النشاط الاقتصادي، وتبنيها الأنماط التعاقدية السائدة في مجال التجارة الدولية، واعتماد نظام التحكيم لفض المنازعات الناشئة عنها، جعلها ملزمة باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لإتمام العملية التحكيمية، وعدم التحلل منها إلا بموافقة المتعاقد معها⁽²⁾. وعلى الرغم من ذلك فإن الفقه يقدم قائمة طويلة من الحالات التي عارضت فيها الدول التحكيم، استنادا إلى حجج عدة، من بينها التمسك بحصاناتها القضائية والتنفيذية المستمدة من مبادئ السيادة والاستقلال المستقرة في القانون الدولي⁽³⁾، حيث تقتضي الحصانة القضائية عدم إخضاع المنازعات التي تكون الدولة أو إحدى الجهات التابعة لها لقضاء دولة أجنبية أو قضاء تحكيمي⁽⁴⁾؛ بينما تتيح الحصانة التنفيذية للدولة الامتناع عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها أو إيقاع الحجز على ممتلكاتها الموجودة فيدول أخرى⁽⁵⁾.

ونظرا لازدياد حالات تمسك الدول بحصاناتها التنفيذية في مواجهة أحكام التحكيم، فقد صنفها بعض الفقه ضمن أبرز العوائق المؤثرة على فاعلية التحكيم التجاري الدولي، وأنها تقف في طريق تطوره⁽⁶⁾، مما حدا

(2)- والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص 14.

(3) Lalive. p (1986), Some Threats to international investment arbitration , ICSID Review –Foreign investment law journal , No 26, p30.

(4)- مطاوع: ص 207.

(5)- خليل: ص 282.

(6)Uwaifo, Ifueko ,What is the Effect of the Defenses of State Immunity on the Enforcement of



ببعض القوانين إلى محاولة تهذيب مدلولها في مواجهة آليات التحكيم، وما استتبع ذلك من تطور مضطرد لاتجاهات هيئات التحكيم التجاري الدولي في هذا الصدد، مع استمرار محاولات بعض المستثمرين تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة لمصلحتهم ضد الدولة الليبية بشتى السبل.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في أن موافقة الدول النامية على اتخاذ التحكيم سبيلا لتسوية منازعاتها مع الشركات الأجنبية أدى إلى النيل من اختصاصها القضائي والتشريعي⁽⁷⁾، مما جعلها تتمترس وراء حصاناتها للتدخل من الآثار الناجمة عن هذه الاتفاقات، وبات مسلكها يثير حساسية مفرطة على الصعيد الدولي بسبب تداخل الاعتبارات القانونية والسياسية⁽⁸⁾.

ولئن كانت الدولة الليبية قد حرصت على اللجوء إلى التحكيم في أغلب تعاققاتها التنموية والاقتصادية المبرمة في العقد المنصرم، إلا أنها دأبت على الامتناع عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها من خلال التمسك بحصانتها التنفيذية، للحيلولة دون التنفيذ على أموالها، أو حتى إيقاع الحجز عليها⁽⁹⁾.

Arbitral Awards? "The Argentine Perspective" p14 ,available at www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/files.php? (last visited 19 May 2018)

(7)- سيد: ص 440.

(8) شيعان: ص 670

(9)- اخريج: ص 234.

وهذا ما دعانا إلى طرح التساؤلات الآتية: ما ماهية اتفاق التحكيم؟ وما مدى قدرة الدولة والأجهزة التابعة لها في التوقيع على اتفاق التحكيم؟ وما الآثار الإجرائية المترتبة على هذا الاتفاق؟ وهل يعد اتفاق التحكيم بمثابة تنازل عن الحصانة التنفيذية؟ وهل لا تزال الحصانة التنفيذية الملاذ الآمن الذي يحول دون تنفيذ الأحكام على للدولة الليبية؟

أهمية البحث:

تتجلى أهمية البحث في سعيه إلى إحداث توازن بين دور اتفاق التحكيم في تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الدولة، الواقعة على الحدود الفاصلة بين القانون الخاص والعام والدولي⁽¹⁰⁾، مع مراعاة حق الدولة في منع تنفيذ الأحكام على بعض ممتلكاتها من خلال تمسكها بالحصانة التنفيذية، وأثر كل ذلك على خرق التوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي الذي سعى منذ البداية إلى الإفلات من القضاء الوطني عن طريق إبرام اتفاق التحكيم⁽¹¹⁾.

منهج البحث:

لا ريب أن دراسة التأثير المتبادل بين اتفاق التحكيم والحصانة التنفيذية للدولة، يحتم علينا إتباع المنهج التحليلي المقارن، وذلك من خلال تحليل كل جزئية من جزئياته تحليلاً دقيقاً ومقارنتها بما ورد في القوانين المقارنة- الأمريكي، الانجليزي، الفرنسي، المصري- وأحكام القضاء والتحكيم والاتفاقيات الدولية، والآراء الفقهية.

(10)- المؤيد: ص 152.

(11)- راشد: ص 19.



وعلى هدى ما تقدم قمنا بتحديد مفهوم اتفاق التحكيم، وأهلية إبرامه، من قبل الدولة والآثار الإجرائية المترتبة عليه، في مبحث تمهيدي، ثم تطرقنا إلى ماهية الحصانة التنفيذية للدولة في مبحث أول، ولأثر اتفاق التحكيم على الحصانة التنفيذية في مبحث ثان.

المبحث التمهيدي

اتفاق التحكيم

ينصرف مفهوم التحكيم إلى قيام المتعاقدين بتكليف شخص أو هيئة بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقد والتزامهم بتنفيذ الأحكام، لهذا فإن الحديث عن اتفاق التحكيم يتطلب تحديد ماهيته والآثار الإجرائية المترتبة عليه، وفقا للسياق الآتي:

المطلب الأول

ماهية اتفاق التحكيم

سيقتصر الحديث في هذا المقام على بيان مفهوم اتفاق التحكيم وأهلية إبرامه.

الفرع الأول: مفهوم اتفاق التحكيم

لقد تكفلت المادة الثانية من اتفاقية نيويورك 1958م بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، بتعريف اتفاق التحكيم بأنه: «الاتفاق المكتوب

الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي تنشأ بينهم، بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية، المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم»، بينما عرفه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) لسنة 1985م في المادة السابعة بأنه: «اتفاق بين الطرفين على أن يحيل إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة سواء كانت تعاقدية أم غير تعاقدية».

ويبدو أن قوانين التحكيم الحديثة قد التزمت ذات النهج، نزولا عند دعوة الجمعية العامة للأمم المتحدة لإدراج قواعد الأونسيترال ضمن تشريعاتها الداخلية، حيث عرف المشرع المصري في المادة الأولى من قانون التحكيم لسنة 1994م اتفاق التحكيم بأنه: «اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة، عقدية كانت أو غير عقدية»⁽¹²⁾. وتتجه غالبية الفقه إلى تعريف اتفاق التحكيم على أنه: «اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل أو يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين»⁽¹³⁾.

ومن خلال التعريفات المتقدمة يتضح أن اتفاق التحكيم هو حجر الزاوية في العملية التحكيمية، حيث يتنازل بموجبه الأطراف عن حقهم في اللجوء إلى القضاء، مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر للفصل

(12)- سلامة: ص 133 .

(13)- بربري: ص 5. إسماعيل (محمد عبدالمعتمد): ص 365. الشيخ: ص 21.



فيه بحكم ملزم، حيث يضيفي هذا الاتفاق الشرعية على عمل هيئة التحكيم، ومنه تستمد وجودها، وبدونه لا يمكن أن يجري التحكيم أو يتم⁽¹⁴⁾.

ويندرج اتفاق التحكيم تحت صورتين هما شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، حيث يرد شرط التحكيم كبند من بنود العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق على العقد، ويتضمن اتفاق الأطراف على الفصل في أي نزاع قد يحدث بينهما حول تفسير العقد أو تنفيذه بواسطة التحكيم، وكأن الأطراف والحالة هذه قد استبقوا وقوع النزاع، واتفقوا على تسويته عن طريق التحكيم⁽¹⁵⁾، وقد أوردته المادة (739) من قانون المرافعات بقولها: «يجوز للمتعاقدين أن يشترطوا بصفة عامة عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين»⁽¹⁶⁾.

أما مشاركة التحكيم فإنها تنعقد عقب نشوب النزاع بين أطراف العلاقة التعاقدية، وقد أورد المشرع الليبي المشاركة في عجز المادة (739) من قانون المرافعات الليبي بنصها على أنه: «..يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بمشارطة تحكيم» وتتميز المشاركة بكثرة تفاصيلها؛ إذ ما قورنت بشرط التحكيم، لأنها تتضمن تحديدا دقيقا للنزاع⁽¹⁷⁾،

(14)- والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، ص339.

(15)- والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق: ص69

(16)- بعد شرط التحكيم أكثر شيوعاً من مشاركة التحكيم في الناحية العملية، حيث يرد فيما يزيد عن 80% من عقود التجارة الدولية. عبدالقادر: ص45.

(17)- نصت المادة (743) من قانون المرافعات الليبي على أنه: «يجب أن يحدد موضوع النزاع في مشاركة التحكيم أو أثناء المرافعة، ولو كان المحكمون مفوضين بالصلح، وإلا كان التحكيم باطلاً.»

وطريقة تعيين المحكمين، ومكان التحكيم، والقانون الواجب التطبيق(18)، كما لا تثبت مشاركة التحكيم إلا بالكتابة(19).

الفرع الثاني: أهلية إبرام اتفاق التحكيم

يشترط لصحة اتفاق التحكيم جملة من الشروط من بينها تمتع أطراف الاتفاق بالأهلية الكاملة لمباشرة التصرفات القانونية، ولكن عندما يدور الحديث عن أهلية الدولة والأجهزة التابعة لها لإبرام اتفاق التحكيم، فإن الأمر يثير التساؤل حول مدى قدرتها على إبرامه في ظل وجود قوانين تحظر عليها اللجوء إلى التحكيم؟

إذا ما أردنا تتبع المسألة في القانون الليبي فسنجد أن المشرع الليبي قد عمل على إبطال شرط التحكيم المدرج في العقود الإدارية(20)، حيث منع اللجوء إلى التحكيم بموجب القانون رقم 7 لسنة 1970م بشأن المنازعات الناشئة عن عقود الإدارة العامة(21)، إلا أنه أمام امتناع الشركات الأجنبية عن التعاقد مع الدولة الليبية حاول المشرع التخفيف من غلواء هذا الحظر، حيث أصدر القانون 1 لسنة 71م(22)، وأجاز بموجبه التحكيم في العقود

(18)- سلامة: ص 146.

(19)- المادة (742) من قانون المرافعات الليبي.

(20)- وهو ذات المسلك الذي اتبعته بعض دول أمريكا اللاتينية للتضييق من نطاق التحكيم، ومنها نيكاراغوا وكوبا وبوليفيا وفنزويلا والإكوادور، والتي أعلنت عن اتخاذ تدابير تهدف إلى الحد من لجوء المستثمرين إلى التحكيم عن طريق تعديل بعض الأحكام التشريعية، والانسحاب من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى.

Emmanuel Gaillard, Anti-Arbitration Trends in Latin America, New York Law Journal Vol 239, No. 108, JUNE 5, 2008, p5 available at www.shearman.com/files/Publication

(21)- صدر القانون بتاريخ 1970/7/14، الجريدة الرسمية، العدد رقم 46 لسنة 1970.

(22)- الجريدة الرسمية، العدد رقم 71 لسنة 1971.



الإدارية، نزولا عند حالة الضرورة التي يقدرها الوزير المختص، إلى أن تراجع عن هذا المسلك بموجب القانون رقم 149 لسنة 1972م⁽²³⁾. ولكن بعد صدور لائحة العقود الإدارية بتاريخ 6 مايو 1980م عاد المشرع الى تقييد اللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة مع الشركات الأجنبية وقصره على حالة الضرورة (المادة 99). واستمر حال المشرع الليبي في التارجح بين منع التحكيم في العقود الإدارية أو أبحاثه بشروط⁽²⁴⁾، وإذا كان هذا هو حال المشرع الليبي فما موقف الاتفاقيات الدولية؟

لقد تركت الاتفاقيات الدولية المجال فسيحا أمام الدول لتحديد الأهلية المطلوبة لإبرام اتفاق التحكيم، فاتفاقية نيويورك لسنة 1958م بشأن الاعتراف بتنفيذ الأحكام الأجنبية لم تتضمن نصوصا تتعلق بأهلية الدولة والأشخاص العامة التابعة لها. غير أن الرأي الراجح في الفقه يتجه إلى استيعاب الاتفاقية لاتفاقيات التحكيم المبرمة عن طريق الدولة والأشخاص العامة التابعة لها، فهي لم تضع قيوداً تحدد أطراف اتفاق التحكيم الخاضعة لأحكامها، وترك الخيار للدولة لتحديد أهلية المؤسسات في إبرام الاتفاق على التحكيم المادة (1/5)⁽²⁵⁾.

وفي ذات السياق أرجعت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري لسنة 1961م أهلية الدولة في إبرام اتفاق التحكيم إلى قانون الدولة نفسها، حيث نصت المادة (1/2) على أنه: «يجوز للأشخاص المعنوية، التي تعتبر وفقاً للقانون الواجب التطبيق عليها من أشخاص القانون العام، أن

(23)- الجريدة الرسمية، العدد (55) لسنة 1972م.

(24)- اخريج: ص 218 وما بعدها.

(25)- سامي: ص 119.

تعقد اتفاقات تحكيم صحيحة»، وهذا ما قرره المادة (1/25) من اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات لسنة 1965م بقولها: (يشمل اختصاص المركز المنازعات القانونية التي تنشأ بين دولة متعاقدة أو أحد الأشخاص التابعة لها وأحد رعايا الدول الأخرى المتعاقدة، والتي يكون لها علاقة مباشرة بالاستثمار، إذا ما اتفق الأطراف كتابة على الخضوع للمركز...)⁽²⁶⁾.

وعلى الرغم مما ذكر آنفا يقدر بعض الفقه أن لحظة إبرام الاتفاق تعد النقطة المحورية التي تؤدي إلى وجود صعوبات جمة، ليس أقلها تنكر الدولة لاتفاق التحكيم ذاته⁽²⁷⁾، ناهيك عن وجود بعض الحالات التي يصعب فيها التمييز بين صفة الدولة كطرف متعاقد وكونها مجرد سلطة وصائية، مما قد يخلق لبساً حول الصفة التي تتمتع بها الدولة عند توقيعها على العقد المتضمن شرط التحكيم، فإذا ما أقدمت إحدى الجهات التابعة للدولة على إبرام اتفاق التحكيم، فقد تتمسك الدولة لاحقاً بعدم وجود تعهد صادر عنها بقبول شرط التحكيم، لأن التوقيع على الاتفاق كان عن طريق أحد الأجهزة التابعة لها، والمستقلة عنها من الناحيتين القانونية والمالية⁽²⁸⁾.

(26)- صالح: ص 303 وما بعدها .

(27)- خالد : ص427.

(28)- وهذا ما حدث بالفعل في القضية المرفوعة من شركة Grace Petroleum Libya ضد الدولة الليبية، حيث دفعت الأخيرة بعدم جواز النظر في الدعوى، لأنها لم تكن طرفاً في الاتفاق الذي تم بموجبه اللجوء إلى التحكيم، بينما تمسكت الشركة بامتداد اتفاق التحكيم إلى الدولة الليبية، ومن جهتها ردت المحكمة على مسألة امتداد اتفاق التحكيم إلى الدولة الليبية في حكمها النهائي الصادر بالإجماع بتاريخ 18 ديسمبر 1995م بقولها: «إن الشركة لم تتمكن من إثبات قبول الدولة الليبية لشرط التحكيم الوارد في المادة (5) من الاتفاق».

El-Kosheri, Ahamed Sadek, (2007) International arbitration and petroleum contracts, Vol IV /Hydrocarbons: Economic, Policies & Legislation. P892.

Available at <http://www.google.com.sa/search?> (last visited 10 April 2018).

المطلب الثاني

الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم

يعد اتفاق التحكيم عقدا كسائر العقود يخضع لمبدأ القوة الملزمة للعقود، ومن ثم لا يجوز لأي من أطرافه اللجوء إلى القضاء أو التحل منه إلا بموافقة الطرف الآخر، حيث يقع على عاتقهم اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لتمكين الهيئة التحكيمية من الفصل في النزاع، ويتفرع عن هذا الالتزام أثرين إجرائيين، يتمثلان في استبعاد اختصاص القضاء، وتركيز الاختصاص أمام هيئة التحكيم للفصل في اختصاصها، نستعرضها وفقاً للسياق الآتي:

الفرع الأول: الأثر المانع (استبعاد اختصاص القضاء الوطني)

لعل الأثر الأبرز الذي يترتب على اتفاق التحكيم هو نقل النزاع من ولاية القضاء الوطني إلى ولاية المحكمين، حيث يتحقق هذا الأثر الإجرائي بغض النظر عن الصورة التي يتخذها الاتفاق، سواء كانت شرطاً أم مشاركة، ومن ثم إذا لجأ أحد الأطراف إلى القضاء جاز للطرف الآخر التمسك بسبق الاتفاق على التحكيم⁽²⁹⁾، وتعد هذه القاعدة من القواعد الراسخة على الصعيدين الوطني والدولي⁽³⁰⁾، ولا يشترط لإعمالها مباشرة

(29)- دباس : ص365.

(30)- فعلى سبيل المثال نصت المادة (1458) من قانون المرافعات الفرنسي على أنه: «1- إذا رفع النزاع المعروض على محكمة التحكيم بموجب اتفاق تحكيم على القضاء الوطني، وجب على القاضي أن يقرر عدم اختصاصه» وهو ذات ما تضمنته المادة (1/8) من القانون النموذجي للتحكيم بقولها: «على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم، أن تحيل الطرفين إلى التحكيم، إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه». راشد: ص 442

إجراءات التحكيم قبل اللجوء إلى القضاء، فهي منبثقة عن اتفاق التحكيم، إلا أنه يتعين على المحكمة قبل الفصل في الدفع التثبت من صحة هذا الاتفاق(31).

وصفوة القول إن قاعدة عدم اختصاص القضاء بنظر النزاع المتفق بشأنه على التحكيم، لا تعني انفصام عرى العلاقة بينهما؛ حيث تضطلع المحاكم بدور مهم في مختلف أطوار العملية التحكيمية، فقد يتم اللجوء إليها عند بدء الخصومة للمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم، أو أثناء نظر النزاع في مرحلة جمع الأدلة، أو لاستصدار أوامر تحفظية، فالأثر المانع لاتفاق التحكيم يقتصر على المنازعات الموضوعية المتفق بشأنها على التحكيم، ولا يشمل الإجراءات التحفظية المرتبطة بها، والتي ينعقد الاختصاص بنظرها لقضاء الدولة(32).

الفرع الثاني: الأثر المانع (اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها)

يترتب على اتفاق التحكيم التزام الأطراف بعرض النزاع الذي نشأ بينهم على هيئة التحكيم، ولكن قد يمتنع أحد الأطراف عن إتمام العملية التحكيمية مستندا إلى عدة أسباب، كبطلان العقد الأصلي، أو بطلان اتفاق التحكيم، أو تجاوز المسألة نطاق اختصاص الهيئة التحكيمية، وذلك بهدف وما بعدها.

(31)- شفيق: ص200.

(32)- ولئن كان قانون المرافعات الليبي لم يتضمن هذه القاعدة، إلا أن المحكمة العليا انتهت في حكمها الصادر بجلسة 1995/6/25م إلى تبنيها حينما ذهبت إلى القول: «إنه بمقتضى نص المادة (739) من قانون المرافعات لا يجوز للخصوم النزول عن حق الالتجاء إلى القضاء، واشتراط عرض ما قد ينشأ بينهم من نزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين، وأنه متى نزل الخصم بإرادته عن حق الالتجاء إلى القضاء تكون الدعوى قد فقدت شرطاً من شروط قبولها مادام شرط التحكيم قائماً». أعبودة: ص65.



عرقلة إجراءات التحكيم. وهنا يثور التساؤل عن الجهة المختصة بالفصل في اختصاص هيئة التحكيم، فهل ينعقد الاختصاص للفصل في هذه المسألة للقضاء؟ أم تُسند هذه المهمة للمحكّمين أنفسهم؟

في الواقع انفراد القضاء بتقرير اختصاص هيئة التحكيم سيؤدي إلى نشوء مشاكل قانونية، ترتبط بتنازع قواعد الاختصاص القضائي، قد تعرقل إجراءات التحكيم، حيث يتحقق هذا الفرض عملياً عند اعتراف إحدى الدول المعنية بالنزاع باختصاص القضاء في تقرير اختصاص المحكم، بينما تمنحه الدولة الأخرى للمحكم، فيكون هذا الأخير غير معني بما سيصدره القضاء بهذا الشأن، وهذا مدعاة إلى حدوث التصادم بين الأحكام⁽³³⁾.

لهذا فإن العمل يجري على منح المحكم أحقية البحث في اختصاصه، فإذا تبين له صحة اتفاق التحكيم أعلن اختصاصه بنظر النزاع، إما إذا تبين له عكس ذلك قضى بعدم الاختصاص، وهذا بالطبع يؤكد اختصاص المحكم الأصيل في البت في مسألة اختصاصه، إلى جانب اختصاصه الذي اكتسبه من اتفاق التحكيم بالفصل في النزاع الناشئ عن العقد⁽³⁴⁾.

ولقد تم تقنين هذا المبدأ في الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري لسنة 1961م بموجب المادة (3/5)، والتي جاء فيها: «مع مراعاة الرقابة القضائية المنصوص عليها في قانون القاضي، لا يجوز للمحكم الذي نُوزع في اختصاصه التخلي عن خصومة التحكيم، حيث يتمتع بسلطة الفصل في اختصاصه، وفي مسألة وجود أو صحة اتفاق التحكيم، أو صحة العقد

(33)- أبوزيد: ص 361 وما بعدها.

(34)- صالح: ص 146.

الأصلي الذي أدرج فيه هذا الاتفاق». كما ورد هذا المبدأ أيضا في المادة (1/16) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري، حيث جاء فيها: «لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته...».

ولقد دأبت هيئات التحكيم على ترسيخ مبدأ الاختصاص بالاختصاص، حيث أكد المحكم دبيوي في قضية تكساكو ضد الدولة الليبية، بعد دراسته لمذكرة الأخيرة التي سعت من خلالها إلى رد اختصاصه، فقام بتفسير نص المادة الثامنة والعشرين البند الخامس من ملحق قانون النفط على النحو الآتي: «يكون تطبيق أحكام هذا البند وبيان الإجراءات الواجب إتباعها في التحكيم بقرار يصدر من المحكمين أو الرئيس.. أو من المحكم المنفرد، على أنه للمحكم وحده الفصل في مسألة اختصاصه بالنظر في النزاع الناشئ بين ليبيا وشركتي كاليفورنيا الآسيوية للنفط وتكساكو لما وراء البحار»⁽³⁵⁾.

المبحث الأول

الحصانة التنفيذية

مما لا مرأى فيه وقوع حصانات الدول ورؤسائها وممثليها الدبلوماسيين ضمن دائرة المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام، حيث تستمد وجودها من فكرة السيادة والاستقلال والمساواة بين أعضاء الأسرة الدولية، أو استنادا إلى متطلبات التعايش المشترك، أو قواعد المجاملة

(35)-Arbitration between the Government of Libya and Texaco,19 January 1977, International Legal Material , vol.17, January 1978.p9.



والأعراف الدولية⁽³⁶⁾، وما دُمننا بصدد الحديث عن الحصانة التنفيذية فإن الأمر يستدعي بيان مجالها وعلاقتها بالحصانة القضائية، وحصر نطاقها بين الإطلاق والتقييد، على النحو الآتي:

المطلب الأول

ماهية الدفع بالحصانة التنفيذية

لإيضاح ماهية الدفع بالحصانة التنفيذية يتعين علينا تحديد مجالها، وإظهار علاقتها بالحصانة القضائية، وفقاً للسياق الآتي:

الفرع الأول: مجال الدفع بالحصانة التنفيذية

الدفع بالحصانة التنفيذية عبارة دفع تبديه الدولة لعرقلة إجراءات التنفيذ التي يريد المحكوم له اتخاذها ضد الدولة، فهي تستطيع رفض إصدار أمر تنفيذ الحكم لمنع دائئها من التنفيذ على أموالها جبراً⁽³⁷⁾. وبحسب ما يجري عليه العمل فإن هذا الدفع يشمل جميع الإجراءات التحفظية، بما فيها الحجزات التحفظية⁽³⁸⁾، والتي تعد مقدمة ضرورية لاستكمال إجراءات التنفيذ الجبري، ويسري عليها ما يسري على الإجراءات التنفيذية⁽³⁹⁾.

وهذا ما قرره اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بحصانات الدول لسنة 2004م، والتي لم تقصر الحصانة على التنفيذ بالمعنى الحرفي للكلمة، بل

(36)- عثمان: ص 16-17.

(37)- صالح: ص 316

(38)- عبد الرحمن: ص 193 وما بعدها.

(39)- عثمان: ص 399.

جعلتها تشمل كل الإجراءات الوقتية والأوامر التحفظية، السابقة على الحكم واللاحقة عليه، شريطة وجود اتفاق دولي، أو اتفاق على التحكيم، أو عقد، أو إعلان أمام المحكمة أو برسالة خطية، بعد نشوء نزاع بين الطرفين، متى كانت الدولة قد خصصت أو رصدت ممتلكات للوفاء بالطلب موضوع تلك الدعوى(40).

بيد أن قانون الحصانة الأمريكي الصادر سنة 1976م قد نحى منحى آخر، للترقية بين الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية، حيث منع اتخاذ أي إجراء تحفظي ضد الدولة والأجهزة التابعة لها، ما لم تتنازل عن ذلك بشكل صريح، وأجاز في الوقت ذاته التنفيذ على أموال الدولة متى كانت مخصصة للنشاط الذي اتخذت المطالبة بشأنه(41).

وقد تواتر القضاء المقارن على تطبيق هذا النهج، ففي إحدى أحكامها انتهت محكمة النقض الفرنسية إلى أن الحصانة التنفيذية المقررة استنادا إلى المبادئ السائدة في القانون الدولي لا يمكن استبعادها، إلا إذا كانت الأموال المطلوب توقيع الحجز عليها مخصصة لنشاط اقتصادي أو تجاري، يرتبط بالقانون الخاص الذي يستند إليه الطلب القضائي(42).

ولكن تظل عملية التفرقة بين النشاط السيادي والتجاري للدولة ليست

(40) - المواد (19/18) من الاتفاقية.

(41)- Foreign. Sovereign. Immunities Act of 1976.

Available at <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-90/pdf/STATUTE-90-Pg2891.pdf>

((last visited 19 May 2020

(42)- إسماعيل (هشام محمد): ص 837.



سهلة كما نتصور، وهذا ما دعا بعض الفقه إلى وضع آليات ومناهج لتحديد أنشطة الدولة السيادية، حيث ركز بعضها على طبيعة هذه الأنشطة، بينما ركن البعض الآخر إلى الغرض المخصص لهذه الأنشطة والوسيلة التي تم استخدامها من أجل القيام بهذا العمل في كل حالة على حدة(43).

الفرع الثاني: العلاقة بين الحصانة التنفيذية والحصانة القضائية

لقد كانت الحصانة بنوعها بادئ الأمر مطلقة، فلم يكن من الجائز إجبار الدولة على الامتثال أمام القضاء الأجنبي أو التنفيذ على أموالها، غير أن هذا الإطلاق بدأ يتقلص تدريجياً بعد الحرب العالمية الأولى، بسبب توسع أنشطة الدول الاقتصادية، ودخولها مع الأفراد في صفقات تجارية، حيث قررت بعض القوانين التخفيف من غلواء هذا المبدأ، وحصرت تطبيقه في الأنشطة المتعلقة بسيادة الدول(44).

ولئن اتفقت الحصانتان -التنفيذية والقضائية- من حيث التنظيم واستهداف بعض أنشطة الدولة وأموالها، إلا أن آليات التمسك بها ليست واحدة، ففي الوقت الذي يجوز فيه للدولة الدفع بحصانتها القضائية أمام التحكيم والقضاء على حد سواء، فإن الحصانة التنفيذية لا تثار عملياً إلا أمام

(43)- حسين: ص 225 وما بعدها .

(44)- عقب إصدار الولايات المتحدة الأمريكية قانوناً سنة 1976م للحد من الحصانة بادر المشرع السنغافوري بتبني النهج عينه بموجب القانون الصادر عام 1979م، ولحق بركابه المشرع الباكستاني بموجب قانون عام 1981م والمشرع الكندي بموجب القانون الصادر سنة 1982م، والقانون الأسترالي الصادر سنة 1985م.

K I Vibhute, (1993) International Commercial Arbitration & State Immunity. Butterworth's, New Delhi. P13.

المحاكم المسئولة عن اتخاذ الإجراءات التحفظية أو تنفيذ أحكام التحكيم⁽⁴⁵⁾.

بيد أن هذا الاختلاف لم يمنع البعض من اعتبار الحصانة التنفيذية الوجه الآخر للحصانة القضائية، لأن سلطة التنفيذ تعد نتيجة طبيعية لسلطة القضاء، فإذا زال مانع التقاضي زال معه مانع التنفيذ⁽⁴⁶⁾.

وتطبيقاً لذلك قررت المحكمة العليا بسويسرا في القضية المرفوعة من شركة Liamco لتنفيذ قرار التحكيم الصادر ضد الدولة الليبية، أن الحصانة التنفيذية تعد نتيجة منبثقة عن الحصانة القضائية، وانتهت إلى إلغاء أوامر الحجز لعدم وجود صلة قانونية كافية (Internal relationship) بين الأموال الموجودة في البنوك السويسرية والقضية موضوع النزاع، ومجرد وجود مقر التحكيم في جنيف لا يعد كافياً⁽⁴⁷⁾.

ومجمل القول إن الحصانة التنفيذية لا تعد أثراً ولا نتيجة للحصانة القضائية، ففي الوقت الذي تهدف فيه الأخيرة إلى الحيلولة دون امتثال الدولة أمام القضاء الأجنبي منعاً لانتهاك سيادتها، فإن الحصانة التنفيذية تحول دون التنفيذ على أموالها، أو اتخاذ إجراءات تحفظية ضدها بما يهدد استقرار الحياة الدولية؛ إذ من الصعوبة بمكان، أيا كان الأساس الذي تستند إليه فكرة الحصانة- السيادة والاستقلال، المجاملة... إلخ- السماح لدائني

(45)- سيد: ص 464.

(46)- عبد الرحمن: ص 194

(47)-Reinisch, August, European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures .P804.

Viewed on 1-8-2018 at <http://www.ejil.org/pdfs/17/4/100.pdf>...



الدولة بتنفيذ أحكامهم جبراً، ما لم تتنازل صراحة أو ضمناً عن حصانتها التنفيذية⁽⁴⁸⁾.

وفي جميع الأحوال يجب ألا يفسر تنازل الدولة عن الحصانة القضائية على أنه تنازل عن حصانتها التنفيذية؛ إذ يمكن للدولة التمسك بهذه الأخيرة ضد إجراءات التنفيذ رغم تنازلها عن حصانتها القضائية⁽⁴⁹⁾.

ويبدو أن الاتفاقيات الدولية تسير في هذا الاتجاه، فالمادة (32) من اتفاقية فيينا للمعاهدات لسنة 1961م، قد نصت على أن: "التنازل عن الحصانة القضائية بصدد دعوى معينة لا يفيد التنازل عن الحصانة الخاصة بإجراءات التنفيذ"، وهو ما أكدت عليه المادة (20) من اتفاقية الأمم المتحدة لحصانة الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية لسنة 2004م بقولها: «لا يعتبر قبول ممارسة الولاية القضائية بموجب المادة (7) قبولاً ضمناً لاتخاذ الإجراءات الجبرية».

ولقد دأب القضاء المقارن على تبني التفرقة بين الحصانة التنفيذية والحصانة القضائية، ففي الحكم الصادر لمصلحة الشركة الأوربية للدراسات والمشروعات (SEEE) ضد الحكومة اليوغسلافية، والذي شرعت في تنفيذه على أموال الحكومة اليوغسلافية الموجودة في فرنسا، حيث لم يكن أمام هذه الأخيرة سوى الطعن على هذا الإجراء أمام محكمة الاستئناف، والتي قررت أن تنازل الحكومة اليوغسلافية عن حصانتها القضائية بموجب شرط

(48)- عثمان: ص 410.

(49)- الصادق، الحداد: ص 154.



التحكيم الوارد في العقد لا يطل الحصانة التنفيذية، وإن صدور أمر التنفيذ يعد من قبيل الأعمال التمهيدية اللازمة لاتخاذ الإجراءات التنفيذية⁽⁵⁰⁾.

المطلب الثاني

الحصانة التنفيذية بين الإطلاق والتقييد

لمعرفة نطاق الحصانة التنفيذية ومداهما بين الإطلاق والتقييد، فإن الأمر يتطلب استعراض الآراء الفقهية وأحكام القضاء والتحكيم في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الحصانة التنفيذية المطلقة

ترأى للبعض إطلاق العنان للحصانة التنفيذية، بحيث تستطيع الدولة التمسك بها حتى لو كانت العقود ذات طبيعة تجارية خالصة، لأن السماح باتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة الدولة قد يؤدي إلى إحداث خلل جسيم في العلاقات الدولية، مما دفع القضاء الفرنسي للنأي بنفسه عن إثارة الحساسية الدولية المترتبة على اتخاذ إجراءات جبرية أو تحفظية ضد أموال الدول الأجنبية، وتجنب المساس بسيادة الدول⁽⁵¹⁾.

ففي إحدى القضايا التي تتلخص وقائعها في استئجار شركة رأس الهلال للنقل البحري مطلع مارس 1979م السفينة Astor من شركة مرسيليا، لنقل أسلحة من بنغازي إلى ممباسا، مرورا بجبل طارق، لمساعدة نظام

(50)- إسماعيل (هشام محمد): ص 210.

(51)- عثمان: ص 16-17.



عيدي أمين في صراعه من أجل البقاء في الحكم، غير أن هذا النظام أسقط قبل وصول الأسلحة الليبية إليه، وفي طريق عودة السفينة محملة بالأسلحة توقفت في جنوب إفريقيا للتموين، وخضعت للتفتيش، وتم حجزها نظرا لعدم استيفائها المستندات المطلوبة من قبل السلطات الجنوب إفريقية. وقد اعتبرت شركة رأس الهلال إن شركة مرسيليا مسئولة عن احتجاز الشحنة، وبادرت إلى إيقاع الحجز على إحدى السفن الراسية في ميناء بنغازي، مما دفع شركة مرسيليا إلى عرض النزاع على محكمة التحكيم بلندن، وتقديم طلب على عريضة للقضاء الفرنسي للحجز على السفينة الليبية غات الموجودة في فرنسا، استيفاءً لدينها المقدر بسبعة ملايين وثلاثمائة ألف دولار. وفي المقابل تقدمت الشركة الوطنية للنقل البحري بطلب إلى القضاء الفرنسي التمسست فيه رفع الحجز التحفظي على السفينة غات، إلا أن طلبها قوبل بالرفض بتاريخ 20 سبتمبر 1984م، وتم الطعن على هذا الحكم أمام محكمة النقض، والتي قررت بدورها أن الحصانة القضائية للدول الأجنبية تحول دون نظر القضاء الفرنسي المنازعات المعروضة عليه في الأحوال التي تتحقق فيها الشروط الضرورية لإعمالها، هذا ما لم تكن الدولة قد تنازلت عنها. وانتهت إلى أن محكمة الاستئناف برفضها رفع الحجز على السفينة بسبب وجود مديونية على الدولة الليبية لصالح الشركة، قد خالفت قواعد القانون الدولي العام التي تحكم التعامل بين الدول⁽⁵²⁾.

وفي ذات السياق ذهبت محكمة النقض الفرنسية عام 1995م، في النزاع القائم بين شركتي ((Grands travaux d'afrique- becfreres

(52)- الصادق، الحداد: ص 146 وما بعدها.

وأحد الوزراء التونسيين، بسبب تحصلها على أحكام تحكيمية تلزم الدولة التونسية، بدفع مبالغ مالية، وسعت الشركتان إلى تنفيذهما بموجب الأوامر الصادرة عن رئيس محكمة باريس الابتدائية المؤيدة بالحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 1994/2/24م، حيث طعن الوزير التونسي على هذا الحكم أمام محكمة النقض طالبا إصدار أمر برفع القضية من الجدول طبقا للمادة (1/1009) من قانون المرافعات الفرنسي، حيث انتهت محكمة النقض بتاريخ 1995/3/14م إلى أن الحصانة التنفيذية تمنع إجراءات التنفيذ الجبري ضد ممتلكات الدول الأجنبية⁽⁵³⁾.

الفرع الثاني: الحصانة التنفيذية المقيدة

ذهب ليف من الفقهاء إلى القول إن الطبيعة المطلقة للحصانة التنفيذية تتعارض مع مبدأ حسن النية في تنفيذ عقود الدولة، فالمتعاقد مع الدولة تجابهه عقبات عدة، فما إن يخرج من عقبة الحصانة القضائية حتى يجد حصانة التنفيذ في انتظاره؛ ومن غير المتصور وجود فائدة لحكم التحكيم دون تنفيذه، ومع ذلك فقد ترددت أغلب الدول في البداية في تبني هذا الاتجاه، لأن اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد الدول من شأنه إحداث شرخ في العلاقات الدولية، يؤدي إلى عدم استقرارها⁽⁵⁴⁾.

(53)- عثمان: ص 401.

(54)- Reinisch,. Ibid, P 809

إلا أنه في أعقاب الأزمة الاقتصادية التي عصفت بالدول الصناعية مطلع أكتوبر 1973م، بسبب تنامي ظاهرة التأميم وارتفاع أسعار النفط في الأسواق العالمية، اتجهت بعض الدول إلى تقليص حصانات التنفيذ التي تستخدمها الدول المنتجة للبتروول ضد الأحكام الصادرة لصالح الشركات البتروولية، حيث أصدرت الولايات المتحدة الأمريكية عام 1976م قانوناً أجازت بموجبه التنفيذ على أموال الدول المخصصة للأنشطة التجارية، متى كانت محلاً للنزاع، أو مرتبطة بشكل مباشر بموضوع المطالبة القضائية⁽⁵⁵⁾. بينما أجازت بريطانيا، بموجب القانون الصادر سنة 1978م، التنفيذ على أموال الدول المخصصة للأنشطة التجارية، دون اشتراط وجود صلة بينها وبين المطالبة القضائية⁽⁵⁶⁾.

ولقد أتيح للقضاء الانجليزي التصدي لهذه المسألة، ففي إحدى القضايا التي تتلخص وقائعها في مباشرة شركة Tatneft الروسية، بتاريخ 21 مايو 2008م، إجراءات التحكيم ضد أوكرانيا، استناداً إلى اتفاقية الاستثمار الموقعة بين البلدين، مدعية فشل الدولة الأوكرانية في معاملتها معاملة عادلة ومنصفة، وفقاً لشرط الدولة الأكثر رعاية، الوارد في المعاهدة، حيث جاء الحكم لمصلحتها، واستصدرت أمراً بتنفيذه من القضاء الإنجليزي.

(55)- هندي: ص 393 وما بعدها.

(56)-The British Foreign Immunities Act of 1978.

Available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33> (last visited on 5 April 2020)



ومن جهتها طلبت الحكومة الأوكرانية بإلغاء الأمر القضائي الذي سمح للمستثمر الروسي Tatneft بتنفيذ حكم التحكيم ضدها، استناداً إلى قانون الحصانة الإنجليزي لعام 1978م، وبتاريخ 28 سبتمبر 2010م أصدرت المحكمة الانجليزية حكماً جزئياً، رفضت بموجبه الطلب، بمقولة إن أوكرانيا قد وافقت على عرض النزاع القائم مع المستثمر الروسي على التحكيم، استناداً إلى معاهدة الاستثمار الثنائية (الروسية - الأوكرانية)، ومن ثم فهي غير محصنة ضد إجراءات التحكيم. وفي حكمها النهائي الصادر بتاريخ 29 يوليو 2014م، خلصت المحكمة إلى أن أوكرانيا قد خرقت التزاماتها الواردة في برنامج FET، وأمرتها بدفع 112 مليون دولار والفوائد المقررة لشركة Tatneft ورفض ما عدا ذلك من طلبات(57).

وفي ذات السياق أقر البرلمان الفرنسي مطلع عام 2016م قانوناً عدل بمقتضاه القواعد المتعلقة بحصانة الدول الواردة في (المادة -111-L 1) من قانون إجراءات التنفيذ المدنية، حيث فرض هذا القانون على الطرف الذي تحصل على أحكام قضائية أو تحكيمية ضد دولة أجنبية استصدار إذن من القضاء قبل الاستيلاء على ممتلكات الدولة الأجنبية. وقد تكفلت المادة الأولى من هذا القانون بتحديد شروط منح إذن التنفيذ التي يتعين على القاضي مراعاتها، كموافقة الدولة الصريحة على تطبيق هذا الإجراء، وتخصيص العقار المعني للوفاء بموضوع الدعوى، وصدور الحكم ضد

(57)- Lain Maxwell & others, English Court rejects Ukraine's attempt to set aside enforcement order on grounds of state immunity, available at. <https://hsfnotes.com/arbitration/?c=sovereign-immunity>. (last visited 11 March 2020)



الأمالك غير المخصصة للمصلحة العامة، أو أن تكون ذات صلة بالكيان المقامة ضده الإجراءات.

وقد حصر هذا القانون الأصول السيادية غير التجارية في الحسابات المصرفية المستخدمة أو المزمع استخدامها لأداء المهام الدبلوماسية أو القنصلية للدول والأصول العسكرية والأصول التي تشكل جزءا من التراث الثقافي للدولة أو المتعلقة بمعرض ذي أهمية علمية أو ثقافية أو تاريخية غير معدة للبيع⁽⁵⁸⁾.

وعلى الرغم من الاتجاهات التشريعية والفقهية الحديثة التي تميل إلى تقييد الحصانة التنفيذية للدول، وحصرها في التصرفات السيادية، فإن هذا لا يعني عدم تمتع باقي الأموال بتلك الحصانة، وهنا مكنم الخطورة بالنسبة للمتعاقد الأجنبي الذي سيجابه بهذه العقبة بمجرد رفعه دعوى ضد الدولة⁽⁵⁹⁾.

(58)- Victor Grandaubert, France Legislation on State Immunity from Execution: How to kill two birds with one stone? Blog of the European Journal of International Law, Published on January 23, 2017. available at <https://www.ejiltalk.org/author/vgrandaubert/>.

See also, Hughes Hubbard & Reed LLP France tightens rules on state immunity , available at <https://www.lexology.com/library/detail.aspx>.

(59)- الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية، ص8. د. إسماعيل (رقية رياض): ص 196.

المبحث الثاني

أثر اتفاق التحكيم على الحصانة التنفيذية.

بمجرد حصول المتعاقد مع الدولة على حكم لمصلحته، فإنه يبادر إلى اللجوء إلى مؤسساتها للمطالبة بتنفيذه، أو قد يلجأ إلى مؤسسات دولة أخرى للمطالبة بتنفيذ الحكم على أموال الدولة الموجودة فيها، وهذا مدعاة إلى طرح التساؤلات الآتية: هل الدولة ملزمة بتنفيذ الحكم استناداً إلى اتفاق التحكيم بحيث يعد هذا الاتفاق تنازلاً عن حصانتها التنفيذية؟ وما جدوى إصرار الدولة الليبية على التمسك بحصانتها التنفيذية مع وجود اتفاق التحكيم؟

سننبري للإجابة على هذه التساؤلات على النحو الآتي:

المطلب الأول

دور اتفاق التحكيم في التنازل عن الحصانة التنفيذية

مما لا مرأى فيه أن الحصانة التنفيذية ميزة مقررة للدولة بموجب قواعد القانون الدولي، حيث تستطيع التنازل عليها متى شاءت بشكل واضح وصريح، ولكن قد تصعب المسألة عندما تشمل عقود الدولة على اتفاق التحكيم، فهل يعد هذا الاتفاق تنازلاً عن حصانتها التنفيذية؟.

لقد انقسم الفقه حيال هذه المسألة إلى اتجاهين، على النحو الآتي:



الفرع الأول: اتفاق التحكيم لا يعد تنازلاً عن الحصانة التنفيذية

يذهب بعض الفقهاء إلى أن اتفاق التحكيم يقتصر دوره على إسناد مهمة تسوية النزاع إلى هيئة التحكيم، فإبرام الدولة لاتفاق التحكيم لا يعنى تنازلها عن حصانتها التنفيذية، والقول بخلاف ذلك يتنافى مع التفرقة السائدة بين الحصانة القضائية والتنفيذية للدولة، وهذا بالطبع لا يحول دون إمكانية تنازل الدولة عن حصانتها التنفيذية بشكل صريح⁽⁶⁰⁾، وهو ما تضمنته المادة (55) من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965م (ICSID) التي جاء فيها: «إن انضمام الدولة إلى الاتفاقية لا يعنى تنازلها عن حصانتها-التي تتمتع بها طبقاً للقوانين الوطنية ضد تنفيذ حكم تحكيم، ومع ذلك يجوز إجراء هذا التنازل بمقتضى شرط صريح».

وقد استند أنصار هذا الرأي إلى حكم القضاء، في الدعوى المرفوعة من الشركتين (EURDOF & S.O.F.I.D.I.F) ضد الحكومة الإيرانية، التي تتلخص وقائعها في إبرام الحكومتين الإيرانية والفرنسية اتفاقيتين للتعاون في المجالات العلمية والفنية والصناعية، الأولى بتاريخ 27 يونيو 1974م، والثانية بتاريخ 23 ديسمبر 1974م، وتنفيذا لهما أقرضت الحكومة الإيرانية هيئة الطاقة النووية (C.E.A) مليار دولار، ضمنت الحكومة الفرنسية الوفاء بهذا المبلغ بتاريخ 23 فبراير 1975م. وبناءً على ذلك اتفقت هيئة الطاقة النووية والمنظمة الإيرانية للطاقة النووية على إنشاء شركة تخضع للقانون الفرنسي، تسمى اختصاراً (S.O.F.I.D.I.F)،

(60)- أبوزيد: ص 447 وما بعدها.

وينقل إليها جزء من حصص شركة ((EURDOF، وبذلك امتلكت المنظمة الإيرانية للطاقة 10% من رأسمال شركة ((EURDOF، وصار لها الحق في الاستحواذ على اليورانيوم المخصب من مصنع (TRICASTIN) المنشأ بموجب الاتفاقية.

وعقب إعلان الحكومة الإيرانية الجديدة عن رغبتها في وقف البرنامج النووي شرعت الشركتان في أعمال شرط التحكيم الوارد في العقد، وعن طريق رئيس محكمة باريس أوقعتا حجزاً تحفظياً على أموال هيئة الطاقة النووية (C.E.A)، وقد تم الطعن على هذا الأمر أمام محكمة استئناف باريس، والتي قامت بإلغائه، ورأت أن الدولة الإيرانية تتمتع بحصانة ضد التنفيذ، وأن اتفاق التحكيم لا يعد في حد ذاته تنازلاً عن الحصانة التنفيذية، فالتنازل لا يفترض، ولا يمكن استخلاصه إلا من خلال إرادة واضحة ومؤكدة، كما أن تخصيص الأموال للأغراض التجارية والاقتصادية يؤدي إلى طرح الحصانة التنفيذية جانباً⁽⁶¹⁾.

الفرع الثاني: اتفاق التحكيم يعد تنازلاً عن الحصانة التنفيذية

يرى الاتجاه الغالب في الفقه أن إبرام الدولة لاتفاق التحكيم يعد تنازلاً عن حصانتها التنفيذية، لأن قبول الدولة التحكيم سيكون فارغاً من محتواه في حال صدور حكم تحكيمي ضدها غير قابل للتنفيذ بسبب تمسكها بحصانتها التنفيذية، لأن فاعلية اتفاق التحكيم لا تتحقق إلا بتنفيذ حكم التحكيم⁽⁶²⁾.

(61)- مصطفى: ص372.

(62)- صادق، الحداد: ص150.



ولقد تواترت الأحكام الحديثة للقضاء الفرنسي على أن إبرام اتفاق التحكيم وقبول خضوع الدولة لقواعد التحكيم المؤسسي دون سواء يعد تنازلاً عن الحصانة التنفيذية، لهذا فقد ارتأينا اقتطاف حكمين منها على النحو الآتي:

Creighton Ltd v State of Qatar/1

وتتلخص وقائع هذه القضية في قيام شركة «كريتون» الأمريكية برفع دعوى ضد دولة قطر لتنفيذ ثلاثة قرارات تحكيمية صادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس، للمطالبة بأكثر من ثمانية ملايين دولار أمريكي، حيث حاولت الشركة اقتضاء التعويضات عن طريق الحجز على الأصول المملوكة لبنك قطر الوطني في أحد البنوك الفرنسية، وعندما عُرض الموضوع على محكمة استئناف باريس قررت بطلان الحجز، وأمرت بإلغائه، استناداً إلى تمتع دولة قطر بحصانة التنفيذ التي لم تنتازل عنها صراحة، كما لم يثبت لها أن الأصول محل الحجز كانت تتعلق بعمليات تجارية، أو أصولاً متعلقة بموضوع النزاع.

فضلا عن ذلك فإن شرط التحكيم لا يدل على تنازل الدولة القطرية عن حصانتها التنفيذية بشكل تلقائي، غير أن الشركة الأمريكية لم ترتض هذا الحكم، وطعن عليه أمام محكمة النقض، والتي ألغته بتاريخ 6 يوليو 2000م، ورأت إمكانية الحجز على الأصول استناداً إلى المادة (24) من قواعد غرفة التجارة الدولية، والتي جاء فيها: «1- يكون قرار التحكيم

نهائياً. 2- يلتزم الأطراف نتيجة إخضاع نزاعهم لتحكيم غرفة التجارة الدولية، بتنفيذ الحكم الصادر دون تأخير، والتنازل عن كافة طرق الطعن التي يجوز لهم اللجوء إليها قانوناً».

وانتهت محكمة النقض إلى أن حكم محكمة الاستئناف الذي قرر أن شرط التحكيم لا يعد تنازلاً تلقائياً عن حصانة الدولة التنفيذية قد جانبه الصواب، لأن مثل هذا التنازل يمكن الاستدلال عليه من خلال موافقة الدولة على التحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية التي قضت بأن يتم تنفيذ الأحكام الصادرة عنها دون تأخير من جانب الطرفين⁽⁶³⁾.

Congo of Republic. v Commisimpex /2

تتلخص وقائع القضية في حصول شركة كومي سيمبكس على حكمين من غرفة التجارة الدولية (ICC)، الأول في ديسمبر 2000م، والثاني كان في يناير 2013م، ضد جمهورية الكونغو الديمقراطية، حسمت بهما النزاعات المتعلقة بالديون المستحقة على الكونغو. وخلال عام 2011م حاولت الشركة تنفيذ الحكم الأول، والذي بلغت قيمته (167,652,461 يورو)، بأن حجزت على الحسابات المصرفية الدبلوماسية التي تحتفظ بها السفارة الكونغولية ووفدها لدى منظمة اليونسكو في باريس، إلا أن محكمة استئناف فرساي رأت أن التنازل عن حصانة التنفيذ يجب أن يكون صريحاً ومحدداً، متى تعلق الأمر بالصناديق الدبلوماسية، لأن تنازل الكونغو لم ترد

(63)- Alexis Blane, Sovereign Immunity as A bar to the Execution of International Arbitration Awards, P 472-473. Available at <http://www.law.nyu.edu/ecm>.



فيه الأصول الدبلوماسية.

وبدورها طعنّت الشركة على هذا الحكم أمام محكمة النقض التي قامت بإلغائه بتاريخ 13 مايو 2015م، وأحالت القضية إلى محكمة استئناف باريس للبت في مدى قانونية الاستيلاء، حيث سايرت هذه الأخيرة تعليل محكمة النقض، وقررت بتاريخ 30 يونيو 2016م أن التنازل يجب أن يكون صريحاً وغير محدد، ومن ثم أجازت للشركة توقيع الحجز على أموال السفارة الكونغولية والحسابات المصرفية لوفدها لدى اليونسكو⁽⁶⁴⁾.

المطلب الثاني

جدوى تمسك الدولة الليبية بالحصانة التنفيذية

على الرغم من التغيير الذي طرأ على مفهوم الحصانة التنفيذية في القوانين المقارنة، وتبني هيئات التحكيم والقضاء المقارن اتجاهات حديثة، نقلتها من مرحلة الإطلاق إلى التقييد، على النحو المبين آنفاً، إلا الدولة الليبية لا تزال تتمسك بالنهج القديم الذي لا يتماشى مع تلك التطورات،⁽⁶⁴⁾ تجدر الإشارة إلى أن دولة الكونغو لم ترتض هذا الحكم، وقررت الطعن عليه أمام محكمة النقض، لأن محكمة باريس عندما قررت أن التنازل عن الحصانة يجب أن يكون صريحاً فقط قد انتهكت اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية والقانون الدولي العرفي، ومن جانبها قررت محكمة النقض نقض حكم محكمة استئناف باريس وقرارها السابق في القضية، ورأت أن التنازل الصريح عن الحصانة لم يكن كافياً لإيقاع الحجز على الأصول الدبلوماسية، وبتاريخ 2018/1/10م قررت رفع الحجز على الحسابات المصرفية الكونغولية، لأن التنازل عن حصانة التنفيذ يجب أن يكون محدداً وصريحاً عندما يتعلق الأمر بالاستيلاء على الأصول الدبلوماسية.

Eloïse Glucksmann, Commisimpex. V Republic of Congo, American Journal of International Law/ Volume111/ Issue 2/April 2017, Published online by Cambridge University Press: 07 September 2017, pp. 453460- available at <http://international-litigation-blog.com/> (last visited 20 May 2020).

ونظرا لكثرة الأحكام الصادرة عن التحكيم التجاري الدولي ضد الدولة الليبية في الآونة الأخيرة، بسبب تداعيات ثورة فبراير، والتي سعي من خلالها المستثمرين إلى الحجز على أموال الدولة الليبية الموجودة في الخارج تنفيذاً لتلك الأحكام، والتي لم تألو الدولة تجاهها جهداً للحيلولة دون إيقاع الحجوزات عليها، تارةً من خلال تمسكها بحصانتها التنفيذية، وتارةً أخرى بالتركيز على طبيعة المال المحجوز عليه، وهذا ما دعانا إلى طرح التساؤل الآتي: هل من المجدي تمسك الدولة بحصانتها التنفيذية لمنع تنفيذ الأحكام أو اتخاذ الإجراءات التحفظية ضدها؟

إن الإجابة على هذا التساؤل لا تحتمل الكثير من التفكير، فأغلب الأنظمة القانونية باتت تحد من الحصانات التنفيذية للدول، بل إن القضاء المقارن والتحكيم التجاري الدولي يعدان هذا الدفع من قبيل الإجراءات المعرّقة لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، فلم يعد التمسك بنظرية المال العام السائدة في القانون الداخلي والحصانة التنفيذية يجديان نفعاً، ويكفي للتدليل على ذلك الاستشهاد بقضيتين تم تداولهما أمام القضاء الفرنسي والإنجليزي، وكانت الدولة الليبية طرفاً فيها، نستعرضهما على النحو الآتي:

.Al-Kharafi.v Libya& others /1

تتلخص وقائع القضية في حصول مجموعة محمد عبد المحسن الخرافي وأولاده للتجارة العامة والمقاولات والمنشآت الصناعية الكويتية على ترخيص من الهيئة العامة لتشجيع الاستثمار وشؤون الخصخصة الليبية بتاريخ 7 يونيو 2006م بموجب القرار رقم 135 لسنة 2006م



لإنشاء مشروع استثماري على أرض بمدينة طرابلس «تاجوراء»، بقيمة استثمارية بلغت (130) مليون دولار، ينفذ خلال سبع سنوات ونصف، ومدة الاستثمار (90) سنة، إلا أنه خلال عام 2010م سحبت «اللجنة الشعبية العامة» (سابقاً) المشروع من الشركة، وقررت بموجب قرارها رقم 203 لسنة 2010م إلغاء التخصيص والترخيص الممنوح لشركة الخرافي الكويتية، وبعد قيام ثورة فبراير لجأت الأخيرة إلى التحكيم إعمالاً للبند (29) من عقد الإيجار المبرم مع الدولة الليبية.

حيث قضت الهيئة التحكيمية بتاريخ 22 مارس 2013م بتعويض مجموعة الخرافي بما يقارب مليار دولار أمريكي، وقد تم الطعن على هذا الحكم من قبل الحكومة الليبية أمام محكمة استئناف القاهرة بموجب الدعوى رقم 39 لسنة 130 قضائية، وحكمت فيها بعدم الاختصاص بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم، ومن جهتها طعنت الدولة الليبية على هذا الحكم أمام محكمة النقض التي أصدرت حكماً بتاريخ 2019/12/10م نقضت به الحكم المطعون فيه، وأحالت دعوى البطلان إلى محكمة استئناف القاهرة للفصل في موضوعها من دائرة أخرى، حيث أصدرت الأخيرة حكماً ببطلان حكم التحكيم بتاريخ 2020/6/3م.

وما يهمننا في هذا الصدد هو محاولة شركة الخرافي تنفيذ الحكم الصادر لمصلحتها في فرنسا، حيث استصدرت أوامر بتنفيذه وإيقاع حجزات على أموال مملوكة للدولة الليبية عن طريق القضاء في أكثر

من مناسبة (65).

ففي الطعن المرفوع من مجموعة الخرافي ضد قرار قاضي التنفيذ الصادر بتاريخ 10 يوليو 2018م، بالإفراج الأموال الليبية المحجوزة لدى بنكي (سوسيتيه جنرال) والبنك الدولي العربي (BIA) بباريس، دفعت أمام محكمة استئناف باريس بأن الممتلكات المحجوزة ليست مشمولة بالحصانة التنفيذية، لأن الدولة الليبية تنازلت بشكل صحيح عن حصانتها بناءً على المادة (29) من العقد (8/2) من ملحق الاتفاقية المشتركة لاستثمار رؤوس الأموال العربية المادة (34/2) من النظام الداخلي للمركز الإقليمي للتحكيم في التجارة الدولية - القاهرة، كما أن اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 2004م بشأن حصانة الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية التي لم تدخل حيز النفاذ بعد، إلا أن فرنسا صادقت عليها، واقتبست بعض أحكامها في قانون الحصانة الجديد، الذي ينص على أنه لا يجوز اتخاذ أي إجراء قسري ضد الدولة إلا في حال وجود موافقة صريحة منها على تطبيق مثل هذه التدابير، أو وجود اتفاق دولي؛ أو اتفاق تحكيم أو عقد مكتوب.

(65) - تجدر الإشارة إلى أن القضاء المقارن لا يعتد بالأحكام الصادرة بإبطال أحكام التحكيم، ويكفي للتدليل على ذلك إيراد قضية Chromalloy، التي تتلخص وقائعها في توقيع وزارة الدفاع المصرية عقداً مع شركة أمريكية لتوريد معدات وتقديم خدمات ومعونات فنية لطائرات الهليكوبتر، إلا أن الشركة أخلت بالتزاماتها، ومن جانبها ألغت السلطات المصرية الاتفاق، مما دفع الشركة إلى أعمال شرط التحكيم الوارد في العقد، حيث قررت هيئة التحكيم إلزام الحكومة المصرية بدفع مبلغ تجاوز سبعة عشر مليون دولار للشركة، وقد طعنَت الحكومة المصرية على القرار بالبطلان أمام محكمة استئناف القاهرة، التي قضت بإبطال حكم التحكيم، إلا أن الشركة قامت بتنفيذ الحكم في فرنسا، بسبب عدم اعتداد القضاء الفرنسي بإبطال الحكم، مما دفع الجانب المصري للطعن على إجراءات تنفيذ الحكم أمام محكمة استئناف باريس، والتي أيدت دورها قرار التنفيذ، قائلة «إن حكم التحكيم الصادر في مصر يعتبر حكم دولي، وهو بهذه الصفة لا يندمج في نظامها القانوني، بحيث يظل قائماً بالرغم من بطلانه، والاعتراف به في فرنسا لا يخالف النظام العام الدولي». للمزيد يراجع الحداد، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة: ص 49 وما بعدها. حسن: ص 225.

ورأت المحكمة أنه لا يمكن تحليل التعهد المقدم من الدولة الليبية بتنفيذ قرار التحكيم فور صدوره تنازلاً صريحاً عن الحصانة التنفيذية؛ قبل فحص طبيعة الأموال، وما إذا كانت تستخدم لأغراض المنفعة العامة، ومدى صلتها بالكيان الذي رُفعت عليه الدعوى. وبإعمال قواعد القانون العرفي الدولي وقانون الحصانة الجديد، تبين للمحكمة أن هذه الأموال لا تُستخدم لأغراض المنفعة العامة غير التجارية، ومن ثم أوقعت الحجز على أموال المؤسسة لدى المصارف المذكورة⁽⁶⁶⁾.

General Dynamics United Kingdom Ltd v Libya/2

لقد أبرمت شركة جنرال ديناميكس عقداً مع دولة ليبيا عام 2008م لتوريد وتركيب أنظمة اتصالات للدبابات والعربات المدرعة للجيش الليبي، بقيمة خمسة وثمانين مليون دولار، وبعد نشوب النزاع بينهما باشرت الشركة إجراءات التحكيم أمام عرفة التجارة الدولية، وبتاريخ 5 يناير 2016م حكمت الهيئة للشركة بتعويض قيمته (£120.62، 114، 16)، واتجهت الشركة إلى تنفيذ الحكم في الولايات المتحدة، وأخطرت وزارة الخارجية الليبية بذلك في أبريل 2016م، إلا أنها لم تتابع إجراءات التنفيذ في الولايات المتحدة لعدم وجود أصول يمكن التنفيذ عليها، لهذا فقد سعت جنرال ديناميكس إلى تنفيذ حكمها في بريطانيا، استناداً إلى القسم (101) من قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1996م، حيث قامت بتقديم طلب تنفيذ حكم التحكيم بنفس الطريقة التي يصدر بها حكم أو أمر من المحكمة، دون الاعتداد بما نص

(66)--Al-Kharafi v .Libya and others, Judgment of the Paris Court of Appeal - 5 Sept 2019. Available at <https://jsumundi.com..>

عليه القسم (12/2) من قانون الحصانة 1978م، والذي جاء فيه "يجب تقديم أي أمر كتابي أو أي مستند آخر مطلوب تقديمه لاتخاذ إجراءات ضد دولة ما عن طريق إرساله من وزارة الخارجية إلى وزارة الخارجية في تلك الدولة".

ومن جهته لم يعتد القاضي Teare J بهذا القيد، واستغنى عنه بسبب الظروف الاستثنائية التي تمر بها ليبيا، وأصدر قراره بتاريخ 20 يوليو 2018م، وأجل تنفيذه بعد مضي شهرين، شريطة إبلاغ الجهات ذات العلاقة في ليبيا بحسب العناوين المحددة، وبعد ذلك يحق للشركة تنفيذ الحكم على الأموال التجارية المملوكة للدولة، طبقاً للقسم (13) من قانون الحصانة 1978م.

وإزاء ذلك تقدمت الدولة الليبية بطلب لإلغاء هذا القرار، بمقولة إن القاضي تغاضى عن آلية إبلاغها عن طريق وزارة الخارجية المنصوص عليها في القسم (12/2) من قانون الحصانة لسنة 1978م، وإن سلطة المحكمة في الاستغناء عن هذا الإجراء يجب ألا تمارس إلا في الظروف الاستثنائية، بموجب قانون الإجراءات المدنية، وهي غير متوفرة في واقعة الحال، وقد تبنى القاضي Males LJ وجهة نظر الدولة الليبية، وخلص إلى أن المحكمة ليس لديها سلطة الاستغناء عن الطريقة المنصوص عليها في القسم (12)، والمتمثلة في إخطار الدولة الليبية عبر وزارة الخارجية، التي تعد جزءاً من السلطة التنفيذية (جهاز الدولة المكلف بإدارة علاقات المملكة المتحدة مع الدول الأخرى ذات السيادة) وهي التي تقدر ما إذا كان



ينبغي إخضاع دولة أجنبية لولاية الإنجليزي.

وقد طعنت جنرال ديناميكس على الأمر القاضي برفض توقيع الحجز دون إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون الحصانة أمام محكمة الاستئناف، والتي بدورها ميزت بين فرضين، أولهما: مشاركة الدولة الأجنبية الكاملة في إجراءات التحكيم، وثانيهما رفضها المشاركة في إجراءات التقاضي أو التحكيم، حيث وجدت المحكمة أن الدولة الليبية قد شاركت في إجراءات التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية، ومن ثم لا يجوز لها التمسك بحصانة التنفيذ، وأن القاضي عندما استغنى عن شرط الخدمة كان تصرفه صحيحاً، لاسيما بعد تأكده على إبلاغ الأجهزة المسئولة عن تنفيذ الحكم، وقد لاحظت محكمة الاستئناف أنه في ظل الصراع الدائر في ليبيا قد يطول الوقت الذي تستغرقه أي خدمة رسمية من هذا القبيل، وأنه في حال سماح المحكمة بتخفيف قواعد الخدمة، فإنه يتعين منح الدول فترة من الزمن (عادة شهرين) للطعن في الأمر القاضي بإنفاذ قرار التحكيم⁽⁶⁷⁾.

ومن خلال سبر أغوار الأحكام المتقدمة نجدها قد دأبت على خلع الحصانة التنفيذية عن الأموال المملوكة للدولة، مع تمسكها بالتفرقة التقليدية بين الأموال المخصصة للمنفعة العامة والأموال المخصصة للأغراض التجارية، بحسب التحديد الوارد في القانون الأجنبي.

(67)- General Dynamics United Kingdom Ltd v The State of Libya court of Appeal (Civil Division) [2019], Case No: A4/2019/0283, 03/07/2019.

Available at doylesarbitrationlawyers.com.

وحيث إن أغلب أموال الدولة الليبية الموجودة في الخارج لا تقع ضمن دائرة الأموال العامة المخصصة للمنفعة العامة، وتدخل في دائرة الأموال التجارية، فإنه بات من السهل تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الدولة الليبية عليها، لأن أغلب النظم القانونية اتجهت إلى الحد من حصانات الدول التنفيذية، بل إن القضاء المقارن والتحكيم التجاري الدولي يعدان هذا الدفع من قبيل الإجراءات المعرقلة لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، فلم يعد التمسك بنظرية المال العام السائدة في القانون الداخلي والحصانة التنفيذية يجديان نفعاً، ومن ثم يتعين على الدولة إعادتها إلى حظيرة الأموال العامة عن طريق تخصيصها للمنفعة العامة تخصيصاً صريحاً وواقعياً⁽⁶⁸⁾.

لاسيما وأن كثيراً من الدول لا تتوانى عن حماية أموالها الموجودة بالخارج بثتى السبل، ولو اضطرها الأمر إلى وضعها في حسابات سفاراتها، أو في الحسابات التابعة للبنك المركزي، وذلك للاستفادة من بعض النصوص الواردة في القوانين المقارنة، كالمادة (1611) من قانون الحصانة الأمريكي لسنة 1976 م، والتي لم تجز الحجز على أموال البنوك المركزية والسلطات النقدية، تمثياً مع احترام السيادة المالية والنقدية للدول الأجنبية السائد عالمياً، وكذلك الحال بالنسبة للأموال المخصصة للأنشطة العسكرية أو الخاضعة لمراقبة سلطة عسكرية، وأملاك السفارات والبعثات الدبلوماسية والقنصلية وحساباتها البنكية الموجهة لتأمين سير هذه البعثات، حيث لا يستطيع الدائن والحالة هذه توقيع الحجز عليها، حتى وإن كانت

(68)- للمزيد حول شروط تخصيص المال للمنفعة العامة يراجع شبحا: ص302 وما بعدها.



ناتجة عن معاملات منبئة الصلة بسيادة الدولة(69).

(69)- Jeremy Ostrander (2004) The Last Bastion of Sovereign Immunity: A Comparative Look at Immunity from Execution of Judgments, Berkeley Journal of International Law, Vol. 22 Issue 3. September 2004 ,p568.

الخاتمة

ها قد بلغ البحث منتهاه، ووجب علينا أن نرجع إليه البصر ككرة أخرى لاستعراض نتائجه والتأكيد على توصياته، وذلك على النحو الآتي :

أولاً: النتائج

- يعد اتفاق التحكيم حجر الزاوية في العملية التحكيمية؛ إذ يتنازل بمقتضاه الأطراف عن حق الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر للفصل فيه بحكم ملزم.
- لقد اشترطت الاتفاقيات الدولية والقوانين المقارنة لصحة اتفاق التحكيم تمتع أطرافه بأهلية الأداء الكاملة في مباشرة التصرفات القانونية، حيث تردد المشرع الليبي بادئ الأمر في تخويل الجهات الحكومية إبرام اتفاقات التحكيم، إلا أنه سمح لها لاحقاً اللجوء إلى التحكيم بشروط.
- لم تتوقف محاولات الدولة الليبية الرامية إلى التحل من آثار اتفاقات التحكيم والأحكام الصادرة بمقتضاها، حيث وجدت ضالتها في الدفع بحصانتها التنفيذية لعرقلة إجراءات تنفيذ الأحكام و الحجز على أموالها.
- إن الحصانة التنفيذية تعد نسبية، مقيدة بنوع النشاط الذي تمارسه الدولة، وطبيعة ممتلكاتها، حيث يقتصر نطاق تطبيقها على الأنشطة والأموال المتعلقة بسيادة الدولة دون سواها.
- لقد تواتر القضاء المقارن والتحكيم التجاري الدولي، على أن مشاركة

الدولة في إجراءات التحكيم تحول دون تمسكها بالحصانة التنفيذية، وتنازلها عن الحصانة القضائية يؤدي بالتبعية إلى التنازل عن الحصانة التنفيذية.

• لم يضع القضاء المقارن شروطاً صارمة تحكم التنازل عن الحصانة التنفيذية، واكتفى بتغليظ شروط التنازل على الأصول الدبلوماسية دون سواها.

ثانياً التوصيات

- ضرورة احترام الدولة الليبية تعهداتها الممنوحة للمتعاملين معها، بما في ذلك شروط التحكيم الواردة في عقودها الاقتصادية والتنموية، لأن ذلك من شأنه تشجيع المستثمرين على العودة إلى البلاد لاستكمال مشاريعهم.
- يتعين على الدولة الليبية مواكبة التطور القانوني الحاصل في عقود الدولة، ونشر ثقافة التحكيم في الأوساط القانونية وأروقة الحكومة.
- حث الدولة الليبية على حماية أموالها الموجودة في الخارج من خلال الاستفادة مما تضمنته بعض الاتفاقيات الدولية والقوانين المقارنة، التي تمنع إيقاع الحجز على أموال البنوك المركزية، والسلطات النقدية، وأملاك السفارات والبعثات الدبلوماسية والقنصلية، والأملاك المخصصة لأنشطة عسكرية.

تم بحمد الله وتوفيقه

ثبت المصادر

أولاً-باللغة العربية

- أبو الوفا: (أحمد)، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، منشأة المعارف، ط 1983م.
- أبوزيد: (سراج حسين)، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2001م.
- اخريج: (عزالدين أبوبكر علي)، النظام القانوني للاستثمارات النفطية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018م.
- إسماعيل: (رقية رياض)، خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق بجامعة القاهرة، 2004م.
- إسماعيل: (محمد عبدالحميد)، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2003م.
- إسماعيل: (هشام محمد)، الحماية الدولية لقرارات التحكيم الأجنبية، دكتوراه جامعة عين شمس، ط 2010م.
- أعبودة: (الكوني)، أضواء على قواعد التحكيم في قانون المرافعات الليبي، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية القاهرة، عدد 25، أبريل/2001م.



- الحداد: (حفيظة السيد)، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، ط 2001م.

_____، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 2003م.

- الشيخ: (عبد الله عصمت)، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2003م.

- المؤيد: (محمد عبدالله)، التكييف القانوني لعقود الاستثمار النفطي في اليمن بالنظر إلى أطرافها وذاتيتها، مجلة الدراسات الاجتماعية، جامعة صنعاء، عدد (16) يوليو/ديسمبر 2003م.

- بربري: (محمود مختار)، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1999م.

- حسن: (طرح البحور علي)، الاختصاص القضائي الدولي بحكم التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط 2006م.

- حسين: (العيساوي)، الدفع بالحصانة القضائية والحصانة التنفيذية أمام القاضي والمحكم، دكتوراه جامعة الجزائر، 2015م.

- خالد: (هشام)، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 2006م.



- خليل: (أشرف محمد)، التحكيم في المنازعات الإدارية وآثاره القانونية، دار الفكر الجامعي، ط 2010م.
- دباس: (باسمة لطفي)، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2005م.
- راشد: (سامية)، دور التحكيم في تدويل العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1990م.
- سامي: (فوزي محمد)، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، ط 1997م.
- سلامة: (أحمد عبدالكريم)، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، ط 2006م.
- سيد: (نجلاء حسن)، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2004م.
- شفيق: (محسن)، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1997م.
- شيحا: (إبراهيم عبدالعزيز)، الأموال العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 2002م.
- شيعان: (فراس عبدالكريم)، أثر اتفاق التحكيم على الدفع بالحصانة



- القضائية، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، ع 5، ج 2018، م 1 .
- صادق: (هشام على)، الحداد (حفيظة السيد)، مبادئ القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، دار المطبوعات الجامعية، ط 2001 م .
- صالح: (أحمد مخلوف)، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2001م.
- عبدالرحمن: (عبد الحكيم مصطفى)، مشكلة الحصانة القضائية والحصانة ضد الإنفاذ في القانون الدولي، مكتبة النصر، القاهرة، ط 1991م.
- عبدالقادر: (ناريمان)، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1996م
- عثمان: (ناصر عثمان)، الدفع بالحصانة في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2006 م .
- مصطفى: (علاء محي الدين)، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، رسالة دكتوراه من كلية الحقوق بجامعة القاهرة، 2006م.
- مطاوع: (أحمد حسان)، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة، 1998م.
- هندي: (أحمد حلمي خليل)، عقود الامتياز البترولية وأسلوب حل منازعاتها، دار الفتحة للطباعة والنشر، الإسكندرية، ط 2013 م .



- والي: (فتحي)، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 2007م.

_____، الوسيط في قانون القضاء المدني، الكتاب الجامعي جامعة القاهرة، ط 2001م.

ثانياً-باللغة الأجنبية

-K I Vibhute, (1993) *International Commercial Arbitration & State Immunity*. Butterworth's, New Delhi.

-Alexis Blane, *Sovereign Immunity as A bar to the Execution of International Arbitration Awards*.

Available at. . <http://www.law.nyu.edu/ecm>.

-El-Kosheri, Ahamed Sadek, (2007) *International arbitration and petroleum contracts*. Vol IV /Hydrocarbons: Economic, Policies & Legislation.. Available At <http://www.google.com.sa/search>. (last visited 10 April 2018)

-Eloïse Glucksmann,(2017) *Commisimpex V Republic of Congo*. American Journal of International Law/Volume111/Issue 2/April 2017, Published online by Cambridge University Press: 07 September 2017. A available at. <http://international-litigation-blog.com>

-Emmanuel Gaillard ,(2008) *Anti-Arbitration Trends in Latin America*. New York Law Journal Vol 239,No. 108, JUNE5,2008.



A available at

www.shearman.com/files/Publication/...ac58.../IA_070208_03.

-Hughes Hubbard & Reed LLP, *France tightens rules on state immunity*.

Available at <https://www.lexology.com/library/detail.aspx>.

-Jeremy Ostrander, (2004) *The Last Bastion of Sovereign Immunity: A Comparative Look at Immunity from Execution of Judgments*, Berkeley Journal of International Law , Vol. 22 Issue 3. September 2004.

-Lain Maxwell & others, *English Court rejects Ukraine's attempt to set aside enforcement order on grounds of state immunity*. available at <https://hsfnotes.com/arbitration/?c=sovereign-immunity>

-Lalive P (1986), *Some Threats to international investment arbitration*, ICSID. Review –Foreign investment law journal, No 26 .

-Reinisch, *August*, *European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures* .P804 Available <http://www.ejil.org/pdfs/17/4/100.pdf>

-Uwaifo, Ifueko, *What is the Effect of the Defenses of State*



Immunity on the Enforcement of Arbitral Awards? “The Argentine Perspective”.

Available at www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/files.php (last visited 19 May 2018)

-Victor Grandaubert ,(2017) *France Legislation on State Immunity from Execution: How to kill two birds with one stone?*. Blog of the European Journal of International Law, Published on 23 January, 2017.

Available at <https://www.ejiltalk.org/author/vgrandaubert/>

-General Dynamics United Kingdom Ltd v The State of Libya, court of Appeal (Civil Division), Case No: A4/2019/028, 03/07/2019. Available at doylesarbitrationlawyers.com.

-Arbitration between the Government of Libya and Texaco,19 January 1977, International Legal Material vol.17, January1978.

-Al-Kharafi v .Libya and others, Judgment of the Paris Court of Appeal - 5 Sept 2019. Available at <https://jusmundi.com> .

Foreign. Sovereign. Immunities Act of 1976. Available at <https://www.govinfo.gov/content/pkg> (last visited 19 May 2020).

-The British Foreign Immunities Act of 1978. Available at <https://www.legislation.gov.uk> (last visited 5 April 2020)

المسؤولية عن الحوادث المرورية والآثار المترتبة

عليها في الفقه الإسلامي

Responsibility for traffic accidents and their implications for Islamic jurisprudence

د. سعد سُلَيْمَان سَعِيد الحَامِدِي⁽¹⁾

Dr. Saad Soleman Saeid Alhamedy

الملخص

المسؤولية عن الحوادث المرورية والآثار المترتبة عليها موضوع يحتاج إلى دراسة لمعرفة أحكامه الشرعية في النوازل المستجدة، بالرغم من أن المرور عبر الطرق قد عُرف منذ القدم، والنصوص الشرعية واجتهادات الفقهاء تناولت الكثير من الأحكام الشرعية في هذا الموضوع، فتناولت آداب المرور وحق الطريق وواجبات مستعملها وحقوقهم، وأحكام ما ينتج عن استعمال الطريق، إلا أن هاته النصوص وتلك الاجتهادات عالجت الموضوع وفقاً لواقعها آنذاك، تبعاً للوسائل المتوفرة وقتها؛ كأحكام الحوادث في الطريق باصطدام فارسين أو وثب الدابة على إنسان فقتلته، أو بحفر بئر أو بناء أو غرس، أو رمي حجر ونحو ذلك، فعلى من تكون الدية في القتل، ومن يتحمل الضمان في حالة وقوع الإلتلاف وحصول الضرر.

وفي هذا العصر ظهرت المركبات الثقيلة والخفيفة بأنواعها المختلفة، وأشكالها المتعددة، ففُرت البعید، وسهلت العسير، وقادها للأسف ممن لا قدرة له على القيادة بشكل سليم، أو برعونة أو طيش أو إهمال وتهور مفرط، فكثرت حوادث السير، وألحقت أضراراً جسيمة بالفرد والأسرة والمجتمع والدولة، وأدت إلى تَبْئُثِمْ أطفال أبرياء، وخسارة شباب أقوياء، وقتل شيوخ ضعفاء، وتَرْمُلِ نساء، وإصابات جسيمة

(1)- عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.



بالأبدان، وهدر للوقت والمال في العلاج والدواء، فوضعت أنظمة المرور لضبط السّير وسلامة الناس، فالخسائر البشرية والمادية جراء الحوادث ما يعادل خسائر حرب عسكرية طاحنة على أشدها.

كلمات مفتاحية: المسؤولية، الحادث، الضمان، الآثار، العقوبة.

Abstract

Responsibility for traffic accidents and their implications is a topic that needs to be studied to know its legal provisions in emerging events, despite the fact that traffic through roads has been known since ancient times, and the legal texts and jurisprudence of jurists, dealt with many of the legal provisions in this topic, It dealt with traffic etiquette, the right of the road, the duties of its users and their rights, and the provisions of what results from the use of the road. However, these texts and these jurisprudence dealt with the matter according to their reality at the time, according to the methods available at the time, such as the provisions of accidents on the road with the collision of two horsemen or jumping the tank against a person who killed him, or by drilling a well or Building, planting, or throwing a stone and the like. It is for the blood money to be killed, and the one who bears the guarantee in the event of damage and damage.

In this era, heavy and light vehicles of various types and various forms appeared. They filled the country and brought the distant closer, facilitated the difficult, and unfortunately he drove them from those who are unable to drive properly, or drove them recklessly, recklessly, negligently, and excessively recklessly. Individual, family, society and the state

.key words: Liability, accident, warranty, consequences, punishment

مقدمة

الحمد لله الذي شرع من الدين ما فيه سلامة العباد، وأوجب عليهم السعي بما يصلح البلاد، وحرّم عليهم ضروب الاستهتار والفساد، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، صان بشرعه الشريف النفس البشرية، وأكرمها، حرّم قتلها وإيذاءها، وأوجب حفظها ورعايتها، وفرض ما يضمن وقايتها وسلامتها، وأشهد أن محمداً عبد الله ورسوله، أقوم الناس في سيره، وأراهم لحقوق نفسه وغيره، وأشملهم بنفعه وخيره، ﷺ وعلى آله وصحبه أجمعين، والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد، فإنّ الله علينا نعمًا لا تعدّ ولا تحصى، وآلاء لا تحُدّ ولا تُستقصى، قال سبحانه: ﴿وَإِنْ تَعُدُّوا نِعْمَةَ اللَّهِ لَا تُحْصُوهَا﴾⁽²⁾، وإنّ مما أنعم الله به علينا في هذا العصر المركبات بكل أنواعها، فقد ملأت البلاد، وطوت الشاسع من المهاد، وأراح الله بها العباد، فقربت البعيد، وسهلت العسير، واختصرت الأوقات، وأعانت على الطاعات، فهي نعمة عظيمة وافرة، وآلاء واضحة ظاهرة، وقد منّ الله علينا لسيرها طرُقًا سهلة مُعبّدة، وشوارع للمرور مهيّدة، نعمة من الله وفضلًا، حيث تنافس أفراد المجتمع باقتناء العديد منها! فازدحمت الطُرق الصغيرة والكبيرة، وباتت الأحداث يملكونها ويقودونها بنسبة عالية؛ فزادت الحوادث وتنوعت، وأصبح الواحد منا يخرج من بيته ويودع أبنائه لا يعلم هل يعود لهم ثانية أم لا؟

وأصبحنا اليوم نسمع ونرى أرواحًا تزهق، ونساء تتزملن، وأسرا

(2) سورة إبراهيم: الآية 34.

تَفنى، وأطفالاً تُتَيَّم، وأمراضاً مُزمنة، وإعاقات مُستديمة، ومُنشآت تُهْدَم، ومُنجزات تُتَلَف، لذا يثور التساؤل عند كثير من الناس حول المسؤولية عن الحوادث المرورية والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي، وهل بُيِّت أحكامها وآثارها أو لا، وهل حددت مسؤولية قائد المركبة على أخطائه وتجاوزاته في الطُّرُق والأماكن العامة والخاصة أو لا؟

فالمركبات الآلية بأنواعها المختلفة، وبأشكالها المتعددة لها أهمية كبيرة لا يستغنى عنها في هذا الزمان وغيره، تظهر بصفة خاصة في قدرتها على إنجاز أعمال وتصرفات في وقت قياسي وجهد مثالي، فهذه النعم تَبقى وتزِيد، إذا استُعْملت الاستعمال السديد، ووُجِّهت التوجيه الجيّد الرّشيد .

ولعلّ من أبرز أسباب الكتابة في هذا الموضوع ما يلي :

1- يعد هذا الموضوع تنبيهاً لعظم خطر حوادث المركبات على السلامة المرورية، وتطوير دراسته وتكييفه مع ما حصل في هذا العصر من تقدم في التكنولوجيا ووسائل النقل المتنوّعة.

2- الابتلاء بالحوادث المرورية وكثرتها في هذا العصر وانتشارها بعد أن كانت نادرة في السابق، وبوسائل معهودة في زمانهم كركوب الخيل والبغال والحمير والجمال، واستعمالها في تنقلاتهم وقضاء مصالحهم.

3- بيان الأخطاء العرفية في تقدير الدية، وفي التنازل عنها دون أخذ إذن بقية الورثة أو علمهم بذلك، وكذلك مقولة الدم يغطي العيب في المنازعات

والحوادث المرورية.

4- بيان الآثار الشرعية المترتبة على الحوادث المرورية وخطرها على الأفراد والمجتمعات من الناحية الدينية والأمنية والاجتماعية والاقتصادية .

وتتجلى أهمية البحث وأهداف الدراسة في النقاط الآتية:

1- إن بحث هذا الموضوع، وطرق أبوابه، ودراسة الأسباب التي أدت إليه يعد إسهاماً فاعلاً في الحد من هذه الحوادث، وتدارك وقوعها في المستقبل، والحيلولة دون تكرارها ما أمكن إلى ذلك سبيلاً.

2- إبراز الدور الأمني والقضائي للدولة في الحد من هذه الحوادث، وتكثيف جهودها عن طريق ما تملكه من آليات ووسائل وأنشطة في مجال المحافظة على السلامة المرورية.

3- بيان أن الشريعة الإسلامية لم تهمل أي نظام يضبط حياة الناس، وينظم شئونهم، ويرعى مصالحهم ويحميها من الاعتداء عليها، بما في ذلك نظام المرور على الطرقات .

4- التأكيد على مساءلة الشخص المباشر والمتسبب في الحادث المروري ومسئوليته عن أخطائه ومعاقبته تعزيراً، لكي لا يتخذ وسيلة للتهرب من المسؤوليات والتمادي في وقوع الأخطاء مستقبلاً.



والمنهج الذي اتبعته في هذه الدراسة هو المنهج الذي يجمع بين الاستقراء التاريخي، والتحليل الاستنتاجي؛ قصد الوصول إلى معلومات وحقائق تتسم بالصحة والدقة مدعومة بالدليل، وتأسيس وجهة نظر موافقة لأحكام الشرع في النوازل المستجدة في أحكام حوادث الطرقات.

وفي هذا البحث سنحاول الإحاطة، ولو بشكل موجز، ببعض الموضوعات ذات الصلة بأحكام الطرق، وتقدير المسؤولية فيها والآثار المترتبة عليها بالإضافة إلى بعض الأحكام الأخرى، وعليه فإنّ دراستنا لهذا الموضوع ستكون على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية الحادث المروري والسند الشرعي في المسؤولية عنه.

المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية وآثارها المترتبة عن الحوادث المرورية.

المبحث الثالث: المسؤولية الجنائية وآثارها المترتبة عن الحوادث المرورية.

المبحث الأول

ماهية الحادث المروري والسند الشرعي في المسؤولية عنه

وندرس هذا المبحث في ثلاثة مطالب

المطلب الأول

تعريف الحادث المروري

لتعريف الحادث المروري لا بد من الإحاطة بشقيه، لأنه مركب من مضاف ومضاف إليه، فنعرف كلمة «الحادث» في اللغة والاصطلاح، ثم تعريف كلمة «المروري» لغة واصطلاحاً، وعليه فإن دراستنا لهذا المطلب ستكون في ثلاث نقاط، على النحو الآتي:

أولاً- تعريف الحادث لغة واصطلاحاً:

الحادث لغة: الحاء والبدال والثاء أصل واحد، وهو كون الشيء لم يكن. يُقال حدث أمر بعد أن لم يكن⁽³⁾، ويقال حدث الشيء يحدثُ حدثاً وحداثةً⁽⁴⁾، والحادث: ما يجد ويحدث، والجمع حوادث⁽⁵⁾،

(3) ابن فارس: مقاييس اللغة، ص199، والفيومي: المصباح المنير، ص 68.

(4) ابن منظور: لسان العرب، ج2، ص 131.

(5) المعجم الوسيط: ص 165.

وفي الاصطلاح عُرِّفَ الحُدُوثُ بأنه: "عبارة عن وجود الشيء بعد عدمه"⁽⁶⁾.

ثانياً- تعريف كلمة المرور في اللغة والاصطلاح:

كلمة المرور في اللغة من مرر، مرَّ عليه وبه يَمُرُّ مَرًّا أي اجتاز، ومُرُوراً جاء وذهب⁽⁷⁾، ومنه قوله تـــــــعالى: ﴿وَإِذَا مَرُّوا بِهِمْ يَتَغَامَزُونَ﴾⁽⁸⁾، فالمُرُورُ هو المضي والاجتياز بالشيء⁽⁹⁾، و(الْمَمَرُ) مَوْضِعُ الْمُرُورِ، وَالْمَصْنَدُ الْمُرُورُ⁽¹⁰⁾.

وفي الاصطلاح لم يعرف الفقهاء المتقدمين الحادث المروري، وإنما اكتفوا بوضع تعريفات للجنايات التي تقع على النفس والمال والعقل والعرض والنسل، بسبب دهس دابة، أو تصادم فارسين، أو حفر الطريق ونحو ذلك، والجنايات التي تقع على أعضاء الإنسان وأطرافه بسبب ذلك، وما يترتب على ذلك من ضمان ودفع ديات وأداء كفارة، وهي إجمالاً داخلية في الأضرار التي تسببها الحوادث المرورية، فهو مصطلح حديث نسبياً، لذا تكفل الفقهاء المعاصرون بتعريفه ووضع مفرداته، منها أن حادث المرور هو: "كل فعل أدى إلى تلف جسمي أو مادي أو أدى إلى وفاة، وقد يؤدي إلى تلك الإتلافات مجتمعة، ويكون ناتجاً مبدئياً من سير الإنسان

(6) التهانوي: كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، ج2، ص 1305.

(7) ابن منظور: لسان العرب، ج5، ص 166.

(8) سورة المطففين: الآية 30.

(9) الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن، ص 763.

(10) محمد عبد القادر الحنفي: مختار الصحاح، ص 293.

ومروره أو وقوفه في الطريق، سواء فعل ذلك بذاته أو بوسيلة الركوب التي يستعملها، وبغض النظر عن قصده في إتيان الفعل أو لا⁽¹¹⁾، كما عُرِّف: ”بالواقعة التي تتسبب فيها المركبة المتحركة في إحداث خسائر في الأرواح أو تلفيات في الممتلكات، دون قصد أو تدبير سابق من أي طرف من الأطراف المشتركة في الحادث“⁽¹²⁾. فالطريق العام -وهي النافذة- من المرافق العامة، وللجميع الانتفاع بها لا يضر الآخرين باتفاق الفقهاء ومنفعتها الأصلية المرور فيها، لأنها وضعت لذلك، فيباح لهم الانتفاع بما وضع له وهو المرور بلا خلاف⁽¹³⁾.

ومما يجدر التنويه إليه أن القانون الليبي لم يعرف الحادث المروري بشكل مفصل، وإنما اكتفى بوضع مصطلحات عامة وعبارات مجملة حول ما يتعلق بالحادث المروري، وواجبات قائد المركبة الآلية ومسؤولياته عن أخطائه المرورية، وإجراءات الحصول على رخصة القيادة وحالات سحبها منه، وكذلك تقرير العقوبات التعزيرية على المخالفات المرورية التي سنّها في هذا الشأن⁽¹⁴⁾.

(11) عمار شويمت: أحكام حوادث المرور والآثار المترتبة عليها، ص 14.

(12) نايف الظفيري: الآثار الشرعية المترتبة على حوادث السير، ص 10.

(13) الموسوعة الفقهية: ج 37، ص 39.

(14) للمزيد من تفاصيل هذا القانون وما ورد فيه من أحكام إجرائية وتنظيمية وعقابية، يُنظر القانون رقم (11) لسنة 1984م، بشأن المرور على الطرق العامة، صدر في 19 إبريل 1984م، وكذلك القانون رقم (13) لسنة 1423م بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم (11) لسنة 1984م، بشأن المرور على الطرق العامة.

المطلب الثاني

أسباب الحوادث المرورية

ينبغي علينا التسليم بأن معظم الحوادث المرورية المؤلمة، التي يذهب ضحيتها الأرواح والأموال، والإعاقات الجسدية، سببها مخالفة الأنظمة المرورية التي سنّتها الدولة، وتتلخص في الأسباب الآتية:

1- السرعة المفرطة: فالسرعة الزائدة عن حدها تؤدي إلى قتل الإنسان، بالإضافة إلى ما تخلفه من جروح وعاهات وتشوهات، وما تستنزفه من ثروات؛ ولذلك كانت الفتوى الشرعية بأن من تجاوز الحد المقرر للسرعة، فتسبب في قتل نفسه أو قتل غيره كان مسؤولاً أمام الله، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾⁽¹⁵⁾، والسرعة الزائدة عن حدها تؤدي إلى تحطيم وتخريب الممتلكات العامة والخاصة.

والواقع أنه لا يمكن لأي سائق أن يحدد لنفسه السرعة، لأن ذلك يختلف باختلاف سعة الطريق وضيقه، وزحمة السير وقتته، بل يختلف من سيارة لأخرى، ولذا نقول: إن كانت الدولة قد حددت سرعة معينة فيجب التقيد بها بحسب الإمكان والظروف، لأن طاعة ولي الأمر واجبة، وخاصة فيما فيه مصلحة للناس، فإذا ما اتخذ ولي الأمر من الإجراءات والوسائل والتشريعات ما يحول دون وقوع ما يخل بالسلامة المرورية، ويمنع وقوع الأضرار على الطرق، فإنه يُتبع ويُطاع فيه أمره، طالما لم يصطدم بنص

(15)سورة الأنعام: الآية 151.

شرعي يخالف ما اتخذه من إجراءات وتشريعات. يقول الله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾⁽¹⁶⁾، كما روي عنه ﷻ قوله: "لَا طَاعَةَ فِي مَعْصِيَةِ اللَّهِ، إِنَّمَا الطَّاعَةُ فِي الْمَعْرُوفِ"⁽¹⁷⁾.

ولا تنبغي السرعة زيادة على ذلك إلا عند الضرورة والحاجة فعلاً، لئلا يحدث ما ليس بمحمود، فيندم السائق عندئذ، ولات حين مندم⁽¹⁸⁾، فقد جاء في الحديث عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "التَّائِي مِنَ اللَّهِ، وَالْعَجَلَةُ مِنَ الشَّيْطَانِ"⁽¹⁹⁾. فالتأني أي التثبت في الأمور من الله، والعجلة من الشيطان، لأنها خفة وطيش، تجلب الشرور، وتمنع الخيور وذلك مما يُحبه الشيطان، فأضيف إليه⁽²⁰⁾.

وفي قوله تعالى: ﴿وَأَقْصِدْ فِي مَشْيِكَ﴾⁽²¹⁾، لما انهى لقمان ابنه عن هذا الخلق الدميم، رَسَمَ لَهُ الخُلُقَ الكَرِيمَ الذي يَنْبَغِي أَنْ يَسْتَعْمَلَهُ، فقال: ﴿وَأَقْصِدْ فِي مَشْيِكَ﴾ أي تَوَسَّطْ فِيهِ، والقصد: ما بين الإسراع والبُطء، أي لا تَدَبَّ دَيْبَ الْمُتَمَاتِينَ، ولا تَثْبِثْ وَثْبَ الشُّطَّارِ، فأما قول عائشة في عُمر رضي الله عنهما: "كان إذا مشى أسرع، فإنما أرادت السرعة المُرتفعة عن دَيْبِ الْمُتَمَاتِ"⁽²²⁾.

(16) سورة النساء: الآية 59.

(17) صحيح مسلم: واللفظ له، كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية وتحريمها في المعصية، ج3، ص 1469، حديث رقم 1840، ومسند أحمد بن حنبل: ج1، ص 434، حديث رقم 622.

(18) د. عبد الله باسودان: حوادث السير في الفقه الإسلامي، ص 6.

(19) البيهقي: السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب التثبُّت في الحكم، ج10، ص 178، حديث رقم 20270.

(20) عبد الرؤوف المناوي: التيسير بشرح الجامع الصغير، ج1، ص 459.

(21) سورة لقمان: الآية 19.

(22) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج14، ص 71.

2- عدم مراعاة قوانين السير، والأنظمة المرورية، كإشارات المرور، والانشغال بما يُشتت الذهن، ويصرف التركيز، كالهواتف النقالة، وقراءة الرسائل أو كتابتها، فإن ذلك خطره كبير، وضرره جسيم، وقد يقع بسببه ما لا تحمد عواقبه من الحوادث والكوارث⁽²³⁾، وقد قال ربنا تبارك وتعالى: ﴿وَلَا تُقْفُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾⁽²⁴⁾، فلا بد من الاطمئنان على حسن القيادة وفق الأنظمة، وإدراك التعليمات ودقة الالتزام بها، والنفس ليست ملكاً لأحد من الناس، بل حتى ولا لصاحبها، وإنما هي مُلك لله وحده؛ ومن أجل ذلك حرّم سبحانه الاعتداء عليها، حتى من قبل صاحبها.

3- من الأسباب أيضاً عدم التحلي بالهدوء وضبط النفس والصبر، والانتباه للطريق، وتوقع أخطاء الآخرين، وفسح الطريق ما أمكن، وحسن استخدام المواقف، وملازمة اللين والرّفق، يقول رسول الله ﷺ: "إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الرَّفْقَ فِي الْأَمْرِ كُلِّهِ"⁽²⁵⁾.

4- ومن الأسباب المحافظة على السلامة المرورية كثيرة، ومن أهمها التّأني والتّروي، فالأناة خُلُقٌ حميد، وسلوك رشيد، قال رسول الله ﷺ لأحد أصحابه: "إِنَّ فِيكَ حَصَلَتَيْنِ يُحِبُّهُمَا اللَّهُ: الْحِلْمُ، وَالْأَنَاءُ"⁽²⁶⁾، وقد كان ﷺ في سيره يحث

(23) للمزيد من تفاصيل قواعد السير على الطرق وآدابها، ومخالفة أحكامها، يُنظر القانون رقم (11) لسنة 1984م، وكذلك القانون رقم (13) لسنة 1423م بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم (11) لسنة 1984م، بشأن المرور على الطرق العامة.

(24) سورة البقرة: الآية 195.

(25) صحيح البخاري: كتاب الأدب، باب الرّفق في الأمر كله، ج8، ص 12، حديث رقم 6024، وصحيح مسلم: كتاب السلام، باب النهي عن ابتداء أهل الكتاب بالسلام وكيف يرد عليهم، ج4، ص 1706، حديث رقم 2165.

(26) صحيح مسلم: كتاب الإيمان، باب الأمر بالإيمان بالله ورسوله، ج1، ص 48، حديث رقم 17.

الجموع التي معه ويناديهم ويرفع يده اليمنى قائلاً: "يا أيُّها النَّاسُ: السَّكِينَةُ السَّكِينَةُ"⁽²⁷⁾، وكان ﷺ يكبح من سرعة راحته بشدِّ زَمَامِهَا حتَّى كاد رأسها أن يلامس رخلها، وذلك خشية أن يثيق على المسلمين في سيرهم، أو أن يُضايق أحداً منهم في طريقه، هذا حُكْمُهُ ﷺ، فأين هذا الهدى الرائع من أولئك الذين يتجاوزون المركبات، في أماكن التجاوز فيها من الممنوعات، وبطريقة هي في عداد المحظورات، في استهتار واضح بالقيم، واستخفاف صريح باللوائح والنظم، وتعرّيض بغيضٍ لحياة الناس وممتلكاتهم؟.

المطلب الثالث

السند الشرعي للمسئولية عن حوادث المرور

جاءت نصوص كثيرة من القرآن الكريم والسُّنَّة النبوية والإجماع والمقاصد الشرعية والعقل والمنطق بشأن إقرار المسئولية عن الحوادث المرورية والتجاوزات التي تقع على الطرق، وبمنع وقوع الضرر وتحريمه فيها، نذكر منها:

أولاً- من القرآن الكريم:

1- قوله ﷻ: ﴿وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ﴾⁽²⁸⁾، فتشمل هذه الآية من قطع الطريق وأفسدها وإحراق

(27) المصدر السابق: كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، ج2، ص 886، حديث رقم 1218، وسنن ابن ماجه: كتاب

المناسك، باب حجة رسول الله ﷺ، ج2، ص 1022، حديث رقم 3074.

(28) سورة البقرة: الآية 205.

ووجه الدلالة أن من أوقف أي وسيلة نقل أو أي مركوب في طريق عام، وتسبب في إلحاق الضرر بهم، فهو ضامن، فمن باب أولى من باشر التصادم أو تسبب فيه .

2- عن حذيفة بن أسيد أن النبي ﷺ قال: "مَنْ آذَى الْمُسْلِمِينَ فِي طَرُقِهِمْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ لَعْنَتُهُمْ"⁽³⁴⁾، ووجه الدلالة من الحديث أنه يشمل كل: "أمر من التأذي وغيره ... وفسر الأذى بإيلاام النفس وما يتبعها من الأحوال والضرر إيلاام الجسم وما يتبعه من الحواس"⁽³⁵⁾.

3- قول رسول الله ﷺ: "الْمُسْلِمُ مَنْ سَلِمَ النَّاسُ مِنْ لِسَانِهِ وَيَدِهِ"⁽³⁶⁾، ووجه الدلالة أن من خالف الأنظمة المرورية فهو مخالف للشرع؛ لأنه إما أن يضر نفسه، أو يضر غيره، أو يضر نفسه وغيره معاً، فالمسلم مأمور بكف الأذى عن نفسه وغيره حتى يسلم الناس منه أفعاله في الحادث المروري.

ثالثاً- الإجماع: حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا ساق في الطريق العام دابة أو دواب، فكدمت أو صدمت، وجنت على نفس، أو أتلفت مالاً، ضمن السائق ما أتلفته ... لأنها في يده، وفعلها منسوب له، فعليه حفظها، وتعهدها؛ ولأن إباحة السوق في الطريق العام مشروطة بسلامة العاقبة، فإن حصل تلف بسببه لم يتحقق الشرط، فوقع تعدياً، فيضمن،

وسنن الدارقطني: كتاب الحدود والديات وغيره، ج4، ص 235، حديث رقم 3385.

(34) الطبراني: المعجم الكبير، ج3، ص 179، حديث رقم 3050.

(35) محمد الكحلاني: التَّوْبِيرُ شَرْحُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، ج10، ص8.

(36) مسند الإمام أحمد بن حنبل: ج11، ص658، حديث رقم 7086، وسنن النسائي: كتاب الإيمان وشرائعه، باب صفة المؤمن، ج8، ص108، حديث رقم 4995 .

سواء أكان السائق راجلاً أم راكباً⁽³⁷⁾.

رابعاً- المقاصد الشرعية: من المعلوم أن من مقاصد الضرورية الخمس التي جاءت بها شريعتنا في حفظ الدين والنفس والعقل والمال والنسل، وبوجوب حمايتها والمحافظة عليها، وعدم الاعتداء عليها أو إتلافها ومنع وقوع الضرر بها، وهذا ما تخل به الحوادث على الطرقات من إزهاق للأرواح البريئة وإهدار المركبات وإتلافها.

وفي هذا السياق أشار الشاطبي إلى أهمية المقاصد ودورها في حفظ الأنفس والأموال، فقال: «تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق، وهذه المقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام، أحدها: أن تكون ضرورية، والثاني: أن تكون حاجية، والثالث: أن تكون تحسينية. فأم الضرورية فمعناها أنها لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الآخرة فوت النجاة والنعيم، والرجوع بالخسران المبين والحفظ لها يكون بأمرين، أحدهما: ما يقيم أركانها، ويثبت قواعدها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود، والثاني: ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم... ومجموع الضروريات خمسة، وهي: حفظ الدين، والنفس، والنسل، والمال، والعقل، وقد قالوا: إنها مراعاة في كل ملة»⁽³⁸⁾.

(37) يُنظر الكاساني: بدائع الصنائع، ج7، ص280، والموسوعة الفقهية، ج 24، ص 114-113.

(38) الموافقات: ج2، ص 20-17.

وإن من أعظم مقاصد الشريعة حفظ الأبدان والأرواح، وقد نهى ﷺ عن الضرر بجميع أنواعه، ونهى ﷺ عن ترويع الناس وإخافتهم بأي وجه من الوجوه، فقال: "لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ أَنْ يُرَوِّعَ مُسْلِمًا"⁽³⁹⁾. فالسلامة المُرورية مقصد عظيم من مقاصد الشرع الحكيم، لما فيها من حفظ المصالح الخاصة والعامة، ومما يُعين على ذلك إعطاء الطريق حقه، يقول نبيُّنا ﷺ: "أَعْطُوا الطَّرِيقَ حَقَّهُ"⁽⁴⁰⁾.

خامساً- العقل والمنطق: لو لم يضمن السائق أو قائد المركبة ما أحدثه من ضرر أو ما ألحقه من إتلاف في نفس الغير أو ماله لتمادي في خطئه وطيشه ورعونته وإهماله، وهذا بطبيعة الحال يفسر ما يحدث في هذا العصر من كثرة الحوادث وازديادها، وتشعب إضرارها في الأنفس والأموال بسبب المباشرين والمتسببين فيها دون عقاب أو محاسبة .

(39) سنن أبي داود: كتاب الأدب، باب من يأخذ الشيء على المزاح، ج4، ص301، حديث رقم 5004، والمعجم الكبير للطبراني: ج21، ص116، حديث رقم 135 .

(40) صحيح البخاري: كتاب الاستئذان، باب قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا﴾، ج8، ص51، حديث رقم 6229، وصحيح مسلم: كتاب اللباس والزينة، باب النهي عن الجلوس في الطرقات، ج3، ص1675، حديث رقم 2121.

وبناء على ما تقدم يجب التأكيد على بند المساءلة وتوقيع العقوبات على كل من يخالف أحكام السير على الطرقات، ويخل بالسلامة المرورية، وفي شأن تقرير مسؤولية الإنسان على أفعاله وتصرفاته وما ينجم عنها من آثار. قال الله ﷻ: ﴿أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى﴾ (41)، أي معطلاً،

لا يؤمر ولا ينهى، ولا يثاب ولا يعاقب (42)، فلا بد إذا من قوة السلطة وهيبة الدولة في منع من يعبت بالطريق العام، ومن ويتعدى عليه، وهذا يتحقق بسنّ تشريعات رادعة تجاههم ومحاسبتهم على أفعالهم ومعاقبتهم عليها، فهذه مسؤوليتهم، وعليهم أدائها، فإن الله يزغ بالسُلطان ما لا يزغ بالقرآن (43).

لذا يجب أن يُسأل المباشر والمتسبب عما يرتكبه من أخطاء وتجاوزات، وما ترتب على أفعالهما من آثار أضرت بالغير وألحقت به خسارة، فالمسؤولية لا تأتي على نسق واحد، ولكنها تتنوع بحسب نوع التعدي إلى مسؤولية تقصيرية، ومسؤولية جنائية، وهذا ما سنتناوله تباعاً في المبحثين الآتيين.

(41) سورة القيامة: الآية 36.

(42) السعدي: تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ص 1062.

(43) يُنظر ابن تيمية: الحسبة في الإسلام، ص 45.

المبحث الثاني

المسئولية التقصيرية وآثارها المترتبة عن الحوادث المرورية

شرع الضمان كوسيلة من وسائل حفظ أموال الناس وصيانتها؛ محافظة على حقوقهم وبعداً عن ضررهم ودرءاً للعدوان عليهم وجبراً لما انتقص من أموالهم⁽⁴⁴⁾، وتتنوع المسئولية المدنية (التقصيرية) عن حوادث المركبات الآلية، كما أنها تتعدد بحسب مصدر الخلل، أو الضرر إلى خطأ، أو إتلاف، أو إلحاق ضرر بالناس... إلخ، فالفعل إذا كان مؤدياً إلى الضرر في ذاته استوجب ضمان ما ترتب عليه من تلف؛ لأنه حينئذ يكون فعلاً محظوراً بالنظر إلى نتائجه، فتقع تبعته على فاعله⁽⁴⁵⁾، وعليه سندرس هذا المبحث في ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول

المساءلة المدنية عن الحادث المروري

يمكن المسائلة مدنياً عن الحادث المروري عن أحد هذه الأمور :

أولاً- وقوع الضرر: الضرر في اللغة، كما يقول ابن فارس: ضد النِّقْع. يقال: ضَرَّه يَضُرُّه ضَرًّا، ثم يحمل على هذا كل ما جائسَه أو قاربَه⁽⁴⁶⁾، وفي الاصطلاح ذكر ابن رجب أن الضرر هو: "أن يُدْخَلَ على

(44) علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص 10 .

(45) المصدر السابق: ص 37 .

(46) ابن فارس: مقاييس اللغة، ص 513 .

غيره ضرراً بلا منفعة له به“ (47). وفي القانون يُعرّف بأنه: «الإخلال بحق أو مصلحة يحميها القانون» (48).

وقد جاءت نصوص كثيرة من الكتاب والسنة والإجماع في تحريم الاعتداء وإيقاع الضرر في النفس والمال والعرض، أيّاً كان نوعه، ومهما كان حجمه، فمثلاً من الكتاب قوله ﷺ: ﴿وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ (49)، فإذا كان الضرر يمنع إلحاقه بأحد الزوجين، وهو ضرر خاص بهما، فمن باب أولى يمنع من إلحاقه بالآخرين في الطرقات العامة، يتأثر بها عموم الناس في أرواحهم وممتلكاتهم .

وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: ”لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ“ (50)، وعن أبي صرمة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ قال: ”مَنْ ضَارَّ أَضَرَ اللَّهُ بِهِ، وَمَنْ شَاقَّ شَقَّ اللَّهُ عَلَيْهِ“ (51)، ويتضح من خلال ما سبق أن الشريعة الإسلامية تحرم الضرر أيّاً كان نوعه، وأيّاً كان مصدر هذا الضرر، مباشراً كان أو متسبباً.

ويمكن القول بأن من «ألحق الضرر بغيره استحق العقاب على حسب الضرر الناتج عن فعله، فإن كان الضرر يوجب قصاصاً فعلياً القصاص، وإن كان يوجب حداً فعلياً الحد، وإن كان يوجب ضماناً فعلياً

(47) جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، ج3، ص911 .

(48) فرج علواني هليل: جرائم التزييف والتزوير، ص 192 .

(49) سورة البقرة: الآية 231.

(50) موطأ مالك: كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، ج2، ص745، حديث رقم 1429، وسنن ابن ماجه: كتاب

الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضرُّ بجاره، ج2، ص 748، حديث رقم 2341.

(51) سنن ابن ماجه: كتاب الأحكام باب من بنى في حقه ما يضرُّ بجاره، ج2، ص 785، حديث رقم 2342.

الضمان، وإن كان يوجب تعزيراً فقط فعليه التعزير، وهكذا تكون العقوبة حسب الضرر الناتج، والمرجع في ذلك القضاء⁽⁵²⁾.

ثانياً- حصول الإتلاف: والإتلاف في اللغة مصدر تَلَفَ، فهو تَلَفٌ وتَلِيفٌ، وهو الهَلَاكُ والعَطْبُ في النفس والمال⁽⁵³⁾، وفي الاصطلاح عَرَفَهُ الكاساني بأنه: «إخراج الشيء من أن يكون مُنتَفِعاً به منفعة موضوعة له مطلوبة منه عادة⁽⁵⁴⁾».

والدليل الشرعي على تحمل الضمان والتعويض عن الإتلاف ما روي عن غيلان بن ميسرة أن رجلاً أتى عمر بن عبد العزيز، فقال: "زَرَعْتُ زَرْعاً، فَمَرَّ بِهِ جَيْشٌ مِنْ أَهْلِ الشَّامِ فَأَفْسَدُوهُ، فَعَوَّضَهُ عَشْرَةَ آلَافٍ دِرْهَمٍ"⁽⁵⁵⁾، ووجه الدلالة أن مرور الجيش بآلاته ومعداته على مزرعة وأتلافه لها بالسير عليها، يتحمل عنه المسؤولية ويستوجب التعويض عليه.

والإتلاف الموجب للضمان هو الإتلاف غير المشروع، وهو إما بالمباشرة، كالقتل، والإحراق؛ وإما بالتسبب، كأن يوقد ناراً في يوم ريح عاصف، فتتعدى إلى إتلاف مال الغير، أو يحفر حفرة في الطريق العام فيقع فيها إنسان أو حيوان فيتلف؛ والإتلاف غير مشروع، بنوعيه المباشرة والتسبب، يوجب الضمان، لأن كلا منهما يقع اعتداءً وإضراراً أيضاً⁽⁵⁶⁾،

(52) الموسوعة الجنائية الإسلامية: ج2، ص536 .

(53) المعجم الوسيط: مادة سأل، ص 89 .

(54) بدائع الصنائع: ج7، ص164.

(55) ابن أبي شيبة: المصنف في الأحاديث والآثار، ج7، ص175، أثر رقم 35100.

(56) أما الإتلاف المشروع كتلاف النفس في الحدود، والقصاص، وإتلاف الأعضاء في القصاص، وإتلاف المحرمات،

لما روي عن رسول الله ﷺ قوله في حَجَّةِ الوداع للناس: "أَيُّ يَوْمٍ هَذَا؟" قالوا: يوم الحجِّ الأكبر؛ قال: "فإن دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ بَيْنَكُمْ حَرَامٌ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي بِلَادِكُمْ هَذَا؛ أَلَا لَا يَجْنِي جَانٍ إِلَّا عَلَى نَفْسِهِ، أَلَا لَا يَجْنِي جَانٍ عَلَى وَدَيْهِ، وَلَا مَوْلُودٌ عَلَى وَدَيْهِ، أَلَا وَإِنَّ الشَّيْطَانَ قَدْ أَيْسَ مِنْ أَنْ يُعْبَدَ فِي بِلَادِكُمْ هَذِهِ أَبَدًا، وَلَكِنْ سَتَكُونُ لَهُ طَاعَةٌ فِيمَا تَحْتَقِرُونَ مِنْ أَعْمَالِكُمْ فَسَيَرِضَى بِهِ" (57).

وفي هذا السياق يقول الكاساني: «ومن هذا الجنس جناية السائق والقائد بأن ساق دابة في طريق المسلمين أو قادها، فوطئت إنساناً بيديها أو برجلها أو كدمت أو صدمت أو خبطت، فهو ضامن لما ذكرنا من الأصل أن السوق والقود في الطريق مباح بشرط سلامة العاقبة، فإذا حصل التلف بسببه، ولم يوجد الشرط، فوقع تعدياً، فالمتولد منه فيما يمكن التحرز عنه يكون مضموناً» (58).

ثالثاً-الحكم بالتعويض على الشخص المباشر أو المتسبب في الحادث المروري، وضمنان النقص في المتلف، وهذا من آثار المسؤولية التقصيرية، وهو ما سنتطرق إلى دراسته في المطلب الثاني والثالث، وذلك على النحو الآتي:

كالخمر، والمخدرات، وكتب السحر، وإتلاف المصنوعات المغشوشة وغير ذلك، لا يوجب الضمان، الموسوعة الجنائية الإسلامية: ج1، ص18.

(57) سنن الترمذي: كتاب الفتن، واللفظ له، بَابُ مَا جَاءَ دِمَاؤُكُمْ وَأَمْوَالُكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ، ج4، ص461، حديث رقم

2159، وسنن ابن ماجه: كتاب المناسك، باب الخطبة يوم النحر، ج2، ص1015، حديث رقم 3055.

(58) بدائع الصنائع: ج7، ص280.

المطلب الثاني

الحكم بالتعويض والضمان على المباشر أو المتسبب في الحادث المروري

الضرر المادي الذي يصيب الإنسان في جسم من جراح يترتب عليها تشويهه يصيبه، أو عجز عن العمل، أو ضعف في الكسب، ونحو ذلك، وهذا يستوجب الأَرش⁽⁵⁹⁾، وهو إما مقدر من الشارع أو متروك لحكومة العدل⁽⁶⁰⁾، وعليه سندرّس هذا المطلب في أربع نقاط على النحو الآتي:

أولاً- تعريف التعويض والغاية منه:

التعويض هو دفع ما وجب من بدل مالي بسبب إلحاق ضرر بالغير⁽⁶¹⁾، وقد شرّع التعويض والضمان لحفظ الحقوق، ورعاية للعهود، وجبراً للأضرار، وزجراً للجناة، وحداً للاعتداء، في نصوص كثيرة من القرآن الكريم، والسنة النبوية، ولا يتحقق الضمان إلا إذا تحققت هذه الأمور: التعدي، والضرر، والإفشاء⁽⁶²⁾.

(59) وهو الذي يأخذه المشتري من البائع إذا أطلع على عيب في المبيع، وأرّوش الجنايات والجرّاحات من ذلك؛ لأنها جابرة لها عما حصل فيها من النقص. يُنظر ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث والأثر، مادة أرش، ج1، ص39.

(60) علي الخفيف: ص 38.

(61) الموسوعة الفقهية: ج13، ص35.

(62) المصدر السابق: ج28، ص221-222.

ثانياً- حكم التعويض:

التعويض لا يكون إلا في مقابل ضرر، ومن ثم فهو واجب الأداء، والضرر المعوض عنه عند الفقهاء يشمل الضرر الواقع على المال بما فيه المنفعة، سواء كان عن طريق الغصب، أو الإتلاف، أو الاعتداء على النفس وما دونها، أو عن طريق التفريط في الأمانة وغير ذلك، والتعويض ملازم للإتلاف، فكلما وجد الإتلاف وجد التعويض.

فعن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ" (63)، فهذا الحديث أساس لمنع الفعل الضار، وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة، والحديث ينفي الضرر نفيًا، فيوجب منعه مطلقًا، ويشمل الضرر الخاص والعام، ويشمل ذلك دفعه قبل الوقوع بطرق الوقاية الممكنة، ورفع بعد الوقوع بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره وتمنع تكراره، ومن ثم فإن إنزال العقوبات المشروعة بالمجرمين لا ينافي هذه القاعدة، وإن ترتب عليها ضرر بهم، لأن فيها عدلاً ودفعاً لضرر أعم وأعظم (64)، وقد نفي النبي صلى الله عليه وسلم الضرر والضرار بغير حق، فيكون المعنى أن الضرر نفسه منتف في الشرع، وإدخال الضرر بغير حق كذلك (65).

(63) سبق تخريجه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

(64) مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج2، ص971-972.

(65) وأما إدخال الضرر على أحد يستحقه، إما لكونه تعدى حدود الله، فيعاقب بقدر جريمته، أو لكونه ظلم نفسه وغيره، فيطلب المظلوم مقابلته بالعدل، فهذا غير مراد قطعاً، وإنما المراد إلحاق الضرر بغير حق. انظر عبد الرحمن بن رجب: جامع العلوم والحكم، ج3، ص912.

ثالثاً- التعويض يكون بالمباشرة أو بالتسبب: فإذا أُلّف شخص لآخر سيارته أو متاعه أو بعض ممتلكاته، وكذا إذا ألحق بغيره ضرراً بجناية في نفس وما دونها، أو تسبب في شيء من ذلك، فيجب عليه ضمان ما أُلّفه بمباشرته، أو تسببه، أو يأخذ أرش النقص.

رابعاً- ما يكون به التعويض:

إذا كان الإِتلاف في الأعيان كلياً فتعويضه بمثله إن كان مثلياً، أو بقيمته إن كان قيمياً، أما إذا كان الإِتلاف جزئياً، ففيه أرش النقص، ويرجع في تقديره إلى أهل الخبرة⁽⁶⁶⁾، والدليل على ذلك ما رواه أنس بن مالك قال: أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إلى النبي ﷺ طعاماً في قَصعةٍ، فضربت عائشة القصة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي ﷺ: "طَعَامٌ بِطَعَامٍ، وَإِنَاءٌ بِإِنَاءٍ"⁽⁶⁷⁾، ووجه الدلالة أن النبي ﷺ عَوّض إحدى زوجاته بسبب ما أُلّفته عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا بيدها، وهو فعل مباشر منها بإِتلاف القصة، ومن باب أولى في حوادث المركبات على الطرقات.

(66) الموسوعة الفقهية: ج13، ص39-36 .

(67) سنن الترمذي: أبواب الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء فيمن يكسر له الشيء ما يُحکم له من مال الكاسر؟ ج3، ص 632، حديث رقم 1359.

المطلب الثالث

ضمان النقص في قيمة السيارات المتصادمة

لا ريب أن الجاني مكلف بإصلاح ما أُلّف من السيارة الأخرى، لأنه تسبب في هذا الحادث، فكان مطالباً بإصلاح ما نتج عن فعله وتسبب فيه، كما لو وقعت الجناية على الشخص ذاته، أو أُلّف شيئاً من ممتلكاته، فإنه مطالب بتحمل ما نتج عن فعله. قال الخطيب الشربيني: «ويحترز راكب الدّابة عما لا يُعتاد فعله له، كركض شديد في وحلٍ، فإن خالف ضمن ما تولّد منه لتعدييه، وفي معنى الرّكض في الوَحَلِ الرّكض في مجتمع الناس، واحترز بالرّكض الشديد عن المشي المعتاد فيه، فلا يضمن ما يحدث منه، فلو ركضها كالعادة ركضاً ومحلاً، وطارت حصاة لعين إنسان لم يضمن»⁽⁶⁸⁾، فتحصّل من ذلك أن المرور في الطريق لراكب السيارة مباح بشرط السلامة والتحرز عما قد يحدث من ضرر، ولا يكون ذلك إلا بمراعاة واقع الحال، وقواعد المرور⁽⁶⁹⁾.

ولكن من المعلوم أن السيارة إذا صُدّمت، ثم أصلحت تنقص في نظر الناس، ولا تساوي غيرها مما لم يحدث بها صدم حتى لو كانت سيارة جديدة، وبناء عليه فهل يلزم الجاني أن يدفع هذا النقص أو لا؟

(68) مغني المحتاج: ج 5، ص 543 .

(69) د. عبد الله باسودان: ص 18 .

الذي يظهر أن الجاني يلزمه أرش النقص (التعويض) بسبب ما لحق بالسيارة بعد إصلاحها، فتعرض عندئذ السيارة على أهل الخبرة، ليقدروا قيمتها قبل الحادث، ثم تقدر قيمتها بعد حصول النقص بسبب الحادث، ويلزم الجاني بدفع الفرق بين القيمتين، وهذا هو أرش النقص، فمثلاً لو قُدرت السيارة قبل الحادث بثلاثين ألف دينار، ثم قدرت قيمتها بعد الحادث بخمس وعشرين ألفاً، فإن الفرق بين القيمتين يساوي خمسة آلاف دينار، هو مقدار النقص بسبب الحادث، فيلزم الجاني بدفعها لصاحب السيارة بسبب ما لحق بسيارته من النقص دفعاً للضرر عنه، ولأن الجاني هو الذي تسبب في هذا الأمر، فلزمه أن يتحمل نتيجة فعله، وأيضاً فإن السيارة بعد إصلاحها تنقص قيمتها في السوق، فيجب تعويض المالك عن هذا النقص الذي لحق بحقه بسبب صاحب السيارة⁽⁷⁰⁾.

ومما يجدر التنويه إليه في ختام دراسة هذا المبحث، أن هناك شقا آخر من التعويض تتولاه شركات التأمين، بناء على العقد الذي وقّع معها قبل الحادث، ولمدة قد تكون طويلة، وقد تكون قصيرة، فهي لا تعلم بمجرد العقد، بل بوقوع حادث المرور المحتمل وهذا مما لم نشر إليه تفصيلاً هنا، ولن نتطرق إليه في حديثنا عن هذا الموضوع⁽⁷¹⁾.

(70) حسين بن عبد الله العبيدي: ج1، ص 523-524.

(71) وقد استفاض الحديث عن موضوع التأمين وحكمه وأنواعه، فارجع إن شئت إلى ما كتب في هذا الموضوع، مثل كتاب عقد التأمين التجاري للتعويض عن الضرر حقيقته وحكمه، محمد بن حسن آل الشيخ، وكتاب التأمين التعاوني الإسلامي، حسن على الشاذلي، وكتاب التأمين على الحياة والسيارات، حسين حامد حسان، وغيرهم كثير.

المبحث الثالث

المسؤولية الجنائية وأثارها المترتبة عن الحوادث المرورية

المسؤولية بوجه عام حالٌ أو صفةٌ مَنْ يُسألُ عن أمرٍ تقع عليه تبعثه، يقال: أنا بريءٌ من مسؤولية هذا العمل، وتطلق أخلاقياً على التزام الشخص بما يصدر عنه قولاً أو عملاً، وتطلق قانوناً على الالتزام بإصلاح الخطأ الواقع على الغير طبقاً للقانون⁽⁷²⁾، وسندرس هذا المبحث في ثلاثة مطالب، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

القواعد الفقهية التي تحكم مبدأ المسؤولية الجنائية عن الحوادث المرورية

توجد مجموعة من القواعد الفقهية تحكم مبدأ المسؤولية الجنائية عن الحوادث المرورية، وما يترتب عليها من آثار، نذكر منها:

أولاً- إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر: مثلاً فلا ضمان على حافر البئر تعدياً بما أتلف بإلقاء غيره، ولا يضمن من دُلَّ سارقاً على مال إنسان فسرقة⁽⁷³⁾، وحدُّ المباشر أن يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار، ويُفهم من هذا أن حدَّ المتسبب هو الذي حصل التالف بفعله وتخلل بين فعله، والتلف فعل مختار⁽⁷⁴⁾، فإن تخلل بين فعله والتلف فعل شخص مختار لم تتحقق المباشرة عندئذ، فلا

(72) المعجم الوسيط: ص 427.

(73) ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص 135، ومجلة الأحكام العدلية: ص 27.

(74) أحمد بن محمد الحموي: غمز عيون البصائر، ج1، ص 466.

يضمن، ومثال ذلك من أصاب بسيارته شخصاً في قدمه، فوقع جانباً، فجاءت سيارة أخرى فدهسته فمات، فإن الأول لا يضمن، والضمان على الثاني، مع أن الأول هنا متسبب بذلك، ولكن الفقهاء قالوا: إذا اجتمع المباشر والمتسبب في الإتلاف أضيف الحكم إلى المباشر، إذا كان السبب لا يعمل في الإتلاف لو انفرد عن المباشرة، كما ذكرنا في المثال.

ولا يشترط في هذا المباشر أن يكون مكلفاً (أي بالغاً عاقلاً)، فلو كان السائق صغيراً مميزاً - كما يحدث أحياناً - فأحدث إتلافاً في نفس أو مال ضمن تعويض ما أتلّف، أي لا قَوَدَ عليهما، وإنما عليهما الضمان خطأ المكلف⁽⁷⁵⁾، فعن الزهري قال: «مَضَتِ السُّنَّةُ أَنْ عَمَدَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ خطأ»⁽⁷⁶⁾.

ثانياً- المباشِرُ ضامنٌ وإن لم يتعمد⁽⁷⁷⁾:

فالمباشر للإتلاف بدابة أو سيارة ضامن مطلقاً، تعمد ذلك أو كان خطأ، تعدى أو لم يتعد، فمن كان يحمل على دابة أو سيارة أشياء ثم مر بسوق عام مثلاً، فوقع منه شيء، فأتلّف روحاً أو مالاً ضمن، لأنه مباشر، والمباشر ضامن ولو انفلتت عجلة السيارة، وهو يمشي في الطريق، فأصابت شخصاً أو مالاً فأتلّفته ضمن، لأن حقوق الغير مضمونة شرعاً في كل حال: العمد والخطأ.

(75) د. عبد الله باسودان: ص 22 .

(76) عبد الرزاق الصنعاني: المصنف، ج10، ص 70، أثر رقم 18391.

(77) مجلة الأحكام العدلية: ص 27.

فالقائل عمداً أو خطأً ضامن، ولكن في حال الخطأ أو عدم التعدي ينتفي عنه وصف الإثم فقط⁽⁷⁸⁾، فعن أبي ذرِّ الغِفاريِّ، قال: قال رسول الله ﷺ: "إِنَّ اللَّهَ قَدْ تَجَاوَزَ عَنِّ أُمَّتِي الْخَطَأَ، وَالنِّسْيَانَ، وَمَا اسْتُكْرَهُوا عَلَيْهِ"⁽⁷⁹⁾.

والأظهر - والله أعلم- أَنَّ النَّاسِيَّ وَالْمَخْطِئَ إِنَّمَا عُفِيَ عَنْهُمَا بِمَعْنَى رَفْعِ الْإِثْمِ عَنْهُمَا؛ لِأَنَّ الْإِثْمَ مَرْتَبٌّ عَلَى الْمَقَاصِدِ وَالنِّيَّاتِ، وَالنَّاسِيَّ وَالْمَخْطِئَ لَا قَصْدَ لِهَمَّا، فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِمَا، وَأَمَّا رَفْعُ الْأَحْكَامِ عَنْهُمَا، فَلَيْسَ مُرَاداً مِنْ هَذِهِ النُّصُوصِ⁽⁸⁰⁾.

ومن أمثلة المباشرة في حوادث السير أن يتجاوز قائد مركبة السرعة القانونية المقررة؛ فيصدم أحد المارة، أو يتلف شيئاً في الطريق العام، ومنها كذلك أن يسير قائد المركبة عكس الاتجاه المحدد للسير؛ فيصدم مركبة أخرى⁽⁸¹⁾.

ثالثاً- المباشِرُ ضامنٌ وإن لم يتعدَّ والمُتَسَبِّبُ لا يضمن إلا إذا كان مُتَعَدِّياً⁽⁸²⁾:
فلا يشترط لتضمين المباشِرِ للإتلاف تعمد أو تعدد، سواء كان فعله محظوراً في أصله - ولو من قبل ولي الأمر - كالسرعة الزائدة، أو تجاوز الإشارة الحمراء، أو سيره في طريق معاكس، أو مباحاً كسيره بسيارته في الشارع

(78) د. عبد الله باسودان: ص 19-20 .

(79) سنن ابن ماجه: كتاب الطلاق، باب طلاق المُكْرَه والناسي، ج1، ص 659، حديث رقم 2043، والمعجم الكبير للطبراني، ج2، ص 97، حديث رقم 1430.

(80) ابن رجب: جامع العلوم والحكم، ج3، ص1116.

(81) نايف الظفيري: ص 21.

(82) البغدادي: مجمع الضمانات، ص 146، ومجلة الأحكام العدلية: ص27.

مع مراعاته لنظام السير، لعموم القاعدة في كل الأحوال.

إلا أن مجلة الأحكام العدلية العثمانية - وهي مأخوذة من الفقه الحنفي وقليل من غيره- ذكرت قاعدة جاء فيها أن: "أَجَوَازُ الشَّرْعِيِّ يُنَافِي الضَّمَانُ"⁽⁸³⁾، وهذا ظاهر في أن السائق المباشر لا يضمن في حال مراعاة النظام، لأنه يفعل مباحاً لا يتعدى فيه، والجواز الشرعي ينافي الضمان، وهو اعتراض حسن، إلا أن الفقهاء خصصوا عدم الضمان هنا بالمفهوم من القاعدة بالحقوق -والمروور حق للسائق- التي لا تنقيد بشرط السلامة، أما الحقوق التي تنقيد بشرط السلامة فيكون الماشي (أي ومثله السائق) فيها ضامناً مطلقاً، كما ذكرنا قبل قليل، لأنه يتصرف في حقه من وجه، وفي حق غيره من وجه، لكون الطريق مشتركاً بين كل الناس، فقيل بالإباحة مقيداً بالسلامة، ليعتدل النظر من الجانبين⁽⁸⁴⁾، لأن الارتفاق بالطريق مشروط بسلامة العاقبة، ولأن في ذلك ضرراً على المسلمين⁽⁸⁵⁾.

وأما حكم الاشتراك في حوادث السير، فتقع المسؤولية فيها عليهم جميعاً، ومن أمثلة هذا القسم أن تتصادم مركبتان في أثناء سيرهما؛ ويترتب على هذا الاصطدام ضرر وإتلاف لكلا الطرفين، ومنها كذلك أن يقصر صاحب المركبتين المصطدمتين في صيانة الآتھما، أو يسيران في ظروف مناخية لا يؤمن معها من وقوع بعض الحوادث، كريح عاتية، أو أمطار شديدة لا تسير السيارات بشكل طبيعي في ظلها، ومنها أن يتجاوز قائد

(83) مجلة الأحكام العدلية: ص 27.

(84) د. عبد الله باسودان: ص 21-20.

(85) الشريبي: مغني المحتاج، ج 5، ص 345.

المركبة السرعة القانونية المحددة في إحدى الطرق السريعة؛ فيصدم أحد المارة، ممن يقوم بعبور الطريق في غير الأماكن المخصصة للعبور، أو دون انتظار لإشارة المرور، أو دون التنبيه لمسير السيارات يميناً وشمالاً.

وقد التفت الفقه الإسلامي إلى مسألة الاشتراك في إحداث الضرر؛ فأوجب على المشتركين في الضرر⁽⁸⁶⁾، وتسوية الشريعة بين العمد والخطأ هاهنا، أمر غير منكر عقلاً؛ لأن العمد والخطأ اشتركا في الإلتلاف الذي هو علة الضمان، وإن اختلفا في علة الإثم، وهذا هو مقتضى العدل الذي لا تتم المصلحة إلا به⁽⁸⁷⁾، وفي هذا السياق قال الكاساني: «وإن كانوا جميعاً يسوّفون -أي الدابة وما في حكمها- فما تلف بذلك فضمانه عليهم جميعاً، لوجود التّسبب منهم جميعاً»⁽⁸⁸⁾، وقال العز بن عبد السلام: «وقد حصل من ذلك أن الإلتلاف يقع بالظُّنون والأيدي والأقوال والأفعال، ويجري الضمان في عمدها وخطئها لأنه من الجوابر، ولا تجري العقوبة والقصاص إلا في عمدها لأنهما من الزواجر»⁽⁸⁹⁾.

رابعاً- الاضطرار لا يبطل حق الغير:

الاضطرار لا يبطل حق الغير، سواء كان الاضطرار بأمر سماوي، كالمجاعة والحيوان الصائل، ويدخل في هذا الرياح الشديدة والفيضانات والعواصف الرملية وتساقط الثلوج مما انحرف بسببه السائق بمركبته فقتل

(86) نايف الظفيري: ص 24.

(87) المصدر السابق: ص 46.

(88) الكاساني: بدائع الصنائع، ج 7، ص 280.

(89) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ج 2، ص 156.

الغير أو أتلف ماله، أو بأمر غير سماوي، كالإكراه الملجئ⁽⁹⁰⁾، كما لو انحرف بسيارته عن خط سيره، اتقاء لدهس أحد المشاة، فأصاب مالاَ لآخر فأتلفه، فإنه يضمنه⁽⁹¹⁾، وفي هذا الشأن قال الإمام مالك: "القائد والسائق والراكب كلهم ضامنون لما أصابت الدابة، إلا أن تَرَمَحَ الدَّابَّةُ من غير أن يفعل بها شيء تَرَمَحُ له"⁽⁹²⁾.

ومما يجدر التنويه إليه، وخاصة في هذا الموضوع، ما يقوله عامة الناس من أن الدم يغطي العيب، أو كما يقولون: "الدم مغطي العيب"، هذه مقولة، أو مثل عرفي متعسف وجائر ومتداول بين الناس في الوسط الاجتماعي، خاصة في المنازعات والخلافات، وحتى في الحوادث المرورية التي تقع على أفراد لم يباشروا أو يتسببوا في وقوع الحادث المروري لا من قريب ولا من بعيد، فيحملونهم كل التبعات المالية والمادية، وربما الزموم عرفياً بتحمل دفع الديات أيضاً، عمن مات بخطأ نفسه، وهذا لم يأت به دليل من الشرع يعتمد عليه، لا من قرآن كريم، ولا من سُنَّة النبي ﷺ، بل هو من الأعراف الفاسدة الممقوتة، والموروثة جيلاً بعد جيل في المجتمع الإسلامي، وخاصة في ليبيا⁽⁹³⁾.

(90) أحمد بن الشيخ محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ص 237.

(91) د. عبد الله باسودان: ص 21.

(92) موطأ الإمام مالك: كِتَابُ الْعُقُولِ، بَابُ جَامِعِ الْعُقُلِ، ج2، ص 868.

(93) وليس المقصود من هذا المثل أن الإنسان إذا كان في حالة دفاع شرعي من اعتداء على نفس، أو عرض، أو مال، وضرب المعتدي، فجرحه، أو أصابه في جسمه، ونزل منه الدم (سال منه دم)، فإن هذا الدم النازل من المعتدي يغطي كل عيوبه، رغم أنه هو الظالم، أو البادئ، أو المعتدي، ويتحمل المعتدى عليه، أو المدافع عن نفسه كل التبعات المالية والمادية المترتبة على ذلك.

خامساً- الضَّرُّ يُزَالُ:

يقول السيوطي: «اعلم أن هذه القاعدة ينبني عليها كثير من أبواب الفقه... لأنها شرعت لدفع ضرر القسمة والقصاص والحدود والكفارات وضمان المتلف والقسمة ونصب الأئمة والقضاة ودفع الصائل وقتال المشركين والبلغاة وفسخ النكاح بالعيوب أو الإعسار أو غير ذلك» (94).

المطلب الثاني

الآثار الجنائية المترتبة على الحادث المروري

هناك آثار جنائية متعددة تترتب على الحادث المروري، نذكر منها:

أولاً- استحقاق القصاص:

حوادث السير، إذا نتج عنها حالات قتل، وأثبت التحقيق أنها متعمدة، فلها هاهنا حكم القتل العمد، وهو القصاص، وذلك إذا صارت المركبة في يد قائدها كأداة من الأدوات التي تنفذ بها الجريمة، قياساً على استعمال السكين في الطعن بالقتل، واستعمال السلاح في إطلاق الرصاص على المجني عليه ونحو ذلك، إلا إذا عفا المجني عليه أو أولياء الدم، فإذا تم العفو تؤخذ الدية المقدرة شرعاً.

قال العز بن عبد السلام: "أما العمد فلا بد من قصاص، أحدهما القصد إلى الفعل، والثاني القصد إلى المجني عليه، ولا بد أن يكون الفعل

(94) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية: ص 123 .

المقصود إليه مما يقصد به التلف قطعاً كالذبح، أو غالباً كالقطع والجرح، وإذا تحققت هذه الأركان الثلاثة كان القتل عمداً موجباً للعقوبة الشرعية⁽⁹⁵⁾.

ومن أمثلة هذا النوع كمن يقود مركبته، ويسير بها في طريق عام، وهو يقصد إزهاق أرواح بشرية، أو من وضع قنبلة في طريق عام، وهو يقصد قتل المارة⁽⁹⁶⁾. قال ﷺ: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعْنَةُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾⁽⁹⁷⁾، كما لو تعمد قائد مركبة أن يصدم مركبة أخرى، بشكل يؤدي إلى انقلابها؛ فانقلبت وتوفي قائدها، أو تعمد دهس أحد المارة، إلى غير ذلك من الحوادث العمدية⁽⁹⁸⁾.

والدليل على مشروعية القصاص قوله ﷺ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأَنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بِعَدَاةٍ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾⁽⁹⁹⁾، ومن السنة قوله ﷺ: "مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ: إِمَّا يُودَى وَإِمَّا يُقَادُ"⁽¹⁰⁰⁾.

(95) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ج2، ص 156-157.

(96) يُنظر عمار شويمت: ص 127-130.

(97) سورة النساء: الآية 93.

(98) نايف الظفيري: ص 69.

(99) سورة البقرة: الآية 178-179.

(100) صحيح البخاري: كتاب الذبائح، باب من قُتِلَ له قَتِيلٌ فهو بخير النظرين، ج9، ص6، حديث رقم 6880.

ثانياً- وجوب الدية:

إذا وجد القصد إلى الفعل وإلى الشخص، وكان الفعل مما لا يقتل غالباً فهذا القتل يقال له عمد الخطأ، لأن فيه عمدين: أحدهما إلى الفعل، والثاني إلى الشخص، وقد جعل خطأ بالنسبة إلى الفعل الذي لا يقتل غالباً، وقد يقع الخطأ بعد فوات القصد من زلق فوق على إنسان فقتله، أو على مال فأتأفقه⁽¹⁰¹⁾، ومن الأمور المتفق عليها بين الفقهاء أنه لا قصاص في القتل الخطأ، ولكن تجب الدية والكفارة؛ فكل من قتل إنساناً ذكراً أو أنثى، مسلماً أو ذمياً، مستأمناً أو مهادئاً وجبت الدية⁽¹⁰²⁾.

فإذا ثبت أن القتل أو التلف الناتج عن حوادث المرور كان من قبيل الخطأ، فعقوبة مرتكبه هي نفس عقوبة الخطأ المقررة شرعاً، ويلحق بالخطأ ما كان الفعل بالتسبب، كمن حفر حفرة في طريق لغرض ما، فسقطت فيه سيارة، فمات من فيها، وكذلك مخالفات الصبي والمجنون في الراجح هي عقوبات الخطأ، وبهذا أفتى مجمع الفقه الإسلامي⁽¹⁰³⁾.

وقد ثبتت مشروعية الدية بالكتاب والسنة، ففي الكتاب قال تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾⁽¹⁰⁴⁾، وفي السنة فقد ثبت في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمر بن حزم في العُقُول: "إِنَّ فِي النَّفْسِ

(101) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ج2، ص157-156.

(102) نايف الظفيري: ص77.

(103) يُنظر عمار شويمت: ص130-127.

(104) سورة النساء: الآية 92.

مِائَةً مِنَ الْإِبْلِ“ (105).

وفي هذا الزمن يمكن تقويم هذه الدية بالنقود بما يعادل مائة من الإبل مثلاً، ولعلّ من أسباب تفاقم حوادث المرورية وتكاثرها في هذا الزمن هو دفع مبلغ زهيد متعارف عليه عند بعض القبائل، وهو ثلاثة عشر ألف دينار، شاملة لمصاريف التعزية، يدفع على أنه دية لأولياء المقتول في الحادث المروري، وهو مبلغ غير كاف، وغير رادع للمتهورين، ولمن تصرف برعونة وطيش ولا مبالاة بأرواح الناس، فليرجع الناس إلى أحكام الشريعة التي قررتها في هذه الأحوال والظروف، فهي من غير شك عادلة وراذعة في آن واحد في مثل هذه الأمور.

وتتحمل العاقلة (106) دفع الدية في قتل الخطأ، عن المغيرة بن شعبه قال: “قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالذِّبَةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ“ (107)، وفي هذا السياق قال الإمام مالك: «والأمر عندنا في الذي يحفر البئر على الطريق، أو يربط الدّابّة، أو يصنع أشباه هذا على طريق المسلمين، أن ما صنع من ذلك مما لا يجوز له أن يصنعه على طريق المسلمين، فهو ضامنٌ لما أصيب في ذلك من جرح، أو غيره، فما كان من ذلك عقْلُهُ دون ثلث الذّيبَةِ، فهو في ماله خاصة، وما بلغ الثُّلث فصاعداً، فهو على العاقلة“ (108).

(105) سنن النسائي: كتاب القسامة، باب ذكُرُ حَديثِ عَمْرُو بْنِ حَزْمٍ فِي الْعُقُولِ، ج8، ص60، حديث رقم 4857، والسنن الكبرى للبيهقي، كتاب الذّيّات، باب دية النفس، ج8، ص128، حديث رقم 16145.

(106) قال الشافعي: “ولم أعلم مخالفاً في أن العاقلة العصبة وهم القرابة من قبل الأب“. ينظر سنن الكبرى للبيهقي، ج8، ص185.

(107) سنن ابن ماجه: كتاب الذّيّات، باب الدية على العاقلة، ج2، ص879، حديث رقم 2633، وسنن الكبرى للبيهقي، كتاب الذّيّات، باب العاقلة، ج8، ص183.

(108) موطأ الإمام مالك: كِتَابُ الْعُقُولِ، باب جامع العقل، ج2، ص868.

وإذا ثبت أن القتل أو الجراح أو التلف ناتج عن حادث مروري ليس للسائق أي دخل فيه، كقوة قاهرة أو عمل أراد به السائق السلامة، فلا دية ولا كفارة ولا تعزير، مثل هبوب رياح شديدة أو عاصفة رملية قوية، أو زلزال مفاجئ، أو أمطار غزيرة⁽¹⁰⁹⁾.

ومما له صلة بهذا الموضوع أنه قد يتم التنازل عن الدية دون أخذ إذن ببقية الورثة أو إعلامهم بذلك، وغالباً ما يحدث في حالة قتل الخطأ في المشاجرة أو حوادث السير والمركبات الآلية ونحو ذلك، فللحكم على هذه المسألة يمكن القول إنه يجوز لورثة المتوفى أخذ الدية، لورود الدليل بمشروعية ذلك، كما يجوز لهم التنازل عنها بالاتفاق، إذا كانوا بالغين راشدين، لقوله الله تعالى: ﴿فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ﴾⁽¹¹⁰⁾، ولكن من أراد العفو أو التنازل عن الدية دون رضا بقية الورثة، فلا يتنازل إلا عن حقه فقط، فإذا امتنع بعض الورثة عن العفو فلا يسقط حقهم في طلب الدية.

كما لا يجوز العفو أو التنازل عن الدية إذا كان من ضمن الورثة قاصرين، فحق القاصر من الدية لا يتنازل عنه، وهذه المسألة من المسائل التي قد يغفل عنها بعض الناس، لا سيما في العادات والأعراف القبليّة، فيأتي أولياء القاتل إلى أولياء المقتول، وبعد الحديث والنقاش عن واقعة القتل، يتنازل أحد أولياء المقتول عن الدية دون الرجوع إلى بقية الورثة، وأخذ إذنه في العفو، وقد يكون من بينهم أولاد وبنات قصر.

(109) يُنظر عمار شويمت: ص 130-127.

(110) سورة الشورى: الآية 40.

ثالثاً- إخراج الكفارة في حوادث السير:

قال الإمام النووي: «الكفارة أصلها من الكَفَرِ بفتح الكاف، وهو السِّتْر، لأنها تستر الذَّنْب وتذهب، هذا أصلها، ثم أُسْتُعْمِلت فيما وجد فيه صورة مخالفة أو انتهاك وإن لم يكن فيه إثم كالقاتل خطأ وغيره»⁽¹¹¹⁾، والكفارات سميت كفاراتٍ لأنها تُكْفِرُ الذنوب، أي تسترُها، مثل القتل الخطأ، قد بينها الله جل وعز في كتابه، وأمر بها عباده⁽¹¹²⁾.

1- تعدد الكفارة بتعدد المقتولين:

إذا وقع حادث مات فيه عدد من الأفراد، فيجب لكل نفس قُتلت كفارة مستقلة بها، وليس على مجموع القتلى كفارة واحدة، كما يعتقد البعض، فمثلاً إذا اصطدم حَامِلان، وأسقطتا -بأن ألقتا جنينيهما- وماتتا، فيجب في تركة كل من الحَامِلين أربع كفارات على الصحيح،

بناءً أن الكفارة تجب على قاتل نفسه، وأنها لا تتجزأ، فيجب كفارة لنفسها، وثانية لجنينها، وثالثة لصاحبتهما، ورابعة لجنينها، لأنهما اشتركا في إهلاك أربعة أنفس⁽¹¹³⁾، وفي هذا السياق قال البهوتي الحنبلي: "تتعدّد الكفارة بتعدّد قتل كتعدد الدية بذلك، لقيام كل قتيل بنفسه، وعدم تعلّقه به" ⁽¹¹⁴⁾.

(111) النووي: المجموع شرح المذهب، ج6، ص 333.

(112) الأزهرى، تهذيب اللغة، ج10، ص 114.

(113) الشربيني: مغني المحتاج، ج5، ص351.

(114) شرح منتهى الإرادات: ج3، ص 329 .

2-أنواع كفارة القتل الخطأ:

ذكر الله ﷻ أنواع الكفارة صراحة في قتل الخطأ، فقال: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾⁽¹¹⁵⁾، فنصت الآية على نوعين من الكفارة في حالة القتل الخطأ، كما في الحادث المروري، وهما:

أ- تحرير رقبة مؤمنة، فيبدأ بها إذا وجدها، فإن لم يتيسر، كما في هذا الزمن، انتقل النوع الثاني، وهو الصيام.

ب- صيام شهرين متتابعين، ولا بد أن يكون الصيام متتابعاً، لوجود القيد في نص الآية بالتتابع، فإن أفطر عمداً ودون عذر استأنف الصيام من الجديد.

رابعاً- وجوب التعزير:

التعزير في اللغة من العزَرَ، وهو الرَّدُّ والمنع، وقيل هو ضرب دون الحدِّ لمنعه الجاني من المعاودة وردعه عن المعصية⁽¹¹⁶⁾،

(115) سورة النساء: الآية 92.

(116) انظر ابن منظور: لسان العرب، مادة عزر، ج9، ص184، والفيومي: المصباح المنير، مادة عزر، ص 211.

وفي الاصطلاح يعرف بأنه: "تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود"⁽¹¹⁷⁾، كما عرف بأنه: «عقوبة غير مقدرة تجب حقاً لله أو لأدمي، في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة»⁽¹¹⁸⁾، وقد نقل الإمام ابن تيمية إجماع الأمة على مشروعية التعزير فقال: «اتفق العلماء على أن التعزير مشروع في كل معصية ليس فيها حد»⁽¹¹⁹⁾، وعليه يمكن أن نقسم العقوبة التعزيرية على الحوادث المرورية إلى قسمين:

الأول- عقوبة مادية: ونذكر منها

1- الحبس: وقد ثبتت مشروعية الحبس بالكتاب والسنة والإجماع، فأما الكتاب، فقد ذكر الله سبحانه وتعالى السجن في حكاية عن نبيه يوسف عليه السلام، وبأنه سجن فيه بضع سنين، فقال: ﴿قَالَ رَبِّ السِّجْنُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِمَّا يَدْعُونَنِي إِلَيْهِ﴾⁽¹²⁰⁾.

ومن السنة ثبت أن رسول الله ﷺ حبس في تهمة⁽¹²¹⁾، وقد ذكر القرافي في الفرق السادس والثلاثين والمائتين بين قاعدة ما يشرع من الحبس وقاعدة ما لا يشرع أن الحبس مشروع في عدة حالات ذكر منها:

(117)الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 293.

(118) د. عبد العزيز عامر: التعزير في الشريعة الإسلامية، ص 48 .

(119)ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ج35، ص402 .

(120)سورة يوسف: الآية 33.

(121) مسند أحمد بن حنبل، ج15، ص 103، رقم 19904، وسنن أبي داود: كتاب الأقضية، باب في الحبس في الدين، ج4، ص32، حديث رقم 3630، وسنن النسائي: كتاب قطع السارق، باب امتحان السارق بالضرب والحبس، ج8، ص66، رقم 4875.

”حبس الجاني تعزيراً وردعاً عن معاصي الله“⁽¹²²⁾.

وتقدير مدة الحبس يختلف باختلاف أسبابه وموجباته، فيرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم، بقدر ما يرى أن ينزجر به الجاني⁽¹²³⁾، وفي سياق التعزير بالحبس يقول الإمام الشوكاني: ”والحاصل أن الحبس وقع في زمن النبوة، وفي أيام الصحابة والتابعين فمن بعدهم إلى الآن في جميع الأعصار والأمصا من دون إنكار، وفيه من المصالح ما لا يخفى، لو لم يكن منها إلا حفظ أهل الجرائم المنتهكين للمحارم الذين يسعون في الإضرار بالمسلمين، ويعتادون ذلك، ويعرف من أخلاقهم، ولم يرتكبوا ما يوجب حداً ولا قصاصاً حتى يقام ذلك عليهم، فيراح منهم العباد والبلاد“⁽¹²⁴⁾.

2- الجلد: حيث ثبتت مشروعية التعزير بالضرب في القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً﴾⁽¹²⁵⁾، ومن السنة عن أبي بريدة رضي الله عنه قال: كان النبي صلى الله عليه وسلم يقول: ”لَا يُجْلَدُ فَوْقَ عَشْرِ جَلْدَاتٍ إِلَّا فِي حَدِّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ“⁽¹²⁶⁾، قال ابن فرحون عن هذا الحديث: «فيه دليل على التعزير بالفعل»⁽¹²⁷⁾، وقد انعقد الإجماع على اعتبار الجلد عقوبة في التعزير، حيث سار على ذلك الخلفاء الراشدون، ومن بعدهم من

(122) انظر كتاب الفروق: ج4، ص1221.

(123) ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج2، ص240.

(124) يُنظر نيل الأوطار: ج9، ص218.

(125) سورة النساء: الآية 34.

(126) صحيح البخاري: كتاب الحدود، باب كم التعزير والأدب، ج8، ص174، حديث رقم 6848.

(127) تبصرة الحكام: ج2، ص217.

حكام المسلمين (128).

3- التشهير: التشهير لغة الوضوح والإضاءة والانتشار⁽¹²⁹⁾، وفي الاصطلاح لا يخرج استعمال الفقهاء له عن المعنى اللغوي⁽¹³⁰⁾، فالتشهير يعتبر أحد أنواع التعزير المناسب للجرائم التي تقع في الطرقات والمخالفات المرورية، وقد ثبتت مشروعية التعزير بهذا النوع من العقوبة في قوله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾⁽¹³¹⁾، والنص وإن ورد في حد الزنا، وذلك بتشهير الزاني، يلحق به التعزيرات أيضاً للعلة نفسها، لأنه يحقق مقصوده الشرعي من زجر المتهورين والعابثين بأمن الطرقات بالتشهير بهم أمام الناس وبأي وسيلة كانت، وقد ذكر الماوردي الحكمة من عقوبة التشهير بقوله: «في الشهرة زجر له ولغيره عن مثله»⁽¹³²⁾.

ولما كان المقصود من التشهير إعلام الناس بجرم الجاني وتحذيرهم منه، فإن أية وسيلة تحقق هذا الغرض تصلح طريقة لتنفيذ هذه العقوبة، فقد كان الفقهاء والقضاة قديماً يقومون بإركاب الجاني مقلوباً، والطواف به في المجالس، والمناداة عليه، ومرد هذا إلى قصور وسائل النشر في ذلك الوقت عن تحقيق هذا الغرض، أما الآن فقد تقدمت وسائل الاتصال، وتنوعت وسائل الإخبار، مما يجعلها أوفى بالغرض، وأكثر ملائمة لتقدم المدنية من الوسائل القديمة، فيمكن الاعتماد على هذه الوسائل في تطبيق

(128) يُنظر السنامي: نصاب الاحتساب، ص 106، د. عبد العزيز عامر: ص 308 .

(129) ابن فارس: مقاييس اللغة، مادة شهر، ص 461، والفيومي: المصباح المنير، مادة شهر، ص 169-170.

(130) الموسوعة الجنائية الإسلامية: ج1، ص 248 .

(131) سورة النور: الآية 2.

(132) الماوردي: الحاوي الكبير، ج16، ص 320 .

هذا النوع من التعزير.

4- ومن العقوبات التعزيرية المادية التنبيه والإرشاد بتجنب المخالفة المرورية، والنصح بحسن القيادة، واحترام حقوق الطريق، وكذلك التوقيف لمدة معينة، وتختلف مدته باختلاف طبيعة المخالفة، ويمكن أن تكون بسحب رخصة القيادة وحجزها مدة معينة، أو بحجز السيارة، كما يمكن أن تكون التفرغ بالكلام والتغليظ بالقول، وغير ذلك من أساليب التعزير الرادعة.

الثاني- عقوبة مالية:

وهذه اختلفت في جوازها أنظار الفقهاء قديماً وحديثاً، إذ يرى فيها أكثر الفقهاء وسيلة من وسائل تسلط الظلمة على أموال الناس وأخذها بغير حق، بينما يرى البعض جوازها كزواج عن المخالفات ضمن ضوابط معينة⁽¹³³⁾، وهي تتمثل في المصادرة، ودفع الغرامة المالية.

1- المصادرة: المصادرة في اللغة من صادر، أي طالب، وصَادَرَهُ على كذا: طالبه به في إلحاح، وصادرت الدولة الأموال، أي استولت عليها عقوبة لمالكها⁽¹³⁴⁾، وفي الاصطلاح «نزع ملكية الشيء المملوك بحكم شرعي»⁽¹³⁵⁾، وقد ثبتت مشروعية هذا النوع من التعزير بما ورد عن النبي ﷺ في شأن الزكاة، عندما قال: "مَنْ أَعْطَاهَا مُؤْتَجِرًا فَلَهُ أَجْرُهَا،

(133) د. عبد الله باسودان: ص 10 .

(134) المعجم الوسيط: مادة صَادَرَهُ، ص 509 .

(135) الموسوعة الجنائية الإسلامية: ج2، ص 729 .

وَمَنْ مَنَعَهَا فَإِنَّا آخِذُوهَا، وَشَطْرَ إِلِيهِ عَزْمَةٌ⁽¹³⁶⁾ مِنْ عَزْمَاتِ رَبِّنَا“⁽¹³⁷⁾، وقد ذهب بعض الفقهاء أن التعزير بالعقوبات المالية مشروع في مواضع مخصوصة في مذهب مالك وأحمد، وأحد قولي الشافعي، وقد جاءت السنة عن رسول الله ﷺ وعن أصحابه رضي الله عنهم بذلك في مواضع⁽¹³⁸⁾، نذكر منها:

- أمره ﷺ لابس خاتم الذهب بطرحه، فطرحه فلم يعرض له أحد.

- تضعيفه ﷺ العُزْم على حق سُرق من غير حرز.

- إراقة عمر رضي الله عنه اللبن المغشوش بالماء.

ويرى أبو يوسف القاضي أن التعزير من السلطان بأخذ المال جائز في غير حد⁽¹³⁹⁾، ويشترط لصحة المصادرة جملة من الشروط منها:

- أن يكون الشيء المطلوب مصادره مالأً.

- أن تكون حيازته جريمة أو استعين به على ارتكاب جريمة.

- أن يكون مملوكاً للجاني.

(136) أي حَقٌّ من حُقُوقه وواجبٌ من واجباته، انظر ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث والأثر، مادة عزم، ج3، ص 232.

(137) الحاكم النيسابوري: المستدرک على الصحيحين، ج1، ص 554، حديث رقم 1448، وسنن النسائي: كتاب الزكاة، باب عقوبة مانع الزكاة، ج5، ص 15-16، حديث رقم 2444.

(138) ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج2، ص 219-220، وابن تيمية: الحسبة في الإسلام، ص 49، وابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية، ص 246.

(139) السنامي، نصاب الاحتساب، ص 106-107، وابن نجيم: البحر الرائق، ج5، ص 44.

- أن تكون المصادرة مبنية على حكم شرعي (140).

2- الغرامة المالية:

الغرامة في اللغة تعني ما يلزم أدائه كالعُزْم، بالضم وكمُكْرَم، وأغْرَمَهُ إِيَّاهُ، وغَرَّمْتُهُ (141)، وفي الاصطلاح تعرف بأنها: «مال يحكم به بسبب جنائية لم يرد فيها حد ولا كفارة» (142)، والدليل على مشروعية الغرامة ما قضى به رسول الله ﷺ بمضاعفة الغرم على من سرق ما لا قطع فيه (143)، فيمكن للحاكم أو القاضي أن يوقع عقوبة الغرامة على قائد المركبة الطائش المتهمور، فيما ارتكبه من إلحاق ضرر في النفس أو المال، وهذه العقوبة ليس لها حد أدنى، ولا أعلى يمكن الوقوف عليه، بل الغرامة كعقوبة تعزيرية الأمر فيها مفوض لاجتهاد الحاكم، يحكم فيه بالقدر الذي يراه مناسباً للحال والزمان، ولا يمنع كذلك من أن يكون للحاكم الحرية في أن يجمع بين عقوبة الغرامة وعقوبة أخرى، وذلك في حدود ما يوضع له من قيود لا تنافي قصد الشارع، تبعاً لظروف الجنائية، والجاني، والزمان والمكان (144). وله أن يعاقب بالحبس أو الغرامة معاً على كل شخص يقود مركبة آلية على الطريق، وهو تحت تأثير المخدرات أو المسكرات ونحو ذلك من المؤثرات العقلية.

(140) الموسوعة الجنائية الإسلامية: ج12، ص 731 .

(141) انظر الفيروز آبادي: القاموس المحيط، مادة غَرَمَ، ج4، ص121.

(142) د. فهد بن عبد الله العمري: نزع الملكية الخاصة وأحكامها في الفقه الإسلامي، ص 415.

(143) سنن النسائي: كتاب قطع السارق، باب الثمر يسرق بعد أن يؤويه الجرين، ج8، ص85 برقم 4958، ورقم 4959.

(144) د. فهد بن عبد الله العمري: نزع الملكية الخاصة وأحكامها في الفقه الإسلامي، ص 418-419.

الخاتمة

بعد دراسة المسؤولية عن الحوادث المرورية والآثار المترتبة عليها، وغير ذلك مما بيّناه في موضعه، نتوصل إلى بعض الأحكام والنتائج والتوصيات، نذكرها فيما يأتي:

1- تعد دولة ليبيا - وللأسف الشديد- واحدة من أكثر بلدان العالم التي تشهد حوادث مميتة ومروعة في آن واحد، وذلك يرجع لأسباب كثيرة ذكرت في صلب البحث.

2- فكرة المسؤولية عن الحادث المروري وجدت في فترة مبكرة في الفقه الإسلامي من مراحل نموه وازدهاره، فقد أصل لها الفقه قواعدها ورتب عليها أحكاما وأثارا.

3- نظام الإسلام قادر على مواكبة تطورات الأنظمة بأنواعها المختلفة، وملاحقة مستجداتها المتنوعة، فهو صالح لكل زمان ومكان، وإقرار المسؤولية عن الحوادث المرورية وتأصيلها وبيان أحكامها خير دليل على ذلك.

4- أحاط الفقه الإسلامي بتنظيم المسؤولية الجنائية والتقصيرية، وأصل قواعدها وعقوباتها الشرعية، والتي في الغالب عقوبات تعزيرية، بحيث يمكن تطبيقها على كل طائش أو مستهتر بالحوادث المرورية، فنتحمل الدولة تطبيق واجباتها ومسؤولياتها انطلاقاً من قول رسول الله ﷺ: "أَلَا كَلُّكُمْ رَاعٍ، وَكَلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، فَالْإِمَامُ الَّذِي عَلَى النَّاسِ رَاعٍ، وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ"

رَعِيَّتِهِ“ (145).

5- من تضرر بسبب الحادث المروري فإنه يستحق التعويض عنه مادياً ومعنوياً، كمن تضرر بسبب فرد دفعاً للضرر عنه، وباعتبار الحوادث المرورية في أغلبها تقع بطريق الخطأ.

6- من الخطورة بمكان إسقاط المسؤولية المدنية والجنائية عن من تسبب أو ارتكب الحادث المروري، أو محاولة تبرير التهرب من آثاره، لما لها من نتائج سيئة وتبعات مادية ومعنوية خطيرة على الفرد والأسرة والمجتمع.

7- تتعدد أسباب المسؤولية في الفقه الإسلامي عن الحادث المروري بتعدد النوع في الخطأ، أو بحصول الإلتاف ووقوع الضرر وما شابه ذلك، فيترتب عليها إما الحكم بالقصاص أو الدية والكفارة، أو العقوبة بالتعزير، وكذلك يشمل الحكم بالضمان والتعويض عما لحق المعتدى عليه من ضرر أو إلتاف أو عطب ونحو ذلك.

8- يمكن تطبيق أحكام الضمان في الفقه الإسلامي على حوادث السير على الطرقات بمختلف أنواعها في هذا الزمن، مع تطويع النصوص الفقهية وتكييفها مع النوازل المستجدة في الحوادث المرورية.

9- لا عبرة بما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية من الأعراف

(145) صحيح البخاري: والفظ له، كتاب الأحكام، باب قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾، ج6، ص2611، حديث رقم 6719، وسنن أبي داود: كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب ما يلزم الإمام من حق الرعية، ج3، ص130، حديث رقم 2928.

القبلية عند أعيان القبائل ووجهائها، كالعفو عن السائق شارب الخمر، أو متعاطي المخدرات إذا تسبب في قتل إنسان، أو العفو عن طائش يقود سيارته بسرعة عالية، أو متهور في استعمال آلة ثقيلة، أدى فعله إلى إلحاق أضرار بالناس وإيذائهم جسدياً ومادياً، نظير المعاملة بالمثل، أو إعفائه من الدية والتعويض على سبيل المجاملة القبيلة، دون الرجوع إلى أولياء الدم مباشرة، فهذا التصرف الخاطئ يؤدي إلى عدم المبالاة بارتكاب جرائم الحوادث المرورية، وكثرتها في هذا الزمن.

10- الالتزام بقوانين السير يعبر عن رُقيِّ ثقافة السائق، ومدى احترامه للنظم والقوانين، التي وضعت لأجل المصالح العامة، ونفع العباد والبلاد، وحفظ الأنفس والأرواح، وصيانة المنشآت والممتلكات، فلنتعاون لتحقيق السلامة المرورية ممثلين قول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ (146). وقوله ﷺ: "أَللهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا كَانَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ" (147).

11- قائد المركبة مسؤول مسؤولية كاملة عن مركبته في سيرها وما ينجم عنها، ويحرم عليه إيذاء الناس بها، بل حتى نفسه التي بين جنبيه هو مسؤول عنها، ولذا عليه ألا ينشغل بشيء يؤثر على رؤيته وتركيزه أثناء القيادة؛ لأنه مسؤول أمام الله عن سلامة نفسه وسلامة الآخرين.

12- يتوجب عدم التساهل في تسليم رخص قيادة المركبات لمن

(146) سورة المائدة: الآية 1.

(147) صحيح مسلم: كتاب الذكر والدعاء والتوبة، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن، ج4، ص 2074، حديث رقم 2699.



لا يصلح لها، من غير النظر إلى خطورة هذا الأمر وعواقبه ومآلاته على أرض الواقع، لجهل كثير من السائقين بالأحكام الشرعية الناجمة عن الحوادث المرورية .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على نبينا

محمد ﷺ

ثبت المصادر

- 1-الأصفهاني (الحسين بن محمد): المفردات في غريب القرآن، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية، دمشق، بيروت، ط1، 1412هـ.
- 2-باسودان (عبد الله)، حوادث السير في الفقه الإسلامي، الدورة الحادية والعشرين، الرياض 15-19 محرم 1435هـ، الموافق 18-22 تشرين الثاني (نوفمبر) 2013م، القرارات رقم 195 - 204.
elibrary.mediu.edu.my/books/MAL05177.pdf
- 3-البغدادي (غانم بن محمد): مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي، بلا طبعة وتاريخ نشر.
- 4-البهوتي (منصور بن يونس): شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، ط1، 1414هـ، 1993م.
- 5-البيهقي (أحمد بن الحسين): السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424هـ، 2003م.
- 6-الترمذي (محمد بن عيسى): سنن الترمذي، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي، وإبراهيم عطوة عوض، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط2، 1395هـ، 1975م.



7-التهانوي (محمد بن علي): موسوعة كشف اصطلاحات الفنون والعلوم، مراجعة: رفيق العجم، تحقيق: علي دحروج، مكتبة لبنان، بيروت، ط1، 1996م.

8-ابن تيمية (أحمد بن عبد الحلیم): الحسبة في الإسلام، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا تاريخ نشر.

9-ابن تيمية (أحمد بن عبد الحلیم): مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، 1416 هـ، 1995م.

10-الحموي (أحمد بن محمد): غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405 هـ، 1985م.

11-ابن حنبل (أحمد بن محمد الشيباني): المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط1، 1421 هـ، 2001م.

12-الخفيف (علي الخفيف): الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي القاهرة، 2000م.

13-ابن رجب (عبد الرحمن بن أحمد): جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، تحقيق: محمد الأحمد أبو النور، دار السلام، مصر، ط2، 1424 هـ، 2004م.

14-الزرقا (أحمد بن الشيخ محمد): شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق

- عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط2، 1409هـ، 1989م.
- 15- الزرقا (مصطفى أحمد): الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، (المدخل الفقهي العام)، مطبعة طربين دمشق، ط10، 1387هـ، 1968م.
- 16- السعدي (عبد الرحمن بن ناصر): تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تحقيق عبد الرحمن بن معلا اللويحق، مؤسسة الرسالة، ط1، 1420هـ، 2000م.
- 17- السنامي (عمر بن محمد بن عوض): نصاب الاحتساب، تحقيق ودراسة: مريزن سعيد مريزن، مكتبة الطالب الجامعي مكة المكرمة، ط1، 1406هـ، 1986م.
- 18- السيوطي (عبد الرحمن بن أبي بكر): الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تحقيق: يحيى مراد، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 1428هـ، 2008م.
- 19- الشاطبي (إبراهيم بن موسى): الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1، 1417هـ، 1997م.
- 20- الشربيني (محمد بن أحمد الخطيب): مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ، 1994م.
- 21- الشوكاني (محمد بن علي): نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، دار الجيل، بيروت، 1973م.



22-شويمت (عمار): أحكام حوادث المرور والآثار المترتبة عليها في الشريعة الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، 2010، 2011م.

23-ابن أبي شيبه (عبد الله بن محمد): المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409هـ.

24-الصنعاني (أبو بكر عبد الرزاق بن همام): المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي، الهند، ط2، 1403هـ.

25-الطبراني (سليمان بن أحمد بن أيوب): المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، دار الصميعي، الرياض، ط1، 1415هـ، 1994م.

26-الظفيري (نايف بن ناشي): الآثار الشرعية المترتبة على حوادث السير، (دراسة فقهية مقارنة بنظام الحوادث بالمملكة العربية السعودية)، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 2005م.

27-عامر (عبد العزيز): التعزير في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي القاهرة، 1428هـ، 2007م.

28-العبيدي (حسين بن عبد الله): الأرش وأحكامه، (رسالة ماجستير) جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط1، 1425هـ، 2004م.

29-العتيبي (سعود بن عبد العالي البارودي): الموسوعة الجنائية الإسلامية،

- دار التدمرية الرياض، السعودية، ط2، 1430هـ، 2009م.
- 30-العز ابن عبد السلام (عز الدين عبد العزيز بن الدمشقي): قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1414هـ، 1991م.
- 31-العمرى (فهد بن عبد الله): نزع الملكية الخاصة وأحكامها في الفقه الإسلامي، طبعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1424هـ، 2003م.
- 32-ابن فارس (أحمد بن زكريا): مقاييس اللغة، راجعه وعلق عليه: أنس محمد الشامي، دار الحديث، القاهرة، 1429هـ، 2008م.
- 33-ابن فرحون (إبراهيم بن نور الدين اليعمرى): تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، خرج أحاديثه وعلق عليه: جمال مرعشلي، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، 1422هـ، 2001م.
- 34-الفيومي (أحمد بن محمد): المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العصرية، بيروت، 1425هـ، 2005م.
- 35-القرطبي (محمد بن أحمد بن أبي بكر): الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1384هـ، 1964م.
- 36-ابن القيم (محمد بن أبي بكر الجوزية): إعلام الموقعين عن رب



العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ، 1991م.

37-الكاساني (أبو بكر بن مسعود بن أحمد): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1406هـ، 1986م .

38-الكحلاني (محمد بن إسماعيل): التَّنْوِيرُ شَرْحُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، تحقيق: محمّد إسحاق محمّد إبراهيم، مكتبة دار السلام، الرياض، ط1، 1432هـ، 2011م .

39-ابن ماجه (محمد بن يزيد القزويني): سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، بلا تاريخ نشر.

40-مالك (مالك بن أنس الأصبحي): المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ، 1994م.

41-مالك (مالك بن أنس الأصبحي): الموطأ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1406هـ، 1985م.

42-الماوردي (علي بن محمد): الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار ابن خلدون، الإسكندرية، مصر، بلا رقم طبعة أو تاريخ نشر.

43-الماوردي (علي بن محمد): الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي محمد، عادل أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ، 1999م.

- 44-مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواويني، شر نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، بلا تاريخ نشر .
- 45-مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، القاهرة، مكتبة الشروق الدولية، ط251432هـ، 2011م.
- 46-مسلم (مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري): صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا تاريخ نشر .
- 47-المنأوي (عبد الرؤف المناوي): التيسير بشرح الجامع الصغير، مكتبة الإمام الشافعي، الرياض، ط3، 1408هـ، 1988م.
- 48-ابن منظور (محمد بن مكرم بن علي): لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ.
- 49-ابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم بن محمد): الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ، 1999م.
- 50-ابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم بن محمد): البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مطبعة دار المعرفة بيروت، ط2، 1975م.
- 51-النسائي (أحمد بن شعيب): السنن الصغرى للنسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط2، 1406هـ، 1986م.



52-النووي (يحيى بن شرف): المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بلا تاريخ نشر.

53-هليل (فرج علواني): جرائم التزيف والتزوير، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993م.

54-وزارة الأوقاف (والشئون الإسلامية، الكويت): الموسوعة الفقهية، دار ذات السلاسل، ط3، 1433هـ، 2012م.

العدالة الانتقالية في ليبيا بين حكم القانون وتحديات المرحلة الانتقالية

Transitional justice in Libya between the rule of law and the challenges of the transitional phase

د. سلوى فوزي الدغيلي⁽¹⁾

Dr. Salwa f. Eldaghili

الملخص

تعتبر العدالة الانتقالية منهجية تستهدف ماضي انتهاكات حقوق الإنسان، وتحقيق الانتقال الديمقراطي وسيادة القانون بشكل مباشر وسلمي، وإقامة المؤسسات الديمقراطية والدستورية التي تضمن عدم عودة الاستبداد مرة أخرى، أو انتهاك حقوق الإنسان، ومعالجة ملفات الماضي فيما يتعلق بالانتهاكات، بهدف إعادة بناء وطن للمستقبل، يضم الجميع دون إقصاء، قوامه الديمقراطية واحترام حقوق الإنسان وسيادة القانون.

ولأنّ لكل بلد خصائصه ومقوماته، فإنّه لا وجود لوصفة جاهزة للعدالة الانتقالية، ولكي تنجح العدالة الانتقالية في بلد ما يجب أن تكون نابعة من منهج واضح واختيار استراتيجي مُتفق عليه، يتمشى مع خصوصيات الدولة والفترة التي تمر بها. وتأتي جدوى الدراسة من أهمية المرحلة التاريخية للتغيير السياسي في ليبيا، حيث تعتبر العدالة الانتقالية من استحقاقات المرحلة الانتقالية الحالية، فهي دون أدنى شك تمثل خطوة أولى في تحقيق المصالحة الوطنية بين أبناء الشعب الليبي، وأداة لإعادة بناء الثقة السياسية بينهم، كأساس لصياغة العقد السياسي دستور البلاد. وأيضاً الكشف عن المعوقات والتحديات التي واجهت وعرقلت مسيرة العدالة التصالحية في ليبيا، مع إعطاء لمحة عن الفترة التي سبقت هذا التغيير باعتبارها الإرث الاجتماعي «والمظالمي» الذي يحمله المجتمع الليبي.

(1)- عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.



Abstract

Transitional justice is a methodology targeting the past of human rights violations, achieving democratic transition and the rule of law directly and peacefully, establishing democratic and constitutional institutions that ensure that tyranny does not return again, or violating human rights, and addressing the files of the past with regard to violations, with the aim of rebuilding a homeland for the future. Everyone, without exclusion, is based on democracy, respect for human rights and the rule of law.

And because each country has its own characteristics and components, there is no ready-made prescription for transitional justice, and for transitional justice to succeed in a country it must stem from a clear approach and an agreed strategic choice, consistent with the country's peculiarities and the period in which it is going.

The usefulness of the study stems from the importance of the historical stage of political change in Libya, as transitional justice is one of the merits of the current transitional phase, as it is without any doubt a first step in achieving national reconciliation among the Libyan people, and a tool to rebuild political confidence between them, as a basis for drafting the political contract, a constitution Country. It also reveals the obstacles and challenges that faced and hindered the process of restorative justice in Libya, while giving an overview of the period that preceded this change as the «social and grievances» legacy carried by Libyan society.

الكلمات المفتاحية: عدالة، انتقالية، مصالحة، انتهاكات، التغيير

key words: Justice .Transitional .Reconciliation .Violations Change

العدالة الانتقالية في ليبيا بين حكم القانون وتحديات المرحلة الانتقالية

﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ لِيُهِلِكَ الْقُرَىٰ بِظُلْمٍ وَأَهْلُهَا مُصَلِحُونَ﴾⁽²⁾

مقدمة

تعتبر العدالة الانتقالية منهجية تستهدف ماضي انتهاكات حقوق الإنسان، وتحقيق الانتقال الديمقراطي وسيادة القانون بشكل مباشر وسلمي، وإقامة المؤسسات الديمقراطية والدستورية التي تضمن عدم عودة الاستبداد مرة أخرى، أو انتهاك حقوق الإنسان، ومعالجة ملفات الماضي فيما يتعلق بالانتهاكات، بواسطة العدالة الانتقالية التي لا تقوم على الثأر والانتقام، وإنما التوصل إلى حلول مقبولة من كافة الأطراف، لإعادة بناء وطن للمستقبل، يضم الجميع دون إقصاء، قوامه الديمقراطية واحترام حقوق الإنسان وسيادة القانون.

وبالإضافة إلى تحقيق العدالة الاجتماعية والاقتصادية توفر العدالة الانتقالية فرصاً لهذه المجتمعات لإمكانية معالجة انتهاكات حقوق الإنسان الماضية، بأقل قدر من الخسائر والأضرار، مع تعويض وجبر الضرر بالنسبة لضحايا الانتهاكات السابقة، مستهدفة تنظيم مرحلة الانتقال السياسي، بحيث تتم معالجة نتائج جرائم الماضي، ومنع وقوع جرائم أخرى مستقبلاً، مع عدم إغفال الصفة الجماعية لبعض أشكال الانتهاكات، مثل عمليات الإبادة الجماعية والمذابح الجماعية والتطهير العرقي، وغيرها.

(2)- سورة هود: الآية 117.

وتعمل آليات ومناهج العدالة الانتقالية وفق رؤية تكاملية، يتم من خلالها طي صفحة الماضي، وضمان الاستقرار في الحاضر، وتحقيق العدالة الكاملة في المستقبل، ومن خلال مصالحة وطنية مرضية، يتم عن طريقها تحديد الأضرار والمتسبب فيها والتعويض العادل عنها للمستحقين.

ولأنّ لكل بلد خصائصه ومقوماته، فإنّه لا وجود لوصفة جاهزة للعدالة الانتقالية، فكل تجربة خصائصها، ولكي تنجح العدالة الانتقالية في بلد ما يجب أن تكون نابعة من منهج واضح واختيار استراتيجي مُتفق عليه، يتماشى مع خصوصيات الدولة والفترة التي تمر بها.

وحيث إن من أهداف العدالة الانتقالية مساعدة تلك المجتمعات على إصلاح منظومتها القانونية بما يتوافق مع القانون الدولي، وأول عمليات الإصلاح القانونية تبدأ من إصلاح الدستور ذاته، بتضمينه نصوصا واضحة وصريحة، تعزز من حماية حقوق الإنسان، وتلزم مؤسسات الدولة بضرورة احترامه وحمايتها، كما أن محاسبة ومعاقبة منتهكي حقوق الإنسان يوفر رادعا وزاجرا للمنتهكين على ما اقترفوه، وفي الوقت ذاته هو رادع للقائمين على تلك الأجهزة والمؤسسات، يجعلهم يعيدون التفكير في تعاملهم مع ذلك الإنسان، بما يؤدي إلى احترام إنسانيته، وحماية وصون حقوقه

أهمية الدراسة:

تأتي من أهمية المرحلة التاريخية للتغيير السياسي في ليبيا، حيث تعتبر العدالة الانتقالية من استحقاقات المرحلة الانتقالية الحالية، فهي دون أدنى شك تمثل خطوة أولى في تحقيق المصالحة الوطنية بين أبناء الشعب الليبي، وأداة لإعادة بناء الثقة السياسية بينهم، كأساس لصياغة العقد السياسي دستور البلاد، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى هي وسيلة من وسائل نشر الثقافة السياسية وإرساء مبدأ قبول الآخر.

إشكالية الدراسة:

تفرض علينا هذه الدراسة ضرورة التعرف على المنظومة التشريعية التي نظمت موضوع العدالة الانتقالية في ليبيا، إذ أنه في ظل المتغيرات التي شهدتها البلاد، منذ عام 2011م، صدرت العديد من القوانين الخاصة بالعدالة الانتقالية والمصالحة الوطنية، إلا أنه، وبالرغم من ذلك، فإن هذا الموضوع ظل يمر بعدد كبير من الصعوبات والتحديات، وظلت كل الخطوات في هذا الصدد ضعيفة واهية، ولم يتم الاتفاق على برنامج حقيقي، يمكن اعتباره إنجازا في موضوع العدالة التصالحية.

أهداف الدراسة:

تكمّن إشكالية الدراسة في التعريف بهذه المنظومة التشريعية من ناحية، ومن ناحية أخرى محاولة رصد هذه التحديات ودراستها ووضعها موضوع التحليل والدراسة، ومحاولة وضع ملامح حل لهذه الإشكاليات،

وأيضاً الكشف عن المعوقات والتحديات التي واجهت وعرقلت مسيرة العدالة التصالحية في ليبيا، مع إعطاء لمحة عن الفترة التي سبقت هذا التغيير باعتبارها الإرث الاجتماعي «والمظالمي» الذي يحمله المجتمع الليبي.

ولدراسة هذه الأفكار وغيرها سنقسم هذه الدراسة إلى:

المطلب التمهيدي: الإطار المفاهيمي للعدالة الانتقالية.

المطلب الأول: آليات وأدوات تنفيذ العدالة الانتقالية

المطلب الثاني: الإشكاليات القانونية والتحديات الواقعية التي تواجه

العدالة الانتقالية

مطلب تمهيدي

الإطار المفاهيمي للعدالة الانتقالية

باتت الدعوة إلى العدالة الانتقالية كمنهج لمعالجة قضايا وانتهاكات الماضي حاجة ملحة في ليبيا، بسبب التاريخ والإرث الكبير من الانتهاكات والتجاوزات الواسعة النطاق لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني والقانون الجنائي الدولي، وارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية، ونزوح الآلاف من العائلات، والاعتقالات التعسفية الانتقائية، والاختفاء القسري، والقتل خارج القضاء، والنزاع المسلح، ولأن الحروب الداخلية، تحت أي اسم اندرجت، تترك بلا أدنى شك شرائح واسعة وعريضة من المواطنين لا يفارقهم الشعور بالغبن، مما يغذي الرغبة العارمة بالانتقام،

كلما أغفل المجتمع واجبه في المحاسبة والقصاص.

وبالتالي، فإن مفهوم العدالة الانتقالية ينطلق من طبيعة تلك المحددات ذاتها، كما أن تحديد طبيعة تلك المحددات لم يعد أمراً متروكاً لتقدير الفقهاء والساسة والباحثين، وإنما أصبح محكوماً بمنظومة القانون الدولي في إطار منظمة الأمم المتحدة.

أولاً- تعريف العدالة الانتقالية:

تُعرف العدالة الانتقالية بأنها مجموعة الأساليب والآليات التي يستخدمها مجتمع ما لتحقيق العدالة في فترة انتقالية في تاريخه، وتنشأ هذه الفترة غالباً بعد اندلاع ثورة أو انتهاء حرب، أو بعد حقبة من الحكم السلطوي القمعي داخل البلاد، إذ يلزم بعد هذه المراحل المرور بمرحلة انتقالية نحو التحوّل الديمقراطي، وفي هذه المرحلة يواجه المجتمع إشكالية مهمة جداً في التعامل مع قضايا انتهاكات حقوق الإنسان، سواء أكانت حقوقاً جسدية أم اقتصادية أم سياسية.

وقد عرّف تقرير الأمين العام للأمم المتحدة مفهوم العدالة الانتقالية بأنه «كامل نطاق العمليات والآليات المرتبطة بالمحاولات التي يبذلها المجتمع لفهم تركته من تجاوزات الماضي الواسعة النطاق، بُغية كفالة المساءلة وإقامة العدالة وتحقيق المصالحة، وقد تشمل هذه الآليات القضائية وغير القضائية على السواء، مع تفاوت مستويات المشاركة الدولية (أو

عدم وجودها مطلقاً) ومحاكمات الأفراد، والتعويض، وتقصي الحقائق، والإصلاح الدستوري، وفحص السجل الشخصي للكشف عن التجاوزات، والفصل أو اقترانها معاً»⁽³⁾.

ويعرفها المركز الدولي للعدالة الانتقالية بأنها «مجموعة التدابير القضائية وغير القضائية التي قامت بها دول مختلفة من أجل معالجة ما ورثته من انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان، وتتضمن هذه التدابير الملاحقات القضائية ولجان التحقيق وبرامج جبر الضرر وأشكال متنوعة من إصلاح المؤسسات»⁽⁴⁾، وعرفت الأمم المتحدة العدالة الانتقالية في أحد تقارير الأمين العام للمنظمة «باعتبارها مفهوماً يتعلق بكامل نطاق العمليات والآليات المرتبطة بالمحاولات التي يبذلها المجتمع لفهم تركة من تجاوزات الماضي الواسعة النطاق، بغية كفالة المساءلة وإقامة العدل وتحقيق المصالحة، وقد تشمل الآليات القضائية وغير القضائية على السواء، مع تفاوت مستويات المشاركة الدولية (أو عدم وجودها مطلقاً) ومحاكمة الأفراد، والتعويض وتقصي الحقائق والإصلاح الدستوري، وفحص السجل الشخصي للكشف عن التجاوزات، والفصل أو اقترانها معاً»⁽⁵⁾.

(3)- موجز تقرير الأمين العام للأمم المتحدة حول «حول سيادة القانون والعدالة القانونية في مجتمعات الصراع ومجتمعات ما بعد الصراع»، مجلس الأمن، 24 أغسطس 2004م، التقرير رقم 2004/616، ص 2.

(4)- المركز الدولي للعدالة الانتقالية، تعريف العدالة الانتقالية، موقع الكتروني -http://www.ictj.org/arlabout/tran-situational_Justice

(5)- من موجز تقرير الأمين العام للأمم المتحدة حول «سيادة القانون والعدالة الانتقالية في مجتمعات الصراع ومجتمعات ما بعد الصراع»، مجلس الأمن الدولي، 4 أغسطس 2004م، التقرير رقم 2004/616/S، ص 2.

وعرفها المستشار عادل ماجد نائب رئيس محكمة النقض المصرية، وبما يتناسب مع أوضاع دول الربيع العربي، بأنها: «مجموعة من التدابير والإجراءات القضائية وغير القضائية، يتم الاضطلاع بها خلال مرحلة ما بعد الثورات، للتصدي لانتهاكات حقوق الإنسان وغيرها من صور إساءة استعمال السلطة التي وقعت في ظل نظام استبدادي أو قمعي، أو خلال فترة تغيير هذا النظام، وهي ترمي أساسا إلى القصاص العادل للضحايا، وجبر الأضرار التي لحقت بهم وذويهم، وإصلاح مؤسسات الدولة، وتحقيق المصالحة الوطنية، بهدف الانتقال بالمجتمع إلى صميم مرحلة الديمقراطية، ومنع تكرار ما حدث من انتهاكات وتجاوزات»⁽⁶⁾.

وإذا كان المجتمع الدولي لم يتفق بعد على تعريف موحد جامع مانع للعدالة الانتقالية، فهذا يعني أن المجال متروك لمحاولة تعريفها في إطار المبادئ والمفاهيم الحاكمة لها، وفقا لما حددته منظمة الأمم المتحدة، وبالتالي يمكن أن نعرف العدالة الانتقالية بأنها: «مجموعة الإجراءات والإصلاحات القانونية القضائية وغير القضائية التي تتخذها الدولة والمجتمع، لتطبيق سيادة القانون والمساءلة وإقامة العدل وتعويض الضحايا وإجراء التصالح والتسامح وتحقيق الأمن والسكينة وإشاعة السلام في المجتمع».

(6)- المستشار عادل ماجد: معايير تطبيق العدالة الانتقالية في العالم العربي، المؤسسة الألمانية للتعاون القانوني الدولي،

ثانياً- أهداف العدالة الانتقالية:

للعدالة الانتقالية أهداف نجملها فيما يلي:

- وقف الانتهاكات المستمرة لحقوق الإنسان.
- التحقيق في الجرائم الماضية.
- تحديد المسؤولين عن انتهاكات حقوق الإنسان لمعاقبتهم.
- تعويض الضحايا.
- منع وقوع الانتهاكات في المستقبل.
- الحفاظ على السلام الدائم.
- الترويج للمصالحة الاجتماعية والوطنية وصولاً للسلام المجتمعي.

المطلب الأول

آليات وأدوات تنفيذ العدالة الانتقالية

لقد أصبحت طبيعة حقوق الإنسان محكومة بالمعايير الدولية في إطار منظومة القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، وصارت السياسة محكومة بمبادئ وقواعد الديمقراطية وأسس الدولة المدنية، وفقاً للمعايير الدولية التي تتبناها منظمة الأمم المتحدة، وأضحت الأنظمة والتشريعات القانونية الوطنية محكومة أيضاً بمعايير وضوابط دولية، وفقاً للدستور العالمي المتمثل في القانون الدولي، الذي لم يعد هناك مجال للتملص منه أو مخالفته، بل إن مخالفة القوانين الوطنية لمنظومة

القانون الدولي صارت تعد من الأفعال التي توقع الدولة المعنية تحت إطار المسؤولية الدولية.

وبالرجوع إلى مبادئ شيكاغو، نجد أن هناك اتفاقاً على أن آليات العدالة الانتقالية تتمثل في المحاكمات ولجان تقصي الحقائق والفحص الدقيق والعقوبات والإجراءات الإدارية وتخليد الضحايا وإعادة تثقيف المجتمع بخطر انتهاكات حقوق الإنسان وبناء الذاكرة الاجتماعية من خلال أرشيف وطني، يضاف لهذا، وبشكل موازي، التركيز على الإصلاح المؤسسي القانوني والقضائي والأمني والإداري والسياسي، وعلى جميع المستويات.

وفي الغالب يتطلب ذلك فترة زمنية لتنفيذ الاستراتيجيات الوطنية لعدالة ما بعد النزاعات، وصولاً إلى المصالحة الوطنية من خلال المساءلة والشفافية على المستوى الفردي والمؤسسي، وعبر الاتصالات المباشرة والتشاور، وإجراءات النقد والنقد الذاتي والاعتذار وغيرها.

ومن جهة الاختصاص القضائي، فإن هكذا محاكمات عادة ما تكون عبر القضاء المحلي، واستناداً إلى القوانين المحلية والقوانين الدولية، وإذا ما عجز القضاء والقانون الداخلي عن تأمين العدالة، أو كان منهاراً، أو غير قادر أو راغب في مقاضاة المجرمين حينئذ يمكن اللجوء إلى المحاكم الدولية، وعليه فإن مرتكزات العدالة الانتقالية هي الخمس مقاربات الأولوية اللازمة لمواجهة انتهاكات حقوق الإنسان في السابق، والمتمثلة في:

أولاً- الأدوات القضائية (المحاكمات):

تُعدّ المحاكمات أول خطوة من خطوات العدالة الانتقالية، حيث تلتزم كل الدول بالتحقيق في جرائم حقوق الإنسان، وفرض عقوبات على المسؤولين عنها، ويلزم هنا وضع مسار للإجراءات القانونية والمحاكمة العادلة، وتحديد استراتيجية شقافة خاصة بالملاحقة القضائية الشاملة، تنص بوضوح على إرساء مسار الملاحقة القضائية، وضمان إبلاغ جميع المواطنين بهذه الاستراتيجية المُعتمدة، وبمعنى آخر ضرورة المتابعة القانونية والقضائية لكل الأشخاص والشخصيات المسؤولة من ذوي المراتب العليا.

ففي سنة 1993م، أنشأ مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة لأول مرة محكمة جنائية دولية ليوغسلافيا، وعُدّت هذه أول محكمة جنائية دولية بعد محكمتي نورمبرج وطوكيو، وفي مرحلة تالية جاءت المحكمة الجنائية لرواندا، لمتابعة المسؤولين عن أعمال الإبادة والتطهير العرقي في عام 1984م⁽⁷⁾.

وفي كل الأحوال يجب التأكيد على أن إجراء المحاكمات ضرورة للتأصيل وتقرير مبادئ المراقبة والمحاسبة والمساءلة، بغية التأسيس لدولة القانون وعدم الإفلات من العقاب، غير أنه لا يمكن تصور إمكانية لتخطي إرث الانتهاكات بدون العمل على إرساء مبدأي العفو والتسامح، بسبب

(7) -لمزيد من التفصيل أنظر إيريك سوتاس: العدالة الانتقالية والعقوبات، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، تراجع الصليب الأحمر، المجلد 90- العدد 870 يونيو 2008.

صعوبة الوصول للحقيقة، وحصر حجم الانتهاكات، ولكن المبدأ يظل قائماً، أنه لا مصلحة بدون عدالة، ولا عدالة بدون حقيقة، ولا حقيقة بدون إمكانية القصاص.

ويعتبر رفع دعاوى القضاية عنصراً أساسياً من عناصر التصدي المتكامل للانتهاكات واسعة النطاق لحقوق الإنسان، وإذا كان رفع دعاوى ينصب في الأساس على الأفراد المتهمين، إلا أنه من ناحية أخرى يهدف إلى استعادة كرامة الضحايا، واسترداد ثقة الناس في سيادة القانون، كما أن إصلاح المؤسسة القضائية أصبح أمراً مهماً جداً لترسيخ الأمن والأمان، لأن القضاء يشكل الدعامة الأساسية التي يفترض أن تقوي الديمقراطية، اعتماداً على القضاة والمحامين ووكلاء النيابة وغيرهم من ذوي الصلة بالشأن القضائي.

إن أزمة العدالة والمحاسبة في الوطن العربي تعود بالدرجة الأولى إلى ضعف استقلال القضاء، وتبعية أجهزة النيابة العامة للسلطات التنفيذية، وتآكل الثقة في القضاء الوطني، بفعل الانقسامات الداخلية الحادة، كما في لبنان والسودان والعراق وغيرها، وغياب إرادة تسوية ملفات الماضي وكشف الحقيقة، حيث شهدت معظم الدول العربية انتهاكات ممنهجة لحقوق الإنسان على مدار عقود ما بعد الاستقلال، وفي إطار سعيها إلى التستر على الجلادين، ومنحهم حصانة قضائية، تتبنى بعض الحكومات ما يُعرف بقوانين العفو، وتفرض عقوبات صارمة على من ينتقد هذه القوانين،

والأغرب من هذا تصدير هذه القوانين إعلامياً على أنها مصالحة وطنية(8). فتجربة لجنة المصالحة والانصاف في المغرب، عند تقديم تقريرها الختامي الذي قُدم للملك محمد السادس، اتخذت توصيات لإصلاح المؤسسة القضائية، ودعم استقلال القضاء مالياً وإدارياً(9)، والمهم في هذا الصدد هو وضع استراتيجية واضحة لهذا الإصلاح، أساسها إنشاء محاكم مدنية وجنائية وإدارية، تعرض عليها القضايا بحسب طبيعتها، هذا بالإضافة إلى إنشاء محاكم جنائية خاصة بجرائم الحرب والممارسات ضد الإنسانية والابادة والتهجير، وهي الجرائم التي لا تسقط وفقاً للقانون الدولي وقانون روما الأساسي(10).

هذا بالإضافة إلى اختيار كوادرات تتحلى بصفات النزاهة والكفاءة والفهم الشامل والصحيح لكل المنظومة المتعلقة بحقوق الإنسان، وذلك بالنظر لوجود كم هائل من الانتهاكات التي قد تعترض مجريات سير العدالة التي ستتعامل معها المؤسسات الجديدة أو تعوقها، وهنا لا ضير من الاستعانة بلجان التحقيق والمصالحة، والتي أنشأتها دول مختلفة في هذا الصدد، وأنجزت خطوات تنفيذية مكملة ضمن إطار أصول تحقيق العدالة الانتقالية، على أن يكون الهدف الأساسي لإجراء المحاكمات وتدابيرها هو

(8)- لمزيد من التفصيل أنظر رضوان زيادة ومعتز الفجيري: العدالة الانتقالية كمدخل لإعادة تأسيس شرعية الدولة العربية، الحياة، 16 سبتمبر 2007.

(9)- أطوار التاريخ الانتقالي، مآل الثورات العربية، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، بيروت، نوفمبر 2015م، ص 533.

(10)- شريف عثلم: المحكمة الجنائية الدولية، الموائمات الدستورية، مشروع قانون نموذجي، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2008م، ص 393.

عدم فسح المجال للجناة للإفلات من العقوبات التي تقررها القوانين لجرائم معينة، كالتعذيب والإخفاء القسري والاعدامات، والتهجير، وكل الجرائم ضد الإنسانية.

ثانياً- الأداة الحقوقية المجتمعية (لجان الحقيقة):

وتُسمى أيضاً بلجان البحث عن الحقيقة، أو لجان الحقيقة، أو لجان رد المظالم، أو لجان تقصي الحقائق، وهي لجان تقوم بتحقيقات رسمية في أنماط الانتهاكات التي وقعت في الماضي، لوضع سجل تاريخي دقيق لما حدث من أحداث، كما وقع في عدد من البلدان، مثل الكونغو الديمقراطية، وغواتيمالا، وسيراليون، والمغرب، وكلجان ما بعد عهد التمييز العنصري في جنوب إفريقيا، وهي إحدى الأدوات الفاعلة لتحقيق العدالة الانتقالية، وطي صفحة الماضي، ووسيلة فاعلة لمواجهة الأكاذيب وإنكار انتهاكات الدولة الجسيمة لحقوق الإنسان في جنوب إفريقيا.

واللجان التاريخية أسستها بعض البلدان كصيغة للتحقيق في الأخطاء الجسيمة للدولة التي وقعت وانتهت منذ سنوات وعقود، وهذه اللجان لا تعد جزءاً من الانتقال السياسي، إذ لا تكون لها صلة بالقيادة السياسية أو الممارسات السياسية، بقدر ما تهتم بكشف الحقائق التاريخية، والقيام بتقدير الضحايا غير المعترف بهم سابقاً أو من يخلفهم، من حيث كونها مؤقتة، وتعمل لمدة سنتين، وموافق عليها رسمياً، وهي هيئة تتمتع بالاستقلال القانوني، وغالبا ما يتم تشكيلها في مراحل الانتقال السياسي، وقد تأسس

منذ عام 1974م وحتى الآن ما يزيد عن 25 لجنة حقيقة رسمية في العالم وهيئات تقصي الحقائق، وهي هيئات تعمل على مراقبة انتهاكات حقوق الإنسان وتحقق فيها، وتعد التقارير حولها، وتتضمن آليات الأمم المتحدة المختلفة والآليات الإقليمية الموازية لتقصي الحقائق عن سلطة أنظمة حقوق الإنسان التابعة لمنظمة الوحدة الإفريقية (سابقاً) أو الاتحاد الأوروبي.

وترجع أسباب إنشاء لجان الحقيقة إلى ما يلي:

- إثبات حقيقة ما حدث في الماضي.
- محاسبة مرتكبي انتهاكات حقوق الإنسان
- توفير منبر عام للضحايا.
- التحفيز على النقاش العام.
- التوصية بجبر ضرر الضحايا.
- التوصية بالإصلاحات القانونية والمؤسسية اللازمة.
- تعزيز المصالحة الوطنية.
- تعزيز التحول الديمقراطي.

وهي لجان غير قضائية، معترف بها رسمياً من قبل الدولة، قد تنتج عن اتفاقية سلام، وهي مؤقتة ومستقلة، يركز عملها على دراسة أحداث الماضي، والتحقيق في نماذج الانتهاكات الحقوقية والإنسانية، وتهدف إلى إفساح المجال أمام المظلومين والناجين من الانتهاكات للبحث بما تعرضوا له، بغية إحقاق الحق والعدالة والتعويض عما تعرضوا له من ظلم إذا

أمكن، وينتهي عملها بتقديم تقرير نهائي، يضم توصياتها.

ويعتبر إنشاء لجان الحقيقة تحدياً كبيراً، إذ من شأنها إنشاء أجهزة تحقيق قوية، لكشف كل الحقائق المتعلقة بالعنف الذي ترتكبه جهات تابعة للدولة، أو جهات غير تابعة لها، والتي كثيراً ما تتعرض للإنكار والإخفاء.

كما أن الطبيعة الخاصة لهذه اللجان تجعلها أكثر مرونة في عملها، فهي تمزج بين النصوص القانونية والمعطيات الاجتماعية، وتضع نصب أعينها كشف الحقيقة، مع السعي لتحقيق المصالحة التي ترضي الأطراف المتنازعة، فتجربة العدالة في جنوب إفريقيا أخذت شكل محاكمات شعبية، أطلق عليها لجان الحقيقة والمصالحة، عهد إليها برفع الغطاء عن التجاوزات والجرائم وإنصاف الضحايا، وأيضاً تشكلت لجنة في كيب تاون، كانت تستمع إلى الضحايا، وقد منحت العفو لبعض مرتكبي جرائم انتهاكات حقوق الإنسان(11).

وتستند هذه الهيئات إلى منظومات مرجعية متنوعة، قاسمها المشترك مبادئ حقوق الإنسان وحكم القانون والديموقراطية وجميع المقتضيات القانونية الوطنية الإجرائية والجوهرية غير المتعارضة معها، كما تستند من ناحية أخرى إلى كل ما يتصل بقيم ومبادئ الثقافة الديموقراطية، وقيم ومبادئ حقوق الإنسان المتأصلة في المعتقدات الدينية والثقافة الوطنية

(11)- إبراهيم ملكي: آليات تنفيذ العدالة الانتقالية خلال مرحلة الانتقال السياسي في سوريا، منشورات مركز حرمون للدراسات المعاصرة، 25 فبراير 2019م، ص 14، موجود على الرابط التالي

<https://harmoon.org/wp-content/uploads/2019/02/Mechanismsforimplementationof-transitional-justice.pdf>

والثقافة المحلية، والأفكار والثقافات، والاجتهادات الوطنية من ضحايا وحقوقيين وباحثين وخبراء وفاعلين مدنيين وسياسيين حول قضايا السلم والعدالة والانتقال إلى الديمقراطية (12).

وتساعد هيئات الحقيقة والمصالحة على إطلاق حوارات عمومية تعددية حول ثقافة حقوق الإنسان وقضايا العدالة والسلم وبناء الديمقراطية، كما تسهم بتوصياتها في إطلاق مبادرات وسياسات عمومية ذات شأن كبير، من بينها وضع خطط وطنية، تشارك فيها الحكومة والمجتمع المدني والجامعة وسائر المعنيين، بقصد تعزيز مداخل التحول إلى الديمقراطية، من ذلك مراجعة التشريعات ذات الصلة، والتربية على ثقافة حقوق الإنسان، ووضع برامج للتدريب والتكوين المستمر للموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين.

ولعل أهم ما تقوم به هذه اللجان بالدرجة الأولى هو الكشف عن حقيقة الانتهاكات والتحري والتحقيق في شأنها، وتحليلها في ضوء المرجعيات الخاصة بها ومعايير حقوق الإنسان وآثارها المباشرة وغير المباشرة في الضحايا والمجتمع، بغية توثيقها في إطار السجل التاريخي لماضي البلد، حفاظاً على ذاكرة الأفراد والجماعة، كما تسهم من ناحية أخرى في إغناء الثقافة الديمقراطية في أبعادها الإنسانية والحقوقية والاجتماعية والسياسية، وذلك بفعل أجواء الحوار والمناظرات العمومية حول الماضي وكيفية التعامل مع إرثه من انتهاكات وتجاوزات حقوقية، كم

(12)- لمزيد من التفصيل أنظر أحمد شوقي بنوب: العدالة الانتقالية المفهوم والنشأة والتجارب، منشور على موقع التنوع لفض النزاعات بتاريخ 12 مارس 2014م، حلقة نقاشية عُقدت في مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 8 مايو 2013م، ص 129، آخر زيارة بتاريخ 28 يوليو 2020: <http://www.tanaowa.org/site/wp-content/uploads/2014/03/Justice.pdf>

تسهم أيضاً في إغناء أدوار ووظائف منظمات المجتمع المدني⁽¹³⁾.

وبالنظر للبعد الاجتماعي لعمل هذه اللجان، فإنها يجب أن تتكون من فئات معينة، تمثل كل أطراف المجتمع قدر الإمكان، فلجان الحقيقة في جنوب إفريقيا، والتي شكلها البرلمان في 1995م، أخذت شكل لجان الصلح، وقد امتد عملها لأكثر من ثلاث سنوات، استمعت فيها لأقوال أكثر من 22 ألف من شهادات الضحايا والجناة، وقد كان للشخصيات الدور الكبير، مثل كبير الأساقفة توتو، في انجاح دورها، لثقة الشعب في أمانة وصدق هذه الشخصيات.

كما تشكلت هيئة الانصاف والحقيقة في المغرب من المناضلين والسياسيين والحقوقيين الذين تعرضوا في حياتهم إلى انتهاكات في عهد الملك الحسن الثاني، وقد شهد العمل في هذه الهيئة اصطفاة الجميع، دولة ومعارضة، في نقل البلاد بشكل متدرج نحو الديمقراطية، واعتمدت عددا من الاصلاحات السياسية الهادفة إلى إعادة تنظيم علاقة الدولة بالمجتمع.

من ناحية أخرى، ولضمان نجاح هذه اللجان في عملها، لا بد من تحديد أهدافها والإطار العام الذي ستعمل من خلاله، وهو تعزيز مبادئ حقوق الإنسان، وكشف الحقيقة، وتطبيق أسس العدالة، ومحاسبة المذنبين، وجبر الضرر، والتعويض المادي والمعنوي، وتحويل المأساة إلى فعل إيجابي في مسار العدالة، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يجب تحديد إطار زمني لعملها.

(13)- لمزيد من التفصيل أنظر المصدر السابق: ص 129.

ولإنجاح هكذا هيئات لا بد من أن تحتوي على الفئات التالية:

- القضاة والمحامون ورجال القانون المشهود لهم بالأمانة والثقة.
- الأحزاب السياسية.
- المنظمات النسائية.
- منظمات المجتمع المدني الفاعلة في هذا المجال.
- رجال الدين ورموز الثقافة والعلم.
- شخصيات قبلية واجتماعية(14).

إلا أنها، ومن ناحية أخرى، يجب أن يسبق إنشاؤها حوار وطني واسع، ووجود التزام سياسي واضح، يسمح بالتحقيق المستقل الفعال، ويضمن إقامة الدعاوى القضائية، والمحاسبة الفعالة لمنتهكي حقوق الإنسان من ناحية، ومنعها في المستقبل من ناحية أخرى، ويجب عدم الخلط بينها وبين المحاكم، وذلك لأن لجان الحقيقة تتناول الوقائع التي يمكن لها أن تكون موضوعاً للمحاكمة، إلا أنه لا يمكن المساواة بينهما، أو أن نعتبر لجان الحقيقة بديلاً عن المحاكمات، لأن لجان الحقيقة هي هيئات غير قضائية، ليس لها سلطة إنفاذ توصياتها، بل إن معظمها يفتقر لسلطة إلزام أي شخص بالمشور أمامه.

وفي ليبيا نظم القانون رقم 17 لسنة 2012م بشأن إرساء

(14)- إبراهيم ملكي: آليات تنفيذ العدالة الانتقالية خلال مرحلة الانتقال السياسي في سوريا، بتاريخ 25 فبراير 2019م،

آخر زيارة 28 يوليو 2020: <https://www.harmoon.org/reports/archives-15262>

قواعد المصالحة الوطنية والعدالة الانتقالية⁽¹⁵⁾ إنشاء هيئة تقصي الحقائق، فنظمت المادة الرابعة منه إنشاء هيئة تقصي الحقائق والمصالحة، وحددت اختصاصاتها، وقد أُلغى هذا القانون بالقانون رقم 29 لسنة 2013م في شأن العدالة الانتقالية⁽¹⁶⁾، والذي أعاد تنظيم اختصاصات هيئة تقصي الحقائق، وذلك بمقتضى المادة السابعة منه، والتي نصت على أن «تتشأ هيئة تتمتع بالشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة، تُسمى هيئة تقصي الحقائق والمصالحة، ويكون مقرها مدينة طرابلس، وتقوم بما يلي:

- تقصي الحقائق حول الوقائع المتعلقة بالانتهاكات الجسيمة والممنهجة لحقوق الانسان، وتحديد هويات المتورطين في هذه الانتهاكات.

- رسم صورة كاملة لطبيعة وأسباب ومدى الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان التي ارتكبت خلال العهد السابق.

- جمع وجهات نظر الضحايا.

- توثيق الروايات الشفهية للضحايا.

- دراسة أوضاع النازحين في الداخل والخارج، واتخاذ القرارات اللازمة لتوفير حياة كريمة لهم، وتمكينهم من حقوقهم أسوة بغيرهم من الليبيين، وللحيلولة دون إيقاع أي تمييز ضدهم.

- العمل على إعادة النازحين في الخارج من المواطنين، بالإضافة

(15)- صدر في 26 فبراير 2012م، الجريدة الرسمية، العدد 3، السنة الأولى، 16 أبريل 2012م.

(16)- صدر في 2 ديسمبر 2013م، الجريدة الرسمية، العدد 15، السنة الثانية، 15 ديسمبر 2013م.

إلى حل مشكلة النازحين في الداخل.

- البحث في ملف المفقودين والمعتقلين، وإصدار القرارات المناسبة من أجل اتخاذ الإجراءات اللازمة لمعالجته، وما يلزم من تدابير لضمان حياة كريمة لأسرهم.

- التعاون مع تنظيمات المجتمع المدني التي تقوم على أساس مواز لأساس قانون العدالة والمصالحة.

- إصدار القرارات الخاصة بالتعويض المناسب للضحايا بأشكاله المختلفة، مثل التعويض المادي، أو تخليد الذكرى، أو العلاج، أو إعادة التأهيل وتقديم الخدمات الاجتماعية، وتكون قراراتها ذات صفة ملزمة». ومن هذا النص يمكن ملاحظة ما يأتي:

1- قصر هذا القانون رصد الانتهاكات على تلك التي حدثت خلال العهد السابق، الأمر الذي يجعل القانون قاصراً عن رصد أي انتهاكات حدثت بعد 2011م، ولا يخفى علينا ما حدث من خروقات في الفترة الانتقالية، وما مرت به من تغييرات سياسية وانقلاب على المسار الديمقراطي والتداول السلمي للسلطة في 2014م، رافقتها انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان، وبالتالي نجد أن القانون 17 لسنة 2012م (الملغي) قد كان أكثر شمولاً في تحديد اختصاصات الهيئة بكل ما يتعلق بانتهاكات حقوق الإنسان منذ سبتمبر 1969م وحتى تحقيق أهداف المصالحة الوطنية، ويُسْتثنى من ذلك القضايا التي انتهت بالصلح في ظل النظام السابق، أو تلك التي صدرت

بشأنها أحكام قضائية تم تنفيذها.

2- حدد القانون اختصاصات هيئة تقصي الحقائق، ومن بينها جمع وجهات نظر الضحايا وتوثيق روايات الضحايا، دون أن يحدد الغرض والهدف من القيام بهذه الإجراءات.

3- لم ينظم القانون أي معالجة للتحقيق في الوقائع ذات الطبيعة الجماعية وأعمال العنف والاعتداء الممنهج أو العشوائي من الجماعات أو التشكيلات المسلحة والأضرار التي لحقت بالأرواح والأعراض والأموال بسببها.

4- هذا القانون يمثل انعكاساً للفكر المؤدلج المسيطر على المؤتمر الوطني آنذاك، والذي بهذه الصياغة الفضفاضة وغير المحددة حاول حماية التشكيلات المسلحة، والتي تمثل أذرعاً عسكرية للتكتلات الحزبية الممثلة فيه من المسؤولية على ما قامت به من جرائم وانتهاكات لحقوق الإنسان، لا سيما بعد انقلابه على المسار الديمقراطي في 2014م وحتى 2020م تاريخ كتابة هذا البحث.

ثالثاً- الإصلاح المؤسسي:

كثيراً ما تحتاج الدول الخارجة من الدكتاتوريات ومن الصراعات إلى تبني إصلاحات تشمل مؤسساتها وسياساتها، بهدف تمكين البلاد من تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية بعيدة المدى، وتتمثل سائل تحقيق هذا الهدف في:

- إعادة هيكلة مؤسسات الدولة المتورطة في انتهاكات حقوق الإنسان.
- إزالة أي نوع من أنواع التمييز قديم العهد.
- منع مرتكبي انتهاكات حقوق الإنسان من الاستمرار في شغل مناصب في المؤسسات العمومية.

والحقيقة إنه وبدون هذه الإصلاحات فإن أي عملية محاسبة ستظل ناقصة، وبالتالي ستفشل في خلق صدى إيجابي لدى عامة الناس، فالمواطنون الذين اعتادوا أن ينظروا إلى الشرطة والجيش بنوع من الارتياح سوف يصعب عليهم أن يصدقوا جدوى أي إجراءات مساءلة تشمل هذه المؤسسات، إلا أن الإصلاحات المؤسساتية شاسعة ومعقدة، فالعلاقات في أجهزة الدولة شائكة، وتستلزم إصلاح المنظومة بالكامل، بما فيها الشرطة والقضاء والجمارك ومراقبة الهجرة وأجهزة المخابرات وغيرها من القطاعات ذات العلاقة، وهي عملية طويلة الأمد، تستغرق عدة سنوات، قبل أن يتبين مدى نجاح أو فشل القوانين أو المؤسسات الجديدة، ومن ثم فإنه من الأهمية بمكان العمل في هذا المجال بإرادة، ولكن دونما تسرع.

وفي مجال الإصلاح المؤسسي، كما في جميع مجالات العدالة الانتقالية الأخرى، يكون اتخاذ القرار مقيداً بالمناخ السياسي القائم، والموارد المتاحة، والحاجة إلى صياغة مشروع بأهداف واقعية، ومن بين الدروس المستخلصة في إصلاح المؤسسات المتعسفة أن الجهود المبذولة لتحقيق الإصلاح من حيث الكم والكيف يجب ألا تكون أكبر من حجم القدرات

المحلية من حيث البنية المؤسساتية والموارد البشرية والمالية، إذ أن الوقوع في هذا الخطأ من شأنه أن يجر عملية الإصلاح إلى الوراء، عوضاً عن الدفع بها قدماً.

ومن ناحية أخرى، يجب الانتباه إلى المخاطر التي يمكن أن ينطوي عليها عزل الأشخاص من المناصب العمومية، لا سيما المسؤولين في مجالات الشرطة والجيش وأجهزة الاستخبارات، والذين غالباً ما يتحولون فرادى إلى العمل في مجال الجريمة بعد عزلهم من مؤسسات الدولة، ولذا يجب التفكير في كيفية إعادتهم لحياة جديدة، بدلاً من عزلهم عن العمل، وينبغي أن يكون ذلك بحذر كبير جداً حتى لا يبدو وكأنه مكافأة لهم على الانتهاكات السابقة.

وأخيراً ينبغي اعتبار إصلاح المؤسسات المتعسفة على أنه عملية طويلة الأمد، قد تستغرق عدة سنوات قبل أن تؤتي ثمارها، ويتبين مدى نجاح أو فشل القوانين والمؤسسات الجديدة، لذلك يجب أن يكون العمل في هذا المجال بإرادة وإصرار ودون تسرع، وقد أعتبر القانون رقم 23 لسنة 2013م في شأن العدالة الانتقالية إصلاح المؤسسات جزءاً من مفهوم العدالة الانتقالية، وذلك بنصه على أنه «يقصد بالعدالة الانتقالية في مقام تطبيق أحكام هذا القانون معالجة ما تعرض له الليبيون خلال النظام السابق من انتهاكات جسيمة وممنهجة لحقوقهم وحياتهم الأساسية من قبل الأجهزة التابعة للدولة، عن طريق إجراءات تشريعية قضائية واجتماعية وإدارية، وذلك من أجل إظهار الحقيقة، ومحاسبة الجناة، وإصلاح المؤسسات، وحفظ

الذاكرة الوطنية، وجبر الضرر والتعويض عن الأخطاء التي تكون الدولة مسؤولة بالتعويض عنها»، كما جعلت المادة 11/4 من أهداف القانون المُشار إليه أعلاه إصلاح مؤسسات الدولة.

كما صدر القانون رقم 2 لسنة 2012م والخاص بإلغاء تجريم الحزبية⁽¹⁷⁾، والذي يمثل في ذات الوقت دعامة للديمقراطية ولازمة للانتقال الديمقراطي، كما تم وفقاً لذات السياق إنشاء الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، وذلك بالقانون رقم 11 لسنة 2014م⁽¹⁸⁾، والذي نصت مادته الأولى على أن «تُنشأ بموجب أحكام هذا القانون هيئة عامة تسمى (الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد) تكون لها الشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة، تتبع السلطة التشريعية».

كما صدر، وفي إطار الإصلاح المؤسسي، القانون رقم 3 لسنة 2011م بشأن تعديل القانون رقم 6 لسنة 2006م بشأن نظام القضاء، وعدد من القرارات، كالقرار رقم 145 لسنة 2012م بشأن اعتماد اختصاصات وزارة الداخلية⁽¹⁹⁾ وتنظيم هيكلها الإداري، وكذلك القرار رقم 58 لسنة 2012م بشأن المجلس الأعلى للإعلام.

ولعل من أهم خطوات إنفاذ العدالة الانتقالية، وأهم تحدياتها الفعلية، هي إصلاح الأجهزة الأمنية والشرطية، لأنها محكومة بمنظومة تشريعية، تحمي عناصرها من المسؤولية، وتمنع ملاحقتهم في أثناء ممارسة الوظيفة،

(17) - الجريدة الرسمية العدد 3، السنة الأولى، 16 أبريل 2012، ص 105 وما يليها.

(18) - الجريدة الرسمية العدد 6، السنة الثالثة، 14 ديسمبر 2014، ص 613 وما يليها.

(19) - الجريدة الرسمية العدد 17، السنة الأولى، 20 سبتمبر 2012، ص 997 وما يليها.

ولعل إصدار قانون الشرطة رقم (6) لسنة 2019م بشأن تعديل القانون رقم 5 لسنة 2018م بشأن قوة الشرطة⁽²⁰⁾ خطوة أكيدة في هذا الاتجاه.

فالهدف من إعادة هيكلة الأجهزة الأمنية هو أن تصبح جزءاً طبيعياً من المنظومة المجتمعية وحامية لها، بدلاً من دورها السابق، والذي تمحور حول حماية النظام وأزلامه بالوسائل القمعية العنيفة، إذ لا شك في أن إصلاح هذا القطاع سيكون مفتاح تنفيذ العدالة الانتقالية في ليبيا.

ويمكن تلخيص بعض الإجراءات المطلوبة في هذا الصدد فيما يلي:

- 1- إعادة تأهيل قطاعات الأمن والشرطة.
 - 2- توحيد الأجهزة الأمنية ضمن قطاع مهمته خدمة الوطن والمواطن، بحيث يكون خاضعاً للمحاسبة القانونية ومتطلبات حقوق الإنسان.
 - 3- إعادة النظر في شروط ومعايير اختيار المنتسبين لهذه الأجهزة بشكل يراعي فيها معايير الشهادة والخبرة والكفاءة⁽²¹⁾.
 - 4- وضع استراتيجية شاملة، تقوم على تبني ميثاق أخلاقي مؤسسي، ووضع سياسة جديدة أساسها إعادة تدريب الشرطة، وتطبيق إجراءات إدارية وتديرية لتشجيع الشفافية والمراقبة، وتوفير وسائل الشكاوى والتقييم.
- كما تأتي من ناحية أخرى خطوة إصلاح مؤسسات التأهيل والإصلاح (السجون)، وتتضمن هذه الخطوة بالدرجة الأولى إطلاق سراح المحتجزين

(20)- الجريدة الرسمية العدد 3، السنة الثامنة، 12 ديسمبر 2019، ص 92 وما يليها

(21)- أدوات سيادة القانون لدول ما بعد الصراع، رسم خارطة الأمم المتحدة، جنيف، منشورات مفوضية الأمم المتحدة

لحقوق الإنسان، 2006م

بشكل غير قانوني، وضمان تطبيق معايير حقوق الإنسان بعدم ممارسة أي شكل من أشكال الإكراه أو التعذيب النفسي أو الجسدي، والاهتمام بالكادر الوظيفي المدرب والملم بالضوابط القانونية الوطنية والدولية كافة، المتعلقة بالسجون وحقوق الإنسان، واتفاقيات مناهضة التعذيب في كيفية التعامل مع السجناء بطرق إنسانية، ووفق المعايير الحقوقية وطنياً ودولياً.

كما تشمل من ناحية أخرى الإصلاح المادي والعمرائي لمباني السجون ذاتها، وكيفية تجهيزها بما يتناسب مع المعايير الصحية ومقومات الحياة الإنسانية، مع الاهتمام بالجوانب الصحية والغذائية فيها، فإصلاح المؤسسة القضائية أصبح أمراً مهماً جداً لترسيخ الأمن والأمان، لأن القضاء يشكل الدعامة الأساسية التي يفترض أن تقوي الديمقراطية، اعتماداً على القضاة والمحامين ووكلاء النيابة وغيرهم من ذوي الصلة بالشأن القضائي.

رابعاً- جبر الضرر:

الهدف الأساسي لأي سياسة من سياسات التعويض هو إحقاق العدالة للضحايا، ويمثل التعويض أحد المزايا التي تميز العدالة الانتقالية عن العدالة العادية⁽²²⁾، كما يمثل التعويض ترسيخاً لحق من حقوق الإنسان المكرسة دولياً، وهو الحق في الانتصاف وجبر الضرر، وهو حق مرسخ

(22)- حسب Mark FREEMAN و Dorotheé MAROTINE الخبيران بمكتب المركز الدولي للعدالة الانتقالية ببروكسل، إحدى الخاصيات الثلاث التي تميز العدالة الانتقالية هي التركيز على مقاربة، يمثل الضحية محوراً أساسياً. مقال تحت عنوان Qu'est-ce que la justice transitionnelle منشور على موقع المركز الدولي للعدالة الانتقالية.

بقوة في النصوص التفصيلية للأدوات الدولية لحقوق الإنسان⁽²³⁾.

وينطوي مفهوم التعويض على عدة معانٍ من بينها التعويض المباشر (عن الضرر أو ضياع الفرص)، ورد الاعتبار (لمساندة الضحايا معنوياً وفي حياتهم اليومية)، والاسترجاع (استعادة ما فقد قدر المستطاع)، ويمكن التمييز بين التعويضات بحسب النوع (مادية ومعنوية)، والفئة المستهدفة (فردية أو جماعية)، ويمكن أن يتم التعويض عن طريق منح أموال أو حوافز مادية، كما يمكن أن يشمل تقديم خدمات مجانية أو تفضيلية، كالصحة والتعليم والاسكان، أما التعويض المعنوي فيكون عبر إصدار اعتذار رسمي، أو تكريس مكان عام كمتحف أو حديقة أو نصب تذكاري، أو إعلان يوم وطني للذكرى.

ونُشير في هذا الصدد إلى عدة عوامل يمكن أن تؤثر في اختيار سياسة التعويض، من بينها الموارد الاقتصادية المتوفرة، والالتزام السياسي (وطنياً ودولياً)، وعدد الضحايا وفئاتهم من حيث العرق والانتماء الإثني أو الجنس، وحجم التعاطف الاجتماعي مع ضحايا أو مرتكبي الأفعال، وسياق النزاع نفسه، وما إذا كانت الواقعة حادثاً جسيماً وحيداً أم نزاعاً مزمناً دام عدة سنوات، ونوع انتهاك حقوق الإنسان الذي تم ارتكابه.

وهناك عدة دروس تستحق الذكر من جهود تعويض الضحايا على الصعيد العالمي، إذ أنه ليس هناك شكل واحد باستطاعته ترضية الضحايا،

(23)- دليل الأمم المتحدة حول أدوات سيادة القانون اللازمة للدول الخارجة من الصراعات: برامج جبر الضرر.

وبالتالي فمن الأفضل اختيار وسائل شاملة أو مختلطة، تصور الغاية من التعويضات على أن إحقاق للعدالة متعدد الأوجه وشامل، ولا يتضمن فقط إجراءات التعويض، ولكن كذلك إظهار الاهتمام بالضحايا، مثل المحاكمات الجنائية ولجان الحقيقة.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يجب أن تكون إجراءات التعويض، سواء من حيث تبريرها، أو من حيث إعدادها، موجهة نحو المستقبل، بدلاً من أن تكون موجهة نحو الماضي، وأخيراً من الأفضل بصفة عامة محاولة إقامة توازن بين الإجراءات الفردية والجماعية، مع الأخذ بعين الاعتبار نوع العنف الذي ينبغي جبر ضرره، والأموال التي يفضلها الضحايا، وحاجياتهم، وكذلك أقاربهم.

هذا وتعتبر التعويضات الرمزية أكثر مدعاة للمصالحة، عندما تكون ثمرة لعملية تشاور ونقاش عامين، وعندما يكون الغرض منها علاج المظالم، وعندما تسعى إلى الإدماج بدلاً من الانقسام أو التفاخر⁽²⁴⁾.

كما إنه من المهم أن يؤخذ بعين الاعتبار كذلك عدد من الأشكال الإضافية والمهمة من أشكال تعويض الضحايا، أولها: بالنسبة لحكومة جديدة، أن تحاول إعادة الحقوق القانونية إلى الضحايا أو ممتلكاتهم، ومن أمثلة ذلك مساعدة السكان الذين تم ترحيلهم بالقوة، أو الذين أغتصبت

(24)- بابلو دي جريف: جهود التعويضات من المنظور الدولي مساهمة التعويضات في تحقيق العدالة غير الكاملة، نيويورك، المركز الدولي للعدالة الانتقالية، 2004م.

أراضيهم، أو إرجاع حقوق الحرية والمكانة الاجتماعية والجنسية، أو إعادة الاندماج في المناصب السابقة في الوظائف العمومية. وثانيها: قد يكون من المهم وضع برامج خاصة لإعادة تأهيل الضحايا، بما في ذلك الموازنة العاطفية، والعلاج البدني أو المساعدة الطبية. وثالثها: الإجراءات الرمزية لجبر الضرر، كرسائل شخصية للاعتذار من طرف الحكومات التالية، أو مراسيم دفن ملائمة للقتلى، أو الاعتراف الرسمي بما جرى في الماضي، أو تخصيص أماكن عامة وأسماء شوارع، أو رعاية معارض خاصة أو أعمال فنية، أو بناء نصب تذكارية عامة ومآثر ومتاحف بالخصوص.

وقد جاءت المادة 23 من القانون 29 لسنة 2013م بشأن العدالة الانتقالية مؤكدة على هذا المبدأ، عندما نصت على أن «لكل من تعرض لانتهاكات جسيمة ومنهجه لحقوق الإنسان الحصول على تعويض مناسب من الدولة، ويكون التعويض بصورة أو أكثر من الصور الآتية:

1- دفع التعويض المالي عن الضرر المادي، عما لحق المضرور من خسارة دون ما فاتته من كسب، في حالة الخطأ الناشئ عنه ضرر وقع بدافع سياسي.

2- تخليد الذكرى على النحو الذي تقررته الهيئة.

3- العلاج وإعادة التأهيل وتقديم خدمات اجتماعية.

4- أي صورة من الصور التي يصدر بتحديدتها قرار من مجلس الوزراء، بناء على اقتراح هيئة تقصي الحقائق والمصالحة».

كما نصت المادة 24 من هذا القانون، والتي جاءت تحت عنوان لجنة تقدير التعويضات، على أن «يحدد التعويض بقرار من لجنة يعينها مجلس إدارة الهيئة، برئاسة قاض، تقوم بتقدير التعويض، مكونة من خمسة أعضاء، على أن يتم اعتماد القرار من الهيئة».

كما تعرضت المادة 25، والتي جاءت تحت عنوان صندوق التعويضات، إلى أن «ينشأ بقرار من المؤتمر الوطني العام صندوق، يُسمى (صندوق تعويض الضحايا)، تكون له الشخصية القانونية والذمة المالية المستقلة، يتولى دفع التعويضات المستحقة بموجب هذا القانون، بعد انتهاء هيئة تقصي الحقائق من أعمالها.

ويحدد في قرار الإنشاء موارد الصندوق وكيفية تمويله، ويصدر بتنظيم الصندوق لائحة من مجلس الوزراء، على أن تتضمن قواعد تقدير التعويض وطرق دفعه ومواعيده وكيفيته والأشخاص المستفيدين منه، ويحل الصندوق محل صاحب الحق في مطالبة الملتزم بالتعويض.

واستثناء من الميعاد المنصوص عليه في الفقرة الأولى من هذه المادة، يجوز أن يشرع الصندوق في صرف تعويضات مستعجلة للحالات التي تقرر هيئة تقصي الحقائق استعجالها، وتنظم اللائحة ضوابط الاستعجال».

وبناءً على هذا النصوص تم اتخاذ مجموعة من الإجراءات الوزارية لتنظيم كيفية وضع هذا النص موضع التطبيق، أهمها:

* القوانين والقرارات المتعلقة برعاية أسر الشهداء والمفقودين، ونشير هنا

- إلى القانون رقم 1 لسنة 2014م بشأن رعاية أسر الشهداء والمفقودين⁽²⁵⁾.
- * القوانين المتعلقة بتعويض السجناء السياسيين، ونشير هنا إلى القانون رقم 50 لسنة 2012م بشأن تعويض السجناء السياسيين.
- * القرار رقم 119 لسنة 2014م بشأن معالجة أوضاع العنف الجنسي⁽²⁶⁾.
- * إنشاء وزارة أسر الشهداء والمفقودين.
- * إنشاء صندوق لرعاية أسر الشهداء والجرحى والمفقودين.

خامساً- حفظ الذاكرة «النصب التذكارية»:

إن بناء النصب التذكارية هو عملية تنطوي على عناصر عدة، كالسياسة والتاريخ والجمال، وتعتبر جزءاً أساسياً في بناء مفهوم مشترك للتجربة الجماعية والخيال ونظرة الشعوب الذاتية، ومن خلالها تتحقق مفاهيم عدة، أهمها:

1- المطالبة بأماكن عامة للنصب التذكارية:

النصب التذكارية تجسيد لأحداث وأشخاص ونشاطات حدثت في فترة تاريخية سابقة، وهي فئة واسعة، وتشمل أشكالاً فنية عديدة، وأعمال نحت، وحدائق تذكارية ومتاحف ضمير⁽²⁷⁾،

(25) - الجريدة الرسمية العدد 2، السنة الثالثة، 6 مارس 2014، ص 123 وما يليها.

(26) - الجريدة الرسمية العدد 3، السنة الرابعة، 27 يوليو 2015، ص 131 وما يليها.

(27) - متحف تيريزين التذكاري في جمهورية التشيك، أو متحف المقاطعة 6 في جنوب إفريقيا.

ولوحات تذكارية، وتحويل مراكز تعذيب سابقة إلى ساحات للتذكر، والجدران التذكارية⁽²⁸⁾.

وتشير مارغريت فيتلوفيتز (margrit vitlufitse) إلى دور النصب التذكارية في استعادة الأماكن التي تمت سرقتها، وإعادة تخصيص الأماكن العمومية، وتحويل مراكز الموت إلى أماكن يتردد فيها صدى الحياة، ففي تشيلي يقع النصب التذكاري الخاص بالمعتقلين المختفين والمعدمين السياسيين في مقبرة سانتياغو العامة، وهو مهدي إلى أرواح الذين قتلوا في أو اختفوا خلال الحكم العسكري، وقد أصبح موقعا مهما للقاء، ومعلما بارزا من معالم سانتياغو⁽²⁹⁾.

2- النصب التذكارية كأسلوب للبحث عن الحقيقة:

حيث تخلق النصب التذكارية ساحة عامة لاستمرار الحوار، وفي هذا الصدد يقول الناقد جيمس يونغ (Young James): «إن أفضل نصب تذكاري ألماني عن الحقبة الفاشية وضحاياها قد لا يكون نصبا تذكائيا واحداً بالمرّة، ولكنه مجرد الحوار الذي لا ينتهي حول أي ذاكرة يتعين الحفاظ عليها، وكيف يمكن ذلك، وباسم من ولأية غاية؟»، وتتمثل فائدة الحوار حول الماضي في كونه ضماناً بعدم النسيان، وضماناً بعدم خلق رواية رسمية تتبناها الدولة، وتروج لأجندة سياسية معينة⁽³⁰⁾.

(28)- جدار مايا لينز التذكاري عن حرب فيتنام في واشنطن.

(29)- لمزيد من التفصيل أنظر د. رضوان زيادة: المرجع السابق.

(30)- د. رضوان زيادة، المرجع السابق

3- النصب التذكري كجبر رمزي للضرر:

أشار إلى هذا الدور تقرير الحقيقة والمصالحة في جنوب إفريقيا، مركزاً على الأهمية الاجتماعية المرتبط به، «التوصيات الواسعة تشمل تقديم تعويض رمزي للضحايا، من قبيل الاعتراف الحكومي والرسمي من خلال المآثر، والنصب التذكارية الحية، وأيام التذكر. فهناك وسائل مؤقتة للتعويض تم توفيرها، مثلاً في الحالات التي تم اكتشاف جثث ضحايا الناشطين الذين قتلهم قوات الأمن، وقامت بدفنهم سراً، فإن اللجنة قامت بمساعدة العائلات بإقامة مدافن رسمية ومكرمة، وتؤكد حالات التعويض هذه على أهمية وضع الحالات الفردية في سياق اجتماعي وسياسي أوسع»⁽³¹⁾.

4- النصب التذكري كالتزام حضاري:

ويكون ذلك بالمطالبة بتخصيص مكان عمومي متاح للجميع، وبقصد إطلاق حوارات في المجتمع المدني، ونجاح النصب التذكري هنا إنما يكون بردود الفعل التي يخلفها من حيث النقاش الحضاري والمفعول الحواري، والقيم التربوية، وتجاوب المجموعات المعنية بما في ذلك الضحايا وعائلاتهم ومرتكبو الانتهاكات والمجتمع المدني والحكومة وحتى السياح، حيث يولد النصب التذكري تفاعلاً فردياً ذاتياً بين الزائر والنصب، أو بين الزائر وغيره من الزوار، لأن النصب التذكري لديه القدرة على تشجيع الالتزام مع الذاكرة.

(31)- تقرير الحقيقة والمصالحة في جنوب إفريقيا في : org.ictj.www

وقد أكدت على هذا المبدأ الفقرة الثانية من المادة 23 من القانون 29 لسنة 2013م بشأن العدالة الانتقالية ببيانها لصور آليات تخليد الذكرى، بقولها: «لكل من تعرض لانتهاكات جسيمة وممنهجة لحقوق الإنسان الحصول على تعويض مناسب من الدولة، ويكون التعويض بصورة أو أكثر من الصور الآتية: ... تخليد الذكرى على النحو الذي تقرره الهيئة».

كما نصت المادة التاسعة من القانون رقم 1 لسنة 2014م بشأن رعاية أسر الشهداء والمفقودين في ثورة فبراير⁽³²⁾ على أن تُمنح أسرة الشهيد والمفقود المزايا والحقوق المعنوية الآتية:

1- الوسام الذهبي لمن كان له دور نضالي في تحرير الوطن والدفاع عنه ضد قوات النظام السابق.

2- إحياء ذكراهم الخالدة في المناسبات الوطنية والقومية، وتكريم أسرهم بما يليق وحجم تضحياتهم.

3- منح أسر الشهداء حصة سنوية محددة في أفواج الحجيج لأداء فريضة الحج، مرة واحدة لكل مستفيد.

4- تضمين المناهج التعليمية مواقفهم البطولية وتضحياتهم النبيلة، بما يكفل تعليم النشء معاني الشهامة والشجاعة والبطولة، وينمي عندهم الحس الوطني.

كما نظمت المادة الثانية من قرار مجلس الوزراء رقم 85 لسنة

(32)- الجريدة الرسمية العدد 2، السنة الثالثة، 3 مارس 2014، ص 123 وما يليها.

2012م بشأن رعاية وتكريم أسر الشهداء والمفقودين⁽³³⁾ آليات الدعم المعنوي لعائلات الشهداء على النحو التالي:

- 1- إقامة يوم الشهيد لإحياء ذكرى الشهداء.
- 2- إقامة نصب تذكاري لشهداء ثورة فبراير.
- 3- منح وسام شهيد لعائلة كل شهيد.

المطلب الثاني

الإشكاليات القانونية والتحديات الواقعية التي تواجه العدالة الانتقالية

تطبيق مفاهيم العدالة الانتقالية في مجتمع معين يقترن بمؤشرات الخصوصية الثقافية والقيم السائدة في المجتمع، ومدى تعلق المواطن إحساساً وشعوراً كوجدان بمفهوم الوحدة الوطنية، والتضحية والإيثار كصفح وعفو، عليه فإن ما يصلح في دولة بعينها قد لا يصلح للتطبيق في دولة أخرى، لاختلاف تلك المؤشرات، إذ ليس كل بلد عاش الدكتاتورية والنظام الشمولي ينخرط بالضرورة في برنامج العدالة الانتقالية، فهناك عدد من الدول قرّرت طي صفحة الماضي، كإسبانيا مثلاً وأغلبية دول أوروبا الشرقية، ساعدها على ذلك موقعها الجيوسياسي.

ولكن وبالنظر للطبيعة الخاصة والاستثنائية للعدالة الانتقالية، والتي تتطلب الموازنة بين قيم ومبادئ حقوق الإنسان وانتظارات الضحايا من

(33)- الجريدة الرسمية العدد 9، السنة الأولى، 2 يونيو 2012، ص 549 وما يليها.

جهة، وإكراهات السياسة وتعقيداتها من ناحية أخرى، هذا بالإضافة إلى أسئلة الحقيقة التي تحاول العدالة الانتقالية البحث فيها والإجابة عليها، فإنه عادة ما تواجهها عملياً وفعالياً العديد من التحديات التي قد تصل إلى عرقلة مسيرتها، وتجعل من إنجازها أمراً في غاية الصعوبة، ومن بين هذه التحديات كيفية التعامل مع الرغبة في تحقيق الهدوء بعد النزاع المسلح، ومستلزمات التوافق الذي عادة ما يفترض شيئاً من التنازلات، لخلق حالة من الهدوء السياسي الممهد للديمقراطية، والرغبة في القصاص ومحكمة منتهكي حقوق الإنسان، أي الموازنة بين حقوق الضحايا وأولويات الدولة.

ومن ناحية أخرى، فإنه من الضروري عندما نتصور جبر ضرر وعقوبات محتملة في المراحل الانتقالية التي تلي الديكتاتوريات، ألا نفكر في الضحايا الأفراد والمعتدين عليهم فحسب، وإنما أيضاً في الحركات النقابية والاجتماعية وغيرها من المؤسسات المعنية، وغالباً ما لا يعالج هذا الجانب الجماعي، لأن أبطال القصة هم في الواقع نفس الأشخاص، وتصبح الجريمة جزءاً من المؤسسات، كما تصبح الجرائم بذاتها مشروعة، والغرض من أي ديكتاتورية هو، قبل كل شيء، منع أو كبح العملية الديمقراطية، من أجل إعطاء مستقبل البلاد ميلاً يختلف عما ترغب به غالبية السكان.

ونحاول فيما يلي تناول هذه التحديات، والتي تم استخلاصها من تجارب الدول، مع إسقاط ذلك على التجربة الليبية بشيء من التفصيل، ومدى تأثيرها في طريق العدالة الانتقالية، ومن ثمّ المصالحة الوطنية.

أولاً- التحديات القانونية:

تتسم مجتمعات الصراع وما بعد الصراع بأنها ليس لديها أصلاً الوعي القانوني الذي يجعلها تُطبق مبدأ سيادة القانون، وليس لديها المنظومة القانونية المتكاملة التي تحد وتمنع انتهاكات حقوق الإنسان، بل وليس لديها الوعي الكامل بمفاهيم حقوق الإنسان، ولذا، فهي لا تحترم تلك الحقوق، ولا تدرك أهمية حمايتها، وبالتالي، فلا غرابة بعد ذلك أن الأنظمة السياسية في تلك المجتمعات تصدر قوانين وقرارات تمنح السلطات الحاكمة صلاحيات واسعة، تمكنها من ممارسة القمع والاضطهاد وانتهاك حقوق الإنسان وكبت الحريات، كما تعطي سلطات واسعة للأجهزة الأمنية والعسكرية لممارسة أفعال تعد انتهاكات لحقوق الإنسان، ولا تجرم تلك الانتهاكات، أو تعاقب عليها متى ارتكبت من قبل تلك الأجهزة.

من هنا يظهر العائق القانوني، باعتبار أن تلك القوانين لا تحمي حقوق الإنسان، ولا تحاسب منتهكيها، وبالتالي، فإن تطبيق العدالة الانتقالية في تلك المجتمعات يتطلب إعادة النظر في المنظومة القانونية برمتها، بما يعزز ويحمي حقوق الإنسان، وفي الوقت ذاته يحد ويقيد من الصلاحيات المطلقة لتلك السلطات، ويجعل أعمالها وتصرفاتها محكومة وفقاً للقانون فقط، ومن جانب آخر، فإن الصلاحيات المطلقة التي تعطى للحكام في تلك المجتمعات تمكنهم من إصدار قوانين وقرارات ومراسيم العفو الخاص والعفو العام والحصانات القانونية التي تحميهم وتحصنهم ضد أي ملاحقة قانونية وقضائية على انتهاكات حقوق الإنسان، وهو ما يزيد من فرص

الإفلات من العقاب، وفي الوقت ذاته يشجع على ارتكاب المزيد من الانتهاكات.

ومن هنا، فإن محاولة تطبيق العدالة الانتقالية في ظل غياب منظومة قانونية متكاملة تحمي حقوق الإنسان، وتحاسب منتهكيها، وتحد من الصلاحيات المطلقة للزعماء والقادة، يواجه كثيرا من الصعوبات، إذا لم يتم البدء في إصلاح المنظومة القانونية والمؤسسية برمتها.

والمقصود هنا المرجعيات القانونية للعدالة الانتقالية، المقتضيات المنظمة لهيئات الحقيقة والمصالحة: اختصاصاتها، وظائفها، مهامها وطرق عملها، أي دستورها المحدد والمنظم لأعمالها في نطاق الاختصاصين النوعي والزمني، وتدرج صياغة القانون عادة ضمن ما يمكن تسميته بالمرحلة التمهيديّة، لوضع هيئة العدالة الانتقالية التي تتضمن إعداد القانون واعتماده والإعلان الرسمي عن تركيبة الهيئة، ويعتبر هذا الحدث من أهم ما يمكن أن تمرّ به الدول الخارجة من نزاعات وصراعات مسلحة، للمرور إلى الدولة المدنية والاستقرار.

هذا يعني بالضرورة سنّ التشريعات، وإنشاء الهيئات والمنظمات والمؤسسات الحقوقية التي تجرّم كل أشكال الانتهاكات لحقوق الإنسان، وتضمن جميع الحقوق التي تكفلها المواثيق الدولية، التي تحول دون تكرار الانتهاكات التي حدثت سابقاً، وفي هذا الإطار أصدر المجلس الوطني الانتقالي قانون العدالة الانتقالية، الذي تعثّر للأسف بسبب عدم صدور اللائحة التنفيذية من الحكومة، إضافة إلى ذلك أنشئت هيئة المصالحة

الوطنية، والمجلس الأعلى لحقوق الإنسان، مشروع قانون لإجراء تعديلات على القضاء، وإعادة هيكلته، لتخليصه من العناصر التي كانت أداة من أدوات السلطة في ارتكاب هذه الانتهاكات.

غير أنّ هذه القوانين والهيئات لم تفعل واقعياً على الأرض، ناهيك عن قوّتها، وعدم استجابتها لمتطلبات المرحلة والتحديات التي تمرّ بها، وهذا يرجع أساساً إلى عدم استعادة المؤسسات المناط بها تطبيق الأمن والقانون والعدالة، المتمثلة في مؤسسة القضاء، ومؤسسة الجيش والشرطة، ومن ناحية أخرى إلى حالة انتشار السلاح، وعدم احتكار الدولة لحق استخدام القوة والعنف، لتطبيق العدالة والقانون، الشيء الذي أدّى إلى عدم القطيعة مع الماضي المؤلم لانتهاكات حقوق الإنسان، التي نراها للأسف تتكرّر حتى وقتنا هذا، وذلك بسبب غياب الدولة ومؤسساتها.

وقد نُظمت العدالة الانتقالية في ليبيا بمجموعة من القوانين، ابتداءً بالقانون رقم (17) لسنة 2012م⁽³⁴⁾، والقانون (41) لسنة 2012م بتعديل القانون رقم (17) السابق الإشارة إليه، والقرار (18) لسنة 2012م بشأن تسمية أعضاء هيئة المصالحة، الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي، ثم القانون رقم (29) لسنة 2013م الصادر عن المؤتمر الوطني بشأن العدالة الانتقالية، والذي أُلغي وحلّ محلّ القوانين السابقة عليه.

ولن أخوض في الوثائق القانونية السابقة، فقد نالت من النقد ما نالت، وانتهى الأمر بإلغائها من المؤتمر الوطني بالقانون الأخير الذي حلّ محلّها،

(34)- الجريدة الرسمية العدد 3، السنة الأولى، 16 أبريل 2012، ص 159 وما يليها.

ولذا سأركز في هذه الدراسة على القانون الأخير، مُقسّمة ملاحظاتي إلى:
1- ملاحظات تتعلق بالمناخ الذي ستطبق فيه العدالة الانتقالية:

لعل أهم ما يمكن أن يقال في هذا الخصوص ما يلي:

1- غياب الإرادة السياسية الحقيقية للمؤسسات السياسية للدولة الليبية في المرحلة الانتقالية، ابتداء من المجلس الانتقالي، ومروراً بورثته المؤتمر الوطني العام، وانتهاء بالبرلمان، وحتى عندما أشرفت الأمم المتحدة على حوار الصخيرات، وأنتجت جسماً سياسياً جديداً، تحت مسمى المجلس الرئاسي، والذي سيطر على السلطة من 2014م وحتى كتابة هذا البحث، إلا أنه أيضاً لم يهتم بالعدالة الانتقالية، ولم يقدم أي تصور للبدء فيها؛ إذ لم تظهر إرادة واضحة لتبني مشروع العدالة الانتقالية، وتسهيل وضعه موضع التنفيذ، بل على العكس من ذلك، كل ما سُجّل من هذه الأجسام التشريعية هو إخفاقات من هذه الناحية.

وعلى الرغم من إصدار حزمة من التشريعات، تُشكّل جزءاً مهماً من المنظومة التشريعية للعدالة الانتقالية، إلا أنها أفرغت قانون العدالة الانتقالية من محتواه، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإنّه لم يتم التعامل معها بالشكل الذي يجعلها مُتفقة وغير مُتعارضة مع بعضها، ويجعل كلٍ منها خطوة لازمة للمرحلة التي تليها، ومن هذه التشريعات:

- القانون رقم (30) لسنة 2012م بشأن تحديد ضوابط الكيانات

السياسية(35).

- القانون رقم (35) لسنة 2012م بشأن العفو عن بعض الجرائم⁽³⁶⁾.
- القانون رقم (36) لسنة 2012م بشأن إدارة ممتلكات بعض الأشخاص⁽³⁷⁾.
- القانون رقم (37) لسنة بشأن تقرير بعض الأحكام الخاصة بالمرحلة الانتقالية.
- القانون رقم (50) لسنة بشأن تعويض السجناء السياسيين⁽³⁸⁾.
- القانون رقم (13) لسنة 2013م بشأن العزل السياسي والإداري⁽³⁹⁾.
- القرار (904) لسنة 2014م بشأن تنظيم صندوق معالجة أوضاع العنف الجنسي.

2- إغفال الطبيعة التشاركية في صناعة قانون العدالة الانتقالية، إذ يجب أن يشارك الجميع في صناعته، بحيث تكون النتيجة إفران مناقشات وطنية مُعمّقة، باعتبار أنّه مشروع وطني، لذلك كان ينبغي، قبل صياغته كقانون، يُفرض من قبل السلطة التشريعية، بعد أن أعدّته لجنة مُكلفة من وزارة العدل، أن يتم النظر فيه من كافة شرائح المجتمع، لا سيما المعنية به، والتي تناقشه من خلال منظمات المجتمع المدني وروابط الضحايا وأسرهم والناشطين والمهتمين بحقوق الإنسان وعلماء النفس وعلماء الاجتماع وغيرهم، لبحثه وتقرير آلياته التي تتماشى مع التجربة الليبية، دون إغفال مقوّمات التجارب الأخرى في الدول التي مرت بذات التجربة،

(36)- الجريدة الرسمية العدد رقم 6، السنة الأولى، 19 مايو 2012، ص 300 وما يليها.

(37)- الجريدة الرسمية العدد رقم 11، السنة الأولى، 18 يونيو، 2012، ص 617 وما يليها.

(38)- الجريدة الرسمية العدد 16، السنة الأولى، 9 سبتمبر 2012، ص 917 وما يليها.

(39)- الجريدة الرسمية العدد 6، السنة 2، 28 مايو 2013، ص 312 وما يليها.

من جهة أن طبيعة الانتهاكات تختلف من مكان لآخر، ولذا يجب الاستماع للجميع، والإصغاء إلى كافة الأفكار والرؤى، حتى نصل إلى قانون ناتج عن مجموعة من المشاورات الحقيقية، يكون قد بدأ فعلاً من القاعدة، وصولاً لأعلى الهرم.

3- انتشار السلاح والكتائب والمليشيات المسلحة، وغياب الأمن، وضعف مؤسسات الدولة كالجيش والشرطة، إضافة إلى غياب مؤسسات المجتمع المدني المهتمّة بموضوع العدالة الانتقالية والخبرة فيه.

4- الانتكاسة على الديمقراطية، والانقلاب على المسار الديمقراطي من المؤتمر الوطني، والذي رفض تسليم السلطة للبرلمان عقب انتخابات حرّة ونزيهة في 2014م، وسيطرته على طرابلس وغرب البلاد، مستعملاً القوة والإرهاب في فرض سيطرته على أرض الواقع، بعد حرق مطار طرابلس والطائرات وحرق خزانات النفط، والدخول بالقوة على بعض المدن وتهجير سكانها في عمليات قمع وترهيب.

5- انتشار الإرهاب والجماعات المتطرفة في مدن بعينها، كبنغازي ودرنة، وبدء المواجهة العسكرية معها، والتي استمرت لأكثر من ثلاث سنوات، انتهت بطردهم من المدينتين.

6- بدء المواجهة المسلحة بين قوات الجيش العربي الليبي والجماعات المسلحة المؤدلجة المسيطرة على العاصمة الليبية طرابلس.

2- ملاحظات على القانون رقم (29) لسنة 2013 ذاته، ونجملها فيما يلي:

1- خلو القانون من مادة مُخصّصة لتعريف المصطلحات الواردة فيه، ولا يخفى علينا مدى أهمية نص بهذا الشكل، لا سيما عند وضعه موضع التطبيق، بما يوضّح مصطلحاته ويحدّدها، بالشكل الذي ينأى بها عن أي لبس أو غموض.

2- النص على تبعية هيئة تقصي الحقائق والمصالحة الوطنية للمؤتمر الوطني، الذي هو هيئة مؤقتة، مُدَّتْها محدّدة بالإعلان الدستوري، وكان الأجر النص على تبعتها للسلطة التشريعية، بما يضمن تبعتها للمؤتمر الوطني وكل السلطات التي تحلّ محلّه، لحين انتهاء مدة الهيئة، وإنجازها لمهمّتها.

3- لم يتضمّن القانون أيّ إشارة تُفيد اهتمامه بضرورة إعادة النازحين والمهجّرين إلى مدنهم الأصلية، كإجراء من إجراءات المصالحة الوطنية، وهذا ما يعكس سيطرة فئة معينة ذات توجّه معين داخل المؤتمر على صياغة القانون.

4- ما يمكن توجيهه للمادة (16) من القانون التي منحت للهيئة سلطة إضفاء صفة الضبطية القضائية على أشخاص تختارهم هي، الأمر الذي يُثير تساؤلاً مهماً حول مدى أهليتها لممارسة هذا الدور، لا سيما إذا ما عرفنا أن سلطة الضبطية القضائية تمنح وتحوّل صاحبها سلطات واسعة، أحتاط المشرّع في منحها.

5- منح الهيئة وفقاً للمادة (13) من القانون ميزانية مستقلة لها،

يقرّها المؤتمر الوطني، دون إخضاعها لرقابة ديوان المحاسبة وفقاً لهذا القانون.

ثانياً- التحديات الواقعية:

لم تكن المنظومة القانونية المعيبة وحدها السبب في عرقلة البدء في تنفيذ العدالة الانتقالية، فالحديث على الصعوبات التي واجهت العدالة الانتقالية يقودنا الى استعراض جملة من التحديات الواقعية التي واجهت البدء في تنفيذ برنامج العدالة الانتقالية في المرحلة الانتقالية بليبيا رغم صدور القوانين اللازمة لتحريك الموضوع على الأقل، حيث صاحب ذلك مجموعة من الإشكالات والصعوبات، نعرضها فيما يلي:

1-التحديات السياسية:

إنّ كان لا يمكن بأيّ حال من الأحوال، وكما أسلفنا في موضع آخر في هذا البحث، عزل انتهاكات الحقوق المدنية والسياسية عن الجرائم ضد الحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، لكن من المهم التساؤل عن الهدف السياسي للانتقال، الذي سيعتمد على معايير النزاع والاشتباكات التي أتت بالحكام المستبدين إلى السلطة، فمثلاً في إسبانيا أو تشيلي أو الأرجنتين أو غيرها من الدول التي مرّت بتجربة مماثلة لهذه الدول، فقد كانت نتيجة مواجهات بين القوى السياسية التي تسعى إلى إقامة أنظمة سياسية متناقضة تماماً، وفي هذه البلدان الثلاثة على الأقل لم تكن عملية الانتقال التي أعقبت فترة الدكتاتورية ترمي كثيراً لاستعادة الوضع السياسي

السابق من أجل توطيد عملية كانت قد بدأت عكس إرادة غالبية السكان، الأمر الذي كان بخلاف ذلك في دول أخرى كألمانيا مثلاً.

إلاّ إنّه، ومن ناحية أخرى، علينا أن نفهم أنّ المرحلة الانتقالية التي تلي سقوط الأنظمة الاستبدادية لا يمكن بأيّ حالٍ من الأحوال تسميتها بالمرحلة الديمقراطية، بل هي مجرد مرحلة (الطريق إلى الديمقراطية)، وهذا التمييز في منتهى الأهمية، نظراً لضرورة تغليب مفاهيم لممارسة الفعل السياسي في هذه المرحلة، ليست هي بالضرورة المفاهيم التي تمارس في مرحلة الأنظمة المستقرة الديمقراطية، ففي الطريق إلى الديمقراطية نجد أننا ملزمون بإعلاء وتغليب منطق التوافق، لا منطق المنافسة، الذي تقتضيه الديمقراطية، بمعنى آخر يجب أن نتدرّب على منطق وفلسفة التنازل من أجل المصلحة العليا للوطن، بدلاً من منطق المنافسة والانفراد بالسلطة في المفهوم الديمقراطي، وإعطاء الحزب المنتصر في الانتخابات الحقّ في تطبيق برنامجه الانتخابي، الشيء الذي يحدث في الظروف العادية والمستقرة.

وتعدّ الفترة الأولى في المرحلة الانتقالية من التجربة الليبية(40) تجسيداً مثالياً لخصوصية هذه المرحلة، التي تقتضي ضرورة تغليب التوافق على المنافسة والمحاصصة الحزبية، وقد بدأت هذه المسيرة في ثورة 17 فبراير من خلال تكوين جسم، تمّ الاعتراف له بالشرعية كممثل للثورة، وإعلان قبوله من قبل الشعب وأغلبية القوى الفاعلة على الأرض، تمثل

(40)- مرحلة المجلس الوطني الانتقالي الممتدة من فبراير 2011م إلى 8 أغسطس 2012م.

في المجلس الوطني الانتقالي، الذي أعلن بدوره انتهاء حقبة الاستبداد المتمثلة في النظام السابق، ونزع الشرعية عنه بإصدار بيان إلغاء السلطة السابقة المسماة سلطة الشعب، وإعلان المبادئ التي سيقوم عليها النظام الجديد، تلاه فيما بعد إصدار الإعلان الدستوري، الذي رسم خارطة طريق لمرحلة الانتقال السلمي والديمقراطي للسلطة، وأكد الحق في ممارسة العمل السياسي، ليجسد ذلك فيما بعد من خلال إنشاء المفوضية العليا للانتخابات، التي عملت على إنجاز العملية الانتخابية، بشكل اعترف بنزاهته جميع المراقبون، ولتسلم السلطة بشكل سلمي، لأول مرة في تاريخ ليبيا، إلى جسم منتخب من قبل الشعب، يُنَاطَبه الإشراف على كتابة الدستور الدائم للدولة، والإشراف على الانتخابات النيابية والرئاسية القادمة، ما أكد المسار السليم في المجال السياسي للانتقال من حكم الفرد إلى الحكم التعددي.

وعلى الرغم من كل الصعوبات التي واجهت عمل المجلس الانتقالي يتوجب التأكيد على ثلاثة مبادئ مهمة، من شأنها تأصيل المسار الديمقراطي، أولها تمثّل في تأكيد مبدأ التعددية، من خلال إصدار قانون للكيانات السياسية، وعلى الرغم من أن هذا القانون لا يتوافق كثيراً مع الأسس التي يجب أن تبنى عليها مرحلة الطريق إلى الديمقراطية، فإنّه قام بذلك استجابة للحراك السياسي، ورغبة العديد من مؤسسات المجتمع المدني في ترسيخ مبدأ الانتخابات النزيهة، من خلال إنشاء الهيئة المستقلة للانتخابات، وثانيها مبدأ التسليم السلمي للسلطة، الشيء الذي يبشّر بالانتقال من حالة حكم الفرد والاستبداد إلى ارتضاء الجميع مبادئ الديمقراطية التعددية، والالتزام بإرادة

الشعب، ويبقى على من انتخبهم الشعب إكمال المسيرة، والالتزام بالمبادئ التي أسس لها الشعب والمجلس الانتقالي، وثالثها التأكيد على ضرورة التأصيل لدولة القانون والدستور كأساس للتعامل مع المرحلة، وكضرورة للقطيعة مع النظام السابق، ولهذا كانت هناك ضرورة لصياغة المرجعية الدستورية والعقد الاجتماعي، وبالفعل، وبناءً على هذه الثوابت، تم انتخاب المؤتمر الوطني، أول جسم منتخب في تاريخ ليبيا، لتبدأ المرحلة الانتقالية الثانية.

وهنا لا بدّ من الإشارة للمرحلة الثانية من الفترة الانتقالية في ليبيا وما شابها من تجاذبات سياسية داخل المؤتمر الوطني، مترتبة على التنافس السياسي بين التيار الإسلامي بمكوناته المختلفة وتحالف القوى الوطنية، وبعض الكتل السياسية التي تشكلت داخل المؤتمر، فأعاقت عمل المؤتمر الوطني، الذي عجز عن الالتزام بأغلب ما كُلف به، وما نص عليه الإعلان الدستوري من مهام وتواريخ لاستحقاقات دستورية، كما عجز عن احترامها، الشيء الذي أخذ ببعض المكونات داخل هذا المؤتمر إلى الاستئثار بمفهوم الوطن والثورة، وأخذت تُعدّ العُدّة لعدم الخروج من السلطة، بعد أن سعت خلال بقائها في المؤتمر والحكومة إلى التمكين لنفسها، بخلاف ما جاء في الإعلان الدستوري، بتكوين أجنحة عسكرية لها، تمثلت في الكتائب والمليشيات، بعد أن مكّنها تواجدها في موقع القرار من وضع يدها على معسكرات الدولة وما فيها من أسلحة.

هذا كله ترتب عليه، بعد خروج الشعب مُطالباً برحيلهم عن السلطة، تكوين لجنة سُمّيت بلجنة فبراير، شأنها الإعداد لمرحلة انتقالية جديدة، يتم خلالها إجراء انتخابات جديدة، تُسلّم فيها السلطة لجسم آخر مُنتخب، توكل إليه مهمة إجراء انتخابات جديدة، بعد الاستفتاء على الدستور الذي كان يُفترض أن يصدر عن هيئة كتابة الدستور التي تم انتخابها، ولكن للأسف الشديد المؤتمر ومن يمثّله من تيار سياسي ومليشيات انتكس عن المسار الديمقراطي، ورفض القبول بنتائج الانتخابات، وأدخل البلد في حرب أهلية، تم فيها تهجير مئات الآلاف، وحرقت المطار والطائرات والبيوت وخزانات النفط، وتعطيل كل شيء، وتم نسف مفهوم الدولة بانعدام المؤسسات الشرعية، والانتكاس على المسار السلمي المدني الديمقراطي، وبالتالي غاب كل شيء له علاقة بالعدالة على كل مستوياتها.

وبالرغم من استقرار البرلمان الجديد في مدينة طبرق، وتشكيله لحكومة جديدة مؤقتة، استقرت في مدينة البيضاء في شرق البلاد، إلا أن سيطرة المليشيات والمؤتمر المُنتهية ولايته على العاصمة طرابلس، والسيطرة على مصرف ليبيا المركزي، جعل من البرلمان الجديد وحكومته في موقف صعب مالياً وواقعياً، ولم يعد قادراً على مواجهة المشاكل المتفاقمة التي تمر بها البلاد، بالإضافة إلى انتشار الإرهاب والتطرف في درنة وبنغازي ثم سرت وبعض من المدن في غرب ليبيا، واضطرار السكان للنزوح عن هذه المدن، وعجز البرلمان عن تقديم المساعدات بالقدر الكافي، كل هذا ساعد في تفاقم المأساة، وزاد من صعوبة التقدّم

في برنامج العدالة الانتقالية، بل جعلها شبه مشلولة، مع ازدياد انتهاكات حقوق الإنسان والقتل من الجماعات المتطرفة، والتي كانت في البداية تقوم بأعمالها سراً، وإذا بها تعلن عن وجهها القبيح، وبشكل علني، تحت مفهوم تطبيق شرع الله، لتدخل البلاد بعد ذلك في مرحلة نزاع مسلح، استمرت لفترة تجاوزت الأربع سنوات، قبل أن تسيطر القوات المسلحة على مدن بعينها، كانت تزرع تحت رحمة هذه التيارات المتطرفة كبنغازي ودرنة، ولتبدأ مرحلة جديدة من التحديات أمام العدالة الانتقالية، وهي مرحلة ما أطلق عليه بالتوافق السياسي.

ونشير هنا إلى اتفاق الصخيرات، وما حدث فيه من حوارات، أساسها اقتسام السلطة بين القوى المختلفة في ليبيا، دون مراعاة المساواة وعدم الإفلات من العقاب، ودليل ذلك جلوس على طاولة الحوار شخصيات ثبت تورطها في دماء الليبيين وهدر الأموال الليبية والاستيلاء عليها بعد 2011م، بدلاً من أن يكون حواراً وطنياً، يتم فيه تناول كل المسائل التي تؤدي إلى تأسيس وطن لكل الليبيين، ينتهي إلى إشاعة روح الوحدة الوطنية، وإلى توافق بشأن كل المسائل التي تنتهي إلى تحقيق مصالح اجتماعية وسياسية، تجعل من مسألة الاحتقان الجهوي والمناطقي أمراً من الماضي، ويضمن عدم العودة لوسائل العنف والصراع مرة أخرى، بتجاوز لغة السلاح والاقصاء السياسي بكافة أنواعه، هذا بالإضافة إلى ما نتج عن هذا الاتفاق من انقسام سياسي، ترتب عليه ازدواجية المؤسسات السياسية في البلاد وتوازيها، ودخول البلاد في نزاع مسلح، ترتب عليه زيادة وتعميق

في الشرخ الاجتماعي في البلاد.

ولوضع تصور واقعي لعقبات العدالة في ليبيا علينا أولاً وصف المناخ المسيطر على مسار العدالة ذاتها، ويمكننا تلخيص ذلك في عدد من النقاط:

- الإرث الذي يحمله الليبيون من الماضي، والذي عاشوه لمدة 42 سنة من الكبت والاضطهاد والتمييز القبلي والجهوي الذي مارسه عليهم النظام السابق، بالإضافة لما حدث بعد فبراير 2011م من انقسام في المجتمع الليبي، بسبب انهيار مؤسسات الدولة، والانقسام السياسي، والنزاع المسلح بين الليبيين، وما ترتب عليه من انتهاكات.
- الإرث الجغرافي في ليبيا، وأثاره على التركيبة الليبية جيو سياسياً
- الدور الإقليمي والدولي الذي يلعبه المجتمع الغربي في ليبيا.
- دور الإعلام.
- التحول الديمقراطي وتحدياته.

2- النزعة الإقصائية:

يمكن القول هنا أن السمة المشتركة، إن لم نقل الغالبة، على آليات العدالة الانتقالية التي أقرت في الدول العربية هي النزعة الإقصائية، بهدف الانتقام من النخب السياسية التي ارتبطت بالنظم السابقة، أكثر من الحرص على إقرار العدالة ومحاسبة مرتكبي الجرائم، وهذا نجده واضحاً في القوانين

العزل السياسي التي صدرت في كل من مصر وتونس وليبيا.

ففي ليبيا البداية كانت بالقانون رقم 26 لسنة 2012م بشأن إنشاء الهيئة العليا لتطبيق معايير النزاهة والوطنية⁽⁴¹⁾، الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي، والذي تم إلغاؤه بالمادة 19 من القانون رقم لسنة 2013م بشأن العزل السياسي والإداري، والتي نصت على أن «يلغى القانون رقم (26) لسنة 2012م بشأن الهيئة العليا لتطبيق معايير النزاهة والوطنية وتعديلاته اعتباراً من تاريخ نفاذ هذا القانون».

وقد حدد قانون العزل السياسي والإداري الذي صدر في ليبيا في 5 مايو 2013م⁽⁴²⁾ 36 شريحة وظيفية مصنفة، لم يميز بين طول المدة وقصرها بمن عمل مع النظام السابق، ومن أساء استعمال السلطة واستغلها، ومن قام بدوره الوطني بنقاوة ووعي ومسئولية، هذا بالإضافة إلى اعتماد القانون على مفاهيم غامضة، تحتاج بدورها إلى ضبط، مثل «الذين شاركوا في انقلاب سبتمبر» و«الذين أفسدوا الحياة السياسية».

بل تجاوز الأمر في ليبيا مجرد النص على ذلك في قانون العزل، ليتجسد واقعياً وفعالياً في مشروع الحوار الذي قاده الأمم المتحدة، والذي بدأه السيد طارق متري، ومن ثم السيد برناردينو ليون ((Bernardi-no leon)) في أكتوبر 2014م، والذي انطلق بشكل خاطئ، مُقصياً فئة مهمة، تشكل نسبة كبيرة من الشعب الليبي عن الحوار، أصل في حد

(41)- الجريدة الرسمية العدد 13، السنة الأولى، 5 يوليو 2012، ص 745.

(42)- تم إلغاء هذا القانون في 2 فبراير 2015م بالقانون رقم 2 لسنة 2015م بشأن إلغاء قانون القانون رقم 13 لسنة 2012م في شأن العزل السياسي والإداري.

ذاته لفكرة العزل والإقصاء، وإلى عدم إمكانية إحلال حالة من الوئام المجتمعي والمصالحة الوطنية الحقيقية التي من شأنها أن تؤسس إلى انتقال إلى مرحلة جديدة للعلاقات بين الليبيين وتعاملهم على شكل متساوٍ داخل منظومة الحكم، الشيء الذي يمنع إمكانية حدوث أو نشوب أي صراع آخر على السلطة، كنتاج للتهميش وانعدام للعدالة الانتقالية، والتي لا يمكن تصورها إلا بمشاركة جميع مكونات المجتمع الليبي، وبإنتاج مفاهيم تؤسس للقطيعة مع النظام السابق، وإلى فهم جديد للمجتمع المرغوب.

لقد صيغ الحوار من قبل السيد ليون على أساس الغلبة وقوة السلاح والسيطرة على الأرض، لا بمنطق الوطن والحرص عليه، وكان الهدف من الحوار الذي رعته الأمم المتحدة، ومنذ بدايته، صياغة سلطة تمكّن المجتمع الدولي من التعاطي معها، بدلاً من صياغة وطن يتشارك فيه كل الليبيين، ويكون أساساً لعقد اجتماعي جديد، ونواة لدستور البلاد القادم، وكان هذا هو السبب الأساسي في فشل اتفاق الصخيرات في إنهاء الأزمة الليبية، بل الذي فاقمها بالشكل الذي أدى إلى انقسام مؤسسات الدولة وتوازيها، واندلاع المواجهات العسكرية، ودخول البلاد في نفق مظلم، وحتى كتابة هذا البحث⁽⁴³⁾.

(43) - استبعد السيد برناردينو ليون ومن بعده السيد كوبلر أنصار النظام السابق بالكامل من حوار الصخيرات، ودون تبرير موضوعي، الأمر الذي تحاول تداركه السيدة ستيفاني وليامز في حوارات جنيف 2020م.

3- التحديات الأمنية:

وهي تمثل أهم وأخطر تحديات العدالة الانتقالية في ليبيا، فانتشار السلاح بعد عام 2011م مباشرة والقَتال المسلح مع قوات النظام السابق قبل سقوطه، ولمدة ثمانية أشهر، وما ترتب عليه من انتشار السلاح في البلاد، ثم تكوّن وانتشار المليشيات، وسيطرتها على سلاح الدولة بأنواعه المختلفة، وانتشار الجماعات المسلحة المؤدلجة، وتمكّنها من مدن بعينها، مثل بنغازي ودرنة وسرت وغيرها، وبدء العمليات الإرهابية، من اغتيالات طالت قيادات في الجيش والشرطة والأمن وشخصيات من القضاء والشخصيات المدنية، كل هذا أثر على البدء في تنفيذ برنامج العدالة الانتقالية، ولفترة طويلة.

بل أن بعض الكيانات في المؤتمر الوطني في فترة ولايته اتجهت إلى دعم بعض العناصر والتشكيلات المسلحة، لإثارة المشاكل الأمنية هنا وهناك، لإرباك السلطة الحاكمة الجديدة أمنيا واقتصاديا، سعيا من تلك القوى لإبقاء وضعها السابق على ما هو عليه، حفاظا على مصالحها، ومن جانب آخر، محاولة منها لعدم اتخاذ الحكومة لإجراءات قانونية، مثل إجراءات العدالة الانتقالية التي تُخضع تلك القوى للمساءلة والعقاب.

وبالتالي، فإن مواجهة هذا المشهد المعقد سيكلف الدولة أعباء مالية إضافية لمواجهة تلك التحديات، فوق تلك الأعباء التي تواجهها بسبب الصراع والتحول، هذا بالإضافة إلى تورط بعض شخصيات من المؤتمر

الوطني، وممن تولوا سلطة القرار في البلاد في ارتكاب الجرائم، وإذكاء نار القتال بين الليبيين، كل هذا جعل الحكومات الانتقالية تتردد في تطبيق إجراءات العدالة الانتقالية -خاصة جانبها الجنائي المتمثل في ملاحقة المنتهكين ومحاكمتهم ومعاقبتهم- والبدء في برنامج جبر الضرر، وذلك إلى حين استقرار الأوضاع الاقتصادية والأمنية.

هذا بالإضافة إلى أهم خطوة من خطوات العدالة الانتقالية، وهي كشف الحقيقة أو معرفتها؛ والتي تتطلب الرجوع إلى الأرشيف في كل مؤسسات الدولة، التي كانت بالضرورة متورطة في تطبيق سياسات النظام القمعية والمُنتهكة لحقوق المواطنين، وهنا للأسف تتبدى لنا صعوبة معرفة الحقيقة في الفترة السابقة على 17 فبراير، بسبب التلاعب في أرشيف الدولة، وعدم إدراك المسؤولين ضرورة المحافظة عليه، فأُتلف أو تمّ التلاعب في كثير منه إبان الدخول إلى طرابلس، بحكم أن أغلبية الأرشيف يوجد فيها، جراء المركزية التي كانت سائدة، بالتالي فنحن الآن وللأسف وصلنا إلى مرحلة لم نعد نعرف فيها الأرشيف الأمني لفترة حكم القذافي تحت أي يد هو، وربما تساعد لجان الاستماع إلى الضحايا وتدوين الانتهاكات على لئمة بعض هذه الحقائق، مع استغلال الأرشيف المُتاح لمعرفة الحقيقة.

كما أن أهم ما يمكن أن يوجه إلى البرلمان المنتخب في 2014م من نقد هو عدم اهتمامه بموضوع العدالة الانتقالية، إذ أنه وعلى الرغم من استلامه مهمة التشريع في 2014م، وحتى كتابة هذا البحث، لم تصدر

عنه اللائحة التنفيذية للقانون 29 لسنة 2013م، وذلك استنادا على المادة 33 من هذا القانون، والتي جعلت إصدار اللائحة التنفيذية من اختصاص المؤتمر الوطني، وحيث إن البرلمان قد أنتخب خلفاً للمؤتمر الوطني كسلطة تشريعية للمرحلة الانتقالية، وبالتالي حل محله، وكل الاختصاصات المناطة به وفقاً للقوانين التي أصدرها، انتقلت بدورها إلى خلفه، وهو البرلمان، وهذا بدون شك أثبت عدم اكتراث البرلمان بموضوع العدالة الانتقالية، وأكد على أنها ليست من أولوياته.

4-التحديات الاقتصادية:

من المعروف أن مجتمعات الصراعات وما بعد الصراعات هي مجتمعات تعاني شح الموارد الاقتصادية، وتدني مستوى دخل الفرد، وانتشار الأمية والفقر، ناهيك عن استشراف ظاهرة الفساد المالي، وسوء الإدارة، مما يجعلها تعاني حالة من الاضطرابات المستمرة، وعدم استقرار في شتى المجالات، وبالتالي، تصبح بؤراً للصراعات والنزاعات التي لا تنتهي.

ونظراً لانتشار وتوسع رقعة الفساد في تلك المجتمعات، وعدم وجود أنظمة قانونية تحد من الصلاحيات الواسعة لتلك السلطات، وتراقب أداءها وتحاسبها، فإن السلطات الحاكمة تعمل على خلق قوى اقتصادية بوسائل مختلفة، تدخل معها في شراكات مالية، أو تعقد معها اتفاقات، تمكنها من الحصول على إتوات أو نسب مالية من صفقاتها واستثماراتها، بغض النظر بعد ذلك عما إذا كانت صفقات واستثمارات مشروعة أم غير مشروعة.

وعلى الرغم من المفارقة هنا، حيث إن ليبيا ليست دولة فقيرة، أو تعاني من شح الموارد، بل هي دولة تصنف في مصاف الدول الغنية، ولكن المشكلة إنما تكمن في طبيعة اقتصادها الريعي، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، تبعات النظام المركزي، والذي مورس بشكل ممنهج على مدى الأربعين سنة، فقد كبل أي توزيع عادل ومنصف للثروة، الأمر الذي أدى إلى تهميش مناطق جغرافية كاملة، وعدم تمتعها بمستوى خدمي معين، بالإضافة إلى حرمانها من التنمية لفترة طويلة، مما انعكس على سكانها بالشعور بالظلم والتهميش وعدم المساواة في الاستمتاع بثروات البلاد، وتطلب معالجته إدراج التهميش الخدمي والاقتصادي ضمن المظالم التي ينبغي علاجها في إطار العدالة الانتقالية.

وفي الحقيقة أن تلك القوى الاقتصادية لا تعمل على دعم الاستثمار الحقيقي ودعم الاقتصاد الوطني، بل هي تضر بهما، كون تلك القوى أصلاً نشأت وتعيش متطفلة على الدولة، وتعتمد في الكثير من صفقاتها على موارد الدولة، وتمارس أعمال غسل الأموال العامة، مستغلة علاقاتها النفعية المتبادلة بالأنظمة السياسية التي تغض الطرف عن ممارسات تلك القوى المضرة بالاقتصاد الوطني، حفاظاً على مصالحهما المتبادلة.

هذه القوى الاقتصادية ستظل قائمة ومستمرة أثناء وبعد الفترة الانتقالية، وبعد إقصاء أو تغيير نظام الحكم السابق، وبالتالي تظل تعمل منفردة، أو بالتنسيق مع النظام السابق، على خلق التوترات الاقتصادية، وإثارة المشاكل الاقتصادية والأمنية المتعلقة بالمواطن، مثل عدم توفير

بعض الخدمات، ورفع أسعار بعض السلع، وإخفاء أو احتكار سلع أخرى. ومن المتفق عليه عموماً أن الفترة التي تلي أي نزاع تتطلب مرحلة انتقالية، يكون فيها جهاز الدولة الضروري لحكم القانون لا يزال قيد البناء، ولا يزال هشاً للغاية، لممارسة صلاحياته في مجال العدالة على نحو مرضٍ، وخاصة بالنسبة للانتهاكات الماضية، ولكن هل يمكننا أن نقول إن العقاب، في هذا السياق، يجب أن يكون على نحو ما (مُتكيفاً) مع الظروف، وأنه ينبغي أن يركز أكثر على مساهمة الجاني في جبر الضرر، بدلاً من معاقبته بالمعنى التقليدي للمعنى.

هذا هو ما يحدث من الناحية العملية، أي وضع هذه العملية ضمن إطار قانوني، أي نظام عدالة يُسهل الانتقال، ولكن لا يمكن اعتباره إهمالاً لحقوق الضحايا وواجبات الدول، ومن ثم فلا مناص من التأكيد على تدابير العدالة التصالحية، التي تعد غالباً كافية لتلبية شروط العدالة الجزائية⁽⁴⁴⁾.

إلاّ إنّه، ومن ناحية أخرى، ارتبطت التغييرات السياسية والثورات بكشف إشكاليات مؤسسات الدولة، وانعدام الثقة في قدرتها على قيادة إجراءات العدالة الانتقالية والمصالحة الوطنية، بسبب عدم نجاح الهيئات التي أسست لتحقيق العدالة، وعدم إثبات كفاءتها واستقلاليتها في مواجهة السلطات الأصلية في البلاد، ويرجع ذلك إلى افتقادها للقدرة على إنفاذ وتطبيق ما يتم التوصل إليه من أحكام قضائية، في ظل انهيار المؤسسات

(44)- لمزيد من التفصيل انظر إيريك سوتاس: مقاله سابق الإشارة إليه، ص 28.



الأمنية وانتشار السلاح، إذ وبالرغم من عدم تأثر المنظومة القضائية بالانقسام السياسي، إلا أنها تظل هشّة، تحتاج إلى الكثير من الجهد والوقت لإعادة تطويرها وتقويتها للقيام بالمهام المأمول منها القيام بها، وربما ذلك يرجع لضعف الإرادة السياسية لدينا في ليبيا بعد 17 فبراير، التي عليها تدليل هذه العقبات، وإظهار الرغبة والقدرة الحقيقية لإنجاز هذه الخطوة، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، تفاقم الوضع لدينا بعد انقلاب التيار الإسلامي على السلطة، وذلك بعد انتخابات 2014م، والتي خرج بمقتضاها من المشهد السياسي، الأمر الذي ترتب عليه انقسام المؤسسات السياسية في البلاد وتوازيها، وعدم قدرة أي منها على البدء في تنفيذ برنامج العدالة الانتقالية.

الخاتمة

من خلال ما تم سرده آنفاً نرى أن العدالة الانتقالية ضرورة ملحة لكل دولة تمر بمرحلة المخاض بين الحَبَلِ المثقل بتركة من الصراعات والجرائم والظلم والدكتاتوريات، وبين الولادة القيصرية لنظامٍ ديمقراطي، يسدل الستار على تلك الصراعات والجرائم التي ارتكبت بحق الإنسان، لأن الإنسان هو نفسه من يرتكب الجرائم، ويختلق الحروب والنزاعات المدمّرة، وهو نفسه من يسعى لمقاضاة مرتكبي تلك الجرائم ومشعلي فتيل الحروب، فهو من ينشر الظلم في أرجاء المعمورة، وهو من يبحث عن العدل فيها.

إن تحقيق العدالة الانتقالية هو السبيل الوحيد الذي يضمن تحقيق العدالة والإنصاف للضحايا، وفي نفس الوقت يفتح الطريق لتحقيق المصالحة الوطنية، والتي بدونها ستكون ليبيا عرضةً لمزيد من الاحتراق وإراقة الدماء، والتي سيقف وراءها الانتقام بكل تأكيد، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن المصالحة هي شكل من أشكال العدالة الانتقالية التي تكون ضرورية لإعادة تأسيس الوطن على أسس شرعية قانونية وتعددية وديموقراطية في الوقت ذاته.

نتائج البحث:

1- ليبيا دولة متجانسة دينياً، دينها الإسلام على المذهب المالكي السني، فلا يوجد بها تعدد أديان أو طوائف من الممكن أن يتم استغلالها في إثارة الفتن العرقية، ويوجد بها أقلية يتبعون المذهب الاباضي في جبل نفوسة، والمسيحيون الموجودون ينتمون كلهم إلى جاليات أجنبية من العاملين في ليبيا، وغالبية الشعب الليبي يتحدث اللغة العربية، ماعدا أقلية موجودة في غرب البلاد وجنوبها يتحدثون الأمازيغية، ووضعها الاقتصادي ممتاز يحتاج فقط إلى إعادة نظر في كيفية توزيع ثروة البلاد على سكانها بشكل منصف.

2- أهم أسباب عرقلة البدء في تنفيذ برنامج العدالة الانتقالية، ما

يلي:

* عدم توفر الإرادة السياسية لدى السلطات الانتقالية المتتالية في المرحلة الانتقالية.

* عدم التوصل إلى التحديد الواقعي الصحيح والدقيق للمشكلة الليبية.

* انعدام الثقة المتبادلة.

* استعمال العنف بدلاً من الحوار السلمي والمصالحة لخلق التوازنات السياسية.

التوصيات:

- 1- البدء في فتح تحقيق شامل ونزيه ومستقل ومحاييد، حول كافة الانتهاكات والتجاوزات التي حدثت في ليبيا من خلال لجان متخصصة، بحيث تشكل لجنة تحقيق لكل فترة صراع على حدة.
- 2- كشف الحقائق عن تلك الانتهاكات للشعب، وتحديد الجهات والأفراد المسؤولة عنها، وفي مقدمتها الكشف عن حالات القتل المتعمد والاختفاء القسري، والنزع والتدمير المتعمد للممتلكات العامة والخاصة، وأي انتهاكات مجرّمة وفقا للقانون الوطني والقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني.
- 3- القيام بالإصلاحات المؤسسية والقانونية المتعلقة بحقوق الإنسان، لضمان عدم انتهاك تلك الحقوق في المستقبل.
- 4- عدم اتخاذ أي إجراءات باسم العدالة الانتقالية من شأنها مصادرة الحقوق القانونية المكفولة للضحايا في اللجوء إلى القضاء لاستيفاء حقوقهم المدنية المنصوص عليها في القانون.
- 5- إيجاد برامج واضحة ومحددة وفاعلة لتعويض الضحايا وجبر أضرارهم.
- 6- التوسط لإجراء المصالحة بين الضحايا ومنتهكي حقوقهم.
- 7- إصدار اللائحة التنفيذية لقانون العدالة الانتقالية رقم 29 لسنة



2013م.

8- الاستفادة من القواعد والأعراف والأسلاف القبلية المؤثرة في المجتمع، وتوظيفها بشكل مناسب، ليتم من خلالها إجراء المصالحة الوطنية الشاملة.

المصادر

- 1- المستشار عادل ماجد: معايير تطبيق العدالة الانتقالية في العالم العربي، المؤسسة الالمانية للتعاون القانوني الدولي، القاهرة، 2013م.
- 2- نيل ج. كريتز: التقدم والتواضع: البحث المتواصل عن العدالة في حالات ما بعد انتهاء الصراعات، نيويورك المركز الدولي للعدالة الانتقالية، 2004م.
- 3-- شريف عتلم: المحكمة الجنائية الدولية، الموائمات الدستورية، مشروع قانون نموذجي، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2008م.
- 4- رضوان زيادة ومعتز الفجيري: العدالة الانتقالية كمدخل لإعادة تأسيس شرعية الدولة العربية، الحياة، 16 سبتمبر 2007م.
- 5- أطوار التاريخ الانتقالي، مآل الثورات العربية، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، بيروت، نوفمبر 2015م.
- 6- مارك فريمان وبريسيلاب هاينر: المصارحة، المركز الدولي للعدالة الانتقالية، 2004م.
- 7- أدوات سيادة القانون لدول ما بعد الصراع، رسم خارطة الأمم المتحدة، جنيف، منشورات مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، 2006م.
- 8- دليل الأمم المتحدة حول أدوات سيادة القانون اللازمة للدول الخارجة من الصراعات: برامج جبر الضرر.
- 9- بابلو دي جريف: جهود التعويضات من المنظور الدولي مساهمة التعويضات في تحقيق العدالة غير الكاملة، نيويورك، المركز الدولي للعدالة الانتقالية، 2004م.



10- كريم المرزوقي، العدالة الانتقالية والدولة المستقلة، مقال منشور على الرابط التالي

العدالة-الانتقالية-و الدولة-المستقلة/كريم-المرزوقي/سياسة/تحليلات

<https://ultratunisia.ultrasawt.com/>

11- د. مروة نظير، العدالة الانتقالية: الإشكاليات النظرية وتحديات التطبيق، مقال بتاريخ 2017/07/24م، منشور على الرابط التالي:

العدالة-الانتقالية-الإشكاليات-النظرية-وتحديات-التطبيق/

<http://faselah.net/artical/details1649/>

- إبراهيم ملكي: آليات تنفيذ العدالة الانتقالية خلال مرحلة الانتقال 12 السياسي في سوريا، منشورات مركز حرمون للدراسات المعاصرة، 25 فبراير 2019م، موجود على الرابط التالي:

<https://harmoon.org/wp-content/uploads/2019/02/Mechanismsforimplementationof-transitional-justice.pdf>

13- موجز تقرير الأمين العام للأمم المتحدة حول "حول سيادة القانون والعدالة القانونية في مجتمعات الصراع ومجتمعات ما بعد الصراع"، مجلس الأمن، 24 أغسطس 2004م، التقرير رقم 2004/616م.

14- عبدالواحد بلقصري: إشكالية الذاكرة السياسية والعدالة الانتقالية



بالمغرب، موجود على الرابط التالي

<http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=%20104336>

15- المركز الدولي للعدالة الانتقالية، تعريف العدالة الانتقالية، موقع

[http://www.ictj.org/ar/about/transitional. Justice](http://www.ictj.org/ar/about/transitional.Justice) .

16- أحمد شوقي بنيوب: حلقة نقاشية عُقدت في مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 8 مايو 2013م.

17- د. رضوان زيادة: العدالة الانتقالية والمصالحة الوطنية في العالم العربي، بحث موجود على الرابط التالي، وآخر زيارة بتاريخ 28 مارس 2020م.

العدالة-الانتقالية-والمصالحة-الوطنية-في-العالم-العربي

<http://sl4c.org/ar/wp-content/uploads/2016/03.pdf>

18- فادي فاضل: المصالحة الأهلية في القانون الدولي: غاية ومسار لا عفوية ومصالحة، النهار، 2008/12/22م.

19- Dorotheé MAROTINE و Mark FREEMAN الخبيران بمكتب المركز الدولي للعدالة الانتقالية ببروكسل، إحدى الخاصيات الثلاث التي تميز العدالة الانتقالية هو التركيز على مقارنة يمثل الضحية محورها



Qu'est-ce que la justice transition- مقال تحت عنوان
(nelle) منشور على موقع المركز الدولي للعدالة الانتقالية.



الآثار القانونية لجائحة كورونا على تنفيذ العقد الإداري في القانون الليبي
(دراسة مقارنة)

The legal effects of the Corona pandemic on the implementation of the administrative contract in Libyan law
(A comparative study)

د . عبد اللطيف عبد الحميد ماضي⁽¹⁾ د . امهيدي محمد امهيدي⁽²⁾

Dr. Amahidi Mohamed Amahidi

Dr. Abdul Latif Abdul Hamid Madi

المخلص

ليس هناك شك في أن تفشي كورونا أضر بالاقتصاد محلياً وعالمياً، فقد بادرت الحكومات إلى اتخاذ العديد من القرارات والتدابير الاحترازية للوقاية من هذه الجائحة (كوفيد – 19)، والحد من انتشارها، ومن أهم تلك التدابير فرض حظر التجول الجزئي والكلي، ومنع التجمعات، وإغلاق

(1) عضو هيئة التدريس بكلية القانون جامعة بنغازي.

(2) مستشار بمحكمة استئناف بنغازي.



للمحلات التجارية، وتعليق الدراسة، وإغلاق دور العبادة، والمنافذ البرية والبحرية والجوية، ولا شك في أن هذه القرارات والإجراءات الاحترازية المتخذة لمواجهة جائحة كورونا ستكون لها آثار واضحة على التوازن المالي للعقد الإداري في ظل هذه الأوضاع الاستثنائية التي فرضها فيروس كورونا المستجد، مما سيفضي إلى جعل تنفيذ العقد الإداري مرهقاً وعسيراً، إن لم يكن مستحيلاً، ومن هنا جاء هذا البحث لغرض المساهمة في تحديد الطبيعة القانونية لجائحة كورونا، وما إذا كانت من قبيل القوة القاهرة، أم أنها من الظروف الطارئة؟ ما تأثير ذلك على تنفيذ العقد الإداري؟

الكلمات المفتاحية: جائحة كورونا- عقد إداري- قوة القاهرة- ظروف طارئة- فسخ العقد.

Abstract

There is no doubt that the outbreak of Corona has affected the economy locally and globally. The Governments all over the world have taken many decisions and precautionary measures to prevent this pandemic (Covid 19) and limit its spread. Among the most important of these measures are imposing partial and total curfews, preventing gatherings and closing shops, suspending the study and closing the places of worship, as well as



closing the land, sea and air borders. There is no doubt that these precautionary decisions and measures taken to confront Corona pandemic will have obvious effects on the financial balance of the administrative contract in light of these exceptional conditions imposed by the new Corona virus, which will lead To make the implementation of the administrative contract tedious and difficult, if not impossible. Hence, this research came as a contribution to determining the legal nature of the Corona pandemic, as well as whether it was from force majeure or from emergency circumstances. What effect does this have on the implementation of the administrative contract?

Key words: Corona pandemic- administrative contract- force majeure- emergency conditions- termination of contract.

مقدمة

انتشر في الآونة الأخيرة فيروس كورونا (كوفيد - 19 المستجد)⁽³⁾ في جميع أرجاء العالم، عقب ظهوره - بحسب ما يقال - في مدينة ووهان الصينية أواخر سنة 2019م، حيث بات يشكل خطراً كبيراً وفتاكاً على كافة الأصعدة المحلية والإقليمية والدولية، حيث أصاب 178 دولة من أصل 198 معترف بها من منظمة الأمم المتحدة.

وبالنظر إلى تهديد هذا الفيروس لمختلف المجالات، وأبرزها الصحية والاقتصادية والاجتماعية، الأمر الذي حمل منظمة الصحة العالمية في 2020/3/11م على الإعلان باعتبار فيروس كورونا جائحة عالمية عابرة للحدود⁽⁴⁾، مما حدا بمعظم الدول إلى اتخاذ إجراءات وتدابير احترازية، ومنها إغلاق المنافذ البرية والبحرية والجوية، وفرض حالة الطوارئ، وحظر التجول، ومنع السفر هذا من جانب⁽⁵⁾.

(3) فيروس كورونا المستجد هو نوع من الفيروسات جديد من نوعه، يصيب الجهاز التنفسي للمرضى المصابين بالتهاب رئوي، وهو مجهول المنسب (إلى الآن) ظهر في مدينة ووهان الصينية في أواخر 2019م، وفي 8 فبراير 2020م أطلقت لجنة الصحة في جمهورية الصين الشعبية تسمية (فيروس كورونا المستجد) (أو الجديد) على الالتهاب الرئوي الناجم عن الإصابة بفيروس كورونا، ثم غيرت في 22 فبراير الاسم الإنجليزي الرسمي للمرض الناجم عن فيروس كورونا الجديد إلى (COVID-19)، قبل أن تعتمد هذه التسمية رسمياً من قبل منظمة الصحة العالمية، في حين بقي الاسم الصيني لهذا الفيروس بلا تغيير. دليل الوقاية من فيروس كورونا المستجد، www.digiatal-future.ca، ص 10، تاريخ الدخول 9 مايو 2020م.

(4) يعرف قاموس ويبستر الجائحة بأنها انتقال العدوى، أو احتمالية انتقالها لعدد ضخم من الأفراد في مجتمع، أو منطقة أو مجموعة سكانية في الآن ذاته بشكل غير متناسب، أو محسوب، جيريل (عمر حسني): <https://www.ida2at.com/covid-19-and-law>، تاريخ الدخول 16 مايو 2020م.

(5) في تونس أصدر رئيس الجمهورية الأمر الرئاسي عدد (24) لسنة 2020 مؤرخ في 18 مارس 2020م، بتعلق بمنع الجولان بكامل تراب الجمهورية من الساعة السادسة مساءً إلى الساعة السادسة صباحاً، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، دورية تصدر عن المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية منذ تاريخ 22 يوليو 1860م، وتعنى بنشر النصوص

القانونية والترتيبية، س 163، ع 23، 20 مارس 2020م، ص783. وبتاريخ 22 مارس 2020 أصدر رئيس الجمهورية التونسية الأمر عدد (28) لسنة 2020م، يتعلق بتحديد الجولان والتجمعات خارج أوقات منع الجولان، والذي يمنع كل تجمع يفوق ثلاثة أشخاص بالطريق العام وبالساحات العامة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، س163، ع 24، 22 مارس 2020م، ص 794.

وفي مصر، وفيما يشبه الحظر الجزئي؛ اتخذت السلطات المصرية إجراءات عدة لمنع التجمعات، وتقليل اختلاط المصريين، بدأتها بتعليق جميع الفعاليات التي تتطلب تواجد أي تجمعات كبيرة للمواطنين (طبقاً لقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (606) لسنة 2020م، كما أصدر القرار رقم (717) لسنة 2020م بوقف المدارس والمعاهد والجامعات وحضانات الأطفال، كما أصدر رئيس مجلس الوزراء القرار رقم (606) لسنة 2020م، بتعليق جميع الفعاليات التي تتطلب تواجد أي تجمعات كبيرة للمواطنين. كما اتخذت الحكومة جملة من التدابير والإجراءات المتعاقبة لمجابهة هذا فيروس، منها على سبيل المثال قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (852) لسنة 2020م المؤرخ في 8 إبريل 2020م بحظر انتقال، أو تحرك المواطنين بكل أنحاء الجمهورية على جميع الطرق من الساعة الثامنة مساءً حتى الساعة السادسة صباحاً، مع السماح بالحركة الضرورية المرتبطة بالاحتياجات الطارئة التي يقدرها مأمورو الضبط القضائي. كما نص القرار على استمرار إغلاق جميع المقاهي والكافيهات والكازينوهات والملاهي والنوادي الليلية والحانات، وما يماثلها من المحال والمنشآت، والمحال التي تقدم التسلية أو الترفيه، ويستمر كذلك إغلاق جميع المطاعم أمام الجمهور، وما يماثلها من المحال والمنشآت التي تقدم المأكولات، ووحدات الطعام المتنقلة، على أن يقتصر العمل بها على خدمة توصيل الطلبات للمنازل على مدار اليوم، كما تقرر إغلاق جميع الحدائق العامة والمتنزهات والشواطئ، مع استمرار إغلاق جميع المحال التجارية والحرفية، بما فيها محال بيع السلع وتقديم الخدمات، والمراكز التجارية «المولات التجارية» أمام الجمهور من الساعة الخامسة مساءً وحتى الساعة السادسة صباحاً، وذلك خلال أيام الأسبوع، فيما عدا يومي الجمعة والسبت، حيث يكون الغلق فيهما على مدار الأربع والعشرين ساعة، الجريدة الرسمية، دورية تصدر عن رئاسة جمهورية مصر العربية، س 63، ع 14 (مكرر)، 8 إبريل 2020م، ص2-6.

ومحلياً في ليبيا أصدر وزير الداخلية بالحكومة الليبية يوم 2020/3/18م القرار رقم (334) لسنة 2020م بشأن حظر التجول بصورة تامة من الساعة السادسة مساءً وحتى الساعة السادسة صباحاً، ثم ألحق بقرار آخر يحمل رقم (339) لسنة 2020م مؤرخ في 2020/3/23م، يقضي بحظر التجول حظراً تاماً طيلة الأربع والعشرون ساعة، اعتباراً من 2020/3/25م حتى 2020/4/3م، ليقع لاحقاً تخفيف ساعات حظر التجول، وجعلها من الساعة الثالثة مساءً حتى الساعة السابعة صباحاً، طبقاً للقرار رقم (361) لسنة 2020م المؤرخ في 2020/4/2م، وفي السياق ذاته أصدر المجلس الأعلى للقضاء حزمة من القرارات لمجابهة تداعيات فيروس كورونا المستجد، منها القرار رقم (35) لسنة 2020م المؤرخ في 29 مارس 2020م بشأن وقف العمل بشكل كامل في المحاكم والنيابات العامة والهيئات القضائية الأخرى، ابتداءً من تاريخ القرار حتى نهاية شهر إبريل 2020م، ليقع تمديد وقف العمل لاحقاً حتى نهاية شهر مايو 2020م.

وتناغماً مع التدابير المتخذة من الحكومة لمجابهة فيروس كورونا المستجد أصدر وزير التعليم بالحكومة الليبية بتاريخ 8 إبريل 2020م القرار رقم (102) لسنة 2020م، بشأن تقرير بعض الأحكام بشأن الدراسة بمؤسسات التعليم العالي، والقرار رقم (103) لسنة 2020م بشأن تعليق الدراسة بكافة مؤسسات التعليم الأساسي والثانوي، وقد

ومن جانب آخر؛ فلا شك أن لهذا الفايروس -باعتباره وباءً عالمياً واسع الانتشار(6)- تأثيراً كبيراً على سائر العلاقات والالتزامات بين أطراف المجتمع، سواء أكانت بين الأفراد أنفسهم، أو بين الدولة والمجتمع.

فإذا كان المشرع قد أحاط العقد الإداري بجملة من الضمانات، تهدف في مجملها إلى تحقيق التوازن بين أطراف الرابطة التعاقدية، وحماية الطرف الضعيف فيها، فلا يمكن لطرفي العقد الإداري إنهاؤه أو الإغفاء من الالتزامات الناشئة عنه إلا في أحوال معينة، ووفق مبررات مرسومة، نذكر منها حالة الظروف الطارئة والقوة القاهرة كسبب لانقضاء العقد الإداري.

والظاهر أن معالجة الواقع القانوني الذي فرضته جائحة كورونا يستند على نظرية القوة القاهرة، وديفتها نظرية الظروف الطارئة، ومن خلال الخوض في شروط وأثار تطبيق هاتين النظريتين؛ سنعرف إلى أي مدى

نص القراران على تعليق الدراسة بكافة مؤسسات التعليم العالي والأساسي والثانوي حتى 2020/5/30م، وبتاريخ 2020/5/28م تم تمديد تعليق الدراسة طبقاً لقرار وزير التعليم رقم (168) لسنة 2020م بشأن تعليق الدراسة بكافة مؤسسات التعليم الأساسي والثانوي، سواء بالمدارس العامة أو الخاصة، والقرار رقم (169) لسنة 2020م بتعليق الدراسة بكافة مؤسسات التعليم العالي العامة والخاصة، وقد نص في هذين القرارين على تعليق الدراسة حتى تاريخ 2020/6/16، وزارة التعليم بالحكومة الليبية

https://www.facebook.com/Ministry.of.Education.ly، تاريخ الدخول 29 مايو 2020م.

(6) الوباء: «هو انتشار مرض، أو فيروس، أو جراثيم في منطقة معينة ومحددة في العالم، سواء كانت دولة واحدة، أو قارة، أو اقليماً، وهي بذلك تعتبر مشكلة تتعلق بدول متجاورة، تتطلب منها رسم سياسة إقليمية، بالتعاون مع منظمة الصحة العالمية، في المراقبة والتوجيه للحد من انتشاره وحتى لا يتحول إلى جائحة»، المغير (محمد محمد عبد ربه):



يمكن أن تكون جائحة كورونا مانعاً قانونياً دون تنفيذ العقود الإدارية، وسبباً في تطبيق نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة لحماية المتعاقدين مع الإدارة من خطر النكوص عن تنفيذ التزاماتهم القانونية الواجبة عليهم، جراء إخلالهم بها، نتيجة للواقع المرير الذي فرضته جائحة كورونا على العالم بأسره.

وترتبط أهمية البحث بأهمية العقود الإداريّة بمختلف أنواعها، كونها تقود قاطرة التنمية بين بلدان العالم، فقد تكون واحدة من أكثر القطاعات تأثراً بأزمة كورونا، خاصة الأزمات الاقتصادية التي تضرب الدول عامةً. فالثابت أن طول مدة تنفيذ تلك العقود يسمح بتغيير الظروف التي أبرمت فيها، فتطراً أحداث، أو ظروف- سياسية، أو اقتصادية، أو صحية، أو غيرها- غير متوقعة، أثناء تنفيذها، وخارجة عن إرادة المتعاقدين، وجائحة كورونا من المنظور القانوني تعتبر أمراً خارجاً عن إرادة المتعاقدين، بحيث لا يمكن توقعه، ولا دفعه، وهي بذلك قد تعوق أحد الأطراف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، وتجعلها أشد ارهاقاً، وقد تكون هذه الظروف سبباً في فسخ العقد، أو الإغفاء من المسؤولية، أو تعديل أحكامها.

وإلى جانب ما تقدم؛ فإن ما دفعنا للكتابة في هذا الموضوع هو حدثته، وشح الدراسة المتصلة به، وهو ما ترتب عليه صعوبات، تمثلت في عدم وجود مراجع فقهية، أو أحكام قضائية في هذا الجانب، بيد أنه في الوقت ذاته جعلنا نؤسس لمرحلة البداية من خلال اعتمادنا على ما

تيسر لنا من أبحاث ومقالات ووثائق منشورة على الشبكة العنكبوتية، على أمل أن ينال هذا الموضوع المهم حقه من الدراسات والأبحاث المعمقة من مختلف جوانبه من قبل البُحّاث وفقهاء القانون، إلا أن مثل هذه الصعاب لم تثبط من عزائمتنا في دراسة هذا الموضوع، وأن يستفيد منها كل باحث في هذا المجال.

لكل هذه الاعتبارات وقع اختيارنا على موضوع الآثار القانونية لجائحة كورونا على تنفيذ العقد الإداري في القانون الليبي والمقارن، متخذين من المنهج التحليلي المقارن للنصوص القانونية في ضوء آراء الفقه وفقه القضاء في القانون الليبي والمقارن منفذاً نمر من خلاله إلى معالجة موضوع البحث، وفقاً للإشكالية التي تتركز في السؤال الآتي:

إلى أي مدى يمكن اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة، تبرر انتفاء مسؤولية أحد المتعاقدين من تنفيذ التزاماته؟ أم أنها مجرد ظرف طارئ، يكون سبباً في تراخي تنفيذ العقد، وليست سبباً لتبرير لفسخه؟

وستتمحور الإجابة عن السؤال المطروح في الإشكالية السابقة في ضوء خطة بحثية، تتألف من مطلبين، هما:

المطلب الأول: محاولة تحديد الطبيعة القانونية لجائحة كورونا.

المطلب الثاني: أثر جائحة كورونا على تنفيذ العقد الإداري.

المطلب الأول

محاولة تحديد الطبيعة القانونية لجائحة كورونا (قوة قاهرة أم ظروف طارئ؟)

منذ ظهور فيروس كورونا المستجد في الصين، واجتياحه معظم دول العالم، حتى أثر بشكل كبير على الصحة العامة، وخلف أعداداً من المرضى والوفيات على مستوى الأفراد، وأثر أيضاً على اقتصاديات الدول والالتزامات التعاقدية، فقد ثار جدل قانوني واسع بين رجالات القانون، هل تعد جائحة كورونا قوة قاهرة، أم ظرف طارئ؟

ومن هنا تظهر الحاجة للتكييف القانوني لجائحة كورونا على العقود الإدارية باعتبارها ظرفاً طارئاً، أو قوة قاهرة، وذلك بتحليل واقعة جائحة كورونا من الناحية القانونية، وإعمال النظر والفكر معاً من خلال عملية ذهنية، تهدف في نهاية المطاف إلى إلباسها الوصف الصحيح لتحديد القواعد والمبادئ القانونية الواجبة التطبيق عليها.

ولتفصيل ذلك ينبغي بادئ بدء التعريف بنظرية القوة القاهرة، ودرافتها نظرية الظروف الطارئة، وبيان شروط كل منهما، فكلتا النظريتين تهدفان إلى علاج الحالات التي يصبح فيها الالتزام بتنفيذ العقد الإداري مستحيلًا (القوة القاهرة) فرع أول، أو مرهقاً للمتعاقد (نظرية الظروف الطارئة) فرع ثان.

الفرع الأول: نظرية القوة القاهرة

نسعى في هذا الفرع إلى الكشف عن الأحكام العامة المتعلقة بالقوة القاهرة كأحد أهم أسباب انتفاء المسؤولية العقدية (أولاً)، لنخرج بعد ذلك على مدى اعتبار جائحة كورونا ضمن حالات القوة القاهرة من عدمه (ثانياً).

أولاً - الأحكام العامة لنظرية القوة القاهرة (7):

يرجع أصل مفهوم القوة القاهرة إلى القانون الفرنسي، وقد اقتبس منه قانون الأحكام الانجليزي منه، وجعله سبباً من أسباب استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدى، واقترن ببند تعاقدى عرف بشرط القوة القاهرة، ويتشابه مفهوم القوة القاهرة المقتبس من نظام القانون المدني مع مبدأ استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدى الذى يرجع أصله الى نظام قانون الأحكام العامة الانجليزي من حيث إنه ينبغي على المدين فى كليهما أن يثبت أن تنفيذ الالتزام صار مستحيلاً، وليس مرهقاً فقط، ويعرف جانب من الفقه الانجليزي شرط القوة القاهرة بأنه بند تعاقدى يوفر قدراً كبيراً من الأمان القانونى والمعالجات

(7) تنقسم القوة القاهرة - حسب البعض - إلى قوة قاهرة دائمة: وهي التي بطبيعتها غير قابلة للزوال فى المستقبل، أي أنها باقية على الدوام، وبذا فإنها تعد قوة قاهرة دائمة، تؤدي استحالة دائمة فى تنفيذ الالتزامات العقدية، مما يترتب عليها انفساخ العقد وانتفاء مسؤولية المدين، وقوة قاهرة مؤقتة: وهي التي تزول بعد فترة من الزمن قبل انقضاء موعد التنفيذ، وهي لا تؤدي الى انفساخ العقد، بل يبقى العقد قائماً، ولكنه يتوقف فترة من الزمن لحين زوال الحدث الموصوف بالقوة القاهرة، وقوة قاهرة طبيعية: وهي حوادث من صنع الطبيعة، لا تدخل لإرادة البشر فيها، ومنها العواصف والفيضانات والأعاصير والزلازل والبراكين وانخفاض الحرارة أو ارتفاعها بشكل كبير والأوبئة والجراد وكل الحشرات المؤذية، وقوة قاهرة غير طبيعية: ومن أهم أمثلتها الحرب، وفعل الأمير، والإضراب والسرقة والحريق، وهي حوادث على خلاف الطبيعة، ترجع أسبابها إلى فعل الإنسان، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، ومع ذلك تبقى معفية من المسؤولية متى توافرت شروط ذلك. موسى (أولبيدي) وعبد الرزاق (قادرى): ص 25-26.



التعاقدية، ويبقى على إمكانية تعديل الالتزام التعاقدية، أو إطالة مدة تنفيذه، أو حتى إنهاء العقد في ظروف خارجة كلياً عن سيطرة المدين⁽⁸⁾.

فما هو مفهوم القوة القاهرة؟ (1) وما هي شروطها؟ (2) وما هو الأساس القانوني الذي تركز عليه؟ (3).

1- مفهوم النظرية:

”يقصد بالقوة القاهرة قيام ظرف، أو حادث استثنائي خارج عن إرادة المتعاقدين، لم يكن في وسعهما توقعه، ويستحيل عليهما دفعه، ويكون من شأنه استحالة تنفيذ العقد استحالة مطلقة“⁽⁹⁾، وعلى هذا، تعد القوة القاهرة نظرية عامة التطبيق على أنواع العقود الإدارية كافة، وهي عبارة عن سبب أجنبي، مستقل عن إرادة المتعاقدين، غير متوقع حدوثه عند لحظة إبرام العقد، وليس بالإمكان دفع آثاره⁽¹⁰⁾.

وإذا كان المشرع الليبي في القانون المدني، الصادر في 1953/11/28م، قد سكت عن تعريف القوة القاهرة، واستعاض عنها في بعض المواضع بمصطلح السبب الأجنبي إلى جانب اصطلاح القوة القاهرة في المواد (168-218-360-672/2-11)⁽¹¹⁾ والمادة (68) من قانون علاقات العمل رقم

(8) الهادي (ناجي أحمد الصديق): <https://pulpit.alwatanvoice.com> ، تاريخ الدخول 5 مايو 2020م.

(9) الحراري (محمد عبد الله): ص 332.

(10) عفيفي (مصطفى محمود): ص 332 – 333.

تنص المادة (168) من القانون المدني على أنه «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي، لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة القاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك». وتنص المادة (218) من ذات القانون على أنه «إذا استحال على المدين أن ينفذ

(12) لسنة 2010م⁽¹²⁾؛ فإن بعض النظم القانونية المقارنة كانت أكثر جراً وصراحة في التعريف بالقوة القاهرة في صلب قوانينها المدنية، مثال ذلك عرف القانون المدني الكويتي القوة القاهرة في المادة (215)⁽¹³⁾ بأنها "كل حادث خارجي عن الشيء، لا يمكن توقعه، ولا يمكن دفعه مطلقاً، فهو ما يحدث قضاء وقدرأً، وليس ناتجاً عن خطأ أو إهمال من جانب المتعاقدين"⁽¹⁴⁾، وقد سار أن المشرع المغربي في ذات السياق، حيث عرف القوة القاهرة في الفصل (269) من مدونة الالتزامات والعقود - ظهير 19 رمضان 1331هـ (12 أغسطس 1913م) بأنها "كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، كالظواهر الطبيعية (الفيضانات والجفاف، والعواصف والحرائق

الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي، لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه». كما تنص المادة (68) من القانون ذاته على أنه «ينبغي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلأً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه». ونصت المادة (2/672) من نفس القانون على أنه «ولملتزمي هذه المرافق (المتعلقة بتوزيع المياه والغاز والكهرباء والقوى المحركة وما شابه) أن يدفعوا مسؤوليتهم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد على المألوف في مدته أو في جسامته، إذا أثبتوا أن ذلك يرجع إلى قوة القاهرة خارجة عن إدارة المرفق، أو إلى حادث مفاجئ وقع في هذه الإدارة، دون أن يكون في وسع أية إدارة يقظة غير مقتررة أن تتوقع حصوله، أو أن تدرأ نتائج. ويعتبر الإضراب حادثاً مفاجئاً إذا استطاع الملتزم إقامة الدليل على أن وقوع الإضراب كان دون خطأ منه»، وزارة العدل: القانون المدني، ج1، مطبعة وزارة العدل، إعادة طبع سنة 2016.

(12) اهتم المشرع الليبي في قانون علاقات العمل بالإشارة إلى القوة القاهرة لأهميتها وأثرها في التعاملات، حيث تحدث في المادة (68) عن القوة القاهرة وأثرها في العلاقات بين رب العمل والعامل، عندما ألزم جهة العمل بعدم الخروج على شروط العقد، أو أن تكلف العامل بعمل غير متفق عليه، إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك، أو في حالة القوة القاهرة، على أن يكون ذلك بصفة مؤقتة، ورتبت الفقرة الثانية من ذات المادة البطلان على كل شرط يرد في عقود العمل بالمخالفة لأحكام هذا القانون، القانون رقم (12) لسنة 2010 بإصدار قانون علاقات العمل وتعديلاته ولائحته التنفيذية، مطبعة وزارة العدل، إعادة طبع سنة 2019، ص35.

(13) قابله نص المادة (181) من مشروع القانون المدني الفلسطيني الذي ينص على ما يأتي: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي، لا يد له فيه كقوة القاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك»، الوقائع الفلسطينية (الجريدة الرسمية)، تصدر عن ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني، ع ممتاز، أغسطس (آب) 2012، ص40.

(14) موسى (موسى): <https://almousalawfirm.com>، تاريخ الدخول 5 مايو 2020م.



(والجراذ)، وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه، ما لم يقدّم المدّين الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه»⁽¹⁵⁾.

وعلى صعيد العقود الإداريّة في ليبيا؛ حددت المادة (106) من لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007م المؤرخة في 2007/7/5م الآثار المترتبة على القوة القاهرة عندما نصّت على أن «يعفى المتعاقد من تنفيذ التزاماته إذا طرأت قوة القاهرة تجعل تنفيذها مستحيلاً»⁽¹⁶⁾.

وتأسيساً على ما سبق وبناءً عليه، نستنتج أن للقوة القاهرة ثلاثة شروط، لا تنهض إلا بتوافرها مجتمعة.

2- شروط تطبيق النظرية:

يشترط لتطبيق نظرية القوة القاهرة ما يلي:

أ- انعدام التوقع:

من أهم شروط القوة القاهرة عدم التوقع، ويقصد به أن الفعل يأتي بصفة مفاجئة ومباغتة، بحيث لا يترك للأطراف فرصة مجابهة الأمر، وفي المقابل إذا كانت ثمة إمكانية توقع حصوله؛ فلا يعتبر من قبيل القوة

(15) هرشة (أيمن محمد): "الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار فيروس كورونا"، أخبار 24fm،

<https://www.24fm.ps>، تاريخ الدخول 5 مايو 2020م.

(16) لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007م، مطبعة وزارة العدل، ع خاص، ط 2015، ص 53.

القاهرة⁽¹⁷⁾، ولأن جائحة كورونا لم يكن بالإمكان توقعها نهائياً، نظراً للسرعة التي ظهرت بها وانتشارها بصورة سريعة، كما تنتشر النار في الهشيم، لذا وقفت دول العام عاجزة عن صدّها، لذا يعتبر شرط عدم التوقع في هذه الجائحة متوفراً، ومعيار عدم التوقع معيار موضوعي، يعتمد تقديره على مقياس الرجل العادي الحريص، وليس الرجل شديد الفطنة والذكاء.

وبخصوص وقت عدم التنبؤ أو التوقع فإن تقديره حسب القضاء الفرنسي يكون وقت إبرام العقد، حيث جاء في أحد الأحكام «إن وباء الشيكونغونيا ظهر في يناير 2006م، ولا يمكن اعتباره حدثاً غير متوقع، يبرر إنهاء العقد الذي أبرم في يونيو، أي بشكل لاحق على ظهور الوباء في شهر أغسطس، الذي أتى لاحقاً على التعاقد، وبالتالي فإنه لا وجود للقوة القاهرة لتبرير إنهاء العقد»، وإذا كان الحدث متوقعاً بالنسبة إلى المدين أثناء التعاقد فإنه يتحمل تبعه تعذر تنفيذه لالتزامه⁽¹⁸⁾.

وتتفق نظرية القوة القاهرة مع نظرية الظروف الطارئة في ضرورة توافر شرط عدم التوقع، وهذا ما صرّحت به المحكمة العليا الليبية عندما قالت: " ... أن يكون الحادث (يجب أن يكون) استثنائياً لا يقع إلا نادراً، أو لا يكون بالوسع توقعه"⁽¹⁹⁾.

(17) رضوان (أمينة) والفوركي (المصطفى): "تأثير فيروس كورونا على الالتزامات التعاقدية"، ص318،

<https://www.droitentreprise.com> ، تاريخ الدخول 12 مايو 2020م.

(18) كوثر (شوقي): ص201، <https://www.droitentreprise.com>، تاريخ الدخول 9 يونيو 2020م.

(19) طعن إداري رقم (9) لسنة (25) قضائية، جلسة 1985/1/20م، مجلة المحكمة العليا، دورية فصلية تصدر عن

المكتب الفني بالمحكمة العليا بطرابلس منذ عام 1964م، س 22، ع 4-2، ص 11.



ب- انعدام الدفع:

لا يكفي لقيام القوة القاهرة عدم إمكانية توقع الحادث، بل يجب إضافة لذلك أن يكون مستحيل دفعه ومقاومته، بحيث لا يكون في طاقة المتعاقدين دفع وقوعه، ولا تلافيه، ولا التغلب على نتائج الحادث عقب وقوعه، فلا يستطيع المتعاقد التخلص من تلك النتائج⁽²⁰⁾.

بيد أنه إذا استطاع المتعاقد دفع الحادث الذي أفضى إلى استحالة التنفيذ ولم يفعل، فلا يعفيه هذا الحادث المتعاقد من المسؤولية، حتى لو كان غير ممكن التوقع⁽²¹⁾، وكذلك يجب أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً بشكل مطلق، وتختلف القوة القاهرة عن نظرية الظروف الطارئة في ذلك، فالأخيرة لا تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، مثلما هو الحال بالنسبة للقوة القاهرة التي تعفي المتعاقد من التنفيذ، بحسبان أن التنفيذ في الظروف الطارئة يبقى ممكناً، ولكنه مرهق، بينما في القوة القاهرة يصل الارهاق إلى درجة الاستحالة⁽²²⁾.

وبشأن شرط استحالة دفع الواقعة، لا بد من الإشارة إلى القرار المبدئي الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن، والذي جاء فيه أن العجز الجسدي الناتج عن العدوى والمرض الخطير الذي حدث بعد

(20) رضوان (أمنية): «مدى مساهمة فيروس كورونا في إنهاء العلاقة الشغلية»، ص12، www.justicemaroc.com، ص 12.

(21) سرور (أحمد فتحي): <https://www.facebook.com/office.srouf.fathi/com>، تاريخ الدخول 11 مايو 2020م.

(22) مسكوني (صبيح بشير): ص501 - 502.



إبرام العقد كان ذا طبيعة غير متوقعة، وأن التسلسل الزمني للوقائع، وكذلك الشواهد التي تثبت التدهور الخطير للحالة الصحية للمدين، أظهرت أنه يعاني من مرض لا يمكن مقاومته⁽²³⁾.

ج- أن يكون الحادث خارجياً:

بمعنى ألا يكون هناك خطأ من جانب المتعاقد، فإذا تسبب أحد الأطراف بوقوع الحادث، أو ساعد على وقوعه، فلا يعدّ الحادث قوة قاهرة، حتى لو توافر فيه الشرطان السابقان؛ ومن ثمّ لا يعفى من المسؤولية، وذلك إذا كان الحادث داخلياً بالنسبة للشيء⁽²⁴⁾.

وقد سنحت الفرصة للمحكمة العليا لتطبيق نظرية القوة القاهرة في مناسبات عديدة، ففي حكم لها اعتبرت المحكمة ثورة السابع عشر من فبراير 2011م -والتي انتهت بإعلان تحرير البلاد في 23 أكتوبر 2011م- قوة قاهرة، لأن سرعان ما عيّد الطعن في حق من يستحيل عليه اتخاذ إجراءات للمحافظة على حقه يعتبر موقوفاً كأثر للقوة القاهرة، ولأن سبب الوقوف لا يدل له فيه⁽²⁵⁾.

(23) كوثر (شوقي): ص 201.

(24) سرور (أحمد فتحي): <https://www.facebook.com/fathi.srouf.office/>، تاريخ الدخول 11 مايو 2020م.

(25) طعن إداري رقم (10) لسنة 50 ق، جلسة 2016/8/9م (حكم غير منشور)، وهو ما رددته المحكمة العليا بمناسبة نظرها للطعن المدني رقم (277) لسنة 61 ق، جلسة 2017/5/7م (حكم غير منشور).



3- الأساس القانوني للنظرية:

اختلف الفقه حول الأساس القانوني لنظرية القوة القاهرة، وانقسم الرأي حول ذلك إلى مسارين، وذلك على النحو التالي:

أ- انتفاء الخطأ من جانب المتعاقد:

يؤسس أنصار هذا الرأي موقفهم على ركن الخطأ، وهو الركن الأول من أركان المسؤولية المدنية، ومن جهة نظرهم ما دام المدين لا يد له في نشوء الواقعة المكونة للقوة القاهرة؛ فبالتالي فإن اعفاءه من تنفيذ التزامه العقدي ومن المسؤولية إنما يعود إلى كونه لم يرتكب أي خطأ.

بيد أن هذا الرأي تعرض لمجموعة من الانتقادات، بسبب انعدام التلازم بين فكرة انعدام الخطأ ونظرية القوة القاهرة، فقد يوجد أحدهما دون الآخر، كما أن لكل منهما آثاره الخاصة به، بالإضافة إلى أن القوة القاهرة تأتي لاحقة، أي بعد تحقق الخطر، لكي تعفى من المسؤولية، لا لتنفي الخطأ.

ب- انتفاء العلاقة السببية:

يؤسس أنصار هذا الرأي موقفهم على ركن الخطأ، وهو الركن الأول من أركان المسؤولية، غير أن هذا الاتجاه أسس موقفه على ركن العلاقة السببية بدل الخطأ، ويعتبر هذا الاتجاه -ويشايهه الباحثان- الأقرب إلى الصواب، فالقوة القاهرة حسب أنصار هذا الاتجاه تنفي وجود علاقة سببية

بين الضرر الذي أصاب الدائن وعمل المدين، فيتخلف بالتالي ركن من أركان المسؤولية المدنية.

ويرى جانب من الفقه أن القوة القاهرة في التشريع المغربي يمكن أن تؤسس بالإضافة إلى انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ والضرر؛ على فكرة ذات طابع أخلاقي وديني مفادها أنه لا تكليف بمستحيل⁽²⁶⁾.

وبعد أن توصلنا إلى معرفة المفهوم العام للقوة القاهرة وشروط انطباقها؛ نتساءل: هل تنضوي جائحة كورونا المستجد ضمن حالات القوة القاهرة؟

ثانيا- مدى اعتبار جائحة كورونا ضمن حالات القوة القاهرة من عدمه:

لا مفر من التسليم بأننا أمام إشكال قانوني، المتمثل بوجود واقعة مادية صرفة، تسمى وباء كورونا، لها تأثير سلبي على العلاقات التعاقدية، مما يجعل الالتزام صعب التنفيذ أو مستحيلا، وهذا يفرض علينا الوقوف على بعض مداخله الأساسية لضمان التوازن المالي للعقود.

والمعيار الأساسي في تنفيذ الالتزام في حالة القوة القاهرة هو مبدأ الاستحالة، وذلك عندما تتجاوزة خسارة المتعاقد الحد المألوف، ويصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً إما كلياً أو جزئياً، فهنا يمكن التدرع بتطبيق نظرية

، تاريخ الدخول 2 يوليو 2020، <https://universitylifestyle.net>: ص 6-7، UNIVERSITYLIFESTYLE.NET (26) 2020م.



القوة القاهرة، بعد التحقق من توافر الشروط السالف بيانها مجتمعة؛ وهي أن تكون الواقعة التي يتمسك بها المتعاقد مع الإدارة لا يد له فيها، ولا يمكن أن يتوقعها، ويستحيل التنفيذ بسببها، والجزء فيها هو فسخ العقد كلياً أو جزئياً -بحسب الأحوال - وانقضاء الالتزام.

وبإسقاط ما سبق بيانه يأتي الأمر المؤكد بأن الوباء كان متوقعاً وصوله إلى البلاد، لكن حدوده ونسبة تطوره هي التي لم يكن من الممكن توقعها، وعليه فالأمر يستدعي معالجة كل حالة على حدة؛ أي علاج الحالة التي يصبح فيها الالتزام التعاقدي مستحيل التنفيذ «القوة القاهرة»، أو صعب التنفيذ «الظروف الطارئة»، علماً بأن الفئة المستهدفة من أنواع العقود هي العقود الممتدة، أو ما يسمى بالعقد المستمر، الذي يكون الزمن فيه عنصراً جوهرياً، مثل عقد العمل وعقد الإيجار وعقد التوريد.

وبناءً عليه ستلجأ الشركات، وخاصة تلك التي تعتمد على سلاسل التوريد، إلى الدفع بوجود قوة القاهرة، مثل الصناعات الثقيلة، والمقاولات، والفنادق، والنقل، وخدمات المطارات والموانئ، والاستيراد والتصدير، وغيرها، حيث لوحظ مؤخراً إغلاق كلي لبعض الأنشطة الاقتصادية، وجزئي لبعضها الآخر، مما يستدعي التسليم بأن هذا الفيروس، إلى حدود فترة معينة، لم يجعل تنفيذ الالتزامات مستحيلاً؛ قد يكون مرهقاً نوعاً ما، لكنه ليس مستحيلاً، حيث بقيت بعض الأنشطة الاقتصادية تباشر عملها، وبالتالي يمكن القول إن دعاوى القوة القاهرة ستصبح معقدة، ومحل خلاف



بين الأطراف عند اختلال شرط عدم التوقع بشكل نسبي، عندما لا تتسبب تبعات الحظر في التأثير بشكل مباشر على العمل⁽²⁷⁾.

أما في تونس؛ فقد تدخل المجلس الأعلى للقضاء بمذكرة مؤرخة في 2020/03/15م اعتبر فيها أن الوضع الصحي الاستثنائي الذي تمر به البلاد بسبب فيروس كورونا يدعو إلى اعتباره من قبيل القوة القاهرة، وقد تدخلت محكمة التعقيب التونسية من خلال الاجتهاد القضائي للأخذ بالقوة القاهرة في المرافعات المدنية والتجارية، على أساس التكامل بين الإجراءات المدنية والإجراءات الجزائية، ضمانا للمحاكمة العادلة⁽²⁸⁾.

أما موقف القضاء العراقي؛ فقد تجلّى من خلال موقف مجلس القضاء الأعلى في ضوء التحديات الراهنة التي يعيشها العالم من أزمة وباء الكورونا، حيث ناقش في جلسته السابعة لعام 2020 المنعقدة حضورياً والكثرونياً في صبيحة يوم الأحد الموافق 2020/3/15م الإجراءات الاستثنائية الواجب اتخاذها لتقليل مخاطر فيروس كورونا. وكان المجلس قد عمم بتاريخ 8/3/2020م على المحاكم كافة باتخاذ الإجراءات القانونية بحق من يخالف توصيات لجنة خلية الأزمة، بخصوص الإجراءات المتخذة للحد من انتشار فيروس كورونا، كما أن القضاء شدد على اتخاذ الإجراءات القانونية بحق المخالفين لحظر التجوال، والظاهر أن هذه الإجراءات توحى

(27) الزعبي (هديل): <http://www.rumononline.net>، تاريخ الدخول 8 مايو 2020م.

(28) طّبي (عبد الرشيد): <https://www.facebook.com/groups>، تاريخ الدخول 21 مايو 2020م.



بما لا يقبل الشك بأن القضاء الأعلى العراقي يعد جائحة الكورونا قوة
قاهرة⁽²⁹⁾.

وبالرجوع إلى ما جرى عليه القضاء الفرنسي نجده قد اعتبر في
عدة قرارات أن الأمراض الوبائية لا تعتبر بمثابة أزمات صحية تشكل قوة
قاهرة، وذلك استناداً إلى تخلف شروط القوة القاهرة فيها، حيث ذهبت
محكمة باريس في حكمها الصادر بتاريخ 25 يوليو 1998م إلى أن «توقف
الطائرة ببلد مجاور لمنطقة تعرف انتشار وباء الطاعون لا يشكل خطراً
يفسر أنه قوة القاهرة⁽³⁰⁾».

وفي حكم آخر لها بتاريخ 4 مايو 2004م ذهبت محكمة باريس إلى
أن «المخاطر الصحية لم تكن كبيرة في تايلاند، وبالتالي لا يمكن التمسك
بأن الرحلة إلى هذا البلد كانت مستحيلة بسبب وباء سارس⁽³¹⁾».

بينما في حكم للقضاء الفرنسي على خط الأزمة، وفي اجتهاد لافت
وحديث، وضعت محكمة الاستئناف في مدينة كولمار الفرنسية جائحة
كورونا في مصاف القوة القاهرة⁽³²⁾، حيث اعتبر القضاء الفرنسي في قرار

(29) فتحي (فتحي علي): <https://www.uomosul.edu.iq/news/ar/rights>، تاريخ الدخول 17 مايو 2020م .

(30) الخضراوي (محمد): <https://www.hespress.com>، تاريخ الدخول 3 مايو 2020م.

(31) كوثار (شوقي): ص200، <https://www.droitentreprise.com>.

(32) يتعلق الحكم المشار إليه بقرار صدر عن محافظ BAS – RHIN الذي كان قضى بحجر السيد Victor G إدارياً
لمدة 28 يوماً ابتداءً من 12/2/2020. وقد ردت محكمة البداية في كولمار طعن السيد Victor ضد قرار المحافظ،
فاستأنف قرار محكمة البداية أمام محكمة الاستئناف، بتاريخ 2020/3/12، ردت محكمة كولمار الاستئناف المقدم من
السيد Victor، وورد عرضاً في القرار بأن المستأنف تغيب عن حضور الجلسة بسبب ظروف استثنائية غير متوقعة،
ولا يمكن مقاومتها، توصف بأنها قوة القاهرة، ومتصلة بالوباء المستشري عالمياً المعروف بـ COVID-19، وأن المحكمة

صادر عن محكمة الاستئناف كولمار COLMAR بتاريخ 2020/03/12 أن استحالة حضور المستأنف للجلسة لاحتمال إصابته بفيروس كورونا يعتبر قوة قاهرة تسمح بغيابه⁽³³⁾، بل ذهب هذا الحكم إلى أبعد من ذلك، حيث اعتبر أن احتمالية الإصابة ونقل العدوى يعتبر قوة قاهرة، عندما اعتبر أن "عدم المثول جاء لقوة قاهرة، وهي احتمال إصابة (Victor) بفايروس كورونا، كونه مخالط لمخالط لشخص ثبتت إصابته بالمرض، ومع عدم توفر العوازل اللازمة في مكتب قاضي الحريات والتوقيف، فيكون الاخلال بشرط المثول قد تم تحت ظرف القوة القاهرة"⁽³⁴⁾.

وعن موقف القضاء اللبناني؛ فقد ذهب أول اجتهاد قضائي من نوعه في لبنان والعالم العربي في ظلّ انتشار هذا الوباء بتاريخ 15 نيسان (إبريل) 2020، عندما صنف قاضي التحقيق في لبنان الشمالي داني الزعني، فيروس «كورونا بالقوة القاهرة التي تسمح بتطبيق حالة الضرورة

تحققت في صبيحة نهار صدور الحكم عن أن أحد الأجانب الذي أظهر عوارض مرض Corona Virus كان على اتصال مع العاملين في منظمة فرسان مالطا، وأن عمال المنظمة خضعوا للحجر مدة 14 يوماً، وأن المستأنف السيد Victor كان حاضراً في نفس مركز فرسان مالطا، حيث قام بتنظيم صحيفة الاستئناف، وأنه لا شك كان على احتكاك بهؤلاء، وأنه يتعدّد عليه حضور الجلسة بسبب وضعه تحت الحجر.

وخلصت المحكمة إلى أنه بالاستناد إلى ما تقدّم، وبالنظر للظروف الاستثنائية قضت بأن غياب السيد Victor عن حضور الجلسة لأسباب خارجية وغير متوقّعة وغير ممكن درؤها بشكل القوة القاهرة، إضافة إلى أنّ المحكمة ليست مجهزة باتصال Visio Conférence من أجل سماع إفادة المستأنف إلكترونياً، وخلصت المحكمة إلى قانونية متابعة الجلسة من دون حضور المستأنف السيد Victor، لاسيّما أنّ أحد المحامين الموجودين في قاعة المحكمة كلف بتمثيله، وكما تمثّلت أيضاً الجهة المستأنف عليها، وقدمت مذكرة دفاعية أرسلتها بواسطة البريد الإلكتروني. ثابت (جان): www.mahkama.net، تاريخ الدخول 11 مايو 2020م.

(33) الحنكاوي (أحمد عبد الله): <https://www.facebook.com>، تاريخ الدخول 17 مايو 2020م.

(34) أبو زنت (أحمد عبد المنعم): ص 6، <http://www.lawjo.net>، تاريخ الدخول 6 يونيو 2020م.



لإخلاء سبيل شخص موقوف بجنحة، دون انتظار فترة الشهرين المنصوص عليها في المادة (108) من قانون أصول المحاكمات الجزائية لكي يجري إخلاء سبيله⁽³⁵⁾.

أما عن موقف القضاء الليبي؛ فلا توجد أقضية للمحكمة العليا حتى تاريخ إعداد هذا البحث مرتبطة بجائحة كورونا، حيث سبق للمجلس الأعلى للقضاء - كما أوضحنا سابقاً - وقف العمل بشكل كامل في المحاكم، بيد أن المحكمة العليا سبق لها أن طبقت نظرية القوة القاهرة في غير حادثة، ومن ذلك حكمها في الطعن الإداري رقم (50/147ق)، الذي جاء فيه: "أن القوة القاهرة التي تعفي من المسؤولية في نطاق القانون الإداري يلزم أن تكون أمراً غير ممكن التوقع من أشد الناس يقظة وبصراً بالأمر، ومستحيل الدفع استحالة مطلقة، لا بالنسبة للمدين وحده، بل بالنسبة إلى أي شخص آخر يكون في مركز المدين، ومن ثم فإن إضراب سائقي الشاحنات في أمريكا، وضرورة الحصول على إذن بالتعامل مع بواخر أمريكية، لا يعتبر

(35) تتعلق هذه القضية بترويح وتعاطي مخدرات، يلاحق فيها أربعة أشخاص، هم موقوفان وأخران متواريان عن الأنظار، وجاء في حيثيات قرار القاضي الزعني أنه: "وحيث إنه وفي ضوء العمل بمضمون نص المادة 108 من قانون أصول المحاكمات الجزائية لجهة عدم جواز أن تتعدى مدة التوقيف شهرين في حالات شبيهة لحالة المدعى عليه أ. ب.، يقتضي الإشارة إلى أنه إزاء الوباء المنقشي المعروف بـ«كوفيد 19» وإعلان حالة الطوارئ الصحية من قبل السلطة المختصة، ما شكّل على الصعيد الوطني قوة القاهرة داهمة، اختزنت حالة ضرورة، أدت إلى تعريض المواطنين جميعاً حتى نزلاء السجون منهم، إلى خطر العدوى بجرثومة مميتة.

وحيث إنه في سبيل السعي للحد من الاكتظاظ في السجون وأماكن التوقيف في الظروف الصحية الخطرة الراهنة، وبالرغم من عدم تجاوز مدة توقيف المدعى عليه أ. ب. المدة المحددة بالمادة 108 من قانون أصول المحاكمات الجزائية، وبما للقاضي من سلطة تقدير في اتخاذ القرارات الوقائية لملائمة الأوضاع الخطرة المشكو منها، وتبعاً لماهية الجرم يقتضي إخلاء سبيل أ. ب. ما لم يكن موقوفاً لداع آخر». الموسوي (علي): www.mahkama.net، تاريخ الدحول 8 مايو 2020م.

قوة القاهرة، إذا كان المتعهد بالتوريد يستطيع الحصول على المواد المطلوب توريدها من دولة أخرى، ولو بسعر يزيد كثيراً عما تعهد به، وليس ثمة دليل على استحالة توريد كمية الذرة الصفراء السائبة من غير الدول التي يقول الطاعن بحصول إضراب سائقي الشاحنات فيها، أو أن بواخر الولايات المتحدة هي وحدها القادرة على نقل هذه الكمية إلى الموانئ الليبية»⁽³⁶⁾.

وما يتعين تقريره في هذا الخصوص أن تكييف جائحة كورونا، وإنزالها على أنها قوة القاهرة، أو ظرف استثنائي، سلطة تقديرية للقضاء المختص، يستخلصها بحسب كل واقعة، وظروفها، ونوع النشاط ومدى تأثيره بسبب هذه الجائحة⁽³⁷⁾، وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا بمناسبة حكمها في الطعن الإداري رقم (40/7ق)، جلسة 1994/3/26م، حيث صرّحت بأنه "من المقرر وفق قضاء هذه المحكمة أن القوة القاهرة توقف مواعيد الطعن، وأن تقديرها يعود إلى محكمة الموضوع، فإذا أثبتت هذا الدفع وجب عليها أن ترد عليه إيجاباً أو رفضاً، لأنه دفع جوهرى، لو صح يتغير به وجه الرأي في الدعوى، وإذ لم تفعل فإن حكمها يكون قاصراً في التسبب"⁽³⁸⁾، مع التذكير بـ«أن العبرة في تكييف طلبات المدعى في الدعوى ليست بالألفاظ والعبارات التي تصاغ فيها وإنما بمدلولها وحقيقة المقصود منها»⁽³⁹⁾.

(36) حكم المحكمة العليا، جلسة 2006/4/23، مجلة المحكمة العليا، س 41، ع 1، ص 66.

(37) لعليان (خالد إبراهيم): <https://articles/portal/com.alkssr/>، تاريخ الدخول 16 مايو 2020م.

(38) مجلة المحكمة العليا، س 29، ع 3-4، ص 68.

(39) حكم المحكمة العليا، طعن إداري رقم (27/21ق)، جلسة 1983/6/22م، مجلة المحكمة العليا، س 20، ع 4، ص



وعطفاً على ما تقدم؛ نستخلص أن انتشار وباء كورونا قد يُكَيِّف على أنه قوة قاهرة كلما كان له تأثير مباشر على عدم تنفيذ العقد الإداري من طرف المتعاقد، إذا ما توفر له شرطان أساسيان، هما عدم التوقع واستحالة الدفع بالكيفية التي سبق توضيحها، أما الشرط الثالث المتمثل في خطأ المدين فيظل في حالة فيروس كورونا عنصراً غير مطلوب منطقياً.

ولكن ماذا لو جدت أثناء مرحلة تنفيذ العقد الإداري ظروف طارئة عامة غير متوقعة، من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام العقدي أشد ارهاقاً وليس مستحيلاً؟

الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة

استقر القضاء الإداري على أنه إذا وجدت ظروف غير متوقعة، من شأنها زيادة الأعباء الملقاة على كاهل المتعاقد مع الإدارة إلى حد الإخلال بالتوازن المالي للعقد اخلاً جسيماً؛ فللمتعاقد الحق في أن يطلب من الإدارة -ولو بشكل مؤقت- المساهمة في تحمل جزء من الخسائر التي تلحق به، وهذا ما بات يعرف باسم نظرية الظروف الطارئة⁽⁴⁰⁾، فما هي الأحكام العامة المتعلقة بالقوة القاهرة كأحد أهم أسباب انتفاء المسؤولية العقدية؟ (أولاً) وإلى أي مدى يعتبر فيروس كورونا ضمن حالات القوة القاهرة من عدمه (ثانياً)، وما مفهوم هذه النظرية؟ وما الشروط المطلوبة لتطبيقها؟ وما هو الأساس القانوني الذي تنهض عليه؟ (ثالثاً).

(40) جمال الدين (سامي): ص366.

أولاً- الأحكام العامة لنظرية الظروف الطارئة:

1- مفهوم النظرية:

كان القضاء الإداري الفرنسي سباقاً في الأخذ بنظرية الظروف الطارئة بهدف حماية المتعاقدين مع الإدارة من المخاطر الاقتصادية غير المتوقعة، والتي لا يرجع سببها إلى الإدارة المتعاقدة، أو لأضرار هي نتيجة فعل الإدارة، وذلك أثناء تنفيذ المتعاقدين العقود الإدارية⁽⁴¹⁾، وكان ذلك بمناسبة حكم مجلس الدولة الشهير بتاريخ 30 مارس 1916م في قضية غاز شركة بوردو⁽⁴²⁾.

(41) بدير (علي محمد) والبرزنجي (عصام عبد الوهاب) والسلامي (مهدي ياسين): ص 512.
(42) تتلخص وقائع هذه القضية في أنه في عام 1904م أبرمت الشركة العامة للإضاءة عقد امتياز مرفق عام مع مدينة بوردو، لإمداد المدينة بالغاز لمدة ثلاثين عاماً، وقد تحددت الأسعار في القائمة الملحقة بعقد الامتياز طبقاً لما كان عليه ثمن الفحم في ذلك الوقت (ذلك أن الفحم هو المادة الأولية التي يستخرج منها الغاز)، حيث كان يقدر ثمن الطن منه وقت امضاء العقد بثلاثة وعشرين فرنكاً، وكان أقصى ما يتوقعه المتعاقدان من زيادة في هذا الثمن هو ثمانية وعشرين فرنكاً، ولما قامت الحرب العالمية الأولى، واجتاحت الجيوش الألمانية مناطق الفحم الفرنسية تعذر على الشركة استيراد الفحم من بلادها، واضطرت إلى استيراده من الخارج بأثمان باهظة جداً، حيث ارتفع سعر الغاز ارتفاعاً فاحشاً، وصل سعر الطن من الفحم في عام 1916 إلى مائة وسبعة عشر فرنكاً، مما أصبح معه تنفيذ الشركة لالتزاماتها مرهقاً، وقد طلبت الشركة من بلدية المدينة المتعاقد معها رفع الأسعار المفروضة على المنتفعين، فرفضت البلدية ذلك، وتمسكت بشروط العقد استناداً إلى قاعدة «العقد شريعة المتعاقدين» المتبعة في عقود القانون الخاص.

وبعد عرض النزاع على مجلس الدولة الذي أقر بنظرية الظروف الطارئة كسبب لإعادة التوازن المالي للعقد، وورد في حيثيات ذلك الحكم: «من حيث إنه نتيجة لاحتلال العدو الكبير من مناطق إنتاج الفحم في أوروبا، ولصعوبات النقل بالبحر التي تتزايد جسامتها أكثر فأكثر، سواء بسبب الاستيلاء على البواخر، أو بسبب طبيعة أعمال الحرب البحرية ومدتها، فإن الارتفاع الطارئ خلال الحرب العالمية الحالية في أسعار الفحم بلغ نسبة لا توصف فقط بأنها ذات طبيعة استثنائية بالمعنى المعتاد لهذا اللفظ، ولكنه أدى كذلك إلى ارتفاع في تكلفة صناعة الغاز، لدرجة أخلت بكل الحسابات، وجاوزت بالتأكيد أقصى حدود الزيادات التي كان يمكن للطرفين توقعها عند إبرام عقد الالتزام؛ وأنه نتيجة لاجتماع كل الظروف السابق بيانها انقلب اقتصاد العقد بصورة مطلقة، وأن الشركة إذا على حق في التمسك بأنها لا تستطيع كفاية تشغيل المرفق بذات الشروط المتفق عليها أصلاً، طالما استمر الموقف غير العادي المذكور أعلاه»، وخلص المجلس من ذلك إلى القول «بالتزام الشركة بضممان المرفق محل الالتزام، وبأن عليها أن تتحمل فقط خلال

وقد ضمّن المشرع الليبي هذه النظرية المادة (147) من القانون المدني⁽⁴³⁾ والمادة (105) من لائحة العقود الإدارية لسنة 2007م التي قررت أنه «إذا طرأت ظروف استثنائية عامة، لا يمكن دفعها، ولم يكن في الوسع توقعها، وكان من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً يهدد المتعاقد بخسارة فادحة، دون أن يصبح مستحيلاً، (فللمتعاقد) الحق في تعويض يرد التوازن المالي للعق إلى الحد المعقول، فإذا استمر قيام هذه الظروف، ولم يعد يرجى زوالها، جاز إنهاء العقد بناءً على طلبه».

ويبدو أن القاضي الإداري التونسي لا يرفض تطبيق هذه النظرية كلما توافرت شروطها⁽⁴⁴⁾.

2- شروط تطبيق النظرية:

يتوقف تطبيق هذه النظرية على توافر الشروط الآتية:

هذه الفترة الوقتية جزء من النتائج الباهظة لموقف القوة القاهرة، الذي يسمح بالتفسير المتزن للعقد بتركه على عاتقها»، لون (مارسو) وآخرون: ص 235 – 236.

(43) تنص المادة (147) من القانون المدني الليبي على أن «1- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون.

2- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

(44) أتيح للقضاء الإداري التونسي إقرار نظرية الظروف الطارئة بمناسبة حكمه في قضية (مجموعة دراغادوس) عندما صرح بالقول: «حيث حصر فقه القضاء الإداري الصور الاستثنائية التي يمكن عند حدوثها تعويض معاهد الإدارة عند تحملها أعباء مالية غير عادية لغرض تنفيذ العقد ... هذه الصورة هي نظرية عمل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة ونظرية الصعوبات غير المتوقعة»، تعقيب المحكمة الإدارية، القضية عدد (22264) جلسة 30 يونيو 2002م، مجموعة دراغادوس/ م. ع. ن. د ضد وزارة الفلاحة، (غير منشور)، نقلاً عن: جنيح (محمد رضا): ص258.

أ- وقوع ظرف طارئ غير متوقع بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه: ومؤدى ذلك أن يحدث أمر مفاجئ، لم يكن أحد من المتعاقدين يتوقعه، والمعيار في ذلك هو الرجل المعتاد، ويكون من شأن هذا الحادث الطارئ أن يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد⁽⁴⁵⁾، بحيث يصبح تنفيذ العقد مرهقاً بالمتعاقدين، ويهدده بخسارة فادحة. فإذا كان الحادث لا يمكن للرجل العادي أن يتوقعه كزلزال، أو غارة جراد، أو انتشار وباء فهي حوادث طارئة، لا يمكن للمتعاقد أن يحسب لها حساباً وقت التعاقد⁽⁴⁶⁾، وفي ذلك تطلب ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية توافر شرط كون الظرف الطارئ غير متوقع في قراره في القضية رقم (129/ق) لعام 1389هـ، بالقول: «أن يكون الظرف غير متوقع، ولم يكن في حساب المتعاقدين ونيتها المشتركة عند إبرام العقد، أي لم يكن بالإمكان توقعه»⁽⁴⁷⁾.

ب- أن يكون الظرف الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقدين ومستقلاً عنها: بمعنى أن يكون الحادث الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقدين، على أنه إذا كان حدوث تلك الظروف الطارئة بخطأ، أو فعل المتعاقدين، سواء كانت تلك الأخطاء مباشرة، كارتكاب خطأ عمدي، أو غير مباشرة، بسبب المماثلة، أو التأخير في الوفاء بالالتزام العقدي حتى حدوث الظرف الاستثنائي، ففي هذه الحالة يحرم من الاستفادة من تطبيق النظرية، ومن الاستفادة من رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، الأمر الذي يوجب ضرورة وجود

(45) السنهوري (عبد الرزاق أحمد): شرح القانون المدني - النظرية العامة للالتزام (نظرية العقد)، ص 970.

(46) عبد الرحمن (هزري): ص 68-69.

(47) عبد القادر (محفوظ): ص 101.



علاقة رابطة سببية بين الظروف الطارئة والأثر المرهق المترتب عليه، دون أن يكون للمتعاقدين يد في ذلك(48).

ج- أن يؤدي الظرف الطارئ إلى إلحاق خسائر غير مألوفة من شأنها أن تؤدي إلى اضطراب في التوازن المالي للعقد وإرهاق المتعاقد: ولا يعتبر هذا الشرط متحققاً إذا كان الضرر الذي أحاق بالمتعاقد ضرراً معقولاً، ولا يكفي أن يفقد ما عساه أن يجنبه من أرباح كلها أو بعضها، ولكن في الوقت ذاته تكفي صعوبة تنفيذ الالتزام دون استحالة تنفيذه، لأنه في حالة استحالة تنفيذ الالتزام فإننا نكون بصدد تطبيق نظرية الظروف الطارئة(49).

د- أن يستمر المتعاقد رغم الظروف الطارئة في تنفيذ العقد: وذلك حرصاً على احترام مبدأ استمرار سير المرافق العامة الذي من أجله أقام القضاء نظرية الظروف الطارئة نفسها(50).

3- الأساس القانوني للنظرية:

تضاربت وجهات نظر الفقهاء في تحديد الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة، ويمكن ذكر أهمها فيما يلي:

1- اعتبارات العدالة: إذ ليس من الانصاف والعدل وحسن النية في المعاملات أن يترك المتعاقد فريسة لظروف سيئة، لا دخل له فيها، وبدون أي تعويض، استناداً إلى نصوص العقد الحرفية، لمجرد انجاز الأعمال المطلوبة بأقل

(48) خالد (بالجيلالي): ص 153.

(49) ذنبيات (محمد جمال مطلق): ص 216.

(50) الطو (ماجد راغب): ص 601.

الأسعار، لأن معنى ذلك استمرار الاضرار به(51).

2- العقد الإداري: بالإضافة إلى فكرة العدالة؛ فإن العقد الإداري، وهو عقد مرن، ويعقد في الغالب لمدة طويلة، يصلح مبرراً وأساساً لهذه النظرية(52).

3- المرفق العام: يضاف إلى ذلك أن العقد الإداري، وهو يتعلق بمرفق عام، يوجب الأخذ بالنظرية، باعتبار أن تعرض المرفق العام للتوقف، عندما يصبح الالتزام مرهقاً أكثر مما توقعه المتعاقدان، يدفع إلى ضرورة تدخل الإدارة، ومد يد العون للمتعاقد معها، بصورة تحمي المرفق من خطر التوقف(53).

ثانياً - مدى اعتبار جائحة كورونا ضمن حالات الظروف الطارئة من عدمه:

من خلال اسقاط الأحكام العامة لنظرية الظروف الطارئة من حيث مفهومها وشروطها -على النحو الذي فصّلناه فيما سبق- يمكن اعتبار جائحة كورونا المستجد ظرفاً طارئاً، وذلك بالوقوف على مجموعة من الإشارات الدالة على ذلك، فعدم إمكان النيل من القوة الملزمة للعقد الذي نشأ صحيحاً، فتنشأ معه قوته الملزمة التي تفرض تنفيذه طبقاً لما ورد فيه، بحيث لا يمكن تعديله أو نقضه إلا بإرادة الطرفين معاً، أو للأسباب التي يقررها القانون، واستحضاراً للحوادث الاستثنائية، كالأوبئة مثلاً، يصبح

(51) عثمان (حسين عثمان محمد): ص 653.

(52) سفيان (دقي): ص 54.

(53) الجرف (طعيبه): ص 456.



تنفيذ الالتزام العقدي شديد الصعوبة ومرهقا للمتعاقد، وليس مبررا لفسخ العقد، أو التحلل من الالتزامات الناشئة عنه، والواقع أن الإقرار بمبدأ القوة الملزمة للعقد بصفة مطلقة، مما يتنافى في كثير من الحالات مع اعتبارات العدالة التي ينبغي أن تسود العلاقات التعاقدية.

وتماشياً مع مبدأ القوة الملزمة للعقد فإنه لا يطبق على كافة العقود، بناءً على نسبيته، كما أن العقود الفورية التنفيذ هي المعنية به أساساً، لكون عنصر الزمن لا يلعب دوراً فيها، بينما غيرها من العقود الزمنية والمستمرة أو الفورية المؤجلة التنفيذ، فإنها تتأثر بتغير الظروف، لوجود فاصل زمني بين انعقاد العقد وتنفيذه، وواقع الحال أن تفشي فيروس كورونا المستجد من شأنه الزيادة في أعباء المدين (أو المتعاقد مع الإدارة)، وإرهاقه بالحقاق الخسارة الفادحة إذا ما نفذ التزاماته على النحو المتفق عليه في العقد بسبب ظروف استثنائية طارئة، لم يكن بمقدوره توقعها أثناء إبرام العقد، الشيء الذي تفرض معه مبادئ العدالة تعديل العقد، وإعادة النظر فيه، حفاظاً على التوازن العقدي⁽⁵⁴⁾، على النحو الذي سنفصله لاحقاً، ومثال ذلك، إذا التزم شخص بتوريد سيارات لجهة حكومية بموجب عقد إداري، وأوقف التوريد بسبب الإجراءات المتخذة لمجابهة الجائحة، فإنه في هذه الفرضية يستطيع المتعاقد أن ينفذ الالتزام، ولكن بصعوبة وعنت، حيث تصيبه خسارة كبيرة من تنفيذ الالتزام، لأنه من المتصور أن يشتري السيارات من أي معرض سيارات داخلي، ونكون هنا أمام ظرف طارئ، فالقاضي هنا

(54) الرزاقى (سفيان): <https://ar.hibapress.com/details-226506.html>، تاريخ الدخول 16 مايو 2020م.

يوازن بين التزامات الطرفين، ومنها زيادة التزامات الدائن برفع الثمن، أو إنقاص التزامات المدين، كأن يكون ملزماً بتوفير 100 سيارة، والقاضي يجعل التزامه يقع على 50 سيارة فقط، أو بزيادة التزامات الدائن وانقاص التزامات المدين (الاثنين معاً)، أو وقف تنفيذ الالتزام إلى حيث زوال هذه الجائحة⁽⁵⁵⁾.

وما يتعين تقريره بهذا الخصوص، أن تكيف جائحة كورونا، وإنزالها على أنها قوة قاهرة، أو ظرف استثنائي طارئ، هو سلطة تقديرية للقضاء المختص، يستخلصها بحسب كل واقعة وظروفها ونوع النشاط ومدى تأثيره بسبب هذه الجائحة⁽⁵⁶⁾، وفي هذا تقول المحكمة العليا الليبية: «لمحكمة الموضوع أن تكيف طلبات الخصوم، وتردها لوضعها السليم، بما لا يخرج عن الوقائع المبسوطه أمامها، والطلبات والدفع التي قد تثار من بدء النظر في الدعوى وحتى الحكم فيها، وهي بذلك إنما تمارس حقها في إعطاء التكيف السليم للدعوى، وتحديد ما يقصده الخصوم من طلباتهم، حتى يتسنى لها أن تعمل بشأنها أحكام القانون التي تنطبق عليها»⁽⁵⁷⁾.

واعتباراً لما سبق؛ (أي الفرق بين النظريتين وشروطهما وأقسامهما)، فإن وباء كورونا يشبه في أثره الظواهر الطبيعية والحروب التي تمنع من تنفيذ العقد بالصورة المتفق عليها، وقد يصل تأثيرها إلى استحالة تنفيذ

(55) أنظر: خوجلي (سيف النصر)، <https://np.psau.edu.sa/ar>، تاريخ الدخول 16 مايو 2020م.

(56) لطراونة (مهند): <https://albiladpress.com/news>، تاريخ الدخول 16 مايو 2020م.

(57) طعن مدني رقم (21) لسنة (14) ق، جلسة 1970/5/12م، مجلة المحكمة العليا، س 6، ع 4، ص 145.

العقد، ولذلك توجد حالات تعتبر فيها جائحة كورونا من قبيل الظروف الطارئة التي تؤدي إلى تعديل العقد، وحالات أخرى تعتبر فيها جائحة كورونا من قبيل القوة القاهرة، خاصة أن هذا الوباء جاء بغتة، وانتشر بسرعة، وأثر على كثير من العقود التجارية تأثيراً مباشراً، وأوقف عقوداً كثيرة ومتنوعة.

وقد ذهب عموم فقهاء القانون إلى أن وباء كورونا يخضع إلى كل من النظريتين، ويكون معيار خضوعه هو مدى تأثيره في العقد المطلوب تنفيذه، فإذا كان التأثير هو إرهاب أحد طرفي العقد إرهاباً شديداً، بأن تسبب الوباء في ارتفاع كلفة الإنتاج أو زيادة أسعار الشحن بصورة مرهقة، فإنه يعتبر هنا من قبيل الظروف الطارئة، أما إذا تسبب في استحالة تنفيذ العقد، كأن يصبح نقل البضائع وتصديرها مستحيلاً بسبب غلق حدود بلد ما، فإنه يصبح من قبيل القوة القاهرة⁽⁵⁸⁾.

وتأسيساً على ما تقدم؛ نرى أنه من المفيد رصد أوجه الاتفاق والاختلاف بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة:

فمن أوجه الاتفاق أن:

- النظريتين ترتبطان ببعضهما البعض بوحدة المنشأ والأصل، كما أن شروطهما واحدة، فالحدث الذي يتسبب في خلق حالة الظروف الطارئة قد

(58) الإدريسي (أحمد): <https://islamanar.com/force-majeure-and-emergency-conditions/>، تاريخ الدخول 16 مايو 2020م.

ينسب في خلق حالة القوة القاهرة، فقيام حروب أو حدوث زلزال أو وقوع إضراب، أو حدوث جائحة، أو وباء مثل كورونا، قد ينتج عنه أن يصبح تنفيذ الإلتزام العقدي مستحيلاً في حالة، وقد يكون مرهقاً في أخرى.

- أن شروط تطبيقها متماثلة، فيشترط في الحادث في كلا النظريتين أن يكون حادثاً غير متوقفاً، وليس بالإمكان دفعه، أو مقاومته.

- تشترك النظريتان أيضاً في أن أثرهما ينصب على تنفيذ الإلتزام، فكل من الظروف الطارئة والقوة القاهرة يؤدي إلى وجود عوائق أو صعوبات في مجال مجال التنفيذ، كما أن وقوعهما يكون دائماً بطريق المفاجأة، أي أن المدين يؤخذ بهما على غرة، دون أن يعد العدة لملاقاتهما بالوسائل المناسبة، فكلاهما يشترطان عدم توقع الحادث.

- تلتقي نظريتا الظروف الطارئة والقوة القاهرة مرة أخرى في وقت الإعتداد بهما، إذ لا بد لكل من الواقعتين فيهما أن تحدثا في الفترة اللاحقة على إبرام العقد، وإلا فلا يكون لهما أي أثر إذا حدثتا قبل إبرام العقد، أو بعد تنفيذه⁽⁵⁹⁾.

أما أوجه الاختلاف بين النظريتين فتظهر في عدة وجوه، أهمها:

- من حيث أثر الحادث في كل منهما، حيث يلاحظ أن القوة القاهرة تتطلب من الحادث نتائج أكبر، بمعنى أنه إذا لم يصبح الإلتزام مستحيلاً استحالة مطلقة فلا يكون هنالك مجال لتطبيق نظرية القوة القاهرة، أما فيما

(59) العطا (عبد الوهاب محمد): ص 73-72.



يخص نظرية الظروف الطارئة فيكفي أن يكون الالتزام مرهقاً⁽⁶⁰⁾.

- من حيث الجزاء، فإن تطبيق أحكام القوة القاهرة يؤدي إلى فسخ العقد، بينما تطبيق أحكام الظروف الطارئة لا يؤدي إلى فسخ العقد وإنما تعديل الشروط الموضوعية للعقد دون المساس بجوهره، أي دون فسخه⁽⁶¹⁾، بمعنى أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول، فتنوزع الخسارة بين طرفي العقد، ويتحمل المدين شيئاً من تبعة الحادث الطارئ⁽⁶²⁾.

- من حيث مدى تعلقهما بالنظام العام، فإن أحكام الظروف الطارئة من النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، كما جاء في المادة 147 من القانون المدني الليبي، والتي نصت على أنه "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد، المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"⁽⁶³⁾، في حين في نظرية القوة القاهرة أجاز المشرع الاتفاق مسبقاً على تحمل المدين لتبعتها، إذ تنص المادة 1/220 من

(60) المنصوري (خميس صالح ناصر): ص97.

(61) المصدر السابق: الموضع نفسه.

(62) شليبيك (أحمد الصويغي): ص185. أنظر في نفس المعنى السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، ص644-645.

(63) مطابقة لنص المادة 2/148 من القانون المدني السوري، الصادر بمرسوم تشريعي رقم 84/ للعام 1949، بتاريخ 18/5/1949، مجلس الشعب السوري <http://www.parliament.gov.sy/arabic>، تاريخ الدخول 20/6/2020م.

نفس القانون على أنه «يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة»⁽⁶⁴⁾.

ونختم حديثنا في هذا المطلب بالتأكيد على أن الإجراءات الاحترازية المتخذة لمجابهة وباء كورونا تخضع لكل من النظريتين (الظروف الطارئة والقوة القاهرة)، ومعيار خضوعها هو مدى تأثيرها في العقد الإداري المطلوب تنفيذه، فإذا كان التأثير هو إرهاب أحد طرفي العقد إرهاباً شديداً، كأن تتسبب تلك الإجراءات والتدابير لمواجهة فيروس كورونا في ارتفاع كلفة الإنتاج، أو زيادة أسعار الشحن بصورة مرهقة، فإن الوباء يعتبر هنا من قبيل الظروف الطارئة، أما إذا تسبب وباء كورونا في استحالة تنفيذ العقد، كأن يصبح نقل الخامات مستحيلاً بسبب غلق حدود بلد ما، فإنه يصبح من قبيل القوة القاهرة.

(64) مطابقة لنص المادة 1/218 من القانون المدني السوري. المصدر السابق.

المطلب الثاني

أثر جائحة كورونا على تنفيذ العقد الإداري (65)

المقرر قانوناً أن العقد الإداري هو الوسيلة القانونية الثانية بعد القرار الإداري التي تعتمد الإدارة في تسيير أعمالها والقيام بواجباتها تجاه الأفراد، وأن هناك فارقاً جوهرياً بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص، حيث إن الإدارة في ظل القانون العام تتمتع بامتيازات وحقوق، تشمل حقها في تعديل بعض شروط العقد أثناء التنفيذ والإشراف على التنفيذ وتوقيع الجزاءات وإنهاء العقد بإرادتها المنفردة، خروجاً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وذلك ضماناً لسير المرفق العام بانتظام واطراد وتحقيقاً للصالح العام(66).

وقد ورد التنصيص على أنواع العقود الإدارية في القانون رقم (88) لسنة 1971م في شأن القضاء الإداري، الصادر في 31 أكتوبر 1971م(67)، وذلك بدلالة المادة الرابعة، والتي أوكلت لدائرة القضاء الإداري ولاية الفصل

(65) العقد الإداري "هو الاتفاق الذي يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام، مثل الدولة، أو إحدى الهيئات اللامركزية الإقليمية، أو المرفقية، والطرف الآخر شخصاً من أشخاص القانون العام، أو أحد أشخاص القانون الخاص كشخص عادي أو شركة، أو جمعية، أو نادي، ويهدف هذا الاتفاق إلى تنظيم، أو تسيير مرفق عام، قصد تحقيق النفع العام، ويجب أن تظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وذلك بتضمينه شرطاً، أو شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص"، ياقوتة (عليوات): ص2.

(66) عبد الله (أحمد): <https://www.facebook.com/>، تاريخ الدخول 28 مايو 2020م.

(67) الجريدة الرسمية، س9، ع59، 24 نوفمبر 1971م، ص1233.

في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام⁽⁶⁸⁾ والأشغال العامة⁽⁶⁹⁾ والتوريد⁽⁷⁰⁾.

ولا يمكن رد الآثار القانونية لجائحة فيروس كورونا المستجد إلى الفيروس نفسه، وإنما ترد الآثار القانونية إلى الإجراءات والقرارات الوقائية التي اتخذتها السلطة العامة لمجابهة هذه الجائحة، وتقدير مدة اعتبار هذه الإجراءات قوة قاهرة، أو ظرفاً طارئاً من عدمه، يتوقف حتماً على طبيعة الإجراءات المتخذة من قبل الدولة بسبب هذا الوباء، وموضوع العقد، ومدى تأثيره بهذه الإجراءات، وتأسيساً على ذلك؛ لا يمكن اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة فقط، وتطبق أحكامها على العقود كافة، وبالمقابل لا يمكن اعتبارها ظرفاً طارئاً وحسب، وتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة على العقود كافة، بحسبان أن الإجراءات الاحترازية التي اتخذتها السلطات العمومية نتيجة لهذه الجائحة ليست واحدة، بل متنوعة، وتختلف من عقد لآخر، فقد قررت السلطات عدم شمول بعض العقود الماسة بالاحتياجات

(68) يعرف عقد الالتزام بأنه «عقد إداري يتولى الملتزم فرداً كان أو شركة بمقتضاه، وعلى مسؤوليته، إدارة مرفق عام اقتصادي، واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة، فضلاً عن الشروط التي تضمنتها الإدارة عقد الامتياز»، الطماوي (سليمان محمد): الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 106.

(69) يعرف عقد الأشغال العامة بأنه «اتفاق بين الإدارة وأحد المقاولين يقوم بمقتضاه هذا الأخير بمقابل -بناء أو ترميم أو صيانة عقارات معينة لحساب الإدارة تحقيقاً لمنفعة عامة»، الحلو (ماجد راغب): ص 211، نقلاً عن: العموري (محمد): ص 23.

(70) يعرف عقد التوريد بأنه «اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة، يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات للشخص المعنوي، لازمة لمرفق عام، مقابل ثمن معين. خشمان (مخلد توفيق مشاوش) والحسين (محمد يوسف): ص 1345.



الأساسية للمواطن من شدة الإجراءات والتدابير الوقائية(71).

ومن جماع ما تقدم تبيانه؛ يمكن القول أن ثمة اختلاف من حيث الأثر القانوني لجائحة كورونا بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، وأن مجال تطبيق جائحة كورونا على العقد الإداري يختلف من واقعة لأخرى.

فما تأثير جائحة كورونا على تنفيذ العقد الإداري في حالة استحالة التنفيذ المطلق، وفي حالة الارهاق اللاحق بالمتعاقد عند التنفيذ؟

ستكون الاجابة عن هذا التساؤل محور حديثنا في هذا المطلب، والذي ينشطر إلى فرعين، حيث نفرد الفرع الأول لرصد موقف القانون المقارن، بينما نخصص الفرع الثاني لمعرفة موقف القانون الليبي.

الفرع الأول: موقف القانون المقارن

لا غرو أن مسألة ظهور جائحة كورونا قد جعلت الكثير من دول العالم تعمل على تبني مواقف لمجابتها، على مختلف الأصعدة الصحية(72) والاجتماعية والأمنية والاقتصادية(73) والسياسية والتشريعية، وإن كانت

(71) الجعفري (أسامة شهاب حمد): <https://rewaqbaghdad.org>، تاريخ الدخول 16 مايو 2020م، ص2.

(72) تم الإعلان عن حالة الطوارئ الصحية الخاصة بمواجهة فيروس كورونا في المغرب، بموجب المرسوم رقم (2.20.292) المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها في 23 مارس 2020، والمرسوم رقم (2.20.293) المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا في 24 مارس 2020. منشورين في الجريدة الرسمية (المملكة المغربية)، س 109، ع 6867 مكرر، 24 مارس 2020.

(73) على سبيل المثال، في مصر أعلنت الحكومة المصرية في 2020/3/28م عن وقف تصدير البقوليات إلى خارج

بعض النظم التشريعية المعنية بالأوبئة ومخاطرها وطرق معالجتها موجودة في صلب التشريعات الوطنية على مختلف مراتبها، وبطبيعة الحال فإن هذا الوضع تستتبعه بالضرورة أن المتعاقدين سيجدون أنفسهم أمام وضع يصعب معه استمرار المعاملات المالية القائمة بينهم وبينهم غيرهم، خاصة فيما يتعلق بمرحلة تنفيذ الالتزامات التعاقدية، نتيجة توقف العمل⁽⁷⁴⁾.

وبطبيعة الحال سيكون لهذا الوباء أو الجائحة تأثير على العقود الإدارية المبرمة قبل ظهورها، ويختلف هذا الأثر حسب تكييف جائحة كورونا عما إذا كانت قوة قاهرة، أم ظرفاً طارئاً.

أولاً- أثر جائحة كورونا كقوة قاهرة على تنفيذ العقد الإداري:

بعد تحقق شروط القوة القاهرة الناتجة عن جائحة كورونا في الالتزام التعاقدية، فإنها تجعله مستحيل التنفيذ، حيث رتب عليها القانون آثاراً مهمة، أهمها إعفاء المدين الذي استحاله عليه تنفيذ الالتزام من المسؤولية،

البلاد لمدة ثلاثة أشهر، وبالتالي تثار عدة أسئلة عن أثر قرار حظر التصدير على الالتزام التعاقدية للشركات العامة والخاصة المرتبطة بتعاقدات تصدير البقوليات؟ وما إذا كانت تلك العقود تنطوي على شروط من بينها القوة القاهرة؟ وهل القرار الإداري بحظر التصدير يعتبر من حالات القوة القاهرة التي ستمسك بها الشركات المصدرة مع الطرف الآخر المستورد؟ خاصة أن الحكومة المصرية ذاتها تستند في قرارها إلى الظروف الاستثنائية أو القوة القاهرة التي تمر بها البلاد بسبب أزمة جائحة كورونا، حرصاً منها على توفير السلع الغذائية الأساسية، وهو أمر قومي للدولة المصرية، وهل ستمسك الشركات المستوردة بالتعويض عن عدم التوريد في مواجهة الشركات المصدرة؟ وهل ستدفع الشركات المصدرة بمبدأ القوة القاهرة، وهو القرار الصادر من الحكومة المصرية بوقف ومنع تصدير البقوليات؟ الكلاوي (أحمد): <https://alborsaanews.com> ، تاريخ الدخول 10 مايو 2020م.

(74) بوسيف (مروان): ص 315، نقلاً عن: مجلة العلوم القانونية، <https://www.marocdroit.com>، تاريخ الدخول 18 مايو 2020م.



فإذا استحال على المدين، أو المتعاقد -في ظل انتشار فيروس كورونا وما استتبعته من إجراءات صحية واقتصادية- تنفيذ الالتزام التعاقدية، لسبب خارج عن إرادته، فإن ذلك يشفع له في التحلل من مسؤوليته العقدية، ويشترط في هذه الاستحالة أن تكون مطلقة، وهو أمر يختلف باختلاف نوعية النشاط الذي يزاوله المدين، حيث إن بعض الأنشطة، وخصوصا التجارية والخدماتية والالكترونية، لم تتأثر بإجراءات الحد من فيروس كورونا(75).

وانطلاقاً مما تقدم، وبناءً على أن جائحة كورونا تعتبر ظرفاً استثنائياً عاماً غير متوقع أثناء إبرام العقود الإدارية، ولا يمكن دفعه بالرغم من التدابير المتخذة من قبل الدول، فقد ظل التساؤل حول مدى استحالة تنفيذ العقد الإداري بين أطرافه في ظل الأزمة الراهنة؟ وهل تُعتبر هذه الاستحالة نريعة لتحلل المتعاقد من التزاماته؟ أو ما هو تأثير جائحة كورونا - كقوة قاهرة - على تنفيذ العقد الإداري المبرم قبل ظهورها؟

بخلاف التوجه الذي يعتبر جائحة كورونا ظرفاً طارئاً - كما أسلفنا- فإن توجهها آخر يرى أن كورونا تتحقق فيها شروط القوة القاهرة، وذلك باعتبار أن الجائحة رغم أن توقعها كان ممكناً، إلا أن آثار هذه الأخيرة لم يكن بالإمكان توقعها، أو الحد من انتشار هذا الوباء، إضافة إلى أن منظمة الصحة العالمية اعتبرت أن فيروس كورونا يعتبر جائحة، لأنه انتشر بشكل سريع في كل مناطق العالم، وأن معدل الوفيات في تزايد، وأنه لا يوجد له

(75) دنياجي (شرف الدين): <https://assabah.ma/462422.html>، تاريخ الدخول 31 مايو 2020م.

علاج أي، ولأن هذا الفيروس أدى إلى غلق عدة مجالات، وضرب العديد من القطاعات الاقتصادية عرض الحائط، كما أنه حال دون تنفيذ عدة عقود والتزامات⁽⁷⁶⁾.

لذلك فإن آثار هذا الفيروس هي نفسها آثار القوة القاهرة، مما يجعلها تتسم بهذه الصفة، لأن آثارها لا يمكن الحد منها، ولا توقعها، وهو ما ذهبت إليه محكمة استئناف كولمار في حكمها الصادر في 12-3-2020م، وينجر من الناحية القانونية على استحالة تنفيذ العقد الإداري، جملة من الآثار التابعة لتلك الاستحالة نوجزها في الآتي:

أ- إغفاء المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ العقد الإداري، وهذا ما سارت عليه معظم الأنظمة المقارنة، مثال ذلك نص المادة 247 من القانون المدني الأردني التي نصت على انقضاء الالتزام إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه⁽⁷⁷⁾، وهو ما جرى عليه قضاء محكمة التمييز الأردنية في أكثر من قرار بالقول: «إذا طرأت قوة القاهرة في العقود الملزمة للجانبين، تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، انقضى معه الالتزام المقابل له، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه، ويجب إعادة كل طرف إلى حاله قبل التعاقد وتحقق القوة القاهرة، بتوافر شرطها أن لا يمكن توقع الحادثة

(76) بنيجي (سامي): <https://www.droitentreprise.com>، تاريخ الدخول 11 يونيو 2020م.

(77) يقابله نص المادة 335 من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي جاء فيه «ينقضي الالتزام إذا نشأ ثم أصبح محله مستحيلاً، استحالة طبيعية أو قانونية، بغير فعل المدين أو خطأه، وقبل أن يصير في حالة مطل»، بوسيف (مروان): ص 318، نقلاً عن: مجلة العلوم القانونية، <https://www.marocdroit.com>، تاريخ الدخول 18 مايو 2020م، ص 318.



واستحال دفعه وفقاً للمادة 247 من القانون المدني»⁽⁷⁸⁾.

ولكن في مقابل ذلك، يرى جانب من الفقه التونسي أن القوة القاهرة تعني استحالة تنفيذ الالتزام، غير أن هذه الاستحالة -وفي ما عدا بعض الأحوال الخاصة- مؤقتة، فالغالب أن ما لا يمكن انجازه اليوم يمكن تنفيذه غداً، وعليه فإن الأثر الرئيسي والعادي للقوة القاهرة هو تأجيل تنفيذ الالتزام وإبطاء التنفيذ وتخفيف المسؤولية، على أن تقاس درجة الحرص في تنفيذ الالتزام حالة بحالة⁽⁷⁹⁾.

ب- انقضاء المسؤولية العقدية، وينجر عن ذلك حرمان الإدارة من حقها في تطبيق الجزاءات العقدية النابعة عن العقد، أو المحققة لتلك المسؤولية⁽⁸⁰⁾، وهو ما ذهب إليه المشرع التونسي في مجلة الالتزامات والعقود، الصادرة بالأمر المؤرخ في 15 ديسمبر 1905م⁽⁸¹⁾، والمنقحة بالقانون رقم 87 لسنة 2005م بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة العقود والالتزامات، حيث نص الفصل 282 على أنه "لا يلزم المدين بتعويض الخسارة إذا أثبت سببا غير منسوب إليه، منعه من الوفاء، أو أخره عنه، كالقوة القاهرة والأمر الطارئ الدائن ومماثلة الدائن»، كما نص الفصل 283 على أن «القوة القاهرة التي لا يتيسر معها الوفاء بالعقود هي كل ما لا يستطيع الإنسان دفعه كالحوادث الطبيعية من فيضان ماء وقلّة أمطار وزوابع وحريق وجراد، أو كغزو أجنبي،

(78) أبو زنت (أحمد عبد المنعم): ص 19.

(79) الورفلي (أحمد): PR Factory، <https://ar.leaders.com.tn>، تاريخ الدخول 7 مايو 2020م.

(80) عفيفي (مصطفى محمود): ص 434.

(81) منشور بالرائد الرسمي التونسي، ملحق عدد (11) بتاريخ 15 ديسمبر 2006م.

أو فعل الأمير. ولا يعتبر السبب الممكن اجتنابه قوة قاهرة إلا إذا أثبت المدين أنه استعمل كل الحزم في درئه. وكذلك السبب الحادث من خطأ متقدم من المدين، فإنه لا يعتبر قوة قاهرة⁽⁸²⁾.

وتطبيقاً لذلك أوضحت محكمة القضاء الإداري المصرية أن "القوة القاهرة تعفي من المسؤولية في نطاق القانون الإداري، على النحو الذي يمكن في ميدان القانون الخاص، ولا تتوفر حالة القوة القاهرة إلا إذا اتصفت الظروف محل البحث بأنها خارجة تماماً عن إرادة المدين، وأنه ما كان يمكن توقعها، وأنه أضحى أمام استحالة مطلقة، تحول دون قيامه بتنفيذ التزامه"⁽⁸³⁾.

ج- امكانية قيام المتعاقد مع الادارة بطلب فسخ العقد أمام القضاء، إلى جانب الإعفاء من جميع صور التعويض⁽⁸⁴⁾، بيد أنه لا ينجم عن وقوع القوة القاهرة اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه؛ بل كل ما يترتب عليه وقف تنفيذ الالتزامات، وعندما تصبح القوة القاهرة سبباً نهائياً في استحالة التنفيذ؛ فإن ذلك ينهض سبباً كافياً لفسخ العقد⁽⁸⁵⁾، بينما جاء في المادة 188 من القانون المدني لدولة قطر أنه إذا أصبح تنفيذ التزام أحد المتعاقدين مستحيلًا لسبب أجنبي لا يد له فيه انقضى هذا الالتزام وانفسخ من تلقاء نفسه، ولكي يتحقق الفسخ يلزم تحقيق ثلاثة شروط، وهي عدم توقع الظرف القاهر قبل

(82) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع 68 بتاريخ 26 أغسطس 2005.

(83) طعن رقم (1062) لسنة (7) ق، جلسة 1956/1/11 نقلاً عن: عبد الحميد (مفتاح خليفة)، ص 377.

(84) الذنبيات (مؤيد): <https://jordan-lawyer.com>، تاريخ الدخول 7 مايو 2020م.

(85) أبو الليل (عبد الفتاح): ص 132-133.



التعاقد، وفي هذه الحالة يعتبر أن وباء فيروس كورونا لم يكن متوقعاً، أما الشرط الثاني فهو استحالة تنفيذ العقد، والشرط الثالث عدم وجود خطأ من المتعاقد المتمسك بالقوة القاهرة⁽⁸⁶⁾.

وثمة جانب من الفقه الفرنسي، معزز رأيه ببعض أحكام مجلس الدولة، ذهب إلى أن الإدارة بمقدورها إنهاء العقد الإداري بقرار منها، استناداً إلى القوة القاهرة⁽⁸⁷⁾.

د- لا تترتب آثار القوة القاهرة إلا منذ لحظة ظهورها علانية، أو حدوثها بصورة ظاهرة، بحيث عندما ينتهي السبب الأجنبي يمكن إعادة التعاقد مرة أخرى⁽⁸⁸⁾.

هذا على صعيد أثر جائحة كورونا كقوة القاهرة على تنفيذ العقد الإداري، فماذا عن أثر هذا الفيروس كظرف طارئ على تنفيذ العقد الإداري؟

ثانياً- أثر جائحة كورونا كظرف طارئ على تنفيذ العقد الإداري:

إن تأثير جائحة كورونا كظرف طارئ على تنفيذ العقود الإدارية تحكمه قواعد معينة، منها إنه يجب على المتعاقد مع الإدارة الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية على الرغم من هذا الظرف، نزولاً عند مقتضيات ضرورة انتظام سير المرفق العام، وعلى الطرفين إعادة النظر في نصوص

(86) اليافعي (حمد): ص10، <https://lusailnews.net>، تاريخ الدخول 16 مايو 2020م.

(87) خالد (عماري): ص 51.

(88) عفيفي (مصطفى محمود): ص 434.

العقد وتعديلها على أساس الظروف الطارئة (فيروس كورونا)، وأن يتم اللجوء للقضاء الإداري لتوزيع الأعباء الجديدة بين الطرفين⁽⁸⁹⁾.

ولاستجلاء موقف القانون المقارن من أثر جائحة كورونا على تنفيذ العقد الإداري؛ سندرس (1) موقف الفقه، (2) نعرض لموقف المشرع من هذه المسألة، ثم نرصد (3) موقف فقه القضاء.

1- موقف الفقه:

اعتبر جانب من الفقه المصري⁽⁹⁰⁾ الأوبئة المنتشرة والمستجدة بعد إبرام العقد من ضمن الحوادث الاستثنائية العامة نادرة الوقوع، وهي بذلك تعد تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة، وذهب بعض الفقه⁽⁹¹⁾ إلى أن حالة العجز، أو العذر -كما في حالة الجوائح- تجيز فسخ العقد، أو تعديله بالتراضي، بخلاف الدين الثابت في الذمة فإنه لا يسقط بالعجز أو العذر، وإنما يلزم تأجيل المطالبة به حال الإعسار، لكن هذا لا يسقط الدين، بخلاف عقود التوريد ونحوها، مما يتعين فيه المبيع حكماً، وحيث إن هذه العقود تنفسخ بالعجز والعذر، فيحق للطرفين حينئذٍ مراجعة شروط العقد، منعاً للضرر على أي منهما.

وفيما يتعلق بأثر جائحة كورونا على العقود فقد فرّق بعض الفقهاء

(89) عبد الله (أحمد): <https://www.facebook.com>، تاريخ الدخول 28 مايو 2020م.

(90) السنهوري (عبد الرزاق أحمد): الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، ص643 وما بعدها.

(91) السويلم (سامي إبراهيم): ص 4، <https://iefpedia.com/arab/?p=42124>، تاريخ الدخول 21 مايو 2020م.



بين العقود الفورية⁽⁹²⁾ والعقود المتراخية⁽⁹³⁾، ففيما يتعلق بالعقود الفورية؛ فإن استحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة يوقف تنفيذ العقد، وتظل التزامات كل من الطرفين قائمة إلى حين زوال هذا الطرف المؤقت، دون المساس بمضمون العقد، وبمجرد انتهاء الطرف الطارئ تعود إلى العقد قوته الملزمة⁽⁹⁴⁾.

وفيما يتعلق بالعقود المتراخية التنفيذ -كعقود التوريد والمقاولات- فقد ذهب المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي إلى أنه إذا تبدلت الظروف التي تم التعاقد في ظلها تبديلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار، تغييراً كبيراً بأسباب طارئة عامة، لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام التعاقدية يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير، أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته؛ فإنه يحق للقاضي في هذه الحالة عند التنازع، وبناءً على الطلب، تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له فسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه، إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل

(92) العقد الفوري هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه، فيكون تنفيذه فورياً، ولو تراخى التنفيذ إلى أجل، أو إلى آجال متتابعة، مثال ذلك البيع الناجز، لأن عنصر الزمن فيه معلوم. درود (إلياس): ص8، موسوعة الاقتصاد والتمويل الإسلامي، <https://iefpedia.com/arab/?p=42124>، تاريخ الدخول 21 مايو 2020 م.

(93) العقد المتراخى هو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ومعياراً لتنفيذ التزاماته، وهو يستلزم بطبيعته أن ينشأ بين طرفيه التزامات يستمر تنفيذها فترة من الزمن، أو يتكرر هذا التنفيذ عدة مرات، مثل عقد التوريد وعقد الإيجار، خالد (عماري): ص 64.

(94) درود (إلياس): ص 10- 11.

للملتزم له، صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد.

ويحق أيضاً للقاضي -بحسب المجمع الفقهي رابطة العالم الإسلامي- أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإمهال. وقد علل المجمع الفقهي قراره المستمد من أصول الشريعة الإسلامية ومقاصدها، بتحقيق العدل الواجب بين طرفي العقد، ومنع الضرر المرهق لأحد المتعاقدين، بسبب لا يد له فيه⁽⁹⁵⁾.

وثمة من يرى اليوم⁽⁹⁶⁾ أن من الأولويات القصوى للسياسة التشريعية أن يقع اعتماد التفرقة بين صورة القوة القاهرة المؤقتة التي يترتب عنها تأجيل تنفيذ الالتزامات وتأخيرها وقبل تنفيذها بشيء من البطء والتأخير، وبين القوة القاهرة المعفية كلياً من التنفيذ بسبب استحالته المطلقة، الحالة والمستقبلية، وبين انخراط توازن العقد بشكل فادح بسبب الظرف الطارئ، والذي يترتب عليه واجب التفاوض بحسن نية لمراجعة العقد، وتدخّل القاضي أو المحكم لتعديل العقد عند الاقتضاء.

ويذهب رأي -نشايه ونشاطه- إلى أن وباء كورونا يخضع لكل من النظريتين (الظروف الطارئة والقوة القاهرة)، ويكون معيار خضوعه

(95) المجمع الفقهي رابطة العالم الإسلامي: ص 109، المكتبة الوقفية - <https://waqfeya.com/book.php?bid=597>

، تاريخ الدخول 24 مايو 2020م.

(96) الورفلي (أحمد): PR Factory: <https://ar.leaders.com.tn> ، تاريخ الدخول 7 مايو 2020م.

هو مدى تأثيره في العقد المطلوب تنفيذه، فإذا كان التأثير هو إرهاب أحد طرفي العقد إرهاباً شديداً، بأن تسبب وباء كورونا في ارتفاع كلفة الإنتاج، أو زيادة أسعار الشحن بصورة مرهقة، فإن الوباء يعتبر هنا من قبيل الظروف الطارئة، أما إذا تسبب وباء كورونا في استحالة تنفيذ العقد، كأن أصبح نقل الخامات مستحيلاً، بسبب غلق حدود بلد ما، فإن الوباء يصبح من قبيل القوة القاهرة⁽⁹⁷⁾.

2- موقف المشرع:

في السعودية، عالج المشرع مثل هذه الحالات في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية نتيجة لظروفها، فاستلزم لتبني نظرية الظروف الطارئة في تنفيذ العقود الإدارية أن تكون مرهقة تفضي إلى خسائر فادحة للمتعاقد، ولكن لا ترقى إلى حد الاستحالة في التنفيذ، وهنا تتوزع الأعباء الخارجة عن التعاقد بين الطرفين، أما بالنسبة لنظرية القوة القاهرة فإن الوفاء بالالتزامات التعاقدية يكون مستحيلاً، فيفضي إلى انقضاء الالتزام التعاقدية، وسحب الأثر القانوني الناتج عنه لعدم إتمام العقد، ويتحمل الدائن الآثار المترتبة على ذلك، وهذا ما عبرت عنه المادة 74 من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، والتي نصت على أن «يكون تمديد العقد والإعفاء من الغرامة في الحالات الآتية: ... إذا كان التأخير يعود إلى الجهة الحكومية، أو ظروف طارئة»، كما أشارت المادة 133 من اللائحة التنفيذية للنظام بأنه «للجهة

(97) رضوان (علاء): <https://www.youm7.com>، تاريخ الدخول 24 مايو 2020م.

الحكومية إنهاء العقد بالاتفاق بينها وبين المتعاقد في الحالات التالية... إذا أصبح تنفيذ الأعمال مستحيلا لوجود قوة قاهرة»⁽⁹⁸⁾.

وبدوره قام المشرع المغربي بإصدار مرسوم مؤرخ في 2020/03/23م، يتعلق بسنّ أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، نصّ في مادته السادسة على وقف سريان مفعول جميع الإجراءات المنصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل خلال فترة حالة الطوارئ الصحية المعلن عنها، واستئناف حسابها من اليوم الموالي ليوم رفع حالة الطوارئ المذكورة⁽⁹⁹⁾.

وفي الجزائر، أجاز المشرع للقاضي تعديل عقد المقاولة بسبب الظرف الطارئ المتمثل في انهيار التوازن الاقتصادي للعقد بين المقاول ورب العمل بموجب نص الفقرة الثانية من المادة (561) من القانون المدني، كتطبيق للحد من مبدأ القوة الملزمة للعقد، والتي نصت على أنه "إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة، أو بفسخ العقد"⁽¹⁰⁰⁾.

(98) الحبشان (خالد): <https://makkahnewspaper.com/article>، تاريخ الدخول 16 مايو 2020م.

(99) طَبِّي (عبد الرشيد): (د-ص).

(100) عبد القادر (علاق): ص 85.



3-موقف فقه القضاء:

في تونس تدخل المجلس الأعلى للقضاء بمذكرة مؤرخة في 2020/03/15م اعتبر فيها أن الوضع الصحي الاستثنائي الذي تمر به البلاد بسبب فيروس كورونا يدعو إلى اعتبار هذا الوضع الصحي العام من قبيل القوة القاهرة. وقد تدخلت محكمة التعقيب التونسية من خلال الاجتهاد القضائي للأخذ بالقوة القاهرة في المرافعات المدنية والتجارية على أساس التكامل بين الإجراءات المدنية والإجراءات الجزائية ضمانا للمحاكمة العادلة(101).

وفي الجزائر، ولعدم وجود نصّ قانوني خاص يواكب الوضع الصحي العام، ويوقف سريان المواعيد الإجرائية، فإن حل الإشكال كان بتفعيل المادة 322 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصّت صراحة على أنّ كل الآجال المقررة في هذا القانون من أجل ممارسة حق، أو من أجل حق الطعن، يترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق، أو سقوط ممارسة حق الطعن، باستثناء حالة القوة القاهرة، أو وقوع أحداث من شأنها التأثير في السير العادي لمرفق العدالة(102).

وفي السعودية، جرى القضاء على أن الأثر الذي ترتبه الجوائح والأوبئة على العقود الإدارية (كعقود المقاولات والتوريد) يتجسم في الحكم

(101) طَبِي (عبد الرشيد): <https://www.facebook.com/groups>، تاريخ الدخول 21 مايو 2020م

(102) المرجع السابق: <https://www.facebook.com/groups>.

بإسقاط غرامة التأخير المفروضة على المقاول، وذلك لأن تأخره كان لنشوء جائحة صحية، والمتمثلة في حمى الوادي المتصدع، وقد كان ذلك بمناسبة القضية رقم (1885/ق) لعام 1425هـ، رقم الحكم الابتدائي (53/د/أ) لعام 1425هـ، رقم حكم الاستئناف (381/إس/1) لعام 1429هـ، جلسة 1429/8/29هـ.

ويتلخص مضمون هذه القضية في مطالبة الشركة المدعية بإلزام المدعى عليها (وزارة التربية والتعليم) برد المبلغ الذي حسمته منها مقابل غرامات التأخير والإشراف عن العقد المبرم بينهما لإنشاء مدرسة، كون الشركة قد تأخرت في تنفيذ المشروع مدة 140 يوماً عن الميعاد المحدد بالعقد، بسبب انتشار مرض حمى الوادي المتصدع في موقع العمل، مما أدى لعدم انتظام وتواجد العمالة في الموقع. وجاء في أسباب الحكم: "وحيث إن هذا الخطاب الصادر من إحدى إدارات المدعى عليها، والقريبة من موقع المشروع، قد أكد على أمرين مهمين في تأثر المشروع ببعض الظروف الخارجة عن إرادة المقاول، حيث أكد هذا الخطاب تأثر المشروع، كما تأثرت المنطقة بالكامل بظهور حمى الوادي المتصدع، وعدم انتظام وتواجد العمالة بالموقع، وحيث إن ظهور مثل هذه الأوبئة والأمراض يعد من قبيل الظروف الطارئة التي يعذر بها المقاول، وينبغي أن تؤخذ في حسابان الجهة الإدارية عند نظرها في مدى تأخر المقاول من عدمه، كما أكد على اختلاف الوزارة مع شركة الكهرباء على موقع غرفة الكهرباء، وأنه استمرت المخاطبات بينهما لمدة تزيد عن ثمانية أشهر، وهذا الخلاف



طوال هذه المدة وأثناء تنفيذ المقاول للعقد ينبغي أن يراعى من قبل الوزارة في خطة عمل المقاول... علاوة على أن الظروف المثبتة من انتشار مرض حمى الوادي المتصدع لا بد أن يكون لها أثر في تقدير ذلك، مما ترى معه الدائرة عدم أحقية الوزارة فيما فرضته من غرامة تأخير وإشراف على المدعية» (103).

وقد أرسى القضاء الإداري السعودي بقضائه المذكور نظرية الظروف الطارئة، فطبق هذه النظرية متى ما تحققت شروطها، استناداً لمبادئ الشريعة الإسلامية، وما قرره الفقهاء من القواعد التي يؤدي تطبيقها لإقامة العدل، ورفع الضرر، وبما أن الظروف الطارئة تتعدد أسبابها، فقد أقر القضاء أن الأوبئة والأمراض العامة تعتبر من هذه الظروف الطارئة، وبهذا يعتبر هذا الحكم سابقة قضائية في موضوعه (104).

والجدير بالذكر إذا كان مجلس القضاء الأعلى السعودي قد قرر بهيئته الدائمة رقم (5/444) بتاريخ 13/8/1420 هـ أن الشرط الجزائي معتبر، إذا كان في حدود المعقول عرفاً؛ بيد أنه بالرجوع إلى أحكام أخرى نجدها تضمنت الحكم بإسقاط غرامة التأخير المفروضة على المقاول، وذلك لكون تأخيره كان لنشوء ظرف طارئ، متمثل في حرب الخليج (105).

(103) القضية رقم (1885/ق) لعام 1425 هـ، رقم الحكم الابتدائي (53/د/5) لعام 1425 هـ، ورقم حكم الاستئناف (381/س/1) لعام 1429 هـ، جلسة 29/8/1429 هـ، الغامدي (محمد بن عبد الله آل عبد العزيز): ص 24 - 25، موسوعة الاقتصاد والتمويل الإسلامي، <https://iefpedia.com/arab>، تاريخ الدخول 21 مايو 2020م.

(104) المصدر السابق: ص 25-26.

(105) الحكم الصادر في القضية رقم (1/137) ق، لسنة 1414 هـ، وأيضاً الحكم الصادر في القضية رقم (1/782)



وبالتالي، فإنه -بحسب تفسير القضاء السعودي- يمكن اعتبار فيروس كورونا من الظروف الطارئة، لا سيما وأن جائحة الوادي المتصدع كانت على نطاق محصور، وكانت أقل خطراً وانتشاراً وأثراً من فيروس كورونا.

ولما أشرنا فيما سبق إلى أن حق المتعاقد في الحصول على التعويض ينتهي بعودة الحالة الطبيعية التي أبرم العقد في ظلها وزوال الظروف الطارئة، فإنه إذا ثبت أن هذه الظروف أصبحت دائمة، وأن المتعاقد لن يمكنه الاستمرار تنفيذ التزاماته العقدية إلا بمعاونة دائمة من الإدارة، فلكل من طرفي العقد الحق في طلب انهائه وفسخه، أو على الأقل إعادة النظر في شروط العقد، وتعديلها بما يتفق مع الظروف الجديدة⁽¹⁰⁶⁾.

وللحد من تداعيات آثار جائحة كورونا؛ عمدت بعض الدول إلى اتخاذ قرارات وإجراءات إدارية لمعالجة الأزمات التي واجهت المتعاقدين معها، فعلى سبيل المثال أعلن وزير الاقتصاد والمالية الفرنسي في 28 فبراير الماضي، بعد اجتماعه مع الشركاء الاقتصاديين، أن فيروس (كوفيد 19) بمثابة قوة قاهرة بالنسبة للمقاولات، وأن الحكومة الفرنسية لن تطبق غرامات التأخير في التنفيذ على الشركات، سواء المحلية أو الدولية المرتبطة بعقود مع الدولة، مع طرح إمكانية اللجوء بشكل مباشر إلى الخدمات الجزئية، وإعطاء مهل لأداء الأعباء الضريبية والاجتماعية بالنسبة للمقاولات التي

ق، لسنة 1414هـ، والحكم الصادر في القضية رقم (1/646) ق، لسنة 1414هـ، نقلًا عن: العبري (فاطمة): ص9،

<https://arab.com.iefpedia/> ، تاريخ الدخول 24 مايو 2020م.

(106) جمال الدين (سامي): ص367.



يثبت تضررها من آثار هذا الوباء، والتخلص من الهلع الاقتصادي القائم بين شركات واقتصاديات العالم⁽¹⁰⁷⁾.

وتناغماً مع ما سبق، وبناءً عليه إذا ما توافرت في الإجراءات والقرارات المتخذة من جانب السلطات العمومية شروط نظرية الظروف الطارئة الموضحة سالفاً؛ ترتب على إعمال نظرية الظروف الطارئة الآثار الآتية:

1- أن الظروف الطارئة لا يعوض عنها إلا إذا كانت من الخطورة بحيث تهدد التعاقد بالتوقف عن تنفيذ التزاماته⁽¹⁰⁸⁾، وعلى المتعاقد البحث أولاً عن السبل الكفيلة بتعديل بنود العقد بما يتلاءم مع الظروف الجديدة، كالتخفيض في بعض الأعباء، أو الترفيع من الرسوم، وفي صورة فشل المساعي الودية يحق للمتعاقد الحصول على التعويض المناسب بعد تقديره بالتراضي أو بالتقاضي⁽¹⁰⁹⁾.

2- يتم تحديد مقدار التعويض الذي يجب أن تدفعه جهة الإدارة من قبل القاضي، ويكون على أساس نظرية الظروف الطارئة تعويضاً جزئياً⁽¹¹⁰⁾، والغاية منه شد أزر المتعاقد على تنفيذ التزاماته حتى لا يتوقف⁽¹¹¹⁾، وهذا ما يعبر عنه بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري، أو التوازن الشريف بين حقوق

(107) الحنكاوي (أحمد عبد الله): (دص).

(108) الطماوي (سليمان محمد): الوجيز في القانون الإداري، ص 639.

(109) جنّيح (محمد رضا): ص 259.

(110) بوعشبة (توفيق): ص 359.

(111) الطماوي (سليمان محمد): الوجيز في القانون الإداري، ص 639.

المتعاقد والتزاماته، لأنه من الضروري الحفاظ على حقوق المتعاقد، تطبيقاً لمبدأ حسن سير العدالة، وحفاظاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد من أجل تحقيق المصلحة العامة⁽¹¹²⁾.

3- ينتهي حق المتعاقد في الحصول على التعويض برجوع الحالة الطبيعية التي أبرم العقد في ظلها وزوال الظروف الطارئة⁽¹¹³⁾، أما إذا كان الاضطراب الحاصل نهائياً وغير قابل للعلاج؛ فإنه يحق لأي طرف في العقد أن يطلب من القاضي فسخ العقد (على أساس أن هذا الوضع الجديد يشكل حالة من حالات القوة القاهرة)، ويمكن للقاضي بحسب الظروف والأحوال أن يمنح الطرف المتضرر من الفسخ تعويضاً عن ذلك⁽¹¹⁴⁾.

الفرع الثاني: موقف القانون الليبي

سبق أن أشرنا إلى أن أثر جائحة كورونا على العقود الإدارية قد تجاذبته حالتان، هما حالة الاستحالة وحالة الإرهاق، وقد تناولهما المشرع الليبي في لائحة العقود الإدارية بالحكم تحت مسمى القوة القاهرة والظروف الطارئة، وقد حاولنا في المطلب الأول من هذا البحث تحديد الطبيعة القانونية لجائحة كورونا عما إذا كان قوة القاهرة، أم ظروف طارئاً، ولغايات إسقاط أحكام حالي القوة القاهرة والظروف الطارئة على آثار جائحة كورونا على الالتزامات التعاقدية الإدارية قمنا بإيضاح مفهومهما وشروطهما وبيان

(112) حمزة (عبدلي): ص 45.

(113) جمال الدين (سامي): ص 367.

(114) بوعشبة (توفيق): ص 360.

مدى انطباقهما على العقود الإدارية التي تأثرت بجائحة كورونا وحسب واقع الحال، وبقي أن نبين موقف القانون الليبي من أثر جائحة كورونا كقوة قاهرة، أو ظرف طارئ على تنفيذ العقد الإداري.

أولاً- أثر جائحة كورونا كقوة قاهرة على تنفيذ العقد الإداري:

قد لا يختلف أثر جائحة كورونا كقوة القاهرة على تنفيذ العقد الإداري في ليبيا عما عليه الحال في النظم المقارنة، حيث يجد سنده في تنص المادة 106 من لائحة العقود الإدارية التي تقضي بأن «يعفى المتعاقد من تنفيذ التزاماته إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذها مستحيلاً»، إلى جانب المادة 168 من القانون المدني، فمتى توافرت في القرارات والإجراءات والتدابير الحكومية لمواجهة وباء كورونا شروط القوة القاهرة على النحو السالف بيانه؛ ترتب عليها الآثار الآتية:

1- انقضاء الالتزام: فالقوة القاهرة -بسبب جائحة كورونا- تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وبالتالي ينقضي الالتزام، ولا يتحمل المتعاقد تبعه عدم تنفيذه، ويعفى المتعاقد من كافة التزاماته الواردة بالعقد الإداري نتيجة القوة القاهرة، طبقاً لنص المادة 160 من القانون المدني.

2- انتفاء المسؤولية⁽¹¹⁵⁾: فبثبوت القوة القاهرة تنقضي كل الالتزامات

(115) يقصد بالمسؤولية العقدية "الجزء الذي يرتبه القانون نتيجة عدم قيام المدين بالتزاماته التعاقدية. حسينة (حمو): ص 9.

التعاقدية، ولا يسأل المتعاقد عن التعويض عما وقع من ضرر، سبب انتفاء رابطة السببية⁽¹¹⁶⁾، وقد وقع النص على انتفاء مسؤولية المتعاقد مع الإدارة حال ثبوت القوة القاهرة التي تفضي إلى استحالة تنفيذ العقد الإداري جراء جائحة كورونا بدلالة المادة 106 من لائحة العقود الادارية سالفه الذكر، والمادة 168 من القانون المدني، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا الليبية بمناسبة نظرها الطعن الإداري رقم 147 لسنة 50 قضائية بجلسة 2006/4/23م: "إن القوة القاهرة التي تعفي من المسؤولية في نطاق القانون الإداري يلزم أن تكون أمراً غير ممكن التوقع من أشد الناس يقظة وبصراً بالأمر، ومستحيل الدفع استحالة مطلقة، لا بالنسبة للمدين وحده؛ بل بالنسبة إلى أي شخص آخر يكون في مركز المدين"⁽¹¹⁷⁾.

3-امكانية فسخ العقد⁽¹¹⁸⁾: لا يترتب على وقوع القوة القاهرة -نظراً لأزمة وباء كورونا- اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء ذاته؛ وإنما كل ما يترتب عليها وقف تنفيذ الالتزامات⁽¹¹⁹⁾، وبذلك يستطيع المتعاقد أن يطلب من القاضي الإداري فسخ العقد الإداري في صورة اخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية بشكل لا يستطيع معه الاستمرار في تنفيذ العقد المبرم بينهما، وقد يستجيب القاضي الإداري إلى طلب المدعي إذا أفلح في إثبات صحة ما

(116) عامر (حسن) وعامر (عبد الرحيم): ص 401-402.

(117)مجلة المحكمة العليا، س 41، ع 1، ص 66.

(118) يعرف الفسخ على أنه "حل الرابطة العقدية قبل انقضاء مدته بسبب قيام ظرف طارئ، غير متوقع من شأنه

أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لأحد طرفيه»، مجمع اللغة العربية: معجم القانون، ص 121.

(119)أبو الليل (عبد الفتاح): ص 132.



يدعيه، وأقنع القاضي بسلامة موقفه وخطأ الإدارة.

4- امكانية التعويض: يستطيع المتعاقد مع الإدارة -إلى جانب طلب فسخ العقد- أن يردفه بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي ألتمت به نتيجة موقف الإدارة في مواجهته بشأن عدم الوفاء بالتزاماتها التعاقدية، والتعامل معه بما تقتضيه اعتبارات حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية⁽¹²⁰⁾.

ثانياً - أثر جائحة كورونا كظرف طارئ على تنفيذ العقد الإداري:

تأسيساً على ما تقدم، بات من المتصور أن معالجة آثار جائحة كورونا على تنفيذ العقد الإداري قد تحتكم إلى نظرية الظروف الطارئة، وبالرجوع إلى المادة 147 من القانون المدني والمادة 105 من لائحة العقود الإدارية الصادرة بقرار اللجنة الشعبية العامة رقم 563 لسنة 2007م التي أجازت للمتعاقد إذا طرأت ظروف استثنائية عامة، لا يمكن دفعها، ولم يكن في الوسع توقعها، وكان من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً، يهدد المتعاقد بخسارة فادحة، دون أن يصبح مستحيلاً، الحق في تعويض يرد التوازن المالي للعق إلى الحد المعقول، فإذا استمر قيام هذه الظروف، ولم يعد يرجى زوالها، جاز إنهاء العقد بناءً على طلبه، وهذا ما سار عليه قضاء المحكمة العليا الليبية في عديد المناسبات⁽¹²¹⁾.

(120) عبد الحميد (مفتاح خليفة): ص 377-378.

(121) في حكمها الصادر بجلسة 1985/1/20م أكدت المحكمة العليا على «أن المادة 147 من القانون المدني تضمنت الشروط الواجب توافرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة بأن: 1- تجد ظروف بعد إبرام العقد تكون استثنائية وعامة. 2- ألا يكون بالوسع توقعها ولا دفعها، وأن تجعل التنفيذ مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، وليس مستحيلاً،

ونستنتج مما سبق أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة على جائحة كورونا متى توافرت شروطها، ينجر عنه الآثار التالية:

1- استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية:

فالمتعاقد يبقى ملزماً بالاستمرار في تنفيذ العقد، وهذا ما يميز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، فيستمر المتعاقد في التنفيذ رغم حدوث الاختلال في التوازن المالي للعقد بفعل نظرية الظروف الطارئة، وذلك تطبيقاً لمبدأ ضرورة انتظام وإطراد سير المرفق العام⁽¹²²⁾.

2- حق المتعاقد في الحصول على مساعدة الجهة الإدارية المتعاقدة:

وهذا ما يميز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية عمل الأمير في أنه يترتب على تحقق عمل الأمير تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً، يشمل ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب، أما في نظرية الظروف

وهذه الشروط يجب توفرها، سواء في نطاق القانون المدني أو الإداري، ولا يختلفان إلا في النتيجة المترتبة على توفرها، حيث يجوز للقاضي المدني أن يعدل الالتزام بانقاص التزام المدين، أو زيادة المقابل إن كان له محل، أما في النطاق الإداري فليس أمام القاضي إلا الحكم بالتعويض إذا ما تحققت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ومن ضمنها أن يكون الحادث استثنائياً، لا يقع إلا نادراً، أو لا يكون بالوسع توقعه. وإذا كان الحادث المفاجئ الذى يتذرع به المطعون ضده هو صدور القرار بمنع شرب الخمر ولعب القمار، فإنه لا يتوفر له صفة الاستثنائية، وبالإمكان توقعه، ذلك أن ليبيا بلد إسلامي سابقاً ولاحقاً، ونص دستورهما الذى أبرم العقد في ظلّه على أن دينها الإسلام، وكانت بعض ولاياتها قبل الغاء النظام الاتحادي اصدرت قانوناً خاصاً بمنع شرب الخمر، فضلاً عما قرره قانون العقوبات، والذى اعتبره جريمة في حالة خاصة، طعن إداري رقم (9) لسنة (25) قضائية، مجلة المحكمة العليا، س 22، ع 3 - 4، ص 11.

(122) اسماعيل (هبة): ص 112.



الطارئة فإن التعويض لا يغطي إلا الخسائر التي نجمت عن الظرف الطارئ، والتي تجاوزت الحدود المعقولة.

وقد بينت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذا المبدأ بمناسبة نظرها للطعن رقم 3562 لسنة 29 قضائية، بجلستها المنعقدة بتاريخ 16/5/1987م بقولها: «إن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة لا يستهدف تغطية الربح الضائع -أيّاً كان مقداره أو الخسارة العادية المألوفة في التعامل- وإنما أساسه تحمل الجهة الإدارية المتعاقدة لجزء من خسارة محققة وفادحة»⁽¹²³⁾.

والإدارة في سبيل تعويض المتعاقد قد تتفق مع المتعاقد على تعديل العقد وتنفيذه بطريقة تخفف من إرهاقه، وتحمل بعض عبء هذا الإرهاق بالقدر الذي يمكن المتعاقد من الاستمرار بتنفيذ العقد، وإذا لم يتم هذا الاتفاق فإنه للقضاء أن يحكم بتعويض المتعاقد استناداً إلى التفسير المعقول للعقد، وذلك تجسيداً في الواقع لتضامن الإدارة مع المتعاقد في الخسارة⁽¹²⁴⁾.

هذا ويتميز حق التعاقد في اقتضاء التعويض وفق نظرية الظروف الطارئة بأنه حق مؤقت، ينقضي بانقضاء الظرف الطارئ، فلا يتصور أن يستمر طويلاً، ويملك أي من المتعاقدين أن يفسخ العقد، وذلك بالاستناد إلى نظرية القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا، ويكون الفسخ أما بحكم قضائي أو بقرار إداري، ومن الممكن أن يكون حكم المحكمة بالفسخ

(123) نقلاً عن راضي (مازن ليلو): ص 540.

(124) فؤاد (بو خميس): ص 83.

مصحوباً بالتعويض إذا كان له مقتضى.

ومن الملاحظ هنا أنه لا يجوز الاتفاق على إعفاء الإدارة من التعويض، استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة، ويعد باطلاً اشتراط الإدارة ذلك، لمخالفته للنظام العام⁽¹²⁵⁾.

وصفوة القول أن نظرية الظروف الطارئة ساهمت في حماية الطرف الضعيف في العقد الإداري، والذي وضعت ظروف لا دخل له فيها في مآزق حرج، نتج عنه اضطراب التوازن المالي للعقد، ولا شك أن ما يعيشه اليوم من ظروف استثنائية وصعبة في ظل تفشي وباء كورونا، وما تمخض عنه من تداعيات، انعكست بالسلب على أشخاص القانون الخاص المرتبطين بعقود إدارية مع الإدارة، سيجعل من هذه النظرية من وجهة نظر بعض الفقه⁽¹²⁶⁾ الأساس الذي سيبنى عليه القضاء الإداري مبدأ الحكم بالتعويض للمتعاقد مع الإدارة، إذا ما جعلت حالة الطوارئ الصحية من تنفيذ العقد الإداري المبرم مع أشخاص القانون العام أمر مرهقاً وعسيراً⁽¹²⁷⁾.

وبإسقاط ما سبق أعلاه على موضوع البحث، يمكن القول إن العقد الإداري إذا تأثر بالإجراءات التي اتخذتها الدول لمواجهة وباء كورونا والحد من انتشاره، لدرجة أن الالتزام أصبح تنفيذه مستحيلًا، فهنا تطبق نظرية القوة القاهرة، أما إذا لم يصبح تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها صلب

(125) راضي (مازن ليلو): ص 540-541.

(126) أنظر أنوض (إبراهيم): <https://www.droitentreprise.com>، تاريخ الدخول 28 مايو 2020م.

(127) بن يعيش (محمد): ص 35، <http://adala.ma>، تاريخ الدخول 26 مايو 2020م.



العقد الإداري مستحيلاً، وإنما مرهقاً، فنطبق نظرية الظروف الطارئة،
وذلك طبقاً للأثار القانونية المترتبة على القوة القاهرة، أو الظروف الطارئة
كل حسب الأحوال.

الخاتمة

خلاصة لبحثنا لموضوع الآثار القانونية لجائحة كورونا التي تهدد مصير العقد الإداري من حيث تنفيذه في القانون الليبي (دراسة مقارنة)، انتهينا الي النتائج الآتية:

1- العقود الإدارية كثيراً ما تتأثر بالظروف الاستثنائية الناتجة عن الجوائح، الأمر الذي يؤثر سلباً على المتعاقد مع الإدارة، لذا وجب على الإدارة المتعاقدة أن تراعي مثل هذه الظروف التي قد تمس بالمركز المالي للمتعاقد معها، مما يؤدي إلى ارهاقه، أو استحالة تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، وإلحاق أضرار كبيرة به.

2- أي اضطرابات تصيب العقد الإداري في ظل جائحة كورونا، هي وضعية استثنائية، قد تكون مؤقتة، وسيتم تجاوزها بمرور الزمن وزوال تلك الجائحة، لذا يجب التعامل بمرونة مع القواعد القانونية الضابطة للعقد الإداري، حفاظاً على استقرار المراكز القانونية، وعلى العلاقات التعاقدية، حماية لكافة الأطراف.

3- جائحة كورونا لا تستقل بحكم واحد؛ فتارة تكون عديمة الأثر على العقد الإداري، فيصبح العقد واجب التنفيذ وفقاً لبنوده، وتارة تنزل منزلة القوة القاهرة التي لا يمكن التغلب عليها، فيضحي تنفيذ العقد الإداري مستحيلاً، ما يبيح للمتعاقد اللجوء إلى القضاء والمطالبة بفسخ العقد، وإعفاء



المتعاقد من تنفيذ العقد الاداري، وأحياناً أخرى يترتب عنها ارهاق للمعاقد في تنفيذ العقد، وتهديده بخسارة فادحة، وهنا يجب على المتعاقد مع الإدارة الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية على الرغم من هذا الظرف نزولاً على مقتضيات ضرورة انتظام سير المرفق العام، وعلى الطرفين إعادة النظر في نصوص العقد وتعديلها على أساس الظروف الطارئة (فيروس كورونا)، أو اللجوء للقضاء الإداري لتوزيع الأعباء الجديدة بين الطرفين.

4- تحديد ما إذا كانت جائحة كورونا قوة قاهرة، أم ظرفاً طارئاً يبقى من مشمولات السلطة التقديرية للقاضي الإداري، الذي تتعقد له الولاية لاعتبار جائحة كورونا كذلك أم لا، بحسب الأدلة والمستندات المقدمة له في الدعوى والموازنة بينها، وترجيح ما تطمئن له نفسه إلى الأخذ به منها في استخلاص ما يرى أنه واقعة الدعوى، ونعتقد أن آثار كورونا ستثير الكثير من النقاش والبحث أمام أنظار المحاكم عندما يؤذن لها باستئناف عملها(128).

4- أثر جائحة كورونا سيلقي بظلاله على المنظومة التشريعية باختلاف مراتبها وأصنافها الموضوعية والإجرائية، ما يدعو إلى تغيير الفلسفة القانونية وتعديل التشريعات وتنقيحها لمعالجة أوجه النقص أو القصور الذي ظهر خلال جائحة كورونا، باستعمال وسائل التقنية الحديثة.

(128) بتاريخ 14 يونيو 2020 أصدر المجلس الأعلى للقضاء القرار رقم 35 بشأن استئناف سير العمل بالهيئات القضائية اعتباراً من 1/7/2020، المجلس الأعلى للقضاء، فيسبوك <https://www.facebook.com>، تاريخ الدخول 2020/6/21م.

5- في انتظار أن تسنح الفرصة لتعميق البحث في الآثار القانونية المترتبة لجائحة كورونا على تنفيذ العقود عامةً والعقود الإدارية على وجه التحديد؛ نرى أنه من المستعجل الحكم على الآثار الناتجة عن تلك الجائحة العالمية، ووضع النظام القانوني المناسب لكل حالة، ونعتقد أن المناخ سيكون خصباً لمزيد من الأبحاث والدراسات القانونية الرصينة التي سيسهم من خلالها فقهاء القانون في بيان الآثار المترتبة على جائحة كورونا، وسيكون للقضاء كذلك كلمة الفصل في ذلك، عندما يعود إلى العمل بفاعلية، وهو له سلطة واسعة في تقرير الحل الأنسب والأجح بالنسبة لتأثير تلك الجائحة على تنفيذ العقود الإدارية، في ضوء مصالح طرفي العلاقة التعاقدية من جهة، وفي ضوء ما يصب في مصلحة الاقتصاد الوطني والعالمي من جهة أخرى، من خلال استلهاهم مبادئ العدالة والإنصاف وحسن النية، ومبدأ الحفاظ على وجود العقود كلما كان ذلك ممكناً.

وفي الختام لا يفوتنا أن نتضرع إلى الله سبحانه وتعالى، راجين أن يرفع عن البلاد والعباد الأوبئة والأسقام.



المصادر

أولاً- الكتب:

- 1- الجرف (طعيمة): القانون الإداري- دراسة مقارنة، 1970م، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة.
- 2- الحراري (محمد عبد الله): أصول القانون الإداري الليبي، ط7، 2019م، المكتبة الجامعية، الزاوية - ليبيا.
- 3- الحلو (ماجد راغب): القانون الإداري، 1996م، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية.
- 4- السنهوري (عبد الرازق أحمد): الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1 (نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- 5- _____: شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزام (نظرية العقد)، ط2 الجديدة، 1998م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- 6- الطماوي (سليمان محمد): الأسس العامة للعقود الإدارية، 2005م، دار الفكر العربي، القاهرة.
- 7- _____: الوجيز في القانون الإداري (دراسة مقارنة)، 1996م، دار الفكر العربي.
- 8- العموري (محمد): العقود الإدارية، 2018م، منشورات الجامعة الافتراضية، سوريا.



- 9- بدير (علي محمد) والبرزنجي (عصام عبد الوهاب) والسلامي (مهدي ياسين): مبادئ وأحكام القانون الإداري، 2011م، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة.
- 10- بوعشبة (توفيق): مبادئ القانون الإداري التونسي، المدرسة القومية للإدارة – مركز البحوث والدراسات، تونس.
- 11- جمال الدين (سامي): أصول القانون الإداري- نظرية العمل الإداري، 1993م.
- 12- جنيح (محمد رضا): القانون الإداري، ط2، 2008، مركز النشر الجامعي، تونس.
- 13- ذنبيات (محمد جمال مطلق): العقد الإداري – دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض.
- 14- راضي (مازن ليلو): القانون الإداري، 2005م، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية.
- 15- عامر (حسن) وعامر (عبد الرحيم): المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط2، 1979م، دار المعارف، مصر.
- 16- عبد الحميد (مفتاح خليفة): العقود الإدارية في القانون الليبي – دراسة مقارنة، ط1، 2018م، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية.
- 17- عثمان (حسين عثمان محمد): أصول القانون الإداري، 2010م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- 18- عفيفي (مصطفى محمود): الوسيط في مبادئ القانون الإداري المصري



- والمقارن، الكتاب الثاني: (نشاطات وأساليب ووسائل الإدارة العامّة)، ط 4.
- 19- أبو الليل (عبد الفتاح): الوجيز في القانون الإداري، 2000م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 20- مسكوني (صبيح بشير): مبادئ القانون الإداري الليبي (دراسة مقارنة)، ط3، 1982م، الكتاب والتوزيع والإعلان والمطابع.

ثانياً - الرسائل العلمية:

- 1- إسماعيل (هبة): تنفيذ الصفقات العمومية والرقابة الخارجية عليها، مذكرة ماجستير في القانون العام والاقتصادي، السنة الجامعية 2016-2017م، (غير منشورة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران -الجزائر.
- 2- العطا (عبد الوهاب محمد عبد الوهاب): الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدية، رسالة ماجستير، مارس 2005م، (غير منشورة)، كلية القانون- جامعة الخرطوم.
- 3- المنصوري (خميس صالح ناصر عبد الله): نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد- دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، 2017م، (غير منشورة)، كلية القانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- 4- حسينة (حمو): انحلال العقد عن طريق الفسخ، رسالة ماجستير في



القانون (فرع المسؤولية المهنية)، 2011م، (غير منشورة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري - تيزي وزو - الجزائر.

5- حمزة (عبدلي)، أثار العقد الإداري: مذكرة ماجستير في القانون الإداري، 2014-2015م، (غير منشورة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة - الجزائر.

6- خالد (عماري): العقود الإدارية والعقود العادية ونظامها القانوني، رسالة ماجستير، 2017-2018م، (غير منشورة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر - سعيدة، الجزائر.

7- سفيان (دقي): الآثار القانونية لعقد الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون، 2017-2018م، (غير منشورة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج- البويرة، الجزائر.

8- عبد الرحمان (هزرشي): أثر العذر والجوائح على الالتزامات العقدية في الفقه الإسلامي مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، 2005-2006م، (غير منشورة)، كلية العلوم الإسلامية - الخروبة، جامعة الجزائر.

9- عبد القادر (علاق): أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، 2007-2008م، (غير منشورة)، كلية الحقوق - جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر.



10- عبد القادر (محفوظ): أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري، اطروحة دكتوراه في القانون العام، 2018-2019م، (غير منشورة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد - الجزائر.

11- فؤاد (بو خميس): تطبيقات نظرية الظروف الاستثنائية على الأعمال القانونية للإدارة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص إدارة ومالية، 2016-2017م، (غير منشورة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور بالجفيلة - الجزائر.

12- موسى (أوليدي) وعبد الرزاق (قادري): أثر القوة القاهرة في العقود الدولية، مذكرة ماستر مهني في العلوم السياسية، 2017 - 2018م، (غير منشورة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح - الجزائر.

13- ياقوتة (عليوات): تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري - الصفقات العمومية في الجزائر، دكتوراه الدولة في القانون العام، 2008-2009م، (غير منشورة)، كلية الحقوق - جامعة منتوري، قسنطينة-الجزائر.

ثالثاً - الأبحاث والمقالات:

1- الإدريسي (أحمد): تنزيل نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة على العقود بسبب كورونا، بحث منشور بتاريخ 16 إبريل 2020، منار الاسلام،

<https://com.islamanar/conditions-cy-emergen--and-majeure-force/>

[/conditions-cy-emergen--and-majeure-force/](https://com.islamanar/conditions-cy-emergen--and-majeure-force/)



2- الجعفري (أسامة شهاب حمد): جائحة كورونا بين نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة؟، مركز رواق بغداد للسياسات العامة،

<https://rewaqbaghdad.org>

3- الحبشان (خالد): جائحة كورونا وآثارها على التعاقدات الإدارية، مكة المكرمة،

<https://makkahnewspaper.com/article>

4- الحديثي (إبراهيم محمد): الآثار القانونية لفيروس كورونا، صحيفة الخليج،

<https://www.al-khaleeg.com>

5- الحدوتي (هند): جائحة كورونا بين القوة القاهرة والظروف الطارئة في عقود التجارة الولية، سلسلة إحياء علوم القانون، مجلة دولية علمية محكمة، مؤلف جماعي بعنوان: الدولة والقانون في زمن جائحة كورونا، أشرف: د. نبيل بوحميدي ود. عبد المهيم حمزة، عدد خاص، ط1، مايو 2020م، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، نقلاً عن: مجلة العلوم القانونية، موقع إلكتروني مغربي غير حكومي متخصص في العلوم القانونية والشؤون القضائية

<https://www.marocdroit.com>

6- الحنكاوي (أحمد عبد الله): آثار فيروس كورونا على العقود المبرمة، أحمد الحنكاوي وشركاؤه للخدمات القانونية،

<https://www.facebook.com>

/com



7- الخضراوي (محمد): الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد تمتد إلى الالتزامات التعاقدية، هسبريس، جريدة إلكترونية مغربية،

[/https://www.hespress.com](https://www.hespress.com)

8- الذنبيات (مؤيد): وباء كورونا بين نظرية الظروف الطارئة ومفهوم القوة القاهرة وأثره على العقود، محامي الأردن، <https://jordan-law-yer.com>

9- الرزاقى (سفيان): جائحة كورونا وموقعها ضمن نظرية القوة القاهرة والظروف الطارئة، هبة برس،

<https://ar.hibapress.com/details-226506.html>

10- الزعبي (هديل): أثر كورونا على التوازن المالي للعقود بين جدل القوة القاهرة والظروف الطارئة، صحيفة ر م، صحيفة إخبارية إلكترونية يومية، تصدر عن شركة وكالة أنباء ر م، <http://www.rumonline.net>

11- السويلم (سامي إبراهيم): عقود المقاولات والتوريدات، ندوة البركة الأربعون للاقتصاد الإسلامي، وضع الجوائح والقوة القاهرة، 9 مايو 2020، منشورة بموقع: موسوعة الاقتصاد والتمويل الإسلامي،

<https://iefpedia.com/arab/?p=42124>



12- الطراونة (مهند): للقضاء وحده تكيف كورونا كونه قوة قاهرة أو ظرفا طارئ، جريدة البلاد، <https://news.com.albiladpress//>

13- العبري (فاطمة): أثر فيروس كورونا على الالتزامات العقدية وفقاً للنظام والقضاء السعودي، موسوعة الاقتصاد والتمويل الاسلامي،

<https://iefpedia.com/arab>

14- العليان (خالد إبراهيم): جائحة كورونا وأثرها على العقود، صحيفة الكسر الالكترونية، <https://alkssr.com/portal/articles>

15- الكلاوي (أحمد): كورونا بين نظرية الظروف الطارئة وشهادة القوة القاهرة، جريدة البورصة الاقتصادية، <https://alborsaanews.com>

16- المجمع الفقهي رابطة العالم الإسلامي: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة - الدورات من الأولى إلى السابعة عشر. القرارات من الأولى إلى الثانية بعد المائة، من: 1398هـ إلى 1424هـ - 1977 إلى عام 2004م، ط 2، المكتبة الوقفية. <https://waqfeya.com/book.php?bid=597>

17- المغير (محمد محمد عبد ربه): جائحة فيروس كورونا فرصة لتحقيق العدالة الانسانية، مجلة الدراسات الاستراتيجية للكوارث وإدارة الفرص، دورية دولية محكمة، تصدر عن المركز الديمقراطي العربي- برلين، مج2، ع5، إبريل 2020م.



18- الموسوي (علي): النصّ الحرفي لاجتهاد القاضي الزعني: كوفيد 19
 قوّة قاهرة تسمح بتطبيق حالة الضرورة لإخلاء السبيل، مجلة مَحْكَمَة،
 مجلة إلكترونية شهرية، www.mahkama.net

19- الهادي (ناجي أحمد الصديق): أثر فيروس الكورونا على الالتزامات
 التعاقدية تطبيقاً لنظريتي القوة القاهرة والظرف الاستثنائي، دنيا الوطن،
<https://pulpit.alwatanvoice.com>

20- الورفلي (أحمد): وباء كورونا الجديد وضرورة تنقيح أحكام القوة
 القاهرة في القانون التونسي، مجلة ليدرز العربية، مجلة الكترونية تصدر
 عن مؤسسة بي آر فاكطوري، PR Factory ، <https://ar.leaders.com.tn>

21- اليافعي (حمد): الالتزامات التعاقدية خلال الجائحة تخضع لنظريتي
 القوة القاهرة والظروف الطارئة، لوسيل، صحيفة القيادة والريادة، ع 1456،
 26 إبريل 2020م، <https://lusailnews.net>

22- أنوض (إبراهيم): نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري
 -جائحة كورونا فيروس كمجال للتطبيق، مجلة القانون والأعمال الدولية،
 تصدر عن مختبر البحث قانون الأعمال بكلية العلوم القانونية والاقتصادية
 والاجتماعية (جامعة الحسن الأول- سطات)، <https://www.droiteten-treprise.com>



23- بنيجي (سامي): النزاعات الناشئة عن عقد الكراء في ظل أزمة كوفيد-19 دراسة تحليلية على ضوء قانون الالتزامات والعقود، القانون 49.16 والقانون 67.12، مجلة القانون والأعمال الدولية، تصدر عن مختبر البحث قانون الأعمال بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية (جامعة الحسن الأول- سطات)، <https://www.droitentreprise.com>

24- بن يعيش (محمد): كوفيد 19 وأثره على الالتزامات التعاقدية، مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية، مجلة علمية تعنى بالشؤون القانونية والقضائية، ع4، عدد خاص بآثار جائحة كوفيد 19 على المنظومة القانونية. 17 يونيو 2020 <http://ma.adala>

25- بوسيف (مروان): مآل تنفيذ الالتزامات التعاقدية في ظل فيروس كورونا -كوفيد 19 بين اعتباره قوة قاهرة أم ظرف طارئ، سلسلة إحياء علوم القانون، مجلة دولية علمية محكمة، مؤلف جماعي بعنوان: الدولة والقانون في زمن جائحة كورونا، أشرف: د.نبيل بوحميدي و د. عبد المهيمن حمزة، ع خاص، ط1، مايو 2020، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، نقلاً عن: مجلة العلوم القانونية، موقع إلكتروني مغربي غير حكومي متخصص في العلوم القانونية والشؤون القضائية، <https://www.marocdroit.com>

26- تابت (جان): وباء كورونا والقوة القاهرة : تعليق على قرار محكمة



الاستئناف Colmar، مجلة مَحَكَمَة، مجلة إلكترونية شهرية، www.mahkama.net

27- جبريل (عمر حسني): كورونا والقوة القاهرة: الوجه الآخر للقانون، إضاءات، موقع عربي يقدم خدمة تحليلية للقضايا والأحداث المعاصرة،

[/https://www.ida2at.com/covid-19-and-law](https://www.ida2at.com/covid-19-and-law)

28- خالد (بالجيلالي)، "سلطة القضائي في رد التوازن العقدي عند تحقق الظروف الطارئة" دراسة في القانونين الليبي والجزائري، مجلة دراسات قانونية، مجلة دورية محكمة تعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية تصدر ثلاث مرات في السنة عن كلية القانون – جامعة بنغازي، ع 27، أغسطس 2020م.

29- خشمان (مخلد توفيق مشاوش) والحسين (محمد يوسف): العقود الإدارية وجزئاتها في الفقه والقضاء الإداري الأردني والقضاء المقارن، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلة فصلية تصدر عن عمادة البحث العلمي، جامعة الأردن، مج 43، ملحق 3، 2016م.

30- خوجلي (سيف النصر): أثر جائحة كورونا على الالتزام القانوني في إطار العلاقات القانونية بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، صحيفة جامعتي، صحيفة إلكترونية تصدر عن جامعة الأمير سطاتم بن عبد العزيز،

[article/ar/sa.edu.psau.np//:https](https://article/ar/sa.edu.psau.np/)



31- درودر (إلياس): الالتزامات الآجلة في عقود المؤسسات المالية والتمويلية وما نتج عنها من تعثر في سداد الديون، ندوة البركة الأربعة للاقتصاد الاسلامي- وضع الجوائح والقوة القاهرة، 9 مايو 2020م، موسوعة الاقتصاد والتمويل الاسلامي، <https://iefpedia.com/arab/?p=42124>

32- دليل الوقاية من فيروس كورونا المستجد، المستقبل الرقمي،

www.digiatal-future.ca

33- دنياجي (شرف الدين): إلى أي مدى يمكن للقوة القاهرة في زمن الكورونا أن تعفي المدين من التزاماته، الصباح، يومية مغربية مستقلة شاملة تصدرها مجموعة إيكوميديا <https://assabah.ma/462422.html>

34- رضوان (أمينة) و(الفوركي) المصطفى: تأثير فيروس كورونا على الالتزامات التعاقدية، مجلة القانون والأعمال الدولية، مجلة علمية محكمة تصدر عن مختبر البحث قانون الأعمال بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية (جامعة الحسن الأول - سطات)، ع 27، إبريل 2020م

<https://www.droitentreprise.com>

35- رضوان (أمينة): مدى مساهمة فيروس كورونا في إنهاء العلاقة الشغلية، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، مجلة قانونية علمية فصائية محكمة تصدر عن موقع www.justicemaroc.com، ع 17 خاص بجائحة كوفيد - كورونا 19، إبريل 2020م.



36- رضوان (علاء): هل يعطى كورونا المتعاقد الحق في عدم الوفاء بالتزامه؟، اليوم السابع، صحيفة إخبارية إلكترونية يومية شاملة، تصدر عن الشركة المصرية للصحافة والنشر والإعلان، <https://www.youm7.com>

37- أبو زنت (أحمد عبد المنعم): أثر جائحة فيروس كورونا على الالتزامات التعاقدية، منتديات شبكة قانوني الأردن، <http://www.lawjo.net>

38- سرور (أحمد فتحي): القوة القاهرة، (أحمد فتحي سرور للمحاماة والاستشارات القانونية)، <https://www.facebook.com/srou.fathi/office>

39- شليبيك (أحمد الصويعي): نظريّة الظروف الطارئة: أركانها وشروطها، المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية، مجلة علمية عالمية محكمة تصدر بدعم من صندوق دعم البحث العلمي - وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - الأردن والموتنة في جامعة آل البيت، مج 3، ع 2، 2007م.

40- طّبي (عبد الرشيد): القوّة القاهرة وأثرها على التّشريع والقضاء فيروس كوفيد 19- نموذج، (مدونة الثقافة القانونية)،

<https://www.facebook.com/groups>

41- عبد الله (أحمد): تأثير فيروس كورونا على عقود القانون العام وعقود



القانون الخاص (وفقا للقانون البحريني)، اطلالة قانونية،

[/https://www.facebook.com](https://www.facebook.com)

42- فتحي (فتحي علي): كورونا بين الظروف الطارئة والقوة الرهنة،
كلية الحقوق – جامعة الموصل.

<https://www.iq.edu.uomosul/news/ar/rights/55724>،

43- كوثر (شوقي): تأثير جائحة كورونا الالتزام التعاقدي- التزامات
المقاولات التجارية نموذجا، مجلة القانون والأعمال الدولية، مجلة علمية
محكمة تصدر عن مختبر البحث قانون الأعمال بكلية العلوم القانونية
والاقتصادية والاجتماعية (جامعة الحسن الأول – سطات)، ع28، يونيو
2020،

[com.droitentreprise.www//:https](https://www.droitentreprise.com)

44- موسى (موضي): مدى اعتبار فيروس كورونا قوة قاهرة وأثره
على العقود المحلية والدولية، مكتب المحامية موضي موسى للمحاماة
والاستشارات القانونية، [com.almousalawfirm//:https](https://www.almousalawfirm.com)

45- هرشة (أيمن محمد): الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار فيروس
كورونا، أخبار 24fm، [/https://www.24fm.ps](https://www.24fm.ps)

46- UNIVERSITYLIFESTYLE.NET: نظرية القوة القاهرة في



التشريع المغربي، <https://universitylifestyle.net>

رابعاً- أحكام القضاء:

1- الغامدي (محمد بن عبد الله آل عبد العزيز): السوابق القضائية في وضع الجوائح والقوة القاهرة، ندوة البركة الأربعون للاقتصاد الاسلامي، وضع الجوائح والقوة القاهرة، 9 مايو 2020م، منشورة بموقع: موسوعة الاقتصاد والتمويل الاسلامي، <https://iefpedia.com/arab>

2- المحكمة العليا: طعون قضائية متنوعة (غير منشورة).

3- لون (مارسو) وآخريين: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ط10، 1995 ترجمة: أحمد يسري، دار الفكر العربي، الاسكندرية.

4- مجلة المحكمة العليا: دورية فصلية تصدر عن المكتب الفني بالمحكمة العليا بطرابلس منذ عام 1964، (أعداد مختلفة).

خامساً - النصوص:

أ - نصوص ليبية:

1- الجريدة الرسمية، دورية تصدر منذ عام 1963م عن وزارة العدل - ليبيا.

2- لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007م، مطبوعة وزارة العدل، عدد خاص، ط 2015.



3- وزارة العدل: القانون المدني، ج1، مطبعة وزارة العدل، إعادة طبع 2016.

4- _____: القانون رقم (12) لسنة 2010م بإصدار قانون علاقات العمل وتعديلاته ولائحته التنفيذية، مطبعة وزارة العدل، 2019م.

ب - نصوص مقارنة:

1- الجريدة الرسمية (المصرية)، دورية تصدر عن رئاسة جمهورية مصر العربية، س63، ع 14 (مكرر)، 8 إبريل 2020م.

2- الجريدة الرسمية (المملكة المغربية)، دورية تصدر عن المطبعة الرسمية بالرباط، س 109، ع 6867 مكرر، 24 مارس 2020م.

3- الرائد الرسمي، دورية تصدر عن المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية منذ 22 يوليو 1860م، وتعنى بنشر النصوص القانونية والترتيبية (أعداد مختلفة).

4- القانون المدني السوري، الصادر بمرسوم تشريعي رقم /84/ لعام 1949م، بتاريخ 18/5/1949م، <http://www.sy.gov.parliament.gov.sy> arabic

5- القانون المدني الفلسطيني، الصادر عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بتاريخ 26/7/2012، الوقائع الفلسطينية (الجريدة الرسمية)، تصدر عن ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني، ع ممتاز، اغسطس (آب) 2012.



سادساً - المعاجم:

- مجمع اللغة العربية: معجم القانون، 1999م، الهيئة العامة لشئون المطابع
الأميرية، القاهرة.

التوازن العقدي لأطراف الاعتماد المستندي وفق أحكام القانون الليبي والعرف الدولي

أ. أحمد جمعة القبائلي⁽¹⁾

The contractual balance of the parties to the documentary credit in accordance with the provisions of Libyan law and international custom

Ahmed Gumma Algabaily

المخلص

لقد احتلت عقود الاعتمادات المستندية أهمية كبيرة في مجال التجارة الدولية باعتبارها إحدى أهم وسائل الضمان والسداد الدوليين لأطراف عملية التبادل التجاري في المعاملة الدولية، حيث أضحت الأداة الأكثر شيوعاً واستخداماً من قبل المتعاملين بالتجارة الدولية من بائعين ومشتريين ومتعهدين، فساهمت في تسهيل تدفق البضائع والمنتجات عالمياً، والتي أثرت تباعاً على اقتصاديات الدول في ربط شبكة بنكية تسهم في إرساء الائتمان بين البائع والمشتري الدوليين، فدأبت التشريعات عموماً وقانون النشاط التجاري الليبي رقم 23 لسنة 2010م خصوصاً في تنظيم ما يسمى الاعتماد المستندي، حماية أطرافه وتبيناً لالتزاماتهم تجاه بعضهم البعض، إلا أنه دور المصرف يأتي متمماً للعقد الدولي المبرم بين المشتري والبائع الدوليين، فيخلق التزامات متشابهة على كل طرف من أطراف الاعتماد ذات الصلة بالعقد الأصلي، ولا ينفك هذا العقد أن يكون مستقلاً تماماً عن الاعتماد المصرفي.

كلمات مفتاحية: عقد الاعتماد، خطاب الاعتماد، عقد الأساس، التوازن العقدي،

استقلالية الاعتماد

(1)- عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.



Abstract

Documentary letters of credit have great importance in the field of international commercial transactions, since it is considered one of the most important means of international guarantee and payment for the parties of the trade exchange process through international transactions, whereby it has become the most common and used tool in international trade by dealers sellers, buyers and contractor. Thus, it has contributed to facilitating the flow of goods and products globally, which It has affected the economies of the countries in terms of linking a banking network, which contributes to establishing credit between the international seller and buyer. Therefore, Legislation generally and the Libyan Commercial Activity Law No. 23 of 2010, in particular, began to regulate what is called documentary credit to protect its parties and shown their obligations towards each other. However, the role of the bank comes to conclude the contract for both the international buyer and seller, where creates intertwined obligations on each of the credit parties related to the original contract, and this contract naturally is being completely independent from the bank documentary credit.

Key words: credit contract, credit letter, basic contract, contractual balance, independence credit

المقدمة

يحتل الاعتماد المستندي أهمية كبرى على المستوى الدولي، لاسيما في مجال التجارة الدولية، كونه أضحي أحد أهم أدوات الائتمان في مواجهة المدفوعات الدولية ذات الأجل المتوسطة والقصيرة، فهو أداة ضمان للبائع والمشتري في إتمام الصفقة من ناحية وصول البضائع المتفق عليها وتسليم المقابل المادي المتفق عليه، وهو يوائم بين المصالح المتعارضة، حيث إنه يحقق الاطمئنان بأن قيمة البضاعة ستدفع له طالما استجاب لشروط فتح الاعتماد وشحن البضاعة، كما يتحقق للمشتري أن البنك لن يقوم بالدفع له إلا بعد أن يتثبت من إرسال البضاعة ويدقق المستندات، وليس هذا فحسب، بل إن مما يحققه المشتري عند ممارسته هذا الأسلوب هو الحصول على تسهيلات مصرفية، تحقق للبائع فائدة، يتوفر له بمناسبة السيولة التي يستخدمها في تمويل عمليات أخرى⁽²⁾، وقد أضحت الاعتمادات المستندية الأداة الأكثر شيوعاً واستخداماً من قبل المتعاملين بالتجارة الدولية من بائعين ومشتريين ومتعهدين.

وعلى الرغم من أن عقد الاعتماد المستندي ينشأ في صورته البسيطة بين الأمر المشتري والمصرف مصدر الاعتماد، إلا أن هذه العلاقة تتشابه لاعتبارات تتعلق بتداخل هذا العقد بعقد البيع الدولي أو عقد الأساس، والذي ينشأ الاعتماد في الأساس لضمان تنفيذه، ويبدأ المصرف المصدر في تنفيذ التزاماته المتمثلة في دور الوساطة وإصدار التعهد بالسداد للمستفيد، والذي يكون مركزه في عقد الأساس البائع.

ومن هنا تنشأ علاقة جديدة بين المصرف المصدر خطاب الاعتماد والمستفيد، والتي يصبح كلاهما طرفين في العقد بمقتضى هذا الخطاب، الأمر الذي معه قد تنشأ مخاطر البطلان أو الفسخ الذي قد يعترى إحدى العلاقات القائمة وأثرها على باقي سلسلة العقود المتصلة، أمام هذا الطرح كان لزاماً علينا البحث في أحكام القانون

(2)- الكيلاني: ص 156.

الليبي، والقواعد والأعراف الدولية الموحدة، والتي صدر بشأنها نشرة 600، وفق آخر التعديلات، لبحث مسألة التوازن الحقيقي لعقد الاعتماد المستندي سواء من حيث التزامات طرفيه، أو من ناحية استقلال أو تبعية عقد الاعتماد بالعقود الملازمة له، وبناء عليه سيتم إتباع المنهج التحليلي في هذه الدراسة، وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول: التزامات طرفي عقد الاعتماد المستندي

المطلب الأول: التزامات الأمر بفتح الاعتماد

المطلب الثاني: التزامات المصرف فاتح الاعتماد

المبحث الثاني: علاقة عقد الاعتماد المستندي بالعقود المصاحبة له

المطلب الأول: عقد الاعتماد المستندي وعقد الأساس (عقد البيع الدولي)

المطلب الثاني: عقد الاعتماد المستندي وخطاب الاعتماد المستندي

المبحث الأول

التزامات طرفي الاعتماد المستندي

عقد الاعتماد المستندي، ويقصد به العقد بين مصرف وعميله (الأمر)، بمقتضاه يترتب على المصرف التزام بأن يتعهد للمستفيد من الاعتماد، وهو البائع في عقد الأساس، بأن يدفع له قيمة الاعتماد المبين في خطاب الاعتماد إليه، أو أن يقبل كمبيالة مسحوبة عليه⁽³⁾، متى أرسل المستفيد المستندات الواردة في خطاب الاعتماد،

(3)- وينفذ الاعتماد بالخصم بعملية خصم حقيقية يقوم بها البنك الفاتح، وتكون الكمبيالة مسحوبة على المشتري ولكن لأجل. انظر بعناش: ص120.

ويكون حق المصرف في الرجوع مضموناً عادة برهن حيازي أو بالمستندات التي تمثل البضاعة⁽⁴⁾.

هذا وينشأ عن عملية الاعتماد المستندي عدة علاقات قانونية مرتبطة ومتلازمة في النشأة، وتمثل الروابط التي يلتزم بموجبها كل طرف بما ينتج عنها من آثار تجعله مديناً أو دائناً في مواجهة الطرف الآخر حسب مقتضى العقد وشروطه، وتتمثل علاقات الأطراف روابط عقدية فيما بين:

1. البائع والمشتري بموجب عقد البيع.
2. المشتري «عميل البنك» والبنك ففتح الاعتماد بمقتضى عقد التسهيلات المصرفية (عقد الاعتماد).
3. البنك الفاتح للاعتماد والبنك المراسل بمقتضى عقد التعاون المصرفي.
4. البنك المراسل والمستفيد بمقتضى العلاقة التي قامت بينهما على أساس أن البنك الوسيط كمراسل، وسيط معزز، وسيط كوكيل.
5. البنك الفاتح للاعتماد والمستفيد بمقتضى عقد الاعتماد المستندي⁽⁵⁾.

وأمام هذه العلاقات المترابطة، وباعتبار أن كل فقرة تمثل عقداً فيما بين طرفيها، فإنها ترتب آثاراً هي التزامات هؤلاء الأطراف، وتتصل بطبيعة الحال بالاعتماد المستندي، ومن هنا نجد أن عقد الاعتماد يقتصر على العميل الأمر والمصرف مصدر الاعتماد، وبناء على هذا سنعرض في هذا الجانب من الدراسة لالتزامات طرفي عقد الاعتماد المستندي، على أن يتم تحديد العلاقة القائمة بين العقود والتصرفات المصاحبة لعملية الاعتماد في المبحث الثاني من الدراسة.

(4)- د. بطرس والعشماوي: ص114. عوض: ص 12. العوفي: ص 253

(5)- الكيلاني: ص199.

المطلب الأول

التزامات الأمر بفتح الاعتماد

عندما يلجأ المشتري الأمر إلى البنك طالباً فتح الاعتماد المستندي فإنه لا بد أن يتحرى البنك عن الظروف الشخصية والمالية التي يتمتع بها طالب فتح الاعتماد، ذلك لأن العلاقة في العقود المصرفية تقوم على الاعتبار الشخصي، بالإضافة إلى توفير الضمانات الكافية لضمان حقوق البنك.

وتتحدد العلاقة بين المصرف والأمر بموجب عقد الاعتماد المستندي، ومن خلاله تنشأ التزامات الأمر، والتي تتضمن التزامه بتسليم المستندات، ومن ثم دفع قيمة الاعتماد ومصاريفه، حيث إنه على العميل الأمر أن يقوم برد مبلغ الاعتماد الذي قام المصرف بدفعه إلى المستفيد في الموعد المتفق عليه، وبالعملة التي فُتح بها الاعتماد أو التي دفع بها المصرف للمستفيد وفقاً للشروط المتفق عليها، وإن خلا عقد الاعتماد من بيان الموعد وجب تسديد المبلغ عند استلام الأمر للمستندات بعد فحصها والتأكد من مطابقتها للمواصفات⁽⁶⁾،

ومن خلال ما سبق يمكن لنا حصر التزامات المشتري العميل ففتح الاعتماد فيما يلي:

- الالتزام بتقديم غطاء الاعتماد:

إن التزام العميل بتقديم غطاء الاعتماد أو مقابله لا يعد من الالتزامات الجوهرية أو الأساسية، حيث إن هذا الأمر مرده الاتفاق بين المصرف والعميل ضمن عقد الاعتماد، وفي إطار التشريعات والتوجيهات الصادرة من المصرف المركزي لكل دولة على حدة، ولهذا لا يعتبر هذا الالتزام جوهرياً في الاعتماد، فقد يتفق المصرف

(6)- محمود: ص 136 . علم الدين: الاعتمادات المستندية، ص38.

مع عميلة على فتح الاعتماد على المكشوف، أي دون غطاء، إذا كان العميل يتمتع بثقة المصرف، ويطمئن إلى مركزه المالي وسمعته الحسنة.

وفي هذه الحالة لا ينشأ بذمة العميل التزام بتقديم الغطاء، إنما يبقى على عاتقه التزام بدفع قيمة الاعتماد، والتزام بدفع العمولة والنفقات(7)، لأن الغطاء ليس من مستلزمات الاعتماد، والتي لا يجوز تجاوزها وإعفاء العميل منها، بل هو من الضمانات والتأمينات التي يطلبها المصرف لضمان حقه عندما تساوره الشكوك، ولا يطمئن إلى عميله دونها(8).

فقيمة الاعتماد يلتزم المشتري بدفعها إما معجلاً أو مؤجلاً، حسب الاتفاق بين الأمر والمصرف(9)، وقد يطلب المصرف غطاء للاعتماد وتأمينات تقدم قبل إرسال كتاب الاعتماد للمستفيد(10)، وهذا النوع لا يلتزم المشتري بتقديمه إلا إذا نص عقد الاعتماد على تقديمه، وهذا الغطاء يكون عينياً، أو نقداً، أو التزاماً(11):

أ. ويتمثل الغطاء العيني في البضاعة والأوراق التجارية أو المالية(12)، أو سندات القروض، والحقوق العينية

ب. أما الغطاء النقدي فهو مبلغ من النقود، يودعه العميل لدى المصرف بالعملة الوطنية، أو يقوم المصرف بخصمه من حساب العميل طرفه، على نحو لا يعود للعميل الحق في التصرف في الغطاء خلال فترة صلاحية الاعتماد، أو أن يكون الغطاء النقدي بالعملة الأجنبية، وذلك عندما يكون هناك شروط بالاعتماد بأن يتم دفع

(7)- علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحية القانونية والعملية: ص15، وما بعدها. بويدار: ص245.

(8)- الكيلاني: ص203.

(9)- التلاحمة: ص312.

(10)- بطرس، العشماوي: ص153.

(11)- الكيلاني: ص204.

(12)- أبو الخير: ص502.

القيمة في الخارج بالعملة الأجنبية، وبذلك يلتزم بتأمين هذه العملة مما لديه من نقد أجنبي.

ج. وكذلك يمكن أن يكون الغطاء خطاب ضمان، يصدره مصرف آخر لصالح فاتح الاعتماد.

د. كما يمكن أن يكون الغطاء المستندات التي يحوزها البنك، حيث يعتبر بمركز الدائن المرتهن، وذلك لأنها تمثل البضاعة، وبذلك تكون ضمانه كافية.

هذا وقد نص المشرع الليبي بموجب المادة 750 من قانون النشاط التجاري على أنه «إذا لم يدفع الأمر بفتح الاعتماد إلى المصرف قيمة المستندات المطابقة لشروط فتح الاعتماد خلال المدة المتفق عليها بعد إخطاره بوصول تلك المستندات فللمصرف بيع البضاعة بإتباع طرق التنفيذ على الأشياء المرهونة رهناً تجارياً»⁽¹³⁾.

وقد منح المشرع الليبي مجلس إدارة المصرف المركزي في إطار اختصاصه الرقابي والإشرافي على المصارف، ووضع السياسة النقدية- سلطة وضع الحد الأدنى من غطاء الضمان، بحيث يكون للمصارف التجارية سلطة تقدير غطاء الضمان بما

(13)- وقد نظم المشرع أحكام الرهن التجاري بموجب الباب السادس من قانون النشاط التجاري، وهذا الرهن يقترب من أحكام الرهن الحيازي، حيث إنه لا يكون إلا في المنقولات(المادة 664 تجاري)، كما أنه لا يكون نافذاً في حق الغير إلا إذا انتقلت حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن، أو إلى شخص آخر يُعيّنه المتعاقدان، وتتوفر الحيازة إذا ما تسلم الراهن سناً يمثل الشيء المرهون، يعطيه دون غيره حق تسلم هذا الشيء (المادة 665 تجاري). هذا ولا يشترط أن يكون الرهن التجاري مكتوباً، أو أن تكون الورقة التي دون فيها ثابتة التاريخ، إذ يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات (المادة 667 تجاري)، للدائن المرتهن إذا لم يدفع المدين الدين المضمون بالرهن في ميعاد استحقاقه، بعد انقضاء سبعة أيام من تاريخ إنذار المدين بالوفاء، أن يطلب بعريضة إلى رئيس المحكمة الابتدائية الأمر ببيع الشيء المرهون كله أو بعضه (المادة 672 تجاري)، ولا يجوز تنفيذ الأمر الصادر من رئيس المحكمة الابتدائية ببيع الشيء المرهون إلا بعد انقضاء خمسة أيام من تاريخ تبليغه الي المدين والكفيل العيني، إن وجد، مع بيان المكان الذي يجري فيه البيع وتاريخه وساعته(المادة 673 تجاري)، أما إذا كان الشيء المرهون معرضاً للهلاك أو التلف، أو أن حيازته تستلزم نفقات باهظة، ولم يشأ الراهن تقديم شيء آخر بدله، جاز لكل من الدائن والراهن أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية الإذن ببيعه فوراً، بأية طريقة يُعيّنها، وينتقل الرهن إلى الثمن الناتج من البيع (المادة 676 تجاري).

يتجاوز الحد الأدنى للقيمة المقدرة من المركزي، وذلك بموجب القانون رقم 1 لسنة 2005م بشأن المصارف، والذي نص في المادة 9/56 منه على أن «يضع مجلس إدارة مصرف ليبيا المركزي، وفقاً لمقتضيات حالة النقد والائتمان المحلي والمعايير المصرفية الدولية، وقواعد عامة للرقابة والإشراف على المصارف، وغيرها من المؤسسات المنصوص عليها... وذلك لتنظيم المسائل الآتية: ... الحد الأدنى للتغطيات النقدية اللازمة لفتح الاعتمادات المستندية وإصدار خطابات الضمان، وذلك بصورة عامة أو بالنسبة إلى نوع معين منها».

- عدم إصدار تعليمات جديدة للمصرف مصدر الاعتماد:

يلتزم العميل بعدم إصدار تعليمات جديدة إلى المصرف مصدر الاعتماد، من شأنها تعديل شروط الاعتماد غير القابل للإلغاء، أو أن تمنع المصرف من تنفيذ التزامه بالدفع للمستفيد، إذا قدم له مستندات مطابقة لشروط الاعتماد، بحجة وجود خلاف بينه وبين المستفيد، ويعود ذلك إلى استقلال عقد فتح الاعتماد عن عقد البيع، إضافة إلى كون التزام المصرف تجاه المستفيد هو التزام مباشر ونهائي، وبهذا إذا نفذ المصرف تعليمات العميل تقع عليه وحده المسؤولية، نظراً لكون مسؤوليته مباشرة في مواجهة المستفيد(14).

- الالتزام بدفع العمولات والمصاريف:

من الأمور الأساسية التي يلتزم العميل الأمر بها تجاه المصرف دفع العمولة المتفق عليها، وذلك من لحظة انعقاد عقد الاعتماد المستندي بين المصرف والعميل، وهذه العمولة تكون مستحقة للمصرف بصورة نهائية باستغلال الاعتماد أو بعد استغلاله من قبل المستفيد(15).

(14)- إلياس: ص458

(15)- القليوبي: ص 283

وتحدد العمولة باتفاق أطراف العقد، ما لم يسر على تحديدها ما يقرره المصرف المركزي وفق الصلاحيات المخولة له بمقتضى القانون، ولا يؤثر في التزام العميل بدفع العمولة إلغاء الاعتماد بناء على طلبه، أو انقضاؤه لسبب راجع للمستفيد، إذ أن هذه العمولة تكون مستحقة للمصرف بصورة نهائية باستغلال الاعتماد أو بعدم استغلاله من قبل المستفيد، وليس للأمر طلب استرجاعها، كما يتقاضى البنك المراسل عمولات يتحملها الأمر بفتح الاعتماد، ما لم ينص الاعتماد على غير ذلك⁽¹⁶⁾.

وعادة ما يقوم المصرف بإصدار جدول أسعار العمولات عن الخدمات التي يقدمها، وتتعدد العمولات في هذا الصدد لأكثر من نوع، كعمولة إصدار الاعتماد، وعمولة تأييد الاعتماد، وعمولة تعديل الاعتماد، وعمولة تحويل الاعتماد وغيرها من الخدمات التي تقدم في هذا الجانب، ويقع على الأمر دفع كل هذه العمولات⁽¹⁷⁾.

كما أنه على المستفيد أن يقوم بتسديد كافة المصاريف التي أنفقها المصرف أثناء إجراءات تنفيذ الاعتماد المستندي، كالرسوم ومصاريف المراسلات والبرقيات والاتصالات وغيرها من المصاريف التي تنتج عن الاعتماد، وتكون لازمة لتنفيذه⁽¹⁸⁾.

(16)- الكيلاني: ص206.

(17)- بطرس، عشاوي: ص 138

(18)- المصدر نفسه: ص140.

المطلب الثاني

التزامات المصرف ففتح الاعتماد

يترتب على فتح الاعتماد المستندي على عاتق البنك كطرف فيه عدة التزامات، تتمثل في الآتي:

- إصدار خطاب الاعتماد.

- تلقي المستندات وفحصها ومطابقتها لشروط الاعتماد.

- تسليم المستندات للعميل.

يرتب عقد الاعتماد المستندي مجموعة من الالتزامات على عاتق المصرف تجاه عميله الأمر، فالمصرف ففتح الاعتماد مدين به للدائن (العميل الأمر) ولا يكون للمستفيد أية علاقة في هذا الخصوص، لأنه ليس طرفاً في عقد فتح الاعتماد المستندي، وأهم هذه الالتزامات قيام المصرف بإصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد، بناء على طلب الأمر، من خلال القيام بمجموعة من الإجراءات الفنية والقانونية، ينتج عنها صدور خطاب الاعتماد المستندي، متضمناً شروط الاعتماد المتفق عليها، ويقوم بتوجيهه إلى المصرف المراسل، ليتم تنفيذه من قبل الأخير، على الوجه المقرر، من خلال إحدى وسائل الاتصال المعتمدة.

ويذهب الفقه إلى أن التزام المصرف المصدر بإصدار خطاب الاعتماد للمستفيد ليس نتيجة لحق المستفيد تجاهه، وإنما تنفيذاً لالتزامه إزاء العميل الأمر دون المستفيد، وبالتالي ليس للأخير مطالبة المصرف عند عدم قيامه بإصدار الاعتماد في مواعده المحدد، بل يكون له حق مطالبة العميل (الأمر)⁽¹⁹⁾.

(19)- شيعان، عبد الحسين: ص399

كما يقع على المصرف فاتح الاعتماد المستندي الدولي القيام بفحص المستندات وتدقيقها، للتأكد من صحتها ومطابقتها لتعليمات المشتري الذي أمر بفتح الاعتماد المستندي، وتعتبر هذه المرحلة من أدق مراحل الاعتماد المستندي، نظراً لتعلق حقوق والتزامات أطراف الاعتماد بسلامتها ودقتها، فالمستفيد لن يتحصل على قيمة الاعتماد إلا مقابل مستندات سليمة، والمصارف المتدخلة في عملية الاعتماد لن تدفع للمستفيد إلا مقابل مستندات سليمة، والمستورد لن يتحمل قيمة الاعتماد إلا مقابل تلقيه لمستندات شحن سليمة⁽²⁰⁾.

ويقع هذا الالتزام بفحص المستندات وفق المادة (14) من القواعد والأعراف الدولية الموحدة على عاتق المصرف المؤكد، إذ على المصرف المؤكد أو المصدر فحص المستندات ظاهرياً أثناء تقديمها، وذلك لتحديد ما إذا كانت مطابقة لشروط الاعتماد.

هذا ما ذهبت إليه القواعد والأعراف الدولية الموحدة في وضع إطار زمني للمصرف في فحص المستندات، حيث نصت المادة الثانية على أن العرض، أي تقديم المستندات المطابقة، يعني تقديماً مطابقاً لبنود وشروط الاعتماد، علماً بأن المدة القصوى لفحص المستندات هي خمسة أيام مصرفية، تبدأ من اليوم التالي لتسلم المصرف لها. وفي حال انتهاء هذا الميعاد ليس للمصرف المعني مجال للرفض.

وقد كرست المادة (14) من القواعد والأعراف الدولية الموحدة عدة قواعد خاصة بعملية الفحص، يستخلص منها أن المصارف تتمتع بأجل أقصاه خمسة أيام عمل لفحص المستندات، وفي أقل من سبعة أيام يجب أن تقدم المستندات في الأجل المطلوبة، ما لم ينص على غير ذلك، أو في غضون واحد وعشرين يوماً تالية تاريخ الإرسال.

كما لا يشترط أن تكون المعلومات المتعلقة بالمستفيد والأمر متطابقة حسب ما هو وارد في الاعتماد فيما يتعلق بعنوان المستفيد، وإذا كان هناك عدة عناوين، فيجب أن تكون كلها في نفس البلد. هذا وليس من الضروري أن يكون شاحن أو مرسل البضاعة المشار إليه على كل المستندات هو المستفيد من الاعتماد، حيث إنه عادة ما يطلب المستفيد من الغير تنفيذ أو أداء خدمات تخزين وحفظ وإتمام إجراءات جمركية.

وتسهم هذه المادة في التقليل من حالات رفض المصارف للمستندات، وفي اكتساب الوقت والتقليل من التكاليف بالنسبة لجميع المتدخلين في سلسلة مستندات الاعتماد.

ومن خلال ما سبق نجد إن التزام المصرف فيما يتعلق بالمطابقة يقتصر فقط على التحقق من المستندات، بل ما قرره المشرع الليبي من رفع أي مسؤولية على المصرف في حالة عدم مطابقة البضائع لشروط الاعتماد المتفق عليه، وهو ما يتضح بموجب المادة (742) من قانون النشاط التجاري بشأن شروط الوفاء والقبول والخصم، والتي نصت على أن "يلتزم المصرف الذي فتح الاعتماد بتنفيذ شروط الوفاء والقبول والخصم المتفق عليها في عقد فتح الاعتماد، إذا كانت المستندات مطابقة لما ورد في هذا العقد من بيانات وشروط».

ومن خلال قيام المصرف بفحص المستندات يقع على عاتقه التزام بالمطابقة وإدراج التحفظات، وذلك وفق الآتي:

أ- المستندات غير المطابقة:

إن إلزام المستفيد بتقديم مستندات مطابقة لخطاب الاعتماد يعد من أهم نتائج التوازن العقدي لأطراف الاعتماد المستندي، وتتم عملية المطابقة للمستندات وفق معايير المطابقة الظاهرية، من حيث مدى انسجامها مع بعضها البعض، ومدى

احترامها للقواعد والأعراف الموحدة.

فقد ورد بالمادة الثانية من نشرة 600 أنه يجب أن يكون تقديم المستندات مطابقا، ما يعني أن المستندات المقدمة لا بد أن تكون مطابقة لشروط وبنود الاعتماد المستندي، وفق القواعد التي تحكمه، ووفق المعايير والمعاملات المصرفية الدولية التي تحكم الاعتماد. وهذا ما نص عليه المشرع الليبي في قانون النشاط التجاري الليبي، في المادة (747) منه، في شأن مطابقة المستندات على أن «على المصرف أن يتحقق من مطابقة المستندات للشروط المنصوص عليها في الاعتماد.

وإذا رفض المصرف المستندات فعليه أن يخطر الأمر فوراً بالرفض، مبيناً له أسبابه».

ومن هنا يكون على المصرف رفض المستندات التي تتعارض مع شروط الاعتماد المستندي والعقد التجاري دون الحاجة إلى تفسير تعليمات المشتري الأمر، وما على البائع سوى تقديمها مطابقة حسب ما تم الاتفاق عليه، وكل تغيير، ولو كان يسيراً، يؤدي إلى رفض الدفع من طرف البنك.

ب- التحفظ على المستندات:

رغم ما يقوم به المستفيد من مراقبة وفحص للمستندات إلا أن المصارف تتحفظ في كثير من الأحيان على المستندات، ويمكن لنا تقسيم التحفظات التي يمكن للمصارف إيرادها إلى نوعين، يسير وهو ما يمكن التجاوز عنه، وتحفظ جسيم يمنع من تنفيذ الاعتماد، وعلى الرغم من عدم ورود هذه التفرقة ضمن نشرة 600، إلا أن الممارسات المصرفية تعلق على هذه التحفظات بعبارة يحول أو لا يحول إلى المصرف المراسل، وتعني هذه المصطلحات المعاني التالية:

- فالتحفظات غير المحولة للمراسل مثل الأخطاء المطبعية والتي لا تغير من معنى المحتوى.
- أما التحفظات المحولة فهي التي تمنع المصرف المبلغ من القيام بالدفع، ما لم يتم تصحيح هذه التحفظات من طرف المصرف المصدر، ومثال ذلك سند شحن يشير إلى تاريخ لاحق لتاريخ الشحن المحدد في رسالة السويفت(21).

وهذه التحفظات تستلزم دراسة المستندات المقدمة والتأكد من بياناتها، ومع هذا فالتزام المصرف بالمدة الزمنية يجب ألا يخل بالدقة والعناية في الفحص والمطابقة، حيث تتمتع المصارف - كما بينا آنفا- بأجل أقصاه خمسة أيام من يوم تسلم المصرف لهذه المستندات، ومن يوم هذا الأجل لا يكون المصرف بعدها الحق في الاحتجاج، وعليه يجب على المصرف أن يعاين هذه المستندات بعناية ودقة، حسب المعايير الدولية والممارسات المصرفية، والتي تتماشى مع القواعد والأعراف الدولية الموحدة، وقد ظهرت عدة معايير دولية في هذا الصدد، ويقصد بالمعايير الآلية أو الكيفية التي تتمتع من قبل الجهات المختصة بفحص مدى مطابقة المستندات لشروط العقد من عدمه، وتتمثل هذه المعايير في الآتي:

1- معيار التطابق الدقيق:

ويقصد به وجود تطابق دقيق ما بين المستندات وشروط الاعتماد، وفي حالة عدم التطابق يرفض المصرف الوفاء، هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في إبريل 1987م عندما قررت أن للمصرف رفض الوفاء بالمستندات متى كانت غير مطابقة بدقة لبيانات خطاب الاعتماد(22)، ويبدو أن هذا الموقف يعكس طبيعة الاعتماد المستندي الذي يجب أن يتميز بالشكالية المفرطة لضمان حماية أطراف الاعتماد،

(21)- فريال: ص 71

(22)- سلامة: ص 76.

خاصة وأن المصارف تتعامل في الاعتماد بالمستندات وحدها، كما أن المصارف لا تلم بأعراف التجار في كافة أنواعها ومجالاتها.

2- معيار التطابق المعقول:

وهنا يقوم المصرف بفحص المستندات، فإذا وجد بها اختلافا بسيطا غير جوهري، فإنه يقبلها، ويلتزم العميل من ثم بقبول تلك المستندات⁽²³⁾.

المبحث الثاني

علاقة عقد الاعتماد المستندي بالعقود المصاحبة له

تنشأ العلاقة بين أطراف عقد الاعتماد المستندي، وحسب مفهوم عقد الاعتماد المستندي، منذ وقت تقدم الأمر إلى المصرف بطلب فتح اعتماد مستندي لصالح شخص معين، وذلك في حدود مبلغ معين، وفي هذه الأثناء يتم إرسال إخطار للمستفيد بخطاب الاعتماد، مضمونه فتح اعتماد لصالحه، وأن المصرف ملتزم بالدفع إذا ما قام المستفيد بإرسال المستندات المطلوبة، ومن هنا نتبين قيام عدة علاقات قانونية، تنشأ عن فتح الاعتماد المستندي، ومن خلال ذلك يمكن لنا بيان علاقات الارتباط والاستقلال بين الروابط الآتية:

- عقد الاعتماد المستندي وعقد الأساس (عقد البيع الدولي).

- عقد الاعتماد المستندي وخطاب الاعتماد المستندي.

المطلب الأول

عقد الاعتماد المستندي وعقد الأساس (عقد البيع الدولي)

ينشأ عقد البيع الدولي في الأساس بين البائع والمشتري، حيث تتضمن البيوع الدولية عادةً فتح اعتماد لصالح البائع، لضمان سداد قيمة البضائع، حيث يصدر المصرف تعهداً (خطاب الاعتماد) بدفع قيمة الاعتماد للمستفيد منه، عند تقديمه مستندات معينة، يتم تحديدها ضمن خطاب الاعتماد، حيث إن الاعتماد المستندي يوفق بين المصالح المتعارضة لأطراف عقد البيع الدولي، ويلعب المصرف بشأنه دور الوسيط، وهذا غير متصور بشأن البيوع الداخلية، وهي البيوع التي ترتب جميع آثارها داخل نطاق الدولة الواحدة، نظراً لكون الأثر المترتب بشأنها فورياً، يقع بمجرد تطابق الإيجاب بالقبول، أما البيوع الدولية فغالباً ما تسبق عملية التعاقد مرحلة تمهيدية، تبدأ بدعوة توجه من أحد المتعاقدين إلى الآخر، للدخول في مفاوضات بشأن الصفقة التجارية المراد إبرامها.

وعلى أساس ما تخلص إليه تلك المفاوضات الثنائية يتحدد مصير الاتفاق التعاقدية، فإذا نجح الطرفين في التفاوض بإيجاب صريح من أحد الطرفين، وتطابق مع مضمونه قبول من الطرف الآخر، أبرم العقد.

ومن خلال هذا الأمر نتبين أن الإيجاب لا يعد دعوة للدخول في مفاوضة، وإنما هو نتاج مفاوضات، وتعبير عن اتجاه إرادة صاحب العرض إلى الالتزام بالشروط التي أسفرت عنها المفاوضات بين الطرفين⁽²⁴⁾.

وقد أورد الفقه عدة معايير لتعيين دولية البيع، مع الأخذ في الاعتبار عدم إمكانية الاستناد على معيار واحد في هذه المسألة، ومن الضوابط التي تم إيرادها في

(24)- قزمان: ص19.

هذا الخصوص ما يلي:

- الضابط الشخصي: ويتعلق بأشخاص المتعاقدين، كجنسيتهم أو محل إقامتهم أو مكان أعمالهم.

- الضابط المادي: ويستند إلى المبيع بالنظر إلى مكان وجوده، أو اعتباراً إلى مكان التسليم، أو إلى اختلاف مكان صدور الإيجاب والقبول.

وقد جاء في تعريف عقد البيع الدولي للبضائع تقرير أنه «تعتبر بيوعاً العقود التي يكون موضوعها توريد سلع بعد تصنيعها أو إنتاجها، إلا إذا تعهد الطرف الذي طلب السلعة بتقديم جزء جوهري من العناصر المادية الضرورية لصنعها أو إنتاجها»⁽²⁵⁾.

وعقد البيع الدولي، الذي يمثل عقد الأساس، غالباً ما يبرم في إطار العقد البحري أو العقد الجوي، ذلك لأن النقل البحري أداة لتنفيذ الصفقات التجارية الدولية، ويعرف اصطلاحاً بالبيوع البحرية، وللعرف مكانة كبيرة في شأن تنظيمها وصياغة أحكامها، ولا توجد على الصعيد الدولي معاهدات دولية تنظم أحكام تلك البيوع، إلا أن جمعية القانون الدولي سنت قواعد موحدة، كصورة خاصة من البيوع البحرية، عرفت بالبيع سيف⁽²⁶⁾.

وقد تم في تعريف البيع سيف بأنه العقد الذي يلتزم البائع فيه بتجهيز البضاعة، وإبرام عقد نقلها عن طريق البحر، والتأمين عليها، ويطالب مقابل ذلك بثمن إجمالي يتضمن العناصر الثلاثة، وهي كلفة البضاعة، أي الثمن Cost، والتأمين عليها In-surance، وأجرة نقلها أو شحنها Freight، ويرمز له اختصاراً C.I.F.⁽²⁷⁾

(25)- المصدر السابق: ص18-17.

(26)- العريني، دويدار: ص409.

(27)- كومانتي: ص180.

ويرتبط البيع سيف في غالب الأحيان بالاعتماد المستندي، من حيث إن هذا الأخير نشأ لضمان تنفيذ عقد البيع الدولي، وبموجب عقد فتح الاعتماد المستندي يبلغ المصرف المستفيد (البائع) أن قيمة الاعتماد الذي يتعين على المشتري الوفاء به أصبح تحت تصرفه، مقابل تنفيذه لالتزامه الرئيسي، والمتمثل في إرسال مستندات مطابقة لشروط خطاب الاعتماد للمصرف المصدر (28).

هذا ويعد عقد الاعتماد المستندي مستقلاً عن عقد البيع الذي أبرم عقد الاعتماد المستندي من أجله، ويعتبر المصرف أجنبياً عن عقد البيع، حيث إن التزام المصرف في عقد الاعتماد المستندي مستقل عن كل الالتزامات التعاقدية خارج نطاق عقد الاعتماد، ومن ضمنها عقد البيع.

وعليه يمكن لنا القول أن أي بطلان أو فسخ يلحق بعقد الأساس لا يؤثر في التزام المصرف فاتح الاعتماد إزاء أطراف عقد الاعتماد، وهذا ما نص عليه المشرع الليبي في المادة (740) نشاط تجاري بأن "... يعتبر عقد الاعتماد المستندي مستقلاً عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه، ويبقى المصرف أجنبياً عن هذا العقد».

ويلاحظ في هذا الشأن أن قاعدة الاستقلالية ليست مطلقة، إذ قد تنطوي على أحوال يستفيد المستفيد من غش البائع في اللجوء للقضاء، فالبائع لا يستفيد من هذه القاعدة وتقرير مبدأ الاستقلال، عندما ينطوي سلوكه على غش إزاء المشتري، حيث إنه لا يستفيد من الحماية المقررة في هذه الحالة، فالمشتري متى كان بيده دليل على سوء التنفيذ من قبل البائع أمكنه أن يستعين بالمحكمة في إيقاع حجز لصالحه على حق البائع تحت يد المصرف احتياطياً، حفظاً لحقوقه قبل البائع (29).

وتعد مسألة الفصل وعدم التبعية بين الاعتماد المستندي وعقد الأساس أهم

(28)- العريني، دويدار: ص412.

(29)- سلامة: ص347.

وظيفة لمبدأ استقلال الالتزامات الواردة بالمادة الرابعة من الأصول والأعراف الدولية الموحدة ضمن نشرة 600، ومن خلال هذه الاستقلالية يحصل البائع على تعهد قطعي بالوفاء من المصرف المصدر (فاتح الاعتماد)، ويكون ذلك التعهد منقطع الصلة عن عقد البيع، بحيث يطمئن لتنفيذ عقد البيع دون احتمال رجوع المشتري عنه، وبذلك يكون في مأمن من مخاطر عدم دفع المشتري لقيمة الصفقة، لأن المصرف أجنبي عن عقد البيع⁽³⁰⁾.

ويمكن القول إن الأخذ بمبدأ الاستقلال يؤدي إلى استقرار نظام الاعتماد المستندي، كأحد أهم وسائل تسوية الصفقات التجارية الدولية، ولكن الغش باعتباره مفسدا لكل شيء، وهذا أيضا من المبادئ المستقرة لدى بعض القوانين والتشريعات، باعتبار هذه القاعدة وسيلة لإعادة التوازن في العلاقات الناجمة عن الاعتماد المستندي.

وبناء على هذا فقد أخذت الدول بمبدأ التدخل لتعطيل مبدأ استقلال الالتزامات في حالة الغش، حيث تبنت بعض الدول الانجلوسكسونية ما يعرف باستثناء الغش، وأقر بعضها بأثر الغش على الاعتماد المستندي، وأجاز للأمر «المشتري» أن يطلب من القضاء حكماً بالحجز تحت يد المصرف على حق المستفيد بالاعتماد.

فإذا كان الغش واضحاً، وعلى درجة من الجسامة، فإنه من شأنه تعطيل مبدأ استقلال الالتزامات، ويترتب عليه عندئذ أن يصبح التزام المصرف بالدفع مرتبطاً بعقد الأساس بسبب الغش، وبالتالي يمكن إيقاف تنفيذ الاعتماد المستندي، فمبدأ استقلال الالتزامات وضع لمعالجة أوضاع طبيعية، بينما في حالة الغش فالأمر مختلف، فالقانون لا يمتد ليحمي البائع سيئ النية.

إلا أن الأصول والأعراف الموحدة «نشرة 600» لم تتطرق لحالة الغش، وبالتالي لا بد من بيان حكم هذه المسألة وفقا للقانون واجب التطبيق، الذي يعالج الغش سواء في المعاملات المدنية أم في المعاملات التجارية، فالغش لا يعتبر محرما مدنياً فقط، بل يعتبر من الأفعال المعاقب عليها جنائياً أيضاً⁽³¹⁾.

هذا وقد جاء في قانون النشاط التجاري، وتحديدًا في المادة (738) منه أنه «لا يجوز للمصرف إلغاء الاعتماد قبل انتهاء المدة المتفق عليها، إلا في حالة وفاة المستفيد، أو الحجز عليه، أو توقيفه عن الدفع، ولو لم يصدر حكم بإشهار إفلاسه، أو وقوع خطأ جسيم منه في استخدام الاعتماد المفتوح لصالحه.

وإلغاء الاعتماد يوقف قرار الانتفاع به، وعلى المصرف أن يمنح المستفيد أجلاً مدته خمسة عشر يوماً على الأقل لإرجاع المبالغ التي انتفع بها وملحقاتها».

ومن خلال ذلك نجد أن المشرع الليبي لم ينص على الغش ضمن أسباب إلغاء الاعتماد، حيث إن الخطأ الجسيم لا يرتقي إلى درجة الغش، والذي يتطلب فيه القصد والعمد، فقد جاء في بيان المقصود بالخطأ الجسيم أنه الخطأ غير العمدي، وأنه لا يخرج عن الإهمال وعدم الاحتياط، ويقوم على عدم الاكتراث البالغ بالالتزامات، والاستهتار الكبير بالحقوق، دون النظر إلى الضرر محتمل الوقوع، بحيث يكون المدين قد واجه احتمال الضرر كنتيجة محتملة لفعله، دون أن يكثر ذلك⁽³²⁾.

(31)- راجع المواد التالية في شأن الغش ضمن نصوص قانون العقوبات الليبي، وهي المادة (180) في شأن عدم تنفيذ التزامات التوريد أو الغش في عقود التوريد أو الأشغال العامة المنفذة لصالح الحكومة، والمادة (243) في شأن التعرض لحرية المزايدات، أي التعرض لحرية البيوع القضائية عن طريق المزاد العلني أو للمزايدات أو المناقصات العامة، أو التي يجريها الأفراد نيابة عن الإدارة العامة، وذلك باستخدام أي وسائل بقصد الإضرار بسير الإجراءات وفق المسار الطبيعي، أو بقصد الغش، والمادة (307) في شأن غش المستهلكات وتقليدها، والمادة (364) في شأن الغش في مزاوله التجارة، والمادة (365) في شأن الغش ضد الصناعات الوطنية.

(32)- محكمة النقض المصرية، طعن رقم 9529 لسنة 87 قضائية، الدوائر التجارية جلسة 2019/3/26 م،

وقد أقر القضاء الأمريكي مبكراً مبدأ الاستقلال، إذ ما لم ينطو سلوك البائع على غش، فإنه لا يستفيد من الحماية التي يوفرها له هذا المبدأ، ففي قضية *S.Ztejnv. Shroder Banking Corporation* تعاقد المدعي على شراء بضاعة من الهند، وأمر البنك المدعى عليه (أمريكي) بفتح اعتماد قطعي لصالح البائعين، الذين لم يلتزموا بتوريد عين البضاعة المتفق عليها، وكذلك قيامهم بإرسال أشياء لا قيمة لها، وقدموا من خلال البنك المراسل في الهند مستندات سليمة ظاهرياً، تفيد أن البضاعة المرسله من النوع المتفق عليه⁽³³⁾.

وعندما اكتشف المشتري الغش الحاصل من البائعين عند وصول البضاعة، رفع دعوى للحصول على أمر قضائي يمنع المصرف من دفع الكمبيالة المقدمة مع المستندات، وقد قبلت المحكمة طلب المشتري، وقررت أن الغش الذي ارتكبه البائعون أفسد العلاقة بينهم وبين المصرف، وأكدت كذلك على مبدأ الاستقلال بين كل من الاعتماد المستندي وعقد الأساس، وقد اصدرت المحكمة حكماً يقضي بحجز قيمة البضاعة تحت يد المصرف، كحجز تحفظي لصالح المشتري، على الرغم إن المشتري ليس طرفاً في العلاقة المباشرة بين المصرف والبائع بموجب خطاب الاعتماد.

فالمشتري متى كان بيده دليل قبل تنفيذ الاعتماد على سوء التنفيذ من قبل البائع، يمكنه أن يستعين بالقاضي، ليأمر بتوقيع حجز لصالحه على حق البائع تحت يد المصرف احتياطياً، حفظاً لحقوقه تجاه البائع⁽³⁴⁾.

ويترتب على مبدأ الاستقلالية في العلاقة بين الاعتماد المستندي وعقد الأساس (عقد البيع الدولي) ما يلي:

(33)- أبو الخير: ص263.

(34)- عوض: ص331.



- للعميل توقيع الحجز على حق البائع لدى المصرف، إذا أرسل البائع بضائع غير مطابقة للمواصفات المطلوبة في خطاب الاعتماد.

- لا يؤثر فسخ عقد البيع أو بطلانه على التزام المصرف للمستفيد، ولا يمكن للمشتري إجبار المصرف على عدم الدفع لأسباب تتعلق بالعلاقة الأصلية، فللمستفيد الحق في قيمة الاعتماد متى تقدم للمصرف فاتح الاعتماد بمستندات مطابقة لشروط خطاب الاعتماد.

- للمصرف دفع أقل القيمتين: قيمة البضاعة الواردة بالمستندات المقدمة، أو قيمة الاعتماد⁽³⁵⁾.

- الحكم بشهر إفلاس الأمر لا يحول دون تنفيذ المصرف لالتزاماته، إذا ما تقدم المستفيد بالمستندات وفق شروط خطاب الاعتماد⁽³⁶⁾.

(35)- علم الدين: الاعتماد المستندي في الفقه والقضاء والعمل، ص74

(36)- بعناش: ص19

المطلب الثاني

عقد الاعتماد المستندي وخطاب الاعتماد المستندي

يعرف خطاب الاعتماد بأنه ذلك الصك الذي يصدره المصرف استجابة لطلب عملية بفتح الاعتماد محددًا فيه - نقلاً عن طلب الأمر (عقد فتح الاعتماد)- حق المستفيد والشروط التي يمكنه بمقتضاها الحصول على هذا الحق³⁷

أما عقد الاعتماد المستندي، فقد بادرت غرفة التجارة الدولية في باريس بوضع قواعد مكتوبة، انبثقت من عادات التجار وأعرافهم، لتحكم علاقاتهم التجارية عند حصول نزاع فيما بينهم.

وكانت أولى هذه القواعد ما صدر عام 1933م، بخصوص الاعتمادات المستندية، وقد تم تعديلها عدة مرات⁽³⁸⁾، كان آخرها ما صدر بنشرة UCP 600 لسنة 2007 م، وقد جاء في تعريف الاعتماد المستندي بموجب المادة الثانية من هذه القواعد أنه «أي ترتيب، مهما كانت تسميته أو وصفه، يكون غير قابل للنقض، ويشكل تعهداً باتاً للمصرف المصدر لأداء إيفاء التقديم المستوفي».

أما عن تعريف المشرع الليبي للاعتماد المستندي، فقد جاء في نص المادة (740) من قانون النشاط التجاري رقم 23 لسنة 2010 م، أن «الاعتماد المستندي: عقد يتعهد المصرف بمقتضاه بفتح اعتماد، بناء على طلب أحد عملائه (الأمر بفتح الاعتماد)، لصالح شخص آخر (المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل، أو مقابل شهادة من المستفيد، تتضمن إنجاز الخدمات أو الأعمال المتعاقد عليها»

(37)- علم الدين: موسوعة عمليات البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ص1137

(38)- الكيلاني: ص160.

ومن خلال تعريف خطاب وعقد الاعتماد يمكن لنا بيان أوجه الاختلاف والاستقلالية، إذ أنه من حيث الأطراف فإن أطراف عقد الاعتماد هما العميل والمصرف، بالإضافة إلى المصارف الوسيطة في بعض الصور، أما خطاب الاعتماد فأطرافه هما المصرف والمستفيد، وبناءً عليه يستطيع العميل في عقد الاعتماد أن يطلب من المصرف تنفيذ أمور معينة في علاقة المصرف بالمستفيد، إذ أن كل طرف في العلاقة يعتبر أجنبياً عن العلاقة الأخرى.

ومن حيث نشأة كل منها، فإن لكل منهما نشأة مستقلة عن الآخر، بموجب تصرف منفصل عن الآخر، وعلى الرغم من أن خطاب الاعتماد يصدر بالاستناد لعقد الاعتماد، إلا أن المصرف رغم إبرام عقد الاعتماد، قد يمتنع عن إصدار خطابه للمستفيد⁽³⁹⁾.

كما أن محل عقد الاعتماد يتمثل في تعهد المصرف بإنشاء التزام في ذمته تجاه المستفيد، بإصداره خطاب الاعتماد، أما محل خطاب الاعتماد فيتمثل في تعهد المصرف بدفع قيمة الاعتماد للمستفيد، ولعل أهم مظاهر الاستقلالية تتمثل في مسألة تطهير الدفع، فلا يجوز للمصرف التمسك بأوجه الدفع الناشئة عن علاقته بالعميل الأمر، بموجب عقد الاعتماد، قبل المستفيد بموجب خطاب الاعتماد، أيها كان وجه هذا الدفع، سواء كان بالبطلان أو الفسخ، أو أن سببه عدم تنفيذ الأمر لالتزاماته، أو عدم توفير غطاء الخطاب، ولو كان السبب في ذلك راجع لقوة القاهرة⁽⁴⁰⁾.

فالبائع لا يلزم بأن يثبت تنفيذ التزامه الوارد في عقد البيع، وإنما يلتزم فقط بما ورد في الخطاب، لأن هذا الأخير هو وحده الذي يحكم العلاقة بين المصرف والبائع، والمصرف لا يمكن له أيضاً الاحتجاج ببطلان عقد فتح الاعتماد أو انتهائه

(39)- الزعبي: ص 52.

(40)- قليبي: ص 109.



بإعسار العميل أو إفلاسه(41).

فخطاب الاعتماد ينشئ علاقة مباشرة بين المصرف والمستفيد، ووسيلة الأخير في المطالبة بأية حقوق قبل المصرف تتمثل في خطاب الاعتماد، فهو وسيلته في مقاضاة المصرف المصدر، إذا ما رفض قبول أي سحبات مطابقة لخطاب الاعتماد، وليس له الاستناد على عقد الأساس، أو على عقد الاعتماد في إثبات أيه حقوق له، وذلك لكون علاقة المصرف بالمستفيد يحكمها خطاب الاعتماد(42).

(41)- الزعبي: ص 111.

(42)- وهو ما أكدته المادة 4/أ، ب من نشرة 600، "عدم إمكانية التمسك بالدفع المستمدة من عقد الأساس أو عقد الاعتماد في علاقة المصرف بالمستفيد المنظمة بموجب خطاب الاعتماد".

الخاتمة

انطلاقاً من أحكام القانون الليبي وما نظمه من أحكام للاعتماد المستندي، وكذلك على ما أكده في أحكامه من ضرورة الرجوع إلى العرف والقواعد الدولية الموحدة والمتضمنة لها نشرة 600، وذلك لبيان مدى التوازن اللازم للأطراف في عقد الاعتماد المستندي، حيث إنها تمثل في مجملها الأحكام المنظمة للاعتماد المستندي في ليبيا بعد دمج القواعد والأعراف الدولية بالقانون الداخلي، وذلك بموجب نص المادة 751 من قانون النشاط التجاري، وحيث إن عملية الاعتماد تصدر بمناسبة عقد بيع دولي، ويكون سابقاً لعقد الاعتماد، ثم يصدر خطاب الاعتماد ويكون لاحقاً لعقد الاعتماد، فهذه العقود رغم كونها تصدر بمناسبة بعضها البعض، إلا أن كل علاقة قانونية تتمتع باستقلال قانوني في مواجهة الأخرى، لزيادة الائتمان في خطاب الاعتماد، وليطمئن كل طرف إلى حقوقه، وألا يخشى احتمالية تعرضه لدفوع عن علاقة ليس طرفاً فيها.

ولكن وباعتبار كون الاعتماد محله تنفيذ عقد البيع الدولي، فإنه يعني بالمستندات دون النظر إلى البضاعة، فالمصرف ملزم بدفع قيمة الاعتماد بمجرد وصول المستندات الواردة في خطابه، طالما كانت مطابقة لشروط فتح الاعتماد، ما لم يكون هنالك غش أو خطأ جسيم ارتكبه البائع المستفيد من الاعتماد.

التوصيات:

- ضرورة إجراء تعديلات على النصوص المنظمة للاعتماد المستندي، بما يضمن للمصرف عدم تنفيذ الاعتماد حال الغش وتحديد شروطه، نظراً لاعتباره استثناء على مبدأ الاستقلالية.

- عقد ندوات عن طريق المؤسسات القانونية والاقتصادية المهمة بهذا الموضوع، لخلق نوع من التوعية العامة بأحكام الاعتماد المستندي، تستهدف العاملين



في القطاع المصرفي والتجار والمحامين.

- عدم كفاية الأحكام المنظمة للاعتماد في قانون النشاط التجاري، وإحالتها في أحوال كثيرة للأعراف الدولية، قد خلق نوعاً من الفراغ التشريعي، لتجاهل الأعراف الدولية لتلك المسائل، وذلك كمعيار فحص المستندات ومسألة الغش الذي قد يرتكبه أحد الأطراف.

ثبت المصادر



أولاً- الكتب والرسائل:

- أبو الخير (نجوى محمد كمال): البنك والمصالح المتعارضة في الاعتماد المستندي، دراسة للقضاء والفقهاء المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1993م.
- التلاحمة (خالد إبراهيم): الوجيز في القانون التجاري، ط1، دار معتز للنشر والتوزيع، الأردن، 2002م.
- الزعبي (أكرم إبراهيم): مسؤولية المصدر في الاعتماد المستندي، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2000 م.
- الشواربي (عبد الحميد): عمليات البنوك في ضوء الفقه القضاء التشريع وصنع العقود والدعاوى التجارية، دار المعارف، الإسكندرية- مصر، 2005 م.
- العوفي (صالح بن عبد الله بن عطف): المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، معهد الإدارة العامة، الرياض، 1998م.
- العريني (محمد فريد)، ودويدار (هاني محمد): مبادئ القانون التجاري والبحري، ب ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003 م.
- القيلوبي (سميحة): الاسس القانونية لعمليات البنوك، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1997 ميلادي،
- الكيلاني (محمود): الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، المجلد4، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2000 م.
- إلياس (ناصر): الكامل في قانون التجارة، عمليات المصارف، ط1، منشورات عويدات والبحر المتوسط، بيروت، 1983م.

- بطرس (صليب)، العشماوي(ياقوت): الاعتماد المستندي بين المنظور العلمي والمنظور القانوني، المركز العربي للصحافة، القاهرة، 1984م.
- بعناش(ليلي)، أثر الغش في عقد الاساس على تنفيذ الاعتماد المستندي، رسالة ماجستير- جامعه الحاج لخضر- باتنة- الجزائر،
- دويدار (هاني): النظام القانوني للتجارة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1997م.
- سلامة (زينب السيد): دور البنوك في الاعتمادات المستندية من وجهة القانونية رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، 1967م.
- علم الدين (محي الدين إسماعيل): الاعتماد المستندي في الفقه والقضاء والعمل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968م.
- علم الدين (محي الدين إسماعيل): الاعتمادات المستندية، ط1، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، 1996م.
- علم الدين (محي الدين إسماعيل): موسوعة أعمال البنوك من الناحية القانونية والعملية، مصر، شركة مطابع الطنافي، 1987م.
- علم الدين (محي الدين إسماعيل): موسوعة عمليات البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج3، دار النهضة العربية، 1993، ص1137
- عوض (على جمال الدين): الاعتمادات المستندية- دراسة قانونية للأعراف الدولية والقضاء المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989م.
- فريال (بن بريكة): مكانة الاعتماد المستندي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر1- يوسف بن خدة، 2017م.



- قزمان (منير): البيوع التجارية في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001 م.

- قليني (جورجيت صبحي): مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي، دار النهضة العربية- القاهرة، 1992م.

- كوماني (لطيف جبر): القانون البحري، دار العلمية الدولية للنشر ودار الثقافة للنشر، الأردن، 2003 م.

- محمود (عصام حنفي)، قانون التجارة الدولية

livresjuridique.blogspot.com

ثانياً- المقالات:

- شيعان (فراس كريم) ، عبد المحسن (علي): دور قانون الإرادة في عقد الاعتماد المستندي الدولي، بحث منشور بمجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني السنة التاسعة، كلية القانون- جامعة بابل، 2017 م.

ثالثاً- أحكام القضاء:

محكمة النقض المصرية، طعن رقم 9529 لسنة 87 قضائية، الدوائر التجارية جلسة 2019/3/26 م،

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111392124&ja=263727



ثالثاً: المرافقات

كاشف الأعداد

لغة النشر	بيانات النشر	الصفحات من صفحة إلى صفحة	اسم الباحث	البحث
العربية	العدد 19 يناير. سنة 2016م	ص18 إلى ص40	أ.د.سام محمد الأوجلي	مقبولية الدليل الرقمي في المحاكم الجنائية
العربية	العدد 19 يناير. سنة 2016م	ص41 إلى ص75	أ.د.عاشور سليمان شوايل	عيب الانحراف بالسلطة وقاعدة تخصيص الأهداف
العربية	العدد 19 يناير. سنة 2016م	ص76 إلى ص111	د.مصطفى أحمد الدراجي	نسبية الأثر المترتب على إجراءات المرافعات
العربية	العدد 19 يناير. سنة 2016م	ص112 إلى ص148	أ.د.مفتاح خليفة عبد الحميد	تسبب القرار التأديبي
العربية	العدد 19 يناير. سنة 2016م	ص149 إلى ص187	أ.د.سعد خليفة العبار	التعارض بين النصوص
العربية	العدد 20 فبراير. سنة 2018م	ص13 إلى ص40	د.طارق محمد الجملي	"مصادر قانون العقوبات" التجريم والإباحة في القانون الليبي
العربية	العدد 20 فبراير. سنة 2018م	ص41 إلى ص64	د.ضوء مفتاح أبوغراة	نظرة في أساس الحكم على عقود التمويل المصرفي (إشكالية الزمن (وعوضه في عقد السلم
العربية	العدد 20 فبراير. سنة 2018م	ص65 إلى ص82	د.رافع محمود الفاخري	الحكم الشرعي لطلاق الثلاثة بلفظ واحد
العربية	العدد 20 فبراير. سنة 2018م	ص83 إلى ص98	أ.د.عاشور سليمان شوايل	"الطبيعة القانونية لشرط المصلحة في دعوى الإلغاء" دراسة مقارنة
العربية	العدد 20 فبراير. سنة 2018م	ص99 إلى ص140	د.سلوى فوزي الدغيلي	حالة الطوارئ: مبرراتها، مشروعيتها القانونية والدستورية. "دراسة مقارنة"
العربية	العدد 20 فبراير. سنة 2018م	ص141 إلى ص166	أ.فرح سالم الأوجلي	الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية في القانون الإداري الليبي



كاشف الأعداد

اللغة النشر	بيانات النشر	الصفحات من صفحة إلى صفحة	اسم الباحث	البحث
العربية	العدد 21 أكتوبر. سنة 2018م	ص15 إلى ص17	أ.د. أحمد عمر بوزقية	مناهج كليات القانون وتطوير دراسة القانون
العربية	العدد 21 أكتوبر. سنة 2018م	ص38 إلى ص54	أ.د. الهادي بوحمرمة	نظرة في محاولات إعادة التوازن في النظام الإجرائي الجنائي
العربية	العدد 21 أكتوبر. سنة 2018م	ص116 إلى ص117	أ.د. سعد خليفة العبار	التلوث البيئي أم الفساد في الأرض نظرات في المصطلح
العربية	العدد 21 أكتوبر. سنة 2018م	ص160 إلى ص117	د. عطية محمد عطية	"القيود الواردة على معصومية الجثة" دراسة مقارنة
العربية	العدد 21 أكتوبر. سنة 2018م	ص185 إلى ص161	أ. عبد السلام محمد صالح غيضان	العلاقة بين مقاصد الشريعة ومالات الأفعال
العربية	العدد 21 أكتوبر. سنة 2018م	ص216 إلى ص186	أ. محمد نوح عيسى	نظرة في لجان التعويض عن العقارات في بنغازي "لجنة بنغازي المركز أمودجا"
العربية	العدد 22 يناير. سنة 2019م	ص58 إلى ص15	د. سعد سليمان الحامدي	(الفتاوى الشاذة) أسبابها، خطرها، طرق الوقاية منها
العربية	العدد 22 يناير. سنة 2019م	ص82 إلى ص59	د. أبتسام أحمد ابجيح	أثر الإفلاس على عقد الحساب الجاري
العربية	العدد 22 يناير. سنة 2019م	ص116 إلى ص83	د. مصطفى عبد الفتاح العريبي	المصطلحات الدستورية الدلالة اللغوية والممارسة السياسية
العربية	العدد 22 يناير. سنة 2019م	ص138 إلى ص117	د. عطية محمد عطية	نطاق استقلال اتفاق التحكيم
العربية	العدد 22 يناير. سنة 2019م	ص172 إلى ص139	أ. فريحة حامد القطراني	التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الأجنبية طبقاً للاتفاقيات الدولية
العربية	العدد 22 يناير. سنة 2019م	ص224 إلى ص173	أ. مديحة مصطفى الصادق	الضمانات القانونية للأحداث في مرحلة ما قبل المحاكمة



كاشف الأعداد

اللغة النشر	بيانات النشر	الصفحات من صفحة إلى صفحة	اسم الباحث	البحث
العربية	العدد 23 مارس. سنة 2019م	ص42 إلى ص15	أ.د. سعد حماد القبائلي	مسؤولية المحامي الجنائية عن أفشاء الأسرار المهنية
العربية	العدد 23 مارس. سنة 2019م	ص72 إلى ص43	د. سلمة فرح الجزوي	تعويض ضحايا الإرهاب
العربية	العدد 23 مارس. سنة 2019م	ص150 إلى ص73	د. سلوى فوزي الدغيلي	الرقابة على التعديلات الدستورية
العربية	العدد 23 مارس. سنة 2019م	ص178 إلى ص151	د. عمر عبد الله عمر أمبارك	التنظيم الدستوري لنظرية الضرورة في ليبيا
العربية	العدد 23 مارس. سنة 2019م	ص218 إلى ص179	د. عبد الله علي العبيدي	ماهية التنظيم الدولي
العربية	العدد 23 مارس. سنة 2019م	ص254 إلى ص219	أ. عبد السلام أحمد حسين أمجد	قواعد حوكمة الشركات الواردة في قانون النشاط التجاري
العربية	العدد 24 يونيو. سنة 2019م	ص36 إلى ص15	أ.د. سعد حماد القبائلي	سياسة المشرع الجنائي الليبي في مكافحة ظاهرة الفساد
العربية	العدد 24 يونيو. سنة 2019م	ص54 إلى ص37	د. سلمة فرح الجزوي	"التحكيم في المنازعات المصرفية" دراسة مقارنة في القانون الليبي
العربية	العدد 24 يونيو. سنة 2019م	ص78 إلى ص55	د. لطيفة علي ضوء الفقهي	تقييم الفكر الاستشراقي لندرة الآيات القرآنية ذات المحتوى القانوني
العربية	العدد 24 يونيو. سنة 2019م	ص102 إلى ص79	د. عبد الله علي العبيدي	الأثر المباشر أو التطبيق المباشر للقاعدة الدولية في القانون الداخلي
العربية	العدد 24 يونيو. سنة 2019م	ص130 إلى ص103	د. محمد رافع العوامي	السلطة التشريعية في النظام الإسلامي
العربية	العدد 24 يونيو. سنة 2019م	ص154 إلى ص131	أ. أسامة نصيب عبد الجليل	ممارسة الحقوق السياسية لمتعددتي الجنسية في ضوء القانون الليبي "دراسة تحليلية"

كاشف الأعداد

اللغة النشر	بيانات النشر	الصفحات من صفحة إلى صفحة	اسم الباحث	البحث
العربية	العدد 25 ديسمبر. سنة 2019م	ص15 إلى ص40	أ.د. الكوني علي أعبوده	نظرات في آلية جبر الضرر في المسار الليبي للعدالة الانتقالية
العربية	العدد 25 ديسمبر. سنة 2019م	ص41 إلى ص88	د. عادل سالم محمد الصغير	عقد الهمية وإشكالات تضمنيه في وثائق التأمين التكافلي وكيفية معالجتها من الناحية الفقهية
العربية	العدد 25 ديسمبر. سنة 2019م	ص89 إلى ص112	د. سلوى فوزي الدغيلي	ضمانات وآليات الحماية الوطنية للحقوق والحريات "دراسة في نصوص الإعلان الدستوري الليبي لسنة 2011م، الدستور الليبي لسنة 2017م
العربية	العدد 25 ديسمبر. سنة 2019م	ص113 إلى ص156	د. ماشاء الله عثمان الزوي	المواجهة الجنائية الموضوعية لاختلاس الأموال بوصفه صورة من "صور الفساد" دراسة مقارنة
العربية	العدد 25 ديسمبر. سنة 2019م	ص157 إلى ص188	د. لطيفة علي ضوء الفقهي	الاجهاد التطبيقي مفهومه ومرتكزاته "دراسة تحليلية في ضوء الآية "34 من سورة النساء
العربية	العدد 25 ديسمبر. سنة 2019م	ص189 إلى ص228	د. معتز عبد الوهاب بالعجول	التطرف: أسباب وإشارات معالجة للأمارات
العربية	العدد 26 إبريل. سنة 2020م	ص17 إلى ص62	أ.د. سعد خليفة العبار + د. مصطفى عبد الفتاح العربي	الطلاق المعلق على شرط
العربية	العدد 26 إبريل. سنة 2020م	ص63 إلى ص98	د. فرح سليمان حمودة	"المتاجرة في الآثار بين الضرر والتقييد" دراسة قانونية
العربية	العدد 26 إبريل. سنة 2020م	ص99 إلى ص156	د. طارق محمد الجملي	"إلغاء النص الجنائي الموضوعي لعدم الدستورية" الأسباب والآثار
العربية	العدد 26 إبريل. سنة 2020م	ص157 إلى ص200	د. معتز عبد الوهاب بالعجول	المختصر في بعض أحكام كورونا المنتشر
العربية	العدد 26 إبريل. سنة 2020م	ص201 إلى ص234	د. عبد اللطيف عبد الحميد ماضي	أحكام الترقية في الوظيفة العامة "دراسة في ضوء نصوص قانون "علاقات العمل رقم 12 لسنة 2010م

كاشف الأعداد

اللغة النشر	بيانات النشر	الصفحات من صفحة إلى صفحة	اسم الباحث	البحث
العربية	العدد الخاص. يونيو. 2020م	ص20 إلى ص25	أ.د. عبد المجيد محمود الصلاحين	تعليق الجمع والجماعات زمن الأوبئة- كورونا أمودجا
العربية	العدد الخاص. يونيو. 2020م	ص26 إلى ص85	أ.د. سعد خليفة العبار	فتوى الحجر الصحي بسبب جائحة كورونا: نطاقها وخصائصها
العربية	العدد الخاص. يونيو. 2020م	ص86 إلى ص141	د. سلوى فوزي الدغيلي	التنظيم القانوني لمواجهة الأوبئة وأثره على مفاهيم «حقوق الإنسان» فايروس كورونا- كوفيد19 نموذجاً
العربية	العدد الخاص. يونيو. 2020م	ص142 إلى ص197	د. طارق محمد الجملي	فاعلية المجابهة الجنائية لإيقاع ونقل عدوى الأمراض «الفتاكة» تقييم لمسلك المشرع الليبي
العربية	العدد الخاص. يونيو. 2020م	ص198 إلى ص219	د. سلمة فرح الجازوي	الآثار القانونية لوباء كورونا على الالتزامات التعاقدية

كاشف الأعداد

لغة النشر	بيانات النشر	الصفحات من صفحة إلى صفحة	اسم الباحث	البحث
العربية	العدد 27 أغسطس 2020م	ص16 إلى ص49	د.مصطفى إبراهيم العربي	عقوبة الشريك في جرائم الحدود والقصاص بين الإغفال التشريعي والاجتهاد القضائي، «تعليقي على المبدأ الذي أقرته المحكمة العليا الليبية المنعقدة بدوائرها المجتمعة في قضية الطعن الجنائي رقم 752 / 55 ق
العربية	العدد 27 أغسطس 2020م	ص50 إلى ص85	د.عمر عبد الله أمبارك	دور القوات المسلحة في حماية السيادة في ظل الدساتير والقوانين الوطنية
العربية	العدد 27 أغسطس 2020م	ص86 إلى ص135	أ.د. عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني د.توفيق محمد إبراهيم نصيب	دور السياسة الشرعية في التعامل مع الفتن حال وقوعها الجويني أمودجاً
العربية	العدد 27 أغسطس 2020م	ص136 إلى ص179	د.بالجيلالي خالد	سلطة القاضي في رد التوازن العقدي عند تحقق الظروف الطارئة دراسة في القانون الليبي والجزائري
العربية	العدد 27 أغسطس 2020م	ص180 إلى ص243	د.جازية جبريل شعيتير	الحماية الجنائية لنزاهة العملية الانتخابية، دراسة نقدية لقوانين الانتخابات الليبية بعد 2011م
العربية	العدد 27 أغسطس 2020م	ص244 إلى ص279	د.إبتسام أحمد بحيج	حقوق الإنسان والعدالة المحلية في مشروع الدستور الليبي بين الواقع والمأمول



نموذج مشاركة بالمجلة

الاسم الثلاثي:

جهة العمل:

الوظيفة:

الهاتف:

التخصص:

الدرجة العلمية:

البريد الإلكتروني:

العنوان:

مجالات الكتابة والاهتمام المعرفي:

نوع المشاركة:

عرض الكتاب

مقالة

بحث

تعليق على حكم قضائي



نموذج مشاركة بالمجلة

موضوع الدراسة محل المشاركة:

إقرار :

أقر بموجب هذا الطلب بأن ما يتضمنه العمل المقدم للمشاركة إنما يعبر عن آرائي الخاصة، ولا صلة له البتة بتوجهات المجلة، ولا يعبر عن وجهة نظر إدارة تحريرها أو الجهة التابعة لها، وبأن العمل المقدم لم يسبق نشره أو تقديمه للنشر لأي جهة أخرى، ولن أعيد نشره بدون إذن كتابي من إدارة هذه المجلة وأنه غير مستل أو متضمن في أي دراسة أو بحوث سابقة، وأتحمل المسؤولية كاملة جراء أي مخالفة للقواعد المنظمة لحقوق المؤلف والملكية الفكرية.

اسم مقدم نموذج المشاركة:

التاريخ:



نموذج خاص بتقديم المقترحات والملاحظات

ترحب إدارة تحرير مجلة دراسات قانونية بأي ملاحظات أو مقترحات يقدمها الأساتذة والكتاب والقراء، من شأنها تدارك ما قد يعثر إصدارات المجلة من عيوب، أو يشوبها من مثالب، سواء أكانت نتيجة قصور أم تقصير من إدارة المجلة، أم تتعلق بما يكتنف الأعمال المنشورة فيها من أخطاء، وكل ما من شأنه النهوض بموضوعات هذه المجلة وإصدارها في أبهى حلة، ونأمل أن تقدم الملاحظات والمقترحات على النحو الآتي:

• ملاحظات شكلية تتعلق بإخراج المجلة وطباعتها:

• ملاحظات موضوعية تتعلق بالمادة العلمية المنشورة بالمجلة:



نموذج خاص بتقديم المقترحات والملاحظات

ملاحظات بشأن تبويب المجلة وكيفية تصنيف موضوعاتها:

اقتراحات أخرى:

**Journal Specialized Court.
Published by Faculty of Law.
Issued three times a year.
About Faculty of Law.
Benghazi University.**

Dr. salwa Fawzi AL-Dugail.

Dean of the Faculty of Law

General Supervisor of the Journal.

Editorial Board:

Prof. Saad K AL-Abbar.

Chairman of the editorial board Journal.

Dr. Mashallah Othman AL-Zwi.

Editor of the Journal.

Dr. Abdulatif Abdulhamed Mohammed.

Mr. Ahmed Juma Al-Qabaili.

Mr. Sabar Fayaz AL-Worfali.

Deposit Number- 2020//172
National Library
Faculty of Law- University of Benghazi
All rights reserved to the publisher, Faculty of Law
University of Benghazi

Correspondence provide
the name of the editorial board chief
at the following addresses
University of Benghazi- Faculty of Law
administration Building Second Floor
Benghazi- Libya

Email: saadkhhh@yahoo.fr

Email: Law@benghazi.edu.ly

Telephone: +218 (61) 222 9029.

Fax: +218 (61) 222 9029.

Websitr: law.benghazi.edu.ly.

Facebook: مجلة دراسات قانونية- كلية القانون بجامعة بنغازي

Cover Artwork & design copy rights, reserved to
the Faculty of Law- University of Benghazi

All other rights related to this work are in the pubic domain



Journal OF Legal Studies

NO: Twenty eighth

December.2020

**Journal Specialized Court
Published by Faculty of Law
Issued three times a year
About Faculty of Law – Benghazi University**

In this Issue:

- **Fatwa Regulations in Divorce Issues.**
- **The mutual effect between the arbitration agreement and the state's executive immunity . “ comparative analytical study”.**
- **Responsibility for traffic accidents and their implications for Islamic jurisprudence.**
- **Transitional justice in Libya between the rule of law and the challenges of transitional phase.**
- **The legal effects of the Corona pandemic on the implementation of the administrative contract in Libyan Law. “A comparative study”.**
- **The contractual balance of the credit in accordance with the provisions of Libyan law and international custom.**

Deposit Number:172/2020
National Library