



دراسات قانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها كلية القانون - جامعة قارون

في هذا العدد

- الحصانة القضائية للدولة طبقا لاتفاقية الامم المتحدة لسنة 2005 بشأن الحصانة القضائية للدول واموالها.
- التطورات الحديثة في مجال مسؤولية المرافق العامة الطبية.
- بطلان العقد للجهل بالمحل في الشريعة الاسلامية والقانون المدني الليبي.
- الشكليات في العقود الالكترونية.
- مسألة تكرار الجرائم بين قانون العقوبات وقوانين الحدود (دراسة في التشريع الجنائي الليبي).
- تخلف شرط العلم بالانفاذ ومعانيها وأثره في الاحاديث المروية بالمعنى من حيث القبول والرد.
- الخبرة وماتثيره من اشكاليات في ضوء احكام القانون رقم 17 لسنة 1986 بشأن المسؤولية الطبية.
- العضو عن الجاني في جريمة القتل العمد وثاره.
- مدى جواز العمل بنظرية الضرورة في ظل الشريعة الاجرائية.
- توصيات الندوة العلمية حول المسؤولية عن حوادث المرور المنعقد بمدينة سبها 2006م.

اكتوبر 2007

العدد السادس عشر

المجلد السادس عشر

منشورات جامعة قارون
بنغازي



50

دراسات قانونية

مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة فاريونس



المشرف العام

أ.د. عبد القادر محمد شهاب

رئيس التحرير

أ.د. موسى مسعود ارحومة



هيئة التحرير

أ. طارق محمد الجملي

أ. عبد الله علي العبيدي

أ. نورية الساعدي المقريف

أ. سالمة فرج الجازوي

أ. رافع محمود الفاخري

أ. الصالحين محمد العيش

المجلد 16. العدد 16. 2007

الهيئة الاستشارية :

- أ.د. محمد حسن الجازوي .
- أ.د. أحمد عمر بوزقية .
- أ.د. عبد القادر محمد شهاب .
- أ.د. سليمان محمد الجروشي .
- أ.د. مفتاح عبدالسلام المهدوي .
- أ.د. سالم ارجيعة سالم .
- أ.د. عبد الله زايد الكاديكي .
- أ.د. سليمان صالح الغويل .
- أ.د. موسى مسعود ارحومة .
- أ.د. أحمد الصادق الجهاني .
- أ.د. عمر محمد السيوي .
- أ.د. عبدالقادر عبدالله قدورة .
- د. سالم محمد الأوجللي .

* مجالات النشر بالمجلة :

تُعنى هذه المجلة بنشر البحوث والدراسات القانونية والشرعية وعرض الكتب والرسائل الجامعية والتقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات العلمية ، والتعليق على القوانين وأحكام المحاكم .

* ضوابط النشر بالمجلة :

- 1 - ألا تكون الدراسة أو البحث المقدم للنشر قد سبق نشره بمجلة أخرى ، أو يكون جزءاً من كتاب منشور أو رسالة جامعية أعدها الباحث .
- 2 - يتعين ألا تتعدى صفحات البحث 30 صفحة من القطع المتوسط .
- 3 - يجب أن يكون البحث مطبوعاً على ورق (A4) ، ويُراعى أن يكون مصححاً لغوياً ومستوفياً الشروط العلمية والمنهجية المتعارف عليها .
- 4 - يُرفق بالبحث قرص مدمج (CD) .
- 5 - في حالة ما يكون البحث المقدم للنشر بلغة أجنبية يجب إرفاق ملخص له باللغة العربية .
- 6 - تخضع البحوث المقدمة للنشر للتقويم العلمي ، وعلى الباحث الالتزام بإجراء التعديلات وفق الملاحظات التي يبدئها المحكمون .
- 7 - يتعهد كل باحث بعدم نشر بحثه بعد إخطاره بقبول نشره بهذه المجلة بأية دورية أخرى دون إذن مسبق من هيئة التحرير .
- 8 - على الباحث أن يرفق ببحثه نبذة تعريفية موجزة عن مؤهلاته ومصدرها ، فضلاً عن إسهاماته العلمية .
- 9 - يُمنح كل باحث يُقبل ببحثه للنشر بهذه المجلة نسخة من عدد المجلة أو مستلآت من البحث .
- 10 - البحوث المقدمة للنشر بالمجلة لا ترد إلى أصحابها سواء قُبِلت أم لم تُقبل .

تنبيه : إن البحوث والدراسات التي تُنشر بهذه المجلة تعبّر عن رأي كاتبها فحسب وليس بالضرورة أن تكون معبّرة عن رأي المجلة .

افتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

درجت كلية القانون بجامعة قاريونس منذ العقد السابع من القرن الماضي على إصدار مجلة علمية بعنوان (دراسات قانونية) ، تصدر عن أعضاء هيئة التدريس بالكلية ، واستمرت في الصدور إلى نهاية تسعينيات القرن الماضي ، ثم توقفت لأسباب خارجة عن إرادة الكلية ، وهما هي تستأنف مسيرتها في ثوبها الجديد بفضل الله ، ثم جهود هيئة التحرير .

ويسعدني باسمي واسم أعضاء اللجنة الشعبية بالكلية أن أقدم هذا العدد من المجلة إلى المهتمين بالدراسات القانونية داخل الجماهيرية وخارجها . وكلني أمل في أن يتجاوب أعضاء هيئة التدريس بالكلية والمهتمون بالدراسات القانونية بإثراء هذه المجلة بالدراسات والبحوث حتى نضمن لها الاستمرارية والتواصل .

وفي الختام ، أتقدم إلى هيئة تحرير المجلة بجزيل الشكر وفائق التقدير ؛ لِمَا بذلوه من جهد من أجل إخراج هذا العمل إلى حيز الوجود .

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته ...

(د. عبد القادر محمد شهاب)

أمين اللجنة الشعبية للكلية

المراسلات تُقدّم باسم رئيس التحرير على العنوان التالي :
كلية القانون / جامعة قاريونس (بنغازي)

هاتف : 00218 - 61 - 2229029 فاكس : 00218 - 61 - 2229029

صُفَّتْ فِي هَذِهِ الْمَجْلَةِ بِطَرِيقِ الْجَمْعِ الصَّوْتِيُّ فِي مَكْتَبِ الشُّعْرَةِ
الطَّارِقِ - بَنَارِ

محتويات العدد

- الحصانة القضائية للدولة طبقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لسنة 2005
بشأن الحصانة القضائية للدول وأموالها 9
أ.د. أحمد عمر أبوزقية
- التطورات الحديثة في مجال مسؤولية المرافق العامة الطبية 39
أ.د. عمر محمد السيوي
- بطلان العقد للجهل بالحل في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي 66
د. ضو أبوغرارة
- الشكلية في العقود الإلكترونية 94
أ. الصالحين محمد العيش
- مسألة تكرار الجرائم بين قانون العقوبات وقوانين الحدود (دراسة
في التشريع الجنائي الليبي) 125
د. الهادي يوسف أبوحمرة
- تخلف شرط العلم بالألفاظ ومعانيها وأثره في الأحاديث المروية بالمعنى
من حيث القبول والرد 179
د. عبدالباسط الهادي النعاس

- الخبرة وما تثيره من إشكاليات في ضوء أحكام القانون رقم 17 لسنة 1986 بشأن المسؤولية الطبية 208
أ.د. موسى مسعود ارحومة
- العفو عن الجاني في جريمة القتل العمد وآثاره 248
د. غيث محمود الفاخري
- مدى جواز العمل بنظرية الضرورة في ظل الشرعية الإجرائية 281
أ. مبروك عبدالله الفاخري
- توصيات الندوة العلمية حول المسؤولية عن حوادث المرور المنعقدة بمدينة سبها 2006م 305

الحصانة القضائية للدولة

طبقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لسنة 2005م

بشأن الحصانة القضائية للدول ولأموالها

أ.د. أحمد عمر بوزقية
أستاذ شرف القانون الخاص
كلية القانون - جامعة قارونس

تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 17 أي النار 2005م نصوص اتفاقية حول "الحصانة القضائية للدول ولأموالها". وقد جاءت هذه الاتفاقية محصلة لعمل بدأ في العام 1976م من قِبَل لجنة القانون الدولي .

ولتقدير أهمية هذه الاتفاقية نذكر بأنه ، على خلاف الحصانة القضائية للممثلين الدبلوماسيين والقنصلين التي جرى تقنينها في اتفاقيات فيينا (1961 - 1963م) ، ظلت هذه المسألة خاضعة للقانون الدولي العرفي ، ولذلك كانت محل اختلافات في الاجتهاد من دولة إلى أخرى ، بل إن بعض الدول عمدت إلى إصدار تشريعات بهدف تقليصها والحد من نتائجها .

ولفهم الأحكام التي جاءت بها الاتفاقية محل البحث ، يتطلب الأمر أن نعرض أولاً للمناخ القانوني الذي صاحب إعدادها وسبق اعتمادها من قِبَل الجمعية العامة للأمم المتحدة .

المبحث الأول

المناخ القانوني السابق للاتفاقية

طبقاً لعادات وأعراف موعلة في القدم يتمتع السفراء بامتيازات وحصانات كانت الدول والتجمعات السياسية تراعيها وتحترمها بكل دقة ، في علاقاتها المتبادلة. وقد امتدّت هذه الحصانة منذ القرن التاسع عشر إلى الدول ، ثم إلى أشخاص القانون الدولي العام الأخرى (مثل المنظمات الدولية) ، وفي إطار التطور نفسه جرى توسيع نطاقها لتشمل الأفراد الذين يتصرفون باسم أشخاص القانون الدولي ، فلم تعد قاصرة على السفراء وإنما أصبحت تشمل الممثلين الدبلوماسيين والقنصليين ورؤساء الدول والموظفين الدوليين . وهنا يجب أن نفرّق بين حصانة الدولة من جهة ، وحصانة غيرها من الأشخاص من جهة أخرى . فبينما نجد حصانة الممثلين الدبلوماسيين والقنصليين والمنظمات الدولية ، أساسها في اتفاقيات دولية ، ظلّت حصانة الدولة - وستظل حتى دخول الاتفاقية محل الدراسة حيز التنفيذ - خاضعة للعرف الدولي .

المطلب الأول

الحصانة القضائية للممثلين الدبلوماسيين

والقنصليين والمنظمات الدولية

بدايةً نذكر لكي نستبعد المنظمات الدولية وموظفيها ، فهي تنشأ طبقاً لاتفاقية دولية تبين الحصانات والامتيازات التي تتمتع بها المنظمة وموظفيها . أما فيما يتعلق بالممثلين الدبلوماسيين والقنصليين فقد جرى تقنين الأعراف الدولية بهذا

الشأن في اتفاقيتين⁽¹⁾ وقَّعتا في مدينة (فيينا) ، الأولى خاصة بالعلاقات الدبلوماسية (1961م)⁽²⁾ ، والثانية خاصة بالعلاقات القنصلية (1963م) .

(1) - وقد نظم القانون الليبي ، قبل اتفاقيات فيينا ، الحصانات والامتيازات بالقانون رقم (21 - 1954م) ، الذي لم يُلغَ صراحةً - على حدِّ اطلاعنا - حتى الآن . وقد وُضِعَ ليحل محل التشريعات الولائية التي كانت سارية قبل صدوره ، وهي : القانون رقم (21 - 1950م) والخاص بامتيازات وحصانات الأمم المتحدة بولاية برقة ، وإعلان الإدارة العسكرية رقم (208 - 1950م) بولاية طرابلس . ولم يقتصر القانون المذكور على تقرير حصانة الأمم المتحدة وموظفيها ، كما كان الأمر في التشريعات الولائية وإنما شمل أيضاً الممثلين الدبلوماسيين والقنصلين للدول الأجنبية . وتمتع هؤلاء بالحصانات والامتيازات المقررة في القانون ، وهي رفع الدعوى واتخاذ الإجراءات القانونية ضدهم (المادة 1) مشروط بتوافر التبادل (م 16)⁽³⁾ . أي المعاملة بالمثل . وإذا كانت هناك ظروف تاريخية وراء إصدار القانون المذكور فإن هذه الظروف قد تغيَّرت بحيث إنه فقدَ الكثير من أهميته ، فبعض المؤسسات التي يقرر لها القانون حصانة لم تعد موجودة مثل محكمة الأمم المتحدة بليبيا ، كما أن انضمام الدولة الليبية للاتفاقيات المنشئة للأمم المتحدة واتفاقية (فيينا) المشار إليها تشكّل الآن المصدر القانوني لتنظيم الحصانة ، ولها الأولوية في التطبيق على القانون الداخلي . وهكذا فإن مجال

(1) - يمكن الرجوع إلى مؤلَّف علي صادق أبو هيف : القانون الدبلوماسي ، ط 2 ، منشأة المعارف - الإسكندرية ، ص 180 وما بعدها ، ص 353 وما بعدها .

(2) - صادقت الجماهيرية على هذه الاتفاقية بالقانون رقم (9) 1977م ، المنشور بالجريدة الرسمية ، ص 15 ، ع 16 ، ص 505 .

(3) - انظر : محمد عبدالحق عمر : القانون الدولي الخاص الليبي ، رقم (236) .

تطبيقه تقلص ليقصر على الفرضيات التي لا توجد بها اتفاقية دولية تنظم مسألة الحصانة .

(2) - أما اتفاقية (فيينا) للعلاقات الدبلوماسية فنظمت الحصانة القضائية في المادة (31) وتجعلها مطلقة بالنسبة للقضاء الجنائي ، بينما فيما يخص القضاء المدني والإداري فإنها تورد عليها ثلاثة قيود هي :

أ - الدعاوى العينية المتعلقة بالأموال الكائنة في إقليم الدولة المعتمد لديها (المبعوث الدبلوماسي) ، ما لم تكن حيازته لها بالنيابة عن الدولة المعتمدة لاستخدامها في أغراض البعثة .

ب - الدعاوى المتعلقة بشؤون الإرث والتركات والتي يدخل فيها بوصفه منفذاً أو مديراً أو وريثاً أو موصياً له ، وذلك بالأصالة عن نفسه لا بالنيابة عن الدولة المعتمدة .

ج - الدعاوى المتعلقة بأي نشاط مهني أو تجاري يمارسه في الدولة المعتمد لديها خارج وظائفه الرسمية .

بالإضافة إلى هذه الحالات فإن المتمتع بالحصانة إذا ما رفع دعوى أمام القضاء فلا يستطيع التمسك بها بالنسبة إلى أي طلب عارض يتصل مباشرة بالطلب الأصلي (م 32 ف 3) . وعلى خلاف ذلك فإن القنصل والموظفين القنصليين يخضعون للقضاء الجنائي للدولة الموفدين إليها (م 41 من اتفاقية فيينا لسنة 1963م بشأن العلاقات القنصلية) ، بينما لا يخضعون للقضاء المدني والإداري فيما يتعلق بالأعمال التي يقومون بها لمباشرة مهامهم القنصلية إلا إذا كانت الدعوى المدنية :

أ - ناتجة عن عقد مبرم بمعرفة عضو أو موظف قنصلي أو مستخدم ، ولم يكن قد أبرم هذا التعاقد - صراحةً أو ضمناً - بصفته موظفاً للدولة الموفدة .

ب - مرفوعة بمعرفة طرف ثالث عن ضرر نتج عن حادث مركب أو سفينة أو طائرة (المادة 43) .

والشطر الأخير من هذه المادة مبهم وغير واضح . فما علاقة القنصل بحادث تسببه مركب أو سفينة أو طائرة ؟ إلا أن تكون الوسيلة التي نتج عنها الحادث مملوكة للدولة التي يمثلها . وحتى في هذا الفرض فإن الغالب أن تكون مملوكة لشركة أو مؤسسة لها شخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية الدولة⁽¹⁾ .

المطلب الثاني

الحصانة القضائية للدولة

لا شك أن الدولة تتمتع بالحصانة من المقاضاة أمام محاكم الدول الأخرى باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الدولي . بل إن تمتع رؤساء الدول وممثليها الدبلوماسيين ليس إلا بطريقة غير مباشرة باعتبارهم معبرين عن هذه الشخصية . ولا يحول دون التمتع بالحصانة عدم الاعتراف بالدولة ؛ لأن التمتع بالحصانة مرتبط بصفة الدولة وتلك واقعة سابقة على الاعتراف .

وأساس الحصانة تقليدياً هو مبدأ الاستقلال والمساواة التي تتمتع بها كل دولة في مواجهة غيرها من الدول ، فالقول بخضوع الدولة لقضاء دولة أخرى ينطوي على نوع من الانصياع والجبر يتنافى مع سيادة الدولة واستقلالها . أما الفقه المعاصر فيرفض التسليم بهذا الأساس وقال بعدة آراء ؛ فهناك من يرجع الحصانة إلى فكرة المجاملة الدولية . وهناك من يرى أن أساسها هو فكرة التعايش المشترك بين النظم القانونية ، وهناك أخيراً من يرى أن الحصانة لا تعني عدم اختصاص المحاكم الوطنية ، فهي تظل مختصة ، غاية الأمر أنها تحكم بعدم قبول الدعوى ؛ لأن قبولها سوف يؤدي إلى تعكير صفو العلاقات الدولية بين دولة القاضي والدولة الأجنبية

(1) - قارن : أبو هيف : القانون الدبلوماسي ، ص 355 .

المرفوعة ضدها الدعوى . والترجمة الإجرائية للحصانة هي الدفع بالحصانة ، وهناك خلاف في تكييف هذا الدفع ، فهناك من يعتبره دفعاً بعدم الاختصاص النوعي تملك المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها ، وهناك من يعتبره دفعاً بعدم القبول ، وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية⁽¹⁾ . والذي نراه أنه انتفاء الولاية القضائية ، فحرية الدول في تحديد الولاية القضائية لمحاكمها يقيدتها ضرورة احترام التزاماتها الدولية ، وتعتبر الحصانة القضائية من بين هذه الالتزامات . والحصانة باعتبارها حقاً للمستفيد يجوز له التنازل عنها ، ولكن هذا التنازل لا يفترض فيجب أن يكون مؤكداً ، وإن كان يمكن أن يكون ضمناً مثل الحضور أمام القضاء دون التمسك بالحصانة .

أما عن نطاق الحصانة القضائية للدولة ، فقد ثار النقاش ، فإذا كان الأمر قد حُسم باتفاقيات (فيينا) السابق ذكرها فيما يتعلق بالممثلين الدبلوماسيين والقنصلين ، فإنه لم يحسم فيما يخص الدولة . ودار الجدل بين نظرية تقليدية تقول بالحصانة المطلقة وتجعل مناط الحصانة شخص المتمتع بها بصرف النظر عن طبيعة التصرف ، ونظرية حديثة مقيدة لا تقر بالحصانة لجميع تصرفات المتمتع بها ، وإنما فقط تلك المتعلقة بممارسة اختصاصات القانون العام . ورغم التعارض الظاهر بين النظريتين إلا أنه في التطبيق العملي هناك تقارب يرجع إلى أن الحصانة المطلقة لم تطبق بخذافيرها ، ومن جهة أخرى لا يتجاهل أنصار الحصانة المقيدة المعيار المستمد من صفة المعني بمسألة الحصانة .

وقد احتدَّ النقاش بخصوص الحصانة القضائية للدولة ، حيث لم تعد كما كانت في بداية القرن 19 : الدولة الحارسة ، وغدت الدولة التاجرة ، تمارس أنشطة اقتصادية وتجارية شبيهة بتلك التي تمارسها الأشخاص خاصة ، ولذلك لم تعد نظرية

(1) - انظر : هولو - فوابيه - دلابرادل : القانون الدولي الخاص ، ماسون - باريس ، 1987م ، رقم (888).

الحصانة المطلقة مقبولة في العلاقات الدولية ، وهنا يجب التمييز بين الحصانة من المقاضاة والحصانة ضد إجراءات التنفيذ قبل عرض الاتجاه نحو الحد منهما .

أ - الحصانة من المقاضاة :

يتميز الفقه والقضاء بين نوعين من تصرفات الدولة ، تلك التي تجرئها باعتبارها سلطة عامة ، أي باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون العام وتمتع بصدها بالحصانة ، وتلك التي تجرئها باعتبارها من أشخاص القانون الخاص ، أي أعمال الإدارة الخاصة وتخرج عن نطاق الحصانة ، أي يجوز مقاضاة الدولة بشأنها.

ب - الحصانة ضد إجراءات التنفيذ :

وهي لا تعتبر أثراً من آثار الحصانة القضائية رغم الصلة الوثيقة بينهما ، فالحصانة القضائية تهدف إلى الحيلولة دون مثول المستفيد بها أمام القضاء الوطني لدولة أجنبية بينما تهدف حصانة التنفيذ إلى عرقلة إجراءات التنفيذ التي يقوم بها الدائن للمستفيد بالحصانة من اتخاذها ضده ما يترتب على ذلك من اضطراب في العلاقات الدولية وتعطيل لممارسة الدولة الأجنبية لوظائفها ؛ ولذلك فإن مبدأ الحصانة المطلقة هو السائد عموماً بشأن الحصانة ضد إجراءات التنفيذ الجبري ، فهذه الإجراءات أكثر خطورة في مساسها بالسيادة من مجرد المثول أمام المحكمة حتى لو انتهت الدعوى بصدور حكم ضد الدولة ، ولذلك نجد المادة (32 - 4) من اتفاقية (فيينا) للعلاقات الدبلوماسية تنص على أن التنازل عن الحصانة القضائية من قبل الدولة لا يعني تنازلاً عن الحصانة ضد إجراءات التنفيذ الجبري .

ج - الاتجاه نحو الحد من الحصانة :

لقد بدأ هذا الاتجاه قضائياً ثم تبلور - في بعض الدول - في إصدار تشريعات منظمة لمسألة الحصانة بهدف الحد من إطلاقها .

والاتجاه القضائي تمثله محكمة النقض الفرنسية التي تعتمد منهج المعيار العام

سواء فيما يتعلق بالحصانة القضائية ، حيث المعيار هو طبيعة التصرف كما أشرنا أعلاه ، أو حصانة التنفيذ حيث تعتمد معيار تخصيص الأموال المراد اتخاذ الإجراءات التنفيذية أو التحفظية عليها ، فإذا كانت تلك الأموال مخصصة للأغراض العامة تكون مشمولة بالحصانة ، أما إذا كانت مخصصة لأغراض خاصة فيجوز أن تكون محلاً للإجراءات المشار إليها⁽¹⁾.

وقد انطلق الاتجاه نحو تقنين الحصانة من الولايات المتحدة الأمريكية بقانون 1976م ، ويرمز له بالحروف F.S.I.A⁽²⁾ والمعدل بالقانون الصادر في 1988/11/9⁽³⁾ ، ثم تتبعها المملكة المتحدة بقانون 1978م ، ويرمز له S.I.A ، ثم توالى التشريعات : كندا 1982م⁽⁴⁾ ، استراليا 1985م⁽⁵⁾.

وتتبع هذه التشريعات أسلوباً واحداً ، وهو بعد تقرير مبدأ الحصانة القضائية وتحديد المتمتعين بها إيراد مجموعة من الاستثناءات تتباين سعة وضيقاً من تشريع لآخر .

ومن ناحية ثانية ، فإن الهدف من إصدارها يكمن في إمكانية متابعة دول تنتمي غالباً لدول العالم الثالث أمام محاكم تلك الدول والحجز على أموالها الكائنة بهذه الدول . ورداً على ذلك أصدر المشرع الليبي القانون رقم 4/ 1371 و.ر⁽⁶⁾

(1) - انظر : المرجع السابق ، ص 405 وما بعدها . وكذلك : لوفو - وليون - كان : "الدولة الأجنبية أمام

القاضي الوطني في المنازعات الاقتصادية الدولية" ، مجلة التحكيم ، 2003م ، ص 995 وما بعدها .

(2) - المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ، 1978م ، ص 396 ، وتعليق هرذوج Herzog .

(3) - Joly : "الولايات المتحدة : تعديل 1988م يحدد من نطاق حصانة الدول الأجنبية" ، مجلة

التحكيم ، 1990م ، ص 706 .

(4) - المجلة الانتقادية ، 1986م ، ص 374 ، وتعليق إمانويلي .

(5) - المجلة الانتقادية ، 1987م ، ص 440 ، وتعليق كروفورد .

(6) - مدونة التشريعات ، س 3 ، ع 2 ، ص 92 .

(2003) أجاز به : (للبيين مقاضاة الدول الأجنبية أمام القضاء الليبي عن أعمالها غير المشروعة ، إذا كانت قوانينها تجيز لها مقاضاة الجماهيرية العظمى ، وذلك للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحق بهم ...) .

ومما يثير الانتباه أن عدول القضاء الفرنسي في العام 1929م عن مبدأ الحصانة المطلقة وتمييزه بين أعمال السيادة *de jure inperil* وأعمال الإدارة *de jure gestionis* كان بمناسبة التأميمات الروسية وبخصوص مكتب التمثيل التجاري الروسي بباريس .

والحقيقة أن هذا الاتجاه يعبر - حسب رأينا - عن التناقض الذي يتسم به الفقه الغربي ، فبعد أن صاغ قواعد الحصانة ووضع أسسها لم يعد يقبل بنتائجها إذا ما تعارضت مع مصالحه المتمثلة في إمكانية مقاضاة دول العالم الثالث أمام محاكمه والتنفيذ على أموالها وودائعها لديه ، مع أن الحصانة لا تعني إنكاراً للعدالة أو عدم إمكانية مقاضاة الدولة مطلقاً ، وإنما تظل خاضعة للمقاضاة ولكن أمام محاكمها فقط . وللتدليل على التناقض المشار إليه يكفي أن نذكر حكمين لمحكمة النقض الفرنسية⁽¹⁾ :

الأول : صدر في 1989/3/20م أقرت فيه المحكمة قضاة الموضوع عندما سمحوا بالحجز على أموال الدولة الإيرانية رغم تمسكها بالحصانة ؛ لأن الأموال المحجوز عليها كانت مخصصة لأنشطة اقتصادية وتجارية تتعلق بالقانون الخاص .

الثاني : صدر في 1989/6/28م نقضت حكم محكمة استئناف باريس الذي أيد توقيع الحجز على أموال شركة أيروديف Eurodif الفرنسية لصالح

(1) - مجلة التحكيم ، 1989 ، ص 6653 ، وتعليق فوشار . وقد سبق لنا أن أشرنا إلى التناقض المشار إليه في المتن ليس فقط بخصوص الحصانة القضائية ، وإنما - أيضاً - بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة . انظر : نحو رؤية قانونية لمسألة ديون العالم الثالث ، في : (المديونية الخارجية للأقطار العربية والأفريقية) ، الهيئة القومية للبحث العلمي ، طرابلس ، 1990م ، ص 550 - 554 .

الحكومة الإيرانية ؛ لأنه - حسب تفسيرها للمادة 1458 من قانون المرافعات الفرنسي - لا يجوز لأطراف التحكيم الطلب من القاضي إجراءات تحفظية لضمان حكم التحكيم قبل صدور هذا الحكم .

وقد أنهى الأستاذ فوشار تعليقه على الحكمين بالعبارة التالية : " إن حكم 1989/6/28م غير مقنع ، بل إنه يثير الاستياء عند مقارنته من حكم 1989/3/20م ففي الحالتين هناك إجراءات تحكيم قائمة ، ولكن هناك دين محقق من حيث المبدأ يدفع المدعي [أي طالب الإجراءات التحفظية] إلى أن يطلب من القاضي الفرنسي إجراء تحفظياً. في الحالة الأولى يؤيد - وبحق - الحجز التحفظي ضد الطرف الإيراني ، وفي هذه الحالة الثانية يقرر رفع الحجز تحت يد الغير لصالح الطرف الإيراني . ألا يعطي هذا الحكم الانطباع بأن هناك في النزاع الحالي معيارين ومكيالين ؟ وحتى إذا كانت بعض الجوانب الأخرى في النزاع تصدمنا فإنه يجب التأكيد على أن "دولة القانون" في فرنسا لا تخضع لشرط غير مكتوب بالمعاملة بالمثل ... " .

إن الأحكام التي صاغت التشريعات الآتية الذكر نجدها مكرّسة باتفاقية الأمم المتحدة محل الدراسة . وليس بريئاً أن تكون بداية العمل لصياغة مشروع هذه الاتفاقية من قِبَل لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة معاصرة لصدور التشريعين الإنجليزي والأمريكي ، فقد باشرت اللجنة العمل عليها في العام 1978.

المبحث الثاني

أحكام الاتفاقية

بعد أن حدد نطاق سريان الاتفاقية عاجلت أحكام الحصانة القضائية ، ثم الحصانة ضد الإجراءات التنفيذية ، لتختتم ببعض الجوانب الإجرائية .

المطلب الأول

نطاق سريان الاتفاقية

يجب تحديد هذا النطاق من حيث الأشخاص ، ثم من حيث الموضوع .
ولكن بداية نذكر بأن المادة الثالثة تستبعد تأثير الاتفاقية على بعض الامتيازات أو الحصانات المقررة بمقتضى الاتفاقيات الدولية أو بمقتضى أحكام القانون الدولي ، حيث تنص على أن أحكام الاتفاقية لا تخل : " بالامتيازات والحصانات التي تتمتع بها الدولة بموجب القانون الدولي فيما يتعلق بممارسة وظائف :

- أ - بعثاتها الدبلوماسية أو القنصلية ، أو بعثاتها لدى المنظمات الدولية أو وفودها إلى أجهزة المنظمات الدولية أو المؤتمرات الدولية .
- ب - والأشخاص المرتبطين بها " .

وكما أشرنا ، فإن هذه الحصانات تنظمها اتفاقيات فيينا للعلاقات الدبلوماسية أو القنصلية أو الاتفاقيات المنشئة للمنظمات الدولية .
أو بالامتيازات والحصانات المقررة لرؤساء الدول بصفتهم الشخصية .
أو بالحصانات المقررة فيما يتعلق بالطائرات أو الأجسام الفضائية (مثل السفن الفضائية أو الأقمار الصناعية) التي تملكها أو تشغيلها الدولة .

* أولاً - النطاق الشخصي للاتفاقية :

ما دامت الاتفاقية تتعلق بحصانة الدولة ، وهو ما تنص عليه صراحة المادة الأولى من الاتفاقية فإن تحديد نطاقها الشخصي ينصرف إلى بيان المقصود بالدولة التي تتمتع بالحصانة ، وهو ما بينته المادة (2 - ف 1 - ب) عندما قررت بأنه يقصد " بالدولة " لأغراض تطبيق الاتفاقية :

- 1 - الدولة ومختلف أجهزة الحكم فيها .
 - 2 - الوحدات التي تتكون منها دولة اتحادية أو التقسيمات الفرعية السياسية للدولة التي يحق لها القيام بأعمال في إطار ممارسة سلطة سيادية والتي تتصرف بتلك الصفة .
 - 3 - وكالات الدولة أو أجهزتها أو غيرها من الكيانات مادام يحق لها القيام بأعمال في إطار ممارسة السلطة السيادية للدولة ، وتقوم فعلاً بهذه الأعمال .
 - 4 - ممثلو الدولة الذين يتصرفون بتلك الصفة " .
- وقد يبدو من هذا التعداد أن الاتفاقية تأخذ بمفهوم موسع للدولة المشمولة بالحصانة ، وعلى العكس نجد أن قانون الحصانة الإنجليزي يتبنى مفهوماً ضيقاً ، حيث يقصره على رئيس الدولة والحكومة أو تقسيماتها الأخرى مستبعداً بذلك - من نطاق الحصانة - المؤسسات أو الشركات ذات الشخصية القانونية المستقلة عن الدولة إلا عندما تتصرف مثل هذه المؤسسات ممارسة لسلطة سيادية .
- فإذا ما تفحصنا جيداً التعداد الذي أوردته الاتفاقية نجد أنه مفهوم ضيق مثل مفهوم القانون الإنجليزي . فتمتع تقسيمات الدولة ومؤسساتها بالحصانة القضائية قاصر على الأعمال التي تقوم بها ممارسة لسلطة سيادية . أما قانون الحصانة القضائية الأمريكي فيأخذ بمفهوم واسع "للدولة الأجنبية" ، فهو يشمل الدولة نفسها وتقسيماتها الإدارية ، كما يشمل أيضاً المؤسسات المنبثقة منها (Emanations) حتى عندما تكون أنشطة هذه المؤسسات تجارية بالأساس ، مثل : التعدين ، النفط ، الملاحة الجوية والبحرية ، الاستيراد والتصدير⁽¹⁾ .

(1) - حول أحكام القانونين الإنجليزي والأمريكي انظر : كروفورد J. Crawford ، "الدول وتنفيذ أحكام التحكيم في القانونين الأمريكي والإنجليزي " ، مجلة التحكيم ، 1985 م ، ص 669 وما بعدها .

* ثانياً - النطاق الموضوعي :

خصصت الاتفاقية الباب الثالث منها (المواد من 10 - 17) للدعوى التي لا يجوز للدول أن تحتج بالحصانة فيها ، فهي استثناءات أو قيود على الحصانة . إذن يتحدد النطاق الموضوعي للاتفاقية بطريقة سلبية أي في غير الحالات المستثناة . ولكن أهم مسألة هي المتعلقة بالمعاملات التجارية وذلك بالنظر إلى اختلاف المعايير والأساليب في تحديد ما يعتبر معاملة تجارية تخرج عن نطاق الحصانة وما لا يعتبر كذلك ، وتستطيع الدولة التمسك بصدها بحصانتها .

1 -) فهناك أسلوب المعيار العام وهو الذي يسير عليه القضاء الفرنسي والممثل - حسبما ورد في حكم محكمة النقض⁽¹⁾ - بأن " الدول الأجنبية والمؤسسات التي تعمل طبقاً لأوامرها أو حسابها لا تتمتع بالحصانة القضائية إلا إذا كان التصرف سبب النزاع من أعمال السلطة العامة أو أجري لمصلحة أحد المرافق العامة " . وهذا المعيار يعني أن مبنى الحصانة هو طبيعة النشاط والغاية منه وليس صفة القائم به .

2 -) وهناك أسلوب التعداد أي بعد تقرير المبدأ ، أي مبدأ الحصانة القضائية للدولة، إيراد سلسلة من الاستثناءات ، وهو الأسلوب الذي اتبعته اتفاقية بال⁽²⁾ ثم تبعتها القوانين الأنجلوسكسونية المشار إليها وإن اختلفت بعض الشيء فيما بينها في تحديد مفهوم النشاط التجاري أو المعاملات التجارية . فالقانون الإنجليزي يعرف العمليات التجارية بالرجوع

(1) - في 1969/2/25 م ، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ، 1970 م ، ص 98 ، تعليق بورل .

(2) - وقد أبرم في نطاق المجلس الأوروبي في 1972/5/16 م ، المجلة الفصلية للقانون الأوروبي ، 1973 م ،

ص 313 ، تعليق فاليه .

لمحل العقد⁽¹⁾ ويذكر عقد التوريد ، والخدمات ، والقرض ، والعمليات المالية. وبجانب ذلك يضع مبدأ عاماً سلبياً يستبعد الحصانة بالنسبة للأنشطة أياً كانت تمارسها الدولة خارج نطاق ممارسة سلطتها العامة ، وهو ما يذكرنا بتفرقة القضاء الفرنسي بين أعمال السلطة العامة وأعمال الإدارة . أما القانون الأمريكي فيتخذ "موضوع الدعوى" ، ويشترط أن يكون متعلقاً بالنشاط التجاري للدولة الأجنبية ، ويعرف "النشاط التجاري" بأنه سواء الأنشطة التجارية المتابعة والمنظمة أو عمل تجاري منفرد ، ويضيف بأن تحديد النشاط التجاري أو العمل التجاري يجب أن يكون وفقاً لطبيعته وليس وفقاً للغرض منه .

وقد اهتمت الاتفاقية بتحديد المقصود بـ "المعاملة التجارية" في المادة الثانية بند (ج) الفقرة الأولى بأنه :

- 1 - " كل عقد تجاري أو معاملة تجارية لبيع سلع أو لتقديم خدمات .
- 2 - كل عقد بخصوص قرض أو معاملة أخرى ذات طابع مالي ، بما في ذلك كل التزام بالضمان أو التعويض يرتبط بهذا القرض أو هذه المعاملة .
- 3 - كل عقد آخر أو معاملة أخرى ذات طابع تجاري أو صناعي أو حرفي أو مهني ولكن دون أن يشمل ذلك عقد استخدام الأشخاص " .

ثم أضافت في الفقرة (2) من البند نفسه بعض الضوابط التي يجب مراعاتها عند تحديد الصفة التجارية للعقد أو المعاملة . فيجب بالدرجة الأولى النظر إلى "طبيعة العقد أو المعاملة" وبجانب ذلك يجب مراعاة "الغرض من العقد أو المعاملة إذا اتفق على ذلك أطراف العقد أو المعاملة أو إذا كان لهذا الغرض - في ممارسة دولة المحكمة - صلة بتحديد الطابع غير التجاري للعقد أو المعاملة " .

(1) - تعليق كولنس Collins بالجملة الانتقادية السابق الإشارة إليها .

والحقيقة أنه يجب فهم مراعاة الغرض من العقد أو المعاملة المشار إليه في هذه الفقرة في شقه الأول أن يرد في اتفاق الطرفين أن غايتهم من العقد أو المعاملة غاية تجارية . أما في شقها الثاني فيرمي إلى تغليب مفهوم الدولة المرفوعة أمامها الدعوى عندما يكون الغرض طبقاً لهذا المفهوم يجعل من العقد أو المعاملة من طبيعة غير تجارية .

المطلب الثاني

الحصانة القضائية

بعد أن قررت مبدأ الحصانة القضائية للدولة أوردت عليه طائفة من القيود

تستبعد فيها :

أولاً - القاعدة :

طبقاً للمادة (5) من الاتفاقية : " تتمتع الدولة - في ما يتعلق بنفسها وبممتلكاتها - بالحصانة من ولاية محاكم دولة أخرى ، رهناً بأحكام هذه الاتفاقية " . وتكمن أهمية هذا النص في أن الحصانة القضائية للدولة أمام محاكم الدول الأخرى تصبح بعد دخول الاتفاقية حيز التنفيذ مقررمة بمقتضى اتفاقية دولية بعد أن كانت خاضعة لأحكام العرف الدولي . ولضمان نفاذ هذه الحصانة فإن الاتفاقية تضع على عاتق الدول الأطراف في الاتفاقية التزاماً بأن تمتنع محاكمها عن (ممارسة الولاية القضائية في دعوى مقامة ... ضد دولة أخرى وتضمن لهذه الغاية أن تقرر ... من تلقاء نفسها احترام حصانة تلك الدولة الأخرى) (م 6) .

وتمتع الدولة بالحصانة لا يقتصر على الدعاوى التي ترفع على الدولة مباشرة أي التي تكون فيها الدولة مدعي عليها وإنما تمتد - أيضاً - إلى الدعاوى التي (تهدف في الواقع إلى التأثير في ممتلكات تلك الدولة الأخرى أو في حقوقها أو

مصلحتها أو أنشطتها) (م6 - 2 - ب) . وهذا يعني أن الدولة تستطيع التدخل في أي دعوى للدفع بالحصانة إذا رأت أن لها التأثير المشار إليه . كما يجب على الدولة المقامة الدعوى أمام محاكمها أن تعمل على ضمان تلك الحصانة وفقاً لأحكام الفقرة الأولى من تلك المادة . والحقيقة أن أعمال هذه الفقرة يستلزم تدخل الدولة لأنها الوحيدة التي يمكنها الادعاء بأن هدف الدعوى له التأثير المشار إليه .

ثانياً - الاستثناءات :

خصصت الاتفاقية المواد من 7 - 17 لتعداد الحالات التي لا يجوز فيها للدولة التمسك بالحصانة .
وسنحاول فيما يلي عرض تلك الحالات محاولين تجميع الحالات المتقاربة أو التي يجمعها رابط مشترك :

1 - التنازل الصريح أو الضمني :

أ - التنازل الصريح عن الاحتجاج بالحصانة حددت المادة 7-1 التي قررتها ، الصور التي يتخذها وهي : في اتفاق دولي أو في عقد مكتوب . ويفترض - هنا - أن الاتفاق الدولي أو العقد سابق على رفع الدعوى أمام المحكمة . ويضيف ، نفس النص ، صورة (إعلان أمام المحكمة أو برسالة خطية في دعوى محددة) (م7 - 1 - 8) . وهذه الصورة تفترض أن الدعوى مرفوعة أمام المحكمة . وتستبعد الفقرة (2) من المادة نفسها الربط بين القبول بتطبيق قانون دولة معينة على النزاع والقبول باختصاص محاكمها . وبالتالي لا يعتبر ذلك تنازلاً من جانبها عن التمسك بالحصانة القضائية .

ب - أما عن التنازل الضمني فقد أوردت الاتفاقية بعض الاستثناءات التي يمكن اعتبارها من قبيل التنازل الضمني عن التمسك بالحصانة :

* فالمادة (8 - 1) تقضي بأنه لا يجوز للدولة التمسك بالحصانة القضائية في دعوى مقامة أمام محكمة دولة أخرى إذا كانت (قد أقامت هي نفسها تلك الدعوى) . ولا يستقيم التمسك بالحصانة في مثل هذه الحالة إلا في إطار الدعاوى المقابلة أو ما تُطلق عليه المادة (9) : (الطلبات المضادة) ، إذ كيف نتصور أن الدولة بعد أن بادرت برفع الدعوى تحتج بالحصانة القضائية بصدها .

* أما فرضية الطلبات المضادة المقررة في المادة (9 - 1) فإن الحكم الذي أتت به منطقي وتقتضيه طبيعة الأشياء ، فلا يجوز للدولة التي تقيم دعوى أمام محكمة معينة أن تتمسك بالحصانة في مواجهة الطلبات التي يييدها خصمها مادامت ترتبط بالطلب الأصلي أو كما يقول النص : (أي طلب مضاد ناشئ عن نفس العلاقة أو الوقائع التي نشأ عنها الطلب الأصلي) .

ويعتبر مد ولاية محكمة الدعوى الأصلية إلى الطلبات المتفرعة عنها من القواعد الأساسية في قوانين المرافعات الداخلية ، كما نصّت عليه المادة (32 - 3) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية السابق الإشارة إليها ، والمادة (45 - 3) من اتفاقية العلاقات القنصلية ، وإذا كانت الطلبات المضادة مقدّمة من الدولة نفسها في دعوى مرفوعة عليها ، فلا يجوز لها التمسك بالحصانة القضائية بصدد الطلب الأصلي (م 9 - 3) .

ويعتبر من قبيل رفع الدعوى التدخل فيها بتقديم طلبات ، فلا يجوز للدولة الاحتجاج بحصانتها القضائية إذا كانت قد (تدخلت في تلك الدعوى أو اتخذت أي إجراء آخر في ما يتصل بموضوعها) (م 18 - 1 - ب) . ونجد نفس الحكم تقرره المادة (9 - 2) ، فلا يجوز - طبقاً لهذا النص - للدولة التي تتدخل بتقديم طلبات في دعوى مرفوعة أمام محكمة دولة ما أن تحتج بالحصانة القضائية (في ما يتعلق بأي طلب مضاد ناشئ عن نفس العلاقة القانونية أو

الوقائع التي نشأ عنها الطلب الذي قدّمته الدولة) .

غير أن الاتفاقية تورد على فرضية التدخل في الدعوى بعض التحفظات لا يعتبر فيها التدخل تنازلاً من جانب الدولة عن التمسك بحصانتها القضائية :

1. إذا أثبتت أنه لم يكن بوسعها العلم بالوقائع المبررة لطلب الحصانة إلا بعد

قيامها باتخاذ إجراءات تتصل بموضوع الدعوى ، شريطة أن تبادر بالتمسك

بالحصانة في أقرب وقت ممكن (م8 - 1 - ب) .

2. إذا كان الهدف من التدخل الاحتجاج بالحصانة .

3. إذا كان الغرض هو لإثبات حق أو مصلحة في ممتلكات هي موضوع

الدعوى.

* ويعتبر - أيضاً - من قبيل التنازل الضمني الاتفاق على التحكيم وفقاً لما نصّت

عليه المادة (17) من الاتفاقية . فلا يجوز للدولة التي تبرم اتفاقاً على حل

الخلافات المتعلقة بمعاملة تجارية⁽¹⁾ مع شخص طبيعي أو اعتباري أجنبي ،

عن طريق التحكيم ، أن تحتج بحصانتها القضائية أمام محكمة دولة أخرى ،

وذلك في الدعاوى التي تتصل بصحة أو تفسير أو تطبيق اتفاق التحكيم أو

بإجراءات التحكيم في ذاتها أو بطرق الطعن لتأكيد أو إلغاء حكم التحكيم .

وهذه الفرضيات الثلاثة تغطي - عملياً - جميع الدعاوى التي يمكن أن يثيرها

التحكيم . وهكذا فإن الاتفاق على التحكيم يعتبر قرينة على التنازل عن التمسك

بالحصانة القضائية ، ولكنها قرينة بسيطة تميز المادة (7) إثبات عكسها بالنص في

اتفاق التحكيم على العكس ، أي على عدم التنازل عن الحصانة ، وهذا التحفظ

يبدو شكلياً محضاً ، إذ إن من الصعب تصور أن يقبل المتعاقد مع الدولة أن يجعل

اللجوء إلى التحكيم رهناً بمشيئة الدولة ، إن شاءت نفذت اتفاق التحكيم ، وإن

(1) - يشمل هذا المصطلح الاستثمار حسبما جاء في مرفق الاتفاقية .

شاءت احتجت بالحصانة القضائية .

2 - المعاملات التجارية :

تبنت الاتفاقية في المادة (10) مبدأ الحصانة المقيّدة الذي كان يسير عليه القضاء الفرنسي ، أي استبعاد الحصانة فيما يتعلق بالأعمال التجارية . وهو ما تبناه القانون الأمريكي لسنة 1976 والقانون الإنجليزي لسنة 1978 ، والقوانين الأخرى التي قننت الحصانة مثل القانون الكندي والأسترالي السابق الإشارة إليها.

فطبقاً للمادة (10) لا يجوز للدولة الاحتجاج بالحصانة القضائية في المنازعات المتعلقة بالمعاملات التجارية (إذا كانت تلك المنازعات طبقاً لقواعد القانون الدولي الخاص ضمن الولاية القضائية لمحكمة دولة أخرى) إلا إذا كانت المعاملة التجارية بين الدول أو إذا اتفق أطرافها صراحةً على غير ذلك ، أو إذا كان النزاع بين إحدى المؤسسات الحكومية أو الكيانات التي أنشأتها الدولة مادامت تتمتع بالأهلية القانونية للتقاضي والذمة المالية المستقلة . وهذه الفقرة الأخيرة تعني أنه لا يجوز اختصام الدولة في نزاع بين إحدى مؤسساتها ذات الشخصية القانونية المستقلة وطرف آخر أجنبي ، ومن جهة أخرى فإن هذه المؤسسات لا يمكنها الاحتجاج بالحصانة القضائية للدولة التي تتبعها .

3 - عقود العمل :

وضعت المادة (11) من الاتفاقية في فقرتها الأولى المبدأ ثم أوردت في الفقرة الثانية عدداً من الاستثناءات :

* فطبقاً للفقرة الأولى لا يجوز للدولة أن تحتج بحصانتها القضائية في الدعاوى المتصلة بعقد عمل أبرم بين الدولة وأحد الأفراد بشأن عمل تمّ أدائه أو يتعين أدائه كلياً أو جزئياً في إقليم الدولة التي يحتج أمام محاكمها بالحصانة . وتورد

نفس الفقرة تحفظاً يتعلق بالحالة التي تتفق فيها الدولتان المعنيتان على غير ذلك، أي عندما تتفقان على سريان الحصانة القضائية على عقود العمل .

✳ أما عن الاستثناءات فإنها إما تتعلق بالأعمال المتصلة بممارسة السلطة الحكومية، إذا كان المستخدم ممن تسري عليهم الاتفاقيات الدبلوماسية أو القنصلية أو الاتفاقيات المتعلقة بالمنظمات الدولية من جهة ، ومن جهة أخرى إذا كان المستخدم مواطناً للدولة التي تستخدمه وقت إقامة الدعوى أو كان قد اتفق كتابةً معها على غير ذلك ، أي على حقها في التمسك بالحصانة ما لم تكن هناك اعتبارات متعلقة بالنظام العام بسبب موضوع الدعوى أو محلها تجعل محاكم الدولة (المدفوع أمامها بالحصانة القضائية) هي المختصة دون غيرها .

4 - دعاوى التعويض :

طبقاً للمادة (12) لا يجوز الاحتجاج بالحصانة القضائية في دعاوى المسؤولية المدنية سواء كان الضرر قد لحق الأشخاص أو الأموال .

5 - دعاوى الملكية والحياسة :

تقرر هذا الاستثناء المادة (13) وخلاصته عدم سريان الحصانة في الدعاوى التي تكون لدولة المحكمة :

✳ حق أو مصلحة في ممتلكات عقارية واقعة في دولة المحكمة .

✳ حق أو مصلحة في ممتلكات منقولة أو عقارية نشأ عن طريق الإرث أو الهبة أو التركات الشاغرة .

✳ حق أو مصلحة في إدارة الممتلكات في حالة الإفلاس أو تصفية الشركات أو

الائتمان⁽¹⁾.

ونلاحظ - هنا - أن النص يجمع بين الحق أو المصلحة يشمل الدعاوى التي تكون الدولة هي المدّعية بالحق أو طرف في الدعوى المتعلقة بهذا الحق ، أما المصلحة فعندما يكون أحد رعاياها - مثلاً - هو المدّعي أو طرف في الدعوى .

6 - دعاوى الملكية الأدبية والصناعية :

وهو ما نصّت عليه المادة (14) ، سواء تعلّقت الدعوى بحق للدولة أو بحقوق للغير فيما يخص الملكية الأدبية والصناعية المحمية في دولة القاضي ولو كانت هذه الحماية مؤقتة .

كما يشمل الاستثناء - أيضاً - التعدي من قبل الدولة على حق من الحقوق المشار إليها قامت به في إقليم دولة المحكمة .

وكما هو الأمر بالنسبة للمسائل المنصوص عليها من المواد (11 ، 12 ، 13) والسابق دراستها ، فإن المادة (14) تقيد إعمالها في الحالات التي تتفق فيها الدولتان المعنيتان على غير ما ورد فيها من أحكام .

7 - المساهمة في الشركات أو المجموعات المالية الأخرى :

وهو ما ورد بالمادة (15) باعتبار أن الدعاوى في هذه الحالة تتصل بالعلاقة بين الدولة والهيئة أو المشتركين معها ، ولكن النص يشترط لحرمان الدولة من التمسك بحصانتها في هذه الحالات أن يكون هناك شركاء خواص ، أما إذا

(1) - ترجمة لمصطلح Trust وهو نظام معروف في القانون الإنجليزي ولا مقابل له في القوانين اللاتينية ، ولذلك فإن تكييفه القانوني يثير تساؤلات عديدة ، وبالتالي فإن إدراجه ضمن طوائف القوانين اللاتينية لم يستقر بعد . وقد أورد (المعجم القانوني) لحارث فاروقي المعاني والاستخدامات المختلفة للمصطلح على صفحتين من صفحاته ، وبالتالي فإن الترجمة الواردة بالنص غير دقيقة .

كان جميع المساهمين معها من الدول أو المنظمات الدولية فإنها تستطيع التمسك بالحصانة (م 15 - 1 - أ) .

ومع ذلك فإن حرمان الدولة من الحصانة وفقاً لما ذكر أعلاه رهين بعدم وجود اتفاق مخالف سواء بين الدولتين المعنيتين أو بين أطراف النزاع أو إذا تضمن ذلك السند المنشئ للشركة أو الهيئة (م 15 - 2) .

8 - الاستغلال التجاري للسفن :

تتضمن المادة (16) أحكاماً مؤداها حرمان الدولة من التمسك بحصانتها بخصوص الدعاوى المتعلقة بتشغيل السفن التي تملكها أو تستغلها لحسابها في الأغراض التجارية غير الحكومية سواء تعلقت الدعوى بتشغيل السفينة من تمويل أو تأجير أو علاقات مع الوكلاء أو الطاقم البحري أو تعلقت بالحمولة التي تنقلها . ولكن يحد من أعمال هذا النص فضلاً عن الاتفاق المخالف بين الدولتين المعنيتين أنه يعطي - (فقرة 6) - للشهادة الموقعة من ممثل دبلوماسي أو أي سلطة مختصة أخرى القول الفصل في تحديد طبيعة السفينة (حكومية أو تجارية) أو الحمولة التي تنقلها (مستخدمة أو مزعم استخدامها لأغراض غير تجارية) .

المطلب الثالث

حصانة التنفيذ

لقد اتبعت الاتفاقية حيال هذه المسألة نفس المنهج الذي سارت عليه بصدد الحصانة القضائية . فبعد تقرير المبدأ وبيان حدوده أوردت عليه عدة استثناءات . ولعلّ المساهمة الأهم للاتفاقية هي بيان أموال الدولة القابلة للحجر عليها (أو اتخاذ الإجراءات الجبرية عليها) وتلك التي لا يجوز (المادة 19) .

أولاً - القاعدة العامة :

تفرّق الاتفاقية بين الإجراءات الجبرية السابقة على صدور الحكم (م 18) وتلك اللاحقة لصدوره (م 19) ، ولا تظهر أهمية التفرقة إلاّ بأحد الاستثناءات على المبدأ كما سنرى :

فطبقاً للمادة (18) : (لا يجوز اتخاذ إجراءات جبرية سابقة لصدور الحكم مثل إجراءات الحجز والحجز التحفظي ضد ممتلكات دولة ما في ما يتصل بدعوى مقامة أمام محكمة دولة أخرى) .

وطبقاً للمادة (19) : (لا يجوز اتخاذ إجراءات جبرية تالية لصدور الحكم كالحجز والحجز التحفظي والحجز التنفيذي ضد ممتلكات دولة ما في ما يتصل بدعوى مقامة أمام محكمة دولة أخرى) .

وأهمية هذين النصين تظهر في أنهما - كما هو الشأن بخصوص الحصانة القضائية - يقرران المبدأ فلا يعود مصدره العرف الدولي ، وإنما اتفاقية دولية ، وبالتالي وضعت حداً لجدل فقهي وقضائي حول عدالته⁽¹⁾ ، إذ إنه يعادل إنكار العدالة بحيلولته بين صاحب المصلحة والوصول إلى حقه من جهة ، ومن جهة أخرى فإن التساهل بخصوص الحصانة القضائية قد يصبح عديم الفائدة إذا ما كان الحصول على حكم ضد الدولة لا يجوز تنفيذه باتخاذ الإجراءات الجبرية .

ثانياً - الاستثناءات :

من المادتين السابقتين (18 ، 19) تنحصر هذه الاستثناءات في ثلاث حالات :

(1) - كئوبفلير Knoepfler ، "الحصانة القضائية ضد الدول" ، مجلة التحكيم ، 2003 ، ص 1017 ، وخصوصاً ص 1020 وما بعدها .

- 1 - القبول .
- 2 - تخصيص أموال للوفاء بالطلب موضوع الدعوى .
- 3 - إذا كانت الأموال مخصصة للأغراض التجارية غير الحكومية .

الحالة الأولى - القبول :

وهذا القبول يجب أن يكون صريحاً سواء :

- * قبل نشوء النزاع باتفاق دولي أو باتفاق تحكيم أو في عقد مكتوب .
 - * بعد نشوء النزاع بإعلان أمام المحكمة أو برسالة خطية (م18 - أ ، م19 - أ) ،
- واشترط القبول الصريح يستبعد الاعتداد بالقبول الضمني ، ولذلك لا تعتبر المادة (20) القبول بممارسة الولاية القضائية أي التنازل عن التمسك بالحصانة القضائية تنازلاً عن التمسك بالحصانة ضد إجراءات التنفيذ الجبري .

الحالة الثانية - تخصيص الأموال :

وهو كما جاء في الفقرة (ب) من المادتين سالفتي الذكر : (إذا كانت الدولة قد خصصت أو رصدت ممتلكات للوفاء بالطلب الذي هو موضوع تلك الدعوى) ، ويعود هذا الاستثناء إلى قضاء محكمة النقض الفرنسية في قرار إيروديف ضد إيران⁽¹⁾، حيث قالت المحكمة في هذا القرار : (إن الحصانة يمكن - استثناءً - استبعادها عندما تكون الأموال محل الحجز مخصصة للنشاط الاقتصادي أو التجاري المتعلق بالقانون الخاص محل الطلب القضائي) . وهو ما أكدته في قرارها في قضية سونطراك⁽²⁾ . ويستنتج من ذلك ضرورة وجود رابطة بين محل الطلب أو موضوع الدعوى والمال محل الحجز ، وكأن الذمة المالية للدولة تقسم

(1) - في 14 مارس 1984 ، مجلة التحكيم 1985 ، ص 69 ، تعليق جوشيز .

(2) - في 1 أكتوبر 1985 ، مجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ، 1986 ، ص 644 ، تعليق أوديت .

لعدة ذمم مخصصة لأنشطة اقتصادية أو تجارية مختلفة ولا توجد مساواة بين الدائنين للدولة ، فلا يستطيع الدائن الحجز على أي من أموال الدولة وإنما فقط على ذلك الجزء المخصص للنشاط الذي يرتبط به دينه .

ويجب على الأساس السابق فهم المقصود بالتخصيص أو الرصد المذكور في هذه الفقرة أي التخصيص أو الرصد السابق على نشوء النزاع ، أي لأغراض النشاط الاقتصادي أو التجاري الذي أدى إلى نشوء النزاع وليس المقصود التخصيص الذي يتم بعد تقديم الطلب للمحكمة ، إذ الأمر يعتبر في هذه الحالة من قبيل القبول الصريح باتخاذ الإجراءات الجبرية على هذه الممتلكات أو الأموال .

الحالة الثالثة - الأموال المستخدمة للأغراض التجارية :

طبقاً للفقرة (ج) من المادة (19) فإنه يجوز اتخاذ إجراءات جبرية تالية لصدور الحكم : (إذا ثبت أن الدولة تستخدم هذه الممتلكات أو تعتزم استخدامها على وجه التحديد لأغراض أخرى غير الأغراض الحكومية غير التجارية وأنها موجودة في إقليم دولة المحكمة شريطة أن يقتصر جواز اتخاذ الإجراءات الجبرية اللاحقة لصدور الحكم على الممتلكات المتصلة بالكيان الموجهة ضده الدعوى) .

وهذا الاستثناء قاصر على الإجراءات الجبرية التالية لصدور الحكم ، فلا يجوز الاستناد إليه لمباشرة الإجراءات الجبرية السابقة على صدور الحكم . ومن جهة ثانية فهو متاح لجميع دائني الدولة على عكس الحالة الواردة بالفقرة (ب) السابق دراستها . وأخيراً فإنه يجب أن تكون الأموال أو الممتلكات موجودة في إقليم دولة المحكمة ، فلا يجوز اتخاذ الإجراءات الجبرية على الممتلكات الموجودة في إقليم دولة بمقتضى حكم صادر في دولة أخرى أو يتصل بدعوى مقامة أمام محاكم دولة أخرى .

ويعتبر هذا الاستثناء انعكاساً فيما يخص حصانة التنفيذ لما ورد بالمادة (10) المتعلقة بالحصانة القضائية ، فكما أن الدولة لا تستطيع التمسك بحصانتها القضائية بصدد المنازعات المتعلقة بمعاملاتها التجارية فإنها لا تستطيع استبعاد أموالها التي تستخدم لأغراض تجارية غير حكومية ، ولا شك أن عبء إثبات الاستخدام التجاري لهذه الأموال أو الممتلكات يقع على عاتق من يريد مباشرة الإجراءات الجبرية على هذه الأموال أو الممتلكات .

وتستبعد الاتفاقية من نطاق إثبات الاستخدام التجاري فئات محددة من الممتلكات وتعتبرها بحسب طبيعتها أنها تستخدم لأغراض حكومية غير تجارية ، وقد حددت المادة (1 - 21) هذه الفئات من الممتلكات فيما يلي :

1. الممتلكات المستخدمة أو المزمع استخدامها في مهام البعثة الدبلوماسية للدولة أو مراكزها القنصلية أو بعثاتها لدى المنظمات الدولية أو الوفود لدى أجهزة المنظمات الدولية أو المؤتمرات الدولية ، ويشمل ذلك أيضاً الحسابات المصرفية المتصلة بالأنشطة المذكورة .

2. الممتلكات ذات الطابع العسكري .

3. ممتلكات المصرف المركزي أو غيره من السلطات النقدية في الدولة .

4. الممتلكات التي تكون جزءاً من التراث الثقافي للدولة أو محفوظاتها غير المعروضة أو مزمع عرضها للبيع ، أو تلك التي تكون جزءاً من معروضات ذات أهمية علمية أو ثقافية أو تاريخية وغير معروضة أو مزمع عرضها للبيع .

المطلب الرابع الجوانب الإجرائية

عاجلت الاتفاقية مسألتين هامتين من مسائل الإجراءات ، وهما الإعلانات
والمواعيد :

أولاً - الإعلانات :

تفرّق المادة (22) فيما يتعلق بتبليغ صحيفة الدعوى ضد الدولة بين
فرضين :

1. في حالة وجود اتفاقية ملزمة لدولة المحكمة وللدولة المدّعى عليها أو أي ترتيب
خاص بين المدعي والدولة المعنية ، فإن الإعلان يتم وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية
أو هذا الترتيب مادام قانون دولة المحكمة لا يستبعده .
2. في حالة عدم وجود اتفاقية أو ترتيب خاص فإن التبليغ يجري برسالة موجهة
بالطرق الدبلوماسية إلى وزارة خارجية الدولة المدّعى عليها أو بأي وسيلة
أخرى مقبولة لدى تلك الدولة مادام قانون دولة المحكمة لا يستبعدها ويعتبر
الإعلان قد تمّ بتسلم وزارة الخارجية لوثائق الدعوى .

ويسقط حق الدولة في التمسك ببطالان الإعلان بالحضور إذ " لا يجوز
طبقاً للمادة (22 - 4) لأي دولة تحضر للدفاع في الموضوع في دعوى مقامة
ضدها أن تتمسك بعد ذلك بأنه لم تراعى في تبليغ صحيفة الدعوى أحكام الفقرتين
(1 ، 3) " . فما على الدولة - إذن - التي ترى أنه لم تراعى أحكام الاتفاقية المتعلقة

بالتبليغ سوى الامتناع عن الحضور⁽¹⁾.

ولذلك نجد أن المادة (23 - 1) تضع على عاتق المحكمة قبل أن تصدر حكماً ضد دولة ما أن تتحقق من استيفاء الشروط المنصوص عليها في الفقرتين (1 ، 3) من المادة (22) .

وتسري الأحكام السابقة المتعلقة بتبليغ صحيفة الدعوى - أيضاً - فيما يتعلق بإعلام الأحكام الصادرة غيابياً ضد الدولة (م 23 - 2) .

ثانياً - المواعيد :

راعت الاتفاقية حالة أن المدعى عليه هو دولة ، ولذلك وضعت مواعيد خاصة ، فاشتطت مرور أربعة أشهر على الأمكن قبل إصدار حكم غيابي ضد الدولة . وتبدأ هذه المدة من التاريخ الذي يعتبر فيه تبليغ صحيفة الدعوى قد تمّ كما استلزم أن لا يقل ميعاد الطعن في هذه الأحكام عن أربعة أشهر أيضاً تبدأ من التاريخ الذي تتسلم فيه أو تعتبر أنها تسلمت فيه الدولة المعنية نسخة الحكم ، ولاشك أن هذه المواعيد تستبعد تطبيق المواعيد المقررة في القانون الداخلي لدولة المحكمة بهذا الخصوص .

(1) - قارن أحكام المادة (90) من قانون المرافعات الليبي كتابنا (قانون المرافعات) ، ص 211 .

الخاتمة

قد يرى البعض في أحكام هذه الاتفاقية تكريساً للمبادئ التي قننتها الدول الغربية الغنية حمايةً لمصالحها ومصالح شركاتها الدائنة على حساب مصالح الدول الفقيرة ، إلا أنها ليست عديمة الفائدة بالنسبة لهذه الدول :

فهي أولاً : تقرر مبدأ الحصانة ، وهذا في حد ذاته يعتبر تقدماً فيما يتعلق بالأساس القانوني لها .

وهي ثانياً : بحصرها للاستثناءات التي ترد على مبدأ الحصانة تحد من جموح القضاء ، والمشرع في تلك الدول - مستقبلاً - نحو التوسع في هذه الاستثناءات ، وهو الأمر الذي قد يؤدي إلى إهدار مبدأ الحصانة ذاته .

د. أحمد عمر بوزقية

أستاذ شرف القانون الخاص

كلية القانون - جامعة قاريونس

المراجع

- 1 - أبو هيف (علي صادق) : القانون الدبلوماسي ، الإسكندرية : منشأة المعارف ، ط2 ، (بدون تاريخ) .
- 2 - عمر (محمد عبد الخالق) : القانون الدولي الخاص الليبي ، بنغازي : منشورات جامعة قاريونس ، 1978 .
- 3 - Holleaux (D.)- Foyer (J.) de la Pradelle (G.) : "Droit International Prive" . Masson . Paris . 1987 .
- 4 - Lyon- Caen (A.) Lefort (D.) : "L'Etat Etranger Devant le Juge Etatique dans le contentieux economique international , Revue de l'arbitrage , 2003 . 993 .
- 5 - Knoepfler (F.) : "L'immunité d'execution contre les Etats", Revue de l'arbitrage , 2003 . 1017 .
- 6 - Herzog (F.) : Commentaire . Rev . crit . DIP. 1978 . 404 .
- 7 - Joly (F.) : "Etat-unis : une reforme de, 1988 restreint le domaine des immunités des Etats étrangers . Revue de l'arbitrage , 1990 . 607 .
- 8 - Emmanuelli (C.) : Commentaire . Rev . crit . DIP. 1986 . 379 .
- 9 - Collins (L.) : Commentaire . Rev . crit . DIP. 1980 . 171 .
- 10 - Crawford (J.) : Commentaire . Rev . crit . DIP. 1987 . 440 .

التطورات الحديثة في مجال مسؤولية المرافق العامة الطبية

أ.د. عمر محمد السيوي
أستاذ القانون العام بكلية القانون
جامعة قاريونس

مقدمة

إن التطورات الحديثة في مجال مسؤولية المرافق العامة الطبية كانت مزدوجة وتتضافر في سبيل تحقيق غرض واحد ، هو كفالة تعويض المضرور في حالات لم تكن القواعد المطبقة من قبل قادرةً على تحقيق هذا الغرض .

أما التطور الأول : فقد أحدثه قضاء مجلس الدولة الفرنسي ويتعلق بهجر فكرة (الخطأ الطبي) ، أما في غيرها من الحالات فقد استبدل (الخطأ البسيط) محل (الخطأ الجسيم) ، وقد ظهر هذا التطور في مرفق الإسعاف ومراكز نقل الدم .

وأما التطور الثاني : فكان أيضاً من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي وبمقتضاه أضاف المجلس حالتين من حالات المسؤولية دون خطأ ، وهما مسؤولية المستشفيات العامة عن الأضرار شديدة الخطورة للخاضعين للعلاج ومسؤولية مراكز نقل الدم في حالة نقل دم ملوَّث إلى من يحتاجه من المرضى .

وفي ضوء هذه المقدمة ، فإننا سنبحث تباعاً التطورات الحديثة في مجال الخطأ (في مطلب أول) ، والتطورات الخاصة في مجال المسؤولية دون خطأ (في مطلب ثانٍ) .

المطلب الأول

التطورات الخاصة بالعدول

عن نظام الخطأ الجسيم

إن من يتتبع قضاء مجلس الدولة الفرنسي يمكن أن يستخلص أن اشتراط الخطأ الجسيم وإن لم يُستبعد إلا أنه في تناقص مستمر ، وكما يقول الأستاذ R. Chapus فإن تاريخ الخطأ الجسيم هو تراجعته⁽¹⁾، وقد أكد القضاء الحديث لمجلس الدولة هذا الرأي ، إذ لم يكد يبدأ العقد الثاني من القرن العشرين ، إلا وقد هجر المجلس نظام الخطأ الجسيم وأحل محله نظام الخطأ الطبي إلى نظام الخطأ البسيط

ويمكننا أن نرصد هذا التطور في مجالات ثلاث :

أولاً - المسؤولية عن العمل الطبي .

ثانياً - مراكر نقل الدم .

ثالثاً - مرفق الإسعاف .

أولاً - المسؤولية عن العمل الطبي :

تحقق هذا التحول والتطور بفضل حكم مجلس الدولة الشهير EPOUX V الصادر بتاريخ 10 إبريل 1992 م ، حيث يمثل هذا الحكم تاريخاً بارزاً في قضاء المسؤولية عن الأعمال الطبية ، ومع ذلك فإن هذا الحكم كان يمثل خاتمة طبيعية لتطور بدأه المجلس من قبل .

لذلك نستعرض بإيجاز تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي في مرحلتين :

الأولى : قبل حكم 10 إبريل 1992 م .

الثانية : بعد حكم 10 إبريل 1992 م .

(1) - R. Chapus , Droit administratif Général . T.I. 1993 , N., 1261 .

المرحلة الأولى - قبل حكم 10 إبريل 1992 م :

جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي في مجال مسؤولية المستشفيات العامة على التمييز بين المسؤولية عن العمل الطبي والمسؤولية عن تنظيم وتسيير المرفق الطبي .

فالمسؤولية عن العمل الطبي لا تنعقد إلا إذا كان الخطأ جسيماً⁽¹⁾ ، ويُقصد بالعمل الطبي acte medical العمل الذي يقوم به طبيب أو جراح ، ويتمثل في التشخيص أو العلاج وإجراء العمليات الجراحية والقيام بأعمال الرعاية اللاحقة للجراحة مباشرة ، أما المسؤولية عن تنظيم وتسيير مرفق المستشفيات ذاتها فتنعقد ولو كان الخطأ يسيراً ، ويُقصد بتنظيم وتسيير المرفق التجهيز والإشراف والتنسيق وجميع الوسائل المادية والبشرية ، وتقديم الرعاية المعتادة كما يدخل في ذلك التنسيق بين الأطباء على الرغم من صلته بالعمل الطبي .

واشترط الخطأ الجسيم Faute lourde في المسؤولية عن العمل الطبي كان يرجع إلى بعض المبررات لعل من أهمها :

1. إن العمل الطبي من تشخيص للمرضى واختيار العلاج وإجراء العملية الجراحية والرعاية اللاحقة يظل صعباً واحتمالياً .

2. إن عدم اشتراط الخطأ الجسيم من شأنه أن يؤدي إلى زيادة دعاوى المسؤولية الطبية مع ما يترتب على ذلك من نتائج تتمثل في زيادة أعباء الرعاية الصحية على المواطنين .

3. إن الطب في المستشفيات العامة يختلف عن الطب في المستشفيات الخاصة ، فالمستشفيات العامة ملزمة بالعمل باستمرار ، ولا تختار مرضاها ، ونظراً

(1) - C.E, 8 NOV 1935 VYE Luinaau , Rec, P. 1019 .

لسمعتها وارتفاع مستوى خدماتها فإنها تقوم بمعالجة الحالات الصعبة والعاجلة، وبالتالي فإن إخضاع مسؤولية المستشفيات العامة لنظام الخطأ البسيط يمكن أن يؤدي إلى وقف التطور العلمي في هذه المستشفيات نتيجة تقييد فرصة الابتكار في هذه المستشفيات .

غير أن القضاء لم يصمد طويلاً أمام النقد العنيف الذي وجهته وسائل الإعلام بمناسبة الأضرار الجسيمة التي تعرّض لها المرضى في المستشفيات العامة ، ولم يتمكنوا من الحصول على أي تعويض ؛ نظراً لإخفاقهم في إقامة الدليل على ارتكاب خطأ جسيم أثناء ممارسة العمل الطبي .

لذلك فإن تطوراً قضائياً مهماً حدث في اتجاهين :

تقييد نطاق فكرة الخطأ الجسيم من ناحية ، وتقرير المسؤولية عن العمل الطبي وفقاً لنظام (قرينة الخطأ) من ناحية أخرى .

1 - تقييد نطاق فكرة الخطأ الجسيم :

أظهر القضاء مرونة كبيرة في تقييد نطاق الخطأ الجسيم ، وذلك إما بالتوسع في مفهوم الخطأ في تنظيم وتسيير المرفق ، أو بإبداء مرونة كبيرة في تحديد المقصود بالخطأ الجسيم ، فمن ناحية توسع القضاء في مفهوم الخطأ في تنظيم وتسيير المرفق ، مما يعني أن التعويض يستند إلى نظام الخطأ البسيط ، من ذلك إجراء تدخل جراحي دون رضا سابق من المريض⁽¹⁾ ، أو القيام بأعمال طبية من غير أطباء⁽²⁾ . ومن ناحية أخرى توسّع المجلس في فهم المقصود بالخطأ الجسيم في مجال العمل

(1) - C.E, 8 Nov 1935 VYE Luinaau , Rec, P. 1019 .

(2) - C.E, 8 Nov 1935 VYE Luinaau , Rec, P. 1019 .

الطبي بالمعنى الدقيق ، من ذلك مثلاً التشخيص دون إجراء فحص سابق وإجراء تدخل جراحي دون ضرورة⁽¹⁾ .

2 - تقدير المسؤولية الطبية وفقاً لنظام (قرينة الخطأ) :

وفقاً لهذه المرحلة من التطور ، إذا تطلب الأمر دخول مريض إلى المستشفى بقصد علاج حالة بسيطة ، لكنه بالرغم من ذلك يخرج منها مصاباً بأضرار خطيرة ومستمرة دون أن يكون لها علاقة بسبب دخوله المستشفى ، فإن هذه الملابسات تعتبر قرينة على ارتكاب خطأ في تنظيم المرفق ، ويرجع هذا القضاء إلى نهاية الخمسينات وبالتحديد بشأن المسؤولية عن التطعيم الإجباري⁽²⁾ .

ووفقاً لنظام قرينة الخطأ ، فإن المدعي لا يكلف بعبء إثبات الخطأ وإنما يقع على عاتق المدعى عليه إثبات عدم ارتكاب الخطأ الذي أحدث الضرر ، وبالتالي فإن هذا النظام يؤدي فقط إلى قلب عبء الإثبات دون الوصول إلى نظام المخاطر .

وقد توسّع القضاء في تطبيق نظام قرينة الخطأ ، حيث انتقل بها إلى مجال آخر ، فقرر إقامة المسؤولية وفقاً لقرينة الخطأ في حالة إصابة مريض بعدوى ناشئة عن ميكروب أثناء تدخل جراحي أو فحص ؛ لأن هذه الواقعة تكشف عن خطأ في تنظيم وتسيير المرفق الذي يجب عليه أن يزود العاملين بالأدوات والأجهزة المعقمة⁽³⁾ .

وعلى الرغم من هذا التطور ، فإن القضاء لم يهجر نظام الخطأ الجسيم في

(1) - C.E, 17 Far 1988 , 14 Mme Morilte , Rec, P. 173 .

(2) - C.E, 17 Far 1988 , 14 Mme Morilte , Rec, P. 173 .

(3) - C.E, 17 Mars 1999, Assurance publique à Marseille, R.F.D.A, 1999 , P.699.

هذه المرحلة ، وهذا الموقف لم يكن بمنأى عن النقد ، إذ لا يوجد مبرر لاشتراط الخطأ الجسيم في المسؤولية عن العمل الطبي في المستشفيات العامة ، بينما يكفي الخطأ البسيط لترتيب المسؤولية في المستشفيات الخاصة ، فالخطأ في الحالتين واحد ويتم في الظروف نفسها .
لذلك كان الانتقال إلى مرحلة جديدة أمراً منطقياً .

المرحلة الثانية - بعد حكم 10 إبريل 1992م⁽¹⁾:

تحقق هذا التطور في حكم مجلس الدولة الفرنسي الشهير الصادر في 10 إبريل 1992م في قضية Epoux V ، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن السيدة V دخلت أحد المستشفيات لإجراء ولادة قيصرية ، وقد تمّ تخديرها مما أدى إلى هبوط في الضغط واضطراب في القلب ، ثم تمّ تخديرها بمادة مخدرة يُنصح بعدم تقديمها في مثل هذه الحالة ، مما أدى إلى هبوط ثانٍ في الضغط وعدم إتمام الولادة ، ونظراً لحدوث نزيف مستمر ، فقد تمّ إعطاء المريضة بلازما لا تعادل درجة حرارتها حرارة الجسم مما سبّب لها آلاماً حادة في الذراعين أعقبها توقف في القلب ، وقد تسببت هذه الأخطاء في إصابتها بمتاعب عصبية وجسمانية .
ولم يشر المجلس إلى فكرة الخطأ الجسيم ، لكنه اكتفى فقط بالتأكيد على أن هذه الأخطاء تشكل خطأ طبيّاً يرتب مسؤولية المستشفى .
ويثير هذا الحكم السؤال التالي :

ما المقصود بفكرة الخطأ الطبي ؟

يمكن القول بأن الخطأ الطبي يتميز بالخصائص الثلاث الآتية :
* فالخطأ الطبي يتميز أولاً : بأنه ليس خطأً جسيماً ، بل هو خطأ بسيط ، ومع

(1) - C. E, 10 April 1992 , Epoux V . Concl H. Légal , R.E.D.A. 1992 , P.571.

ذلك فإن الخطأ الطبي ليس من شأنه أن يجعل التزام الطبيب التزاماً بنتيجة بل يظل دائماً التزاماً بعناية .

✳ والخطأ الطبي يتميز ثانياً : بأنه خطأ متميز ، فهو وإن كان بسيطاً إلا أنه يتم تقديره وفقاً لقوانين الطب ولا يمكن قياسه على غيره من الأخطاء ، ويظل متميزاً على سبيل المثال عن الخطأ في تنظيم وتسيير المرفق .

✳ والخطأ الطبي يتميز ثالثاً : أنه يشبه الخطأ الطبي الخاص ، فكل منهما توأم للآخر لوحده مضمون العمل فيهما ، غير أنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار وسائل المرفق والظروف الخاصة بالوقت والمكان وعنصر الاستعجال وموقف المضرور .

وقد أصبح قضاء Epoux V مستقراً وطبقته المحاكم الإدارية في حالة فشل عملية التعقيم لمنع الحمل لدى إحدى السيدات⁽¹⁾ . وقد امتدَّ العدول عن نظام الخطأ الجسيم ليشمل مجالين آخرين هما :
مسؤولية الدولة عن تنظيم ورقابة مراكز نقل الدم ، ومسؤولية الدولة عن مرفق الإسعاف .

ثانياً - مسؤولية الدولة عن تنظيم ورقابة مراكز نقل الدم :

مرَّ هذا النوع من المسؤولية بمرحلتين :

الأولى : قبل حكم المجلس في 9 إبريل 1993 م .

الثانية : بعد حكم المجلس في 9 إبريل 1993 م .

(1) - T. A. de Strasbourg , 21 Avril 1994 , Mme M.C. / Hospices ciyils de Colmar, R.F.D.A. 1995 , P. 1222 ets.

المرحلة الأولى - قبل حكم المجلس في 9 إبريل 1993 م :

كان القضاء يشترط الخطأ الجسيم خلال هذه المرحلة خصوصاً بالنسبة لإجراءات الضبط الصحي : مثل قرارات الإيداع في المصحات النفسية⁽¹⁾، أو قرار توزيع أحد المنتجات الدولية⁽²⁾، أو نقل الدم الملوّث .

حيث لجأ بعض المرضى الذين انتقلت إليهم عدوى الإيدز عبر عمليات نقل الدم إلى المحكمة الإدارية بمدينة باريس لمساءلة الدولة مالياً بسبب التأخير في اتخاذ الإجراءات الضرورية لمواجهة نقل العدوى ؛ لأن الدولة لم تقم بمنع استخدام منتجات الدم غير الساخنة إلا بتاريخ 20 أكتوبر 1985م وبواسطة منشور ، وقد قضت المحكمة الإدارية بمسؤولية الدولة ، وأقامت قضاها على أنه نظراً لعدم قيام الدولة بصورة عاجلة بمنع توزيع المنتجات ، فإن سلطات الضبط الصحي تكون قد ارتكبت خطأً من شأنه أن يؤدي إلى مسؤولية الدولة⁽³⁾ ، وذلك اعتباراً من 12/3/1985م وهو التاريخ الذي تمّ فيه إبلاغ الوزارة بأنه من المرجح أن تكون منتجات الدم التي تمّ تجهيزها في إقليم باريس ملوثة بالإيدز .

وقد أرست المحكمة الإدارية بباريس مبدأ مسؤولية الدولة عن التقصير في استخدام سلطاتها في تنظيم ونقل الدم على أساس الخطأ الجسيم نظراً للصعوبات المرتبطة بممارسة هذه الوظائف .

(1) - T. A. de Strasbourg , 21 Avril 1994 , Mme M.C. / Hospices ciyils de Colmar, R.F.D.A. 1995 , P. 1222 ets.

(2) - C.E, 31 Decmbre 1976 , Hospital Isy Chiatrique de Saint-Egreve Rec, P.284.

(3) - T. A. de Paris , 20 Dc. 1991 , M.D. et, M.B. Concl. Strasbourg , R.F.D.A. 1992 , P. 552 .

المرحلة الثانية - بعد حكم المجلس في 9 إبريل 1993م :

لم يشاطر مجلس الدولة ما قضت به المحكمة الإدارية في باريس والذي تطلب لقيام المسؤولية في مجال الضبط الصحي الخطأ الجسيم ، ورأى أن مسؤولية الدولة يمكن أن تنعقد عن كل خطأ في ممارسة هذه الوظائف (1) .

وهذا الحكم يعهد إلى الدولة بدور إيجابي وواسع في مجال نقل الدم تمثل في رقابة مراكز الدم والتنظيم العام لهذا المرفق ، ووضع القواعد الخاصة بمنتجات الدم .

ونظراً لأن الغاية التي من أجلها عُهدَ إلى الدولة بالوظائف السابقة هي أن حماية الصحة العامة تشكل التزاماً على درجة كبيرة من الأهمية إلى درجة أنه ينبغي أن تبذل عناية خاصة في القيام به ، الأمر الذي لا يترك مجالاً لنظام الخطأ الجسيم ، وبناء على ذلك فإن مسؤولية الدولة تقوم على أساس الخطأ البسيط ، في حالة التقصير في اتخاذ الإجراءات الخاصة بمنتجات الدم تتمثل في التأخر أكثر من اللازم في منع استعمال منتجات الدم غير الساخنة .

وقد ترتب على تقرير مسؤولية الدولة وفقاً لنظام الخطأ البسيط تعديل التاريخ الذي تنعقد فيه المسؤولية ؛ لأن النظام الأخير لا يشترط نفس خصائص الوضوح والخطورة المقررة بالنسبة للنظام الأول ، فبينما قررت المحكمة الإدارية مسؤولية الدولة اعتباراً من 12 مارس 1985م وهو التاريخ الذي قررت فيه أن السلطة الإدارية المختصة قد علمت فيه بطريقة مؤكدة بالأخطار غير العادية للتلوث بفيروس الإيدز .مناسبة نقل الدم ، فإن المجلس قدر أن مسؤولية الدولة تنعقد اعتباراً من 22 نوفمبر 1984م وهو التاريخ الذي أُحيل فيه تقرير الدكتور Brunat إلى الجهات المختصة والذي كان يتضمن كيفية انتقال الإيدز عبر نقل الدم ، وذلك

(1) C.E. Ass Avril 1993 , M.G.J.D.A. 1993 , P. 381 .

باستخدام منتجات الدم الساخن و يمنع توزيع المنتجات الخطرة دون انتظار التأكد من أن جميع وحدات المنتجات المشتقة من الدم كانت ملوثة ، وأن هذا التقصير يشكل خطأ من الإدارة من شأنه أن يربط مسؤولية الدولة بسبب انتقال العدوى عبر عمليات نقل الدم في الفترة من 22 نوفمبر 1984م إلى 20 أكتوبر 1985م .

وقد امتدَّ هذا التطور ليشمل ، كما قلنا سابقاً ، مسؤولية الدولة عن نشاط مرفق إسعاف المرضى .

ثالثاً - تطبيق نظام الخطأ البسيط في مجال مسؤولية الدولة عن نشاط مرفق الإسعاف :

انتقل القضاء أيضاً من تقرير مسؤولية الدولة عن نشاط مرفق إسعاف المرضى على أساس الخطأ الجسيم إلى نظام الخطأ البسيط .

1 - فقبل حكم المجلس في 20 يونيو 1997م كان القضاء يتطلب الخطأ الجسيم لقيام المسؤولية وكان في ذلك يستند إلى اعتبارين :

الاعتبار الأول : تمثل في الصعوبات الداخلية التي ترجع إلى نشاط الإسعاف ، فهذا النشاط يتم دائماً أو غالباً في حالة الطوارئ أو الاستعجال ، الأمر الذي يجعل التنفيذ صعباً ، واشتراط الخطأ الجسيم يوفر للإدارة القائمة على النشاط قدراً من الحركة في أداء مهمتها في هذه الظروف .

الاعتبار الثاني : وهو أن اشتراط الخطأ الجسيم يؤدي إلى عدم إعاقه مرفق الإسعاف فلا يجوز لهذا المرفق أن يمتنع عن التدخل أو أن يقيد هذا التدخل خشية المسؤولية التي من السهل أن تتحقق في حالة الخطأ

البيسط ، واشتراط الخطأ الجسيم هو الذي يسمح بالتجاوز عن الأخطار اليسيرة التي تقع في حالة الاستعجال (1) .

واستناداً إلى هذا القضاء رفضت المحكمة الإدارية الاستئنافية في مدينة Bordeaux الطعن الموجه إلى حكم المحكمة الإدارية في مدينة تولوز بشأن رفض الدعوى المرفوعة من السيد Theux ضد المركز الطبي في هذه المدينة بسبب نشاط مرفق المساعدة الطبية الطارئة (2) .

وتتلخص الوقائع في أن المذكور أصيب في ركبته في مباراة (ريجي) ، ونظراً لسوء الأحوال الجوية ، فلم يكن بالإمكان نقله بالطائرة وتم إجراء الجراحة اللازمة ، غير أنه أصيب بعدها بشلل رباعي ، ولم يوجه المدعي إلى العمل الطبي أخطاء ، لكنه ألقى المسؤولية على عملية الإسعاف نظراً لعدم نقله بالطائرة وحدث أخطاء في تنظيم وتنفيذ عملية الإسعاف .

وقد استندت المحكمة الإدارية الاستئنافية في حكمها إلى أن المركز الطبي الإقليمي في مدينة تولوز لم يرتكب أي خطأ جسيم .

2 - ولكن بعد حكم 20 يونيو 1997م تطوّر قضاء مجلس الدولة وانتقل من نظام الخطأ الجسيم إلى الخطأ البسيط لقيام مسؤولية الدولة عن مرفق الإسعاف (3) .

اقترح مفوض الحكومة في هذه القضية السيد J.H.Stahl أمام المجلس العدول عن نظام الخطأ الجسيم ، وذلك لأن هذا النظام ظهر بديلاً عن نظام عدم

(1) - انظر : د. سليمان الطماوي ، القضاء الإداري : قضاء التعويض ، دار الفكر العربي ، 1978م ، ص163 وما بعدها .

(2) - د. محمد عبداللطيف ، التطورات الحديثة في مسؤولية الإدارة ، دار النهضة العربية ، 2000 ، ص94 وما بعدها .

(3) - C. E. Section , 20 Juin 1997 , M.TH eux, A.F.D.A. 1998 , P. 86 .

المسؤولية الإدارية ، وإذا كان ظهور نظام الخطأ الجسيم يمثل تقدماً بشأن تحديد مبدأ عدم المسؤولية إلا أنه ينظر إليه الآن على أنه تقييد غير مبرر لمبدأ مسؤولية الإدارة ، وينظر إليه المضرور من نشاط الإدارة على أنه نوع من قرينة عدم المسؤولية التي تحول دون أداء العدالة لدورها ، أي دون تقرير التعويض للمضرور ، وهو الأمر الذي يعني إنكار العدالة .

غير أن مفوض الحكومة لم يغيب عنه أن يبين أنه لتحديد ما إذا كان قد وقع خطأ بسيط في تنظيم أو تنفيذ عمليات الإنقاذ ، فإنه يجب الأخذ في الاعتبار الصعوبة الداخلية لعملية ومقتضيات الاستعجال التي يواجهها عمال الإدارة ، وأن هذه الخطورة ليست نظرية لكنها تتم من خلال بحث واقعي دقيق ومتشدد لكل حالة على حدة .

وقد شاطر المجلس اقتراح مفوض الحكومة للتخلي عن نظام الخطأ الجسيم وقرر أنه : " ... نظراً للظروف المناخية والرؤية فإن قرار العدول عن نقل المريض بطائرة مروحية لم يشكل خطأ من شأنه أن يرتب مسؤولية المركز الطبي ... " . كما يبدو أن المجلس أخذ في الاعتبار أيضاً الصعوبات الخاصة بنقل المريض، فهو يقرر أن عدم إجراء العملية الجراحية إلا في الساعة الثانية والنصف من صباح اليوم لم يكن راجعاً إلى التأخر بضع دقائق لإخطار رجال الإنقاذ باستحالة نقل المصاب بالطائرة المروحية ، ولكن كان راجعاً إلى الصعوبات الخاصة بنقله بالطريق البري بسبب خطورة جروحه .

بقي لنا أن نرصد التطورات الحديثة في مجال المسؤولية دون خطأ .

المطلب الثاني

التوسع في حالات المسؤولية دون خطأ

إن تقرير المسؤولية الإدارية دون خطأ⁽¹⁾ يعد أحد الأعمال البارزة للقضاء الإداري في فرنسا ، ووفقاً لها فإن مسؤولية الإدارة لا تقوم على أساس ارتكاب خطأ من جانبها ، وإنما لحدوث ضرر من نشاطها ، إذا كان هذا الضرر يتجاوز في خطورته وخصوصيته الأضرار الطبيعية للحياة في المجتمع .

إن دور هذه المسؤولية هي التسهيل على المضرور في الحصول على التعويض ، إذ لن يكون عليه إلا أن يقيم الدليل على مسألتين هما :

1 - علاقة السببية بين نشاط الإدارة والضرر .

2 - والصفة غير العادية والخاصة للضرر الذي كان محلاً له .

وتتميز هذه المسؤولية بأمرين :

الأمر الأول : هو أن فعل الغير أو الحادث الفجائي لا يشكل سبباً لإعفاء الإدارة من هذه المسؤولية .

الأمر الثاني : وهو أن توافر حالة من حالات المسؤولية دون خطأ متعلق بالنظام العام ، مما يعني أنه يجب على القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه حتى ولو لم يتمسك بها المدعي في دعواه .

وبالرغم من التأكيد بأن المسؤولية على أساس الخطأ هي القاعدة ، بينما المسؤولية دون خطأ هي مسؤولية استثنائية ، إلا أنه من الملاحظ أن حالات المسؤولية الأخيرة في تزايد مستمر .

(1) - يُرجع إلى : د. حمدي علي عمر ، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة ، دار النهضة العربية ، 1995 .

وقد أضاف القضاء الإداري الفرنسي مؤخراً حالات جديدة للمسؤولية
دون خطأ في مجالين نبيّهما على التوالي :

أولاً - المسؤولية دون خطأ عن العمل الطبي :

يمكن لنا استعراض حكمين شهيرين هما حكم Gomez وحكم Bianche :

الحكم الأول : قضية Gomez⁽¹⁾ :

أصدرت المحكمة الإدارية الاستئنافية بمدينة Lyon حكماً مهماً يتضمن حلاً
مبتكراً في قضية تتلخص وقائعها في أن السيد Serqe G. كان قد دخل المستشفى
بقصد إجراء جراحة له بأسلوب جديد يُسمى Luque وذلك لتقويم اعوجاج
عموده الفقري ، غير أن المريض وجد نفسه مصاباً بشلل في الأعضاء السفلى ، وقد
أثبتت الخبرة الطبية والتحقيق أن هذا العجز يرجع إلى الجراحة ، غير أنه لم يحدث
خطأ أثناء التدخل الجراحي أو في تقديم الرعاية اللاحقة له .

ولم يكن ممكناً تعويض المريض وفقاً للمسؤولية على أساس الخطأ أو وفقاً
لقرينة الخطأ ، لذلك ومن أجل تقرير مسؤولية المستشفى عن الأضرار التي أصابت
السيد Gomez قررت المحكمة الإدارية بمدينة ليون : (... إنه إذا كان استخدام
أسلوب طبي جديد قد أحدث ضرراً خاصاً للمرضى الذين كانوا محلاً له ، في
الحالة التي تكون نتائج هذا الأسلوب لم تكن معلومة تماماً ، ولم يكن اللجوء إلى
هذا الأسلوب أمراً حتمياً لأسباب ترجع إلى المحافظة على حياة المريض ، فإن
مسؤولية المرفق العام الطبي تنعقد حتى مع عدم حدوث خطأ ، وذلك لتعويض

(1) - C.A. Lyon, 27 Decembre 1990 Con Gomez A.J.D. 1991 . P. 167 .

الأضرار الاستثنائية والجسيمة ، وبشرط أن تكون نتيجة مباشرة لهذا الأسلوب الجديد) .

فهذا الحكم يتطلب ثلاثة شروط قاسية لتقرير المسؤولية دون خطأ في مجال الأعمال الطبية هي :

1. أن يلجأ الطبيب إلى أسلوب طبي لا تكون نتائجه معلومة تماماً ، وفي هذه القضية كان اللجوء إلى أسلوب Luque لم يكن شائعاً ، فقد استخدم أولاً في الولايات المتحدة الأمريكية ، ولم يتم استخدامه في فرنسا إلا ابتداءً من سنة 1983م ، ولم يتم إجراء إلا عدد محدود من العمليات وفق هذا النظام ، كما أن نتائجه لم تكن معلومة تماماً نظراً لضآلة عدد العمليات .

2. ألا يكون الأسلوب الطبي ضرورياً للمحافظة على حياة المريض ، وهذا الشرط تحقق أيضاً بالنسبة للسيد Gomez ؛ لأنه بالرغم من المرض الذي كان يعاني منه، إلا أن حياته لم تكن في خطر ، ومفاد هذا الشرط أنه إذا كان اللجوء إلى الأسلوب الطبي الجديد يمثل (الملاذ الآخر وليس الأخير) لحماية حياة المريض فإن مسؤولية الإدارة لا تنعقد استناداً لهذا القضاء .

3. يجب أن يحدث الأسلوب الطبي مباشرة مضاعفات استثنائية وجسيمة للغاية وهذا ما حدث للمريض ، إذ أصيب بشلل في أعضائه السفلى ، ومفاد هذا الشرط عدم جواز التعويض عن الأضرار العادية .

ولعلّ هذا القضاء يثير تساؤلاً مهماً ، وهو إذا قامت المستشفيات بإلزام المرضى بتوقيع إقرارات تتضمن علمهم بإجراء أسلوب طبي جديد لا تعرف نتائجه تماماً ، فهل يؤدي ذلك إلى إعفاء هذه المستشفيات من المسؤولية ؟ في الحقيقة أن هذا الأمر لم يحدث بعد ، لكن الفقه يشكك في مشروعية هذا الإقرار ولا يصلح بالتالي سبباً للإعفاء من المسؤولية .

ومع أن حكم Gomez يمثل تطوراً جديداً في حالات المسؤولية دون خطأ إلا أن أهميته مازالت محدودة ؛ لأنه لم يكن محلاً للطعن أمام مجلس الدولة .

الحكم الثاني : قضاء Bianche والمسؤولية دون خطأ

عن العمل الطبي الضروري للمريض :

دفع مجلس الدولة قضاء المسؤولية الطبية إلى الأمام ، فبعد أن قرر مبدأ المسؤولية على أساس (الخطأ الطبي) كرّس أيضاً مبدأ المسؤولية الطبية دون الخطأ وذلك في حكمه الشهير Bianche في 9 إبريل 1993م⁽¹⁾ .

إن الأمر في قضاء Bianche مختلف تماماً عن حكم Gomez ، فالمرضى لا يخضع لعلاج جديد ، كما أن العلاج ضروري بالنسبة له ، لكنه يتعرض كما هو الأمر في حكم Gomez لمخاطر استثنائية .

وتتلخص الوقائع في أن السيد Bianche قد أُجريت له في أحد المراكز الطبية بمدينة Marcaille عملية تصوير إشعاعي للعمود الفقري ، وكان إجراء هذا الفحص ضرورياً بسبب ما يعانيه من انخفاض مستمر في الضغط وشلل في الوجه ، غير أن المريض وجد نفسه بعد إفاقته من المخدر مصاباً بشلل ، ولم يثبت من التحقيق أو الخبرة حدوث أي خطأ من جانب المستشفى ، سواء في القيام بالعمل الطبي نفسه أم في اختيار المادة المخدرة أم في تلقيها أم في تقديم الرعاية اللاحقة على العمل الطبي .

وكان تطبيق القواعد العامة في المسؤولية يؤدي إلى رفض طلب التعويض للسيد Bianche وهو ما قضت به المحكمة الإدارية بمدينة مارسيليا ، وذلك نظراً لعدم وقوع أي خطأ سواء في مجال العمل الطبي أم في مجال تنظيم وتسيير المرفق .

(1) - C.A. ASS, 9 Avril 1993 M. Bianche , A.J.D.A. 1993 . P. 479 .

غير أن مجلس الدولة - مسائراً في ذلك رأي مفوض الحكومة Serge Dail -

قرر أنه : (... إذا كان العمل الطبي ضرورياً لتشخيص وعلاج المريض ويتضمن مخاطر يكون معلوماً أمر وجودها ، وإن تحققها يظل أمراً استثنائياً ، ولا يوجد من الأسباب ما يحمل على الاعتقاد بأن المريض سيتعرض لها بشكل خاص ، فإن مسؤولية المرفق العام الطبي تنعقد إذا كان تنفيذ هذا العمل هو السبب المباشر لأضرار ليست لها علاقة بالحالة الأولية للمعالج ولا مع التطور المتوقع لها وتكون ذات خطورة قصوى) .

شروط المسؤولية دون خطأ وفقاً لقضاء Bianche :

إن تقرير المسؤولية دون خطأ عن العمل الطبي وفقاً لقضاء Bianche

يفترض ثلاثة شروط ، هي :

الشرط الأول - أن يكون العمل الطبي ضرورياً :

يفترض قضاء Bianche أن يتعلق الأمر بعمل طبي ، وقد سبق أن أوضحنا المقصود بهذا العمل ، وبالتالي فهو لا ينطبق على أعمال الرعاية العادية أو تلك التي تتعلق بتنظيم المرفق ، إن هذا القضاء يفترض عملاً طبياً محجوزاً للأطباء . ويشترط الحكم صراحة أن يكون العمل الطبي ضرورياً سواء للتشخيص أم لعلاج المريض ، وبالتالي فإن إجراء عمل طبي لا يكون مفيداً للمريض ويتضمن قدراً من المخاطر ، فإنه يشكل خطأ .

الشرط الثاني - أن يكون الخطر معلوماً ، واستثنائياً وخارجياً :

يشترط في الخطر أولاً أن يكون معلوماً من حيث الوجود ، وهذا الشرط يعني أن الأمر لا يتعلق بخطر غير متوقع بالمرّة ، وإنما يتعلق بخطر معلوم ومقدر من جانب الأطباء .

وقد اقترح مفوض الحكومة S. Dail عدم الاعتداء بهذا الشرط ، وذلك

لسببين :

السبب الأول : وهو أن هذا الشرط يبدو غريباً عن المسؤولية دون خطأ خصوصاً فيما يتعلق بالأنشطة الخطرة ولا يمكن أن يلحق بالصفة غير العادية للضرر .

أما السبب الثاني : فهو أن هذا الشرط سوف يؤدي في حدود معينة إلى تحليل شخصي لسلوك الأطباء ، وبالإضافة إلى ذلك ، فإن هذا الشرط يؤدي إلى نتيجة غير مقبولة ؛ لأن الخطر لا يكون معلوماً إلا إذا تعرض له عدد من الضحايا ، وهؤلاء لن يتم تعويضهم لأن الخطر لم يكن معلوماً من قبل .

غير أن مجلس الدولة لم يساير مفوض الحكومة في هذه النقطة ، ومؤدى هذا القضاء أنه إذا كان الخطر المتوقع وغير الاستثنائي مستبعداً فإنه يسبقه أيضاً الخطر غير المعلوم تماماً .

ويشترط في الخطر ثانياً : أن يكون استثنائياً من حيث التحقق ، ومؤدى هذا الشرط أن يكون الخطر غير مألوف بالمقارنة بالتطور الطبي لحالة المريض ، وهذا الخطر منفصل عن أي خطر يتضمن محل علاج فعال ، وبالتالي فإن الأعراض الثانوية أو العادية للفحص ، حتى ولو كانت نادرة ، لا يمكن أن تؤخذ في الاعتبار وفقاً لقضاء Bianche ، فقد قدر مفوض الحكومة أن الخطر الذي تعرض له تتراوح نسبته في حدود 3 أو 4 في كل 10.000 حالة يتم فيها إجراء تصوير إشعاعي للعمود الفقري .

ويشترط في الخطر ثالثاً : أن يكون خارجياً عن المريض ، أي ليس للمريض علاقة به . بمعنى عدم وجود أي سبب يحمل على الاعتقاد بأن المريض يمكن أن يتعرض له بشكل خاص، وهذا الشرط يبدو منطقياً ؛ لأنه إذا كان لدى المريض استعداد خاص لهذا الخطر ، فإنه من الطبيعي أن يفقد الأخير صفته غير العادية .

وقد كشف حكم Bianche في مقدمته أنه لم يتوافر أي مؤشر يمكن أن يثير شكوكاً حول خطر يتعلق برد فعل المريض أو تزايد حساسيته تجاه المادة المخدرة .

وقد طبقت المحاكم الإدارية هذا الشرط في أحكامها حيث قضت المحكمة الإدارية بمدينة بوردو باستبعاد قضاء Bianche بخصوص طفل كانت حالته تجعل خطراً أي عمل طبي . بما في ذلك التخدير نفسه حتى ولو كان الاستعجال يجعل التدخل الطبي أمراً ضرورياً⁽¹⁾ .

الشرط الثالث - أن يكون الضرر جسيماً بدرجة غير عادية :

يضيّق مجلس الدولة من دائرة الأضرار التي يمكن التعويض عنها ، وذلك باشتراط أن يكون الضرر جسيماً بدرجة غير عادية أو غير مألوفة .

وهذا الشرط يؤدي إلى قيام نوع من التدرج بين الأضرار التي تؤدي إلى مسؤولية الإدارة دون خطأ ، فالمبدأ هو أنه يكفي في الضرر أن يكون غير عادي وخاص ، أما في مجال الأعمال الطبية فإن الضرر يجب أن يكون غير عادي بدرجة

(1) - Cite In M.Auby, note C.E.Séction, 3 November 1997 , Hospital Joseph Imbert d, Arles, RDP 1998 , P. 984 .

استثنائية ، وبالتالي فإن حجم الأضرار التي يجب أن يتحملها المريض تظل أكبر من تلك التي يتحملها المضرور في الحالات الأخرى للمسؤولية دون خطأ .
وهكذا ، فإن كان مجلس الدولة قد قرر مسؤولية الإدارة دون خطأ عن الأعمال الطبية ، إلا أنه ضيق منها بتطلب هذه الشروط القاسية ، فالمسؤولية دون خطأ تظل دائماً الاستثناء ، أما المسؤولية على أساس الخطأ فهي القاعدة .

قضاء Bianche حالة جديدة للمسؤولية دون خطأ :

لئن كان حكم Gomez قد أثار شكاً فيما إذا كان قد أضاف حالة جديدة للمسؤولية دون خطأ ، أو يمكن اعتباره تطبيقاً لمسؤولية الإدارة دون خطأ عن المتعاونين معها ، إلا أن قضاء Bianche لا يثير هذا الشك ، فهو ينشئ حالة جديدة ومهمة للمسؤولية دون خطأ ، ولا يجد سنداً في الحالات القائمة من قبل لهذه المسؤولية .

وهذا الاستنتاج يعتمد على تحليل الأسس التقليدية للمسؤولية دون خطأ . فمن ناحية ، فإنه لا يمكن اعتبار المريض وفقاً لهذا القضاء متعاوناً مع الإدارة ؛ لأنه مستفيد أو منتفع بخدمات المرفق وهذه الصفة لا تجتمع مع صفة المتعاون مع الإدارة ، وإذا كان حكم Gomez يمكن أن يسمح بوجود قدر من (التراكب) بين الصفتين ؛ نظراً لاستخدام أسلوب طبي جديد لم يكن ضرورياً ، الأمر الذي يسمح بتحقيق تقدم في المعارف الطبية ، إلا أن الأمر كان على العكس في قضية Bianche ؛ لأن المريض كان يعالج بناءً على طلبه ولمصلحته الخاصة .

وقد حاول مفوض الحكومة أمام مجلس الدولة في قضية Bianche تبرير هذا القضاء بالقول بأن جميع الأعمال الطبية تتم أولاً للمصلحة الفردية للمرضى ، لكنها تساهم أيضاً في المحافظة وتحسين الصحة الجماعية ، مما يعني أن هذه الأعمال

تحقق أيضاً فائدة للجماعة (1) .

وهذا التحليل يعني في نهاية الأمر أن جميع المنتفعين من المرفق الطبي يعتبرون متعاونين مع هذا المرفق ، وهو أمر من الصعب قبوله ، خصوصاً أن الخطر الذي يمثله العمل الطبي في قضية Bianche لا يتحقق إلا بنسبة 3 أو 4 من كل عشرة آلاف حالة ، فما هي الفائدة الجماعية التي تضاف إلى المصلحة الفردية للمريض والتي تساهم في تحقيقها .

ومن ناحية ثانية ، لا يمكن إسناد المسؤولية دون خطأ وفقاً للقضاء محل البحث على أساس الأضرار الناشئة عن الأنشطة والأساليب الخطرة للإدارة ، ويرجع ذلك إلى أن العمل الطبي ، والتصوير الإشعاعي للعمود الفقري ، لا يمثل خطورة في ذاته ، وبالإضافة إلى ذلك ، فإن العمل الطبي يتم لمصلحة المريض ، أما في مجال المسؤولية دون خطأ عن الأنشطة والأساليب الخطرة فإنها لا تتقرر إلا لمصلحة الغير (2) ، واستناداً إلى ذلك رفض مجلس الدولة تطبيق هذه المسؤولية لمصلحة المشاهدين للألعاب النارية (3) ، أو الأشخاص الذين يتم تطعيمهم (4) ؛ لأن هؤلاء الأشخاص يوجدون في مركز المستفيد المباشر للمرفق الذي سبب لهم الضرر .

ومن ناحية ثالثة ، فإنه لا يمكن إسناد المسؤولية وفقاً لقضاء Bianche على أساس مخالفة مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة ؛ لأن هذا الأساس لا يتعلق بالأنشطة السيادية للإدارة ، أو بأعمال السلطة العامة مثل رفض تقديم معونة القوة العامة

(1) - Concl Precite , P. 578 .

(2) - يُرجع إلى : د. حمدي علي عمر ، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة ، مرجع سابق ، ص 162 وما بعدها .

(3) - C.E. Séction, 21 Février 1958 , Commune de Domme, Rec, P. 143 .

(4) - C.E. ASS 7 Mars 1958 , Dejous , Rec , P. 153 .

لتنفيذ حكم قضائي⁽¹⁾، بينما الأعمال الطبية ليست لها صلة بفكرة السلطة العامة، وإنما تتم في ظروف مماثلة في المستشفيات الخاصة والعامة على حد سواء . ويرجع البعض ، بحق قضاء Bianche إلى أن القضاء بعدم المسؤولية فيه كان يمكن أن يؤدي إلى صدمة لدى الرأي العام ، فالسيد Bianche دخل المستشفى وهو في حالة صحية مرضية ، وخرج منها عاجزاً دون أن يكون ذلك راجعاً إلى مرضه الأول ، إن الشعور بالمأساة هو الذي دفع المجلس إلى هذا القضاء ورسم حدوده بإتقان ، حتى لا يتحول التزام المستشفيات من التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة⁽²⁾ .

وأخيراً ، امتدّ تطبيق نظام المسؤولية دون خطأ إلى مراكز نقل الدم ، وأصبحت تسأل عن سلامة الدم وفقاً لهذه المسؤولية ، وليس وفقاً لنظام المسؤولية على أساس الخطأ .

ثانياً - المسؤولية دون خطأ عن نشاط مراكز نقل الدم العامة :

دفعت مأساة الدم الملوّث بقضاء المسؤولية الإدارية إلى الأمام ، فلم تعد مسؤولية مراكز نقل الدم العامة عن سلامة الدم تتم وفقاً للخطأ وإنما دون خطأ ، وهذا التطور يتفق مع ما انتهى إليه قضاء محكمة النقض من أن التزام مراكز نقل الدم الخاصة هو التزام بتحقيق نتيجة وليس بذل عناية :

1 - فوفقاً لقضاء تقليدي لمحكمة النقض ، فإن مسؤولية مراكز نقل الدم الخاصة تتحدد وفقاً لأساس تعاقدية يرجع إلى المادتين (1121 - 1135 من القانون المدني) في حالة نقل دم معيب ، وإذا كان العقد لا يوجد من الناحية الشكلية

(1) - C.E. 30 May 1923 , Couiteas , Rec , P. 789 .

(2) - د. محمد عبداللطيف ، مرجع سابق ، ص 116 .

إلا بين مراكز نقل الدم التي تقوم بتوزيع الدم والمستشفى الذي يقوم بتقديم الدم إلى المريض ، فإن مسؤولية هذه المراكز في مواجهة المنقول إليهم تستند إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير⁽¹⁾ .

كما قضت محكمة النقض أيضاً بمسؤولية المستشفى الخاص في حالة حقن المريض بدم معيب ، حتى ولو كان العيب راجعاً إلى خطأ من جانب المنتج⁽²⁾ .

وهذا القضاء يعني أن الالتزام الذي يقع على عاتق كل من منتج الدم وموزعه هو التزام بتحقيق نتيجة وتمثل في تسليم منتج خالٍ من العيوب .

وقد أكدت محكمة النقض قضاءها بشأن مسؤولية مراكز نقل الدم ، وأنه لا يجوز أن تُعفى من التزامها بتقديم دم خالٍ من العيوب إلا إذا قامت بإثبات السبب الأجنبي⁽³⁾ ، وبالتالي فإن العيب الداخلي في الدم ، حتى ولو لم يمكن الكشف عنه ، لا يشكل سبباً أجنبياً بالنسبة للجهة التي تقوم بتوزيعه .

(2) - أما بالنسبة لمراكز نقل الدم العامة ، فأساس المسؤولية يختلف وفقاً لأحكام مجلس الدولة :

أ - فيمكن أن تقرر المسؤولية وفقاً لنظام الخطأ ، حيث قضى مجلس الدولة بمسؤولية أحد مراكز نقل الدم في حالة تسليم زجاجة دم من فصيلة مختلفة غير التي طلبها الجراح ، واستناداً إلى المسؤولية بخطأ ، يمكن أن تتقرر مسؤولية المستشفى ، وهو خطأ يرجع إلى تنظيم وتسيير المرفق الطبي ، كأن يكون التلوث راجعاً إلى عدم قيام المستشفى باتخاذ كافة الاحتياطات التي كان يتعين

(1) - Civ. 17 Dec 1954 , D. 1955 . P. 269 .

(2) - Civ. 1 Re , 4 Fév. 1959 . La Clinique saint françoise d, Assise C./blanc.

(3) - Civ. 1 Re , 4 Fév. 1959 . La Clinique saint françoise d, Assise C./blanc.

القيام بها في ضوء العلوم الطبية .

وقد أثير التساؤل عما إذا كان يمكن تقرير مسؤولية مراكز نقل الدم وفقاً لقرينة الخطأ أو الخطأ المفترض ، وقد اعتنقت المحكمة الإدارية بباريس هذا الرأي في حكمها الصادر في 11 يناير 1991م ، إذ استبعدت وجود خطأ غير جسيم لأن الدم كان محلاً للفحص ، لكنها قررت بأن إدخال دم ملوث وخطر يكشف عن خطأ في تنظيم وتسيير المرفق الطبي .

غير أنه مما يعيب هذا القضاء أن تلوث الدم لا ينشأ بالضرورة عن ارتكاب خطأ في تنظيم المرفق ، ولا يمكن إعمال نظام قرينة الخطأ المفترض إلا في حالة الاستحالة المادية في تقديم الدليل على ارتكاب خطأ ، يكون من المؤكد أو شبه المؤكد أنه موجود .

أما المحكمة الإدارية الاستئنافية بمدينة باريس فقد قضت بإلغاء الأحكام المطعون فيها ، لعدم جواز تطبيق قرينة الخطأ من ناحية أخرى .

ب - لذلك كان على مجلس الدولة أن يبحث عن أساس لتقرير مسؤولية مراكز نقل الدم وفقاً لنظام آخر هو المسؤولية دون خطأ .

كان من البديهي أن يثور التساؤل عن تطبيق قضاء Bianche على مسؤولية مراكز نقل الدم ، غير أن تطبيق هذا القضاء لم يكن ممكناً لعدم توافر أحد شروطه ، وبيان ذلك أن هذا القضاء يشترط في الخطر أن يكون استثنائياً ، وهذا الشرط لم يكن متوافراً قبل فرض فحص دم المتبرعين .

فقد كان هذا الخطر كبيراً ، ولم يكن يصدق عليه أنه خطر استثنائي ، أما بعد تعميم فحص دم المتبرعين ، فقد أصبح الخطر استثنائياً ، يقدر بـ 3 في كل 100.000 حالة .

لذلك أقام المجلس مسؤولية مراكز نقل الدم دون خطأ على أساس آخر ، وهذا

الأساس كما ورد في حكمه الصادر في 26 مايو 1995م له دعامتان :
فمن ناحية ، يستند المجلس إلى المهمة الخاصة لمراكز نقل الدم ، إذ يسند إليها
القانون احتكار عمليات تجميع الدم ، وضمان الرقابة الطبية على سحبه ،
ومعالجته ، وتجهيزه ، وتوزيعه .
ومن ناحية أخرى ، يستند المجلس على الأخطار التي تمثلها عملية تقديم
منتجات الدم .
جـ - بقيت نقطة أخيرة ، حول مسؤولية المستشفيات العامة عن الدم الذي تقوم
بتقديمه إلى المرضى ؟

إن الإجابة عن هذا السؤال تفترض الإجابة عن سؤال آخر وهو :
ما هو العمل الذي يحدث الضرر ؟ هل هو تقديم الدم إلى المريض ومن ثم
تكون المسؤولية على المستشفيات ؟ أم أن سبب الضرر هو عدم سلامة الدم ؟
وبالتالي فإن المسؤول هو مركز نقل الدم ؟
لقد انحاز مجلس الدولة إلى الرأي القائل بأن السبب الحقيقي للضرر يكمن في
عدم سلامة الدم ، وبالتالي قرر أن المسؤولية الناشئة عن عيوب الدم لا تقوم
وفقاً للمبادئ التي تحكم مسؤولية المستشفيات باعتبارها تقوم بأعمال طبية ،
ولكن وفقاً للقواعد المطبقة على نقل الدم .
وبناءً على ذلك ، إذا كان مركز نقل الدم تابعاً لمستشفى عام ، فإن الأخير
يكون مسؤولاً بصفته قائماً بإدارة أحد مراكز نقل الدم ، أما في الحالة التي
يكون فيها مركز نقل الدم غير خاضع للمستشفى فإن المسؤولية تقع فقط على
عائق المركز .

الخاتمة

وهكذا عرضنا للتطورات الحديثة في مجال مسؤولية المرافق العامة الطبية ، سواء بالعدول ، كما رأينا من (الخطأ الجسيم) إلى نظام (الخطأ البسيط) ، أم بالتوسع في حالات المسؤولية دون خطأ .

وقد تزامنت هذه التطورات مع حركة تشريعية أقرت الحق في التعويض للمضرور أو المجني عليه خارج نطاق المسؤولية استناداً إلى فكرة التضامن الاجتماعي⁽¹⁾ .

أما عندنا ، فما زال القاضي المدني والإداري بعيداً عن هذه التطورات يطبق قواعد المسؤولية المدنية في مجال المنازعات الإدارية .

لذلك نناشد القضاء أن يعدل عن هذا الموقف بأن يأخذ بالقواعد الإدارية، ومنها نظرية المسؤولية دون خطأ تحقيقاً للعدالة ودفاعاً عن حقوق الأفراد .

كما نهيب بالمشرع أن يتدخل هو الآخر جاعلاً نصب عينيه واهتمامه تعويض المضرور إذا لم تسعف قواعد وأحكام المسؤولية التقليدية .

(1) - من هذه القوانين على سبيل المثال :

- التشريعات الخاصة بأضرار الحرب ، قانون 28 أكتوبر 1946م بالنسبة للحرب العالمية الثانية .

- التشريع الخاص بالكوارث الزراعية في 1 أبريل 1964م .

- التشريع الخاص بالكوارث الطبيعية في 13 يوليو 1982م .

- التشريع الخاص بتعويض ضحايا الإيدز في 13 ديسمبر 1991م .

وهي كلها قوانين أقرت الحق في التعويض للمضرور خارج نظام المسؤولية .

المراجع

أولاً - باللغة العربية :

أ - المؤلفات العامة :

- البنا : د. محمود عاطف ، الوسيط في القضاء الإداري ، دار الفكر العربي ، طبعة سنة 1990 م .
- حمدي : علي عمر ، المسؤولية عن أعمال السلطة التنفيذية، طبعة سنة 1996 م.
- رسلان : أنور أحمد ، وسيط القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، طبعة سنة 1999 م .
- الطماوي : د. سليمان محمد ، قضاء التعويض ، دار الفكر العربي ، طبعة سنة 1978 م .
- نصار : جابر جاد ، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية ، دار النهضة العربية ، طبعة سنة 1995 م .

ب - المؤلفات الخاصة :

- حمدي : علي عمر ، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة ، دار النهضة العربية ، طبعة سنة 1995 م .
- عبدالرحمن : د. عادل ، المسؤولية المدنية للأطباء ، جامعة عين شمس ، 1985 م.
- عبداللطيف : د. محمد ، التطورات الحديثة في مسؤولية الإدارة ، دار النهضة العربية ، 2000 .
- قايد : د. محمد أسامة ، المسؤولية الجنائية للأطباء ، جامعة القاهرة ، 1983 م .

ثانياً - باللغة الفرنسية :

- Gaudement : La responsabilité des services publics hospitaliers E.D.C.E. 1980 - 1981 , P. 57 .
- Pontier J.M.: Sida de la responsabilité à la garantie sociale R.F.D.A. 1992, P. 536 .

بطلان العقد للجهل بالمحل في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي

د. ضو أبوغرارة
عضو هيئة التدريس بكلية القانون
جامعة الفاتح

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين ، سيد الخلق أجمعين ،
محمد صلى الله عليه وسلم ، أفضل صلاة وأزكى تسليم .

أما بعد : يمثل القانون المدني الليبي نموذجاً للتشريعات العربية والإسلامية
المستوردة صيغها من التشريعات الغربية ، اعتقاداً من أن كل ما عند الغرب يمثل
التقدم والحضارة ، ويساعد على الرقي بالمجتمع ، فالقانون المدني الليبي اقتبس من
القانون المدني المصري ، واعتمد واضعو الأخير على القانون المدني الفرنسي ،
فالقانون المدني الفرنسي يعد الأصل التاريخي لنصوص القانون المدني الليبي
والمصري ، إلا أن هذا لا يعني مخالفة أحكام القانون المدني للشريعة الإسلامية
بشكل مطلق ، فتأثر القانون المدني الفرنسي بالفقه الإسلامي لا يمكن تجاهله ،
فجلُّ القواعد والمبادئ التي يُنسب استحداثها للقانون المدني الفرنسي نجد أصولها في
الفقه الإسلامي ، وفي هذه الورقة العلمية البسيطة نحاول دراسة مسألة من مسائل
القانون المدني الليبي ، ومقارنتها بالفقه الإسلامي ، ونحاول من خلال التحليل
والدراسة بيان شرعية هذه النصوص ، وتوضيح اختلال التوازن كلما خالف
القانون أحكام الفقه الإسلامي ، وهذا إن دلَّ على شيء ، فإنما يدل على التقدم

الذي أحدثته الشريعة الإسلامية في هذا المجال ، وقد وقع الاختيار على بطلان العقد للجهل بالحل ، والآثار المترتبة على البطلان ، ونقسم هذا البحث إلى مبحثين ، نخصص المبحث الأول للمبدأ العام للقانون في شأن بطلان بيع المجهول ، ومقارنته بالفقه الإسلامي ، أما المبحث الثاني فموضوعه الحالات التي خرج فيها المشرع الليبي عن المبدأ العام وناقض نفسه ، ونبيّن مدى موافقة هذه الأحكام للفقه الإسلامي .

مع ملاحظة أنه يراد بالعقد في هذا البحث عقود المعاوضات ، وهذا ما سار عليه القانون المدني الليبي في بيانه للعقد وأحكامه كمصدر من مصادر الالتزام⁽¹⁾، ويقابله في الفقه الإسلامي البيوع ، فقد تناول الفقهاء عقود المعاوضات عموماً ضمن باب البيع ، حيث شمل البيع بيع الأعيان وبيع المنافع ، فدخل بذلك الإجارة والمضاربة وغيرها من بيع المنافع ، ولهذا نعرض أحكام بطلان العقد في الفقه الإسلامي من خلال أحكام البيع⁽²⁾ .

(1) - كل نصوص القانون المدني التي تناولت العقد خصّته بالمعاوضات ، أي باعتباره أثراً لتصرف تمّ من جانب طرفين ، انظر مثلاً المادة (142) ق.م.ل ، التي تناولت بطلان العقد ، والمادة (145) ، التي تناولت آثار العقد . إعداد الإدارة العامة للقانون بالجمهورية ، 1988م ، القانون المدني الليبي ، ب.ط ، طرابلس ، مطابع الإدارة العامة للقانون ، ص 26 .

(2) - انظر مثلاً : الإمام الشافعي ، محمد بن إدريس ، الأم ، (بيروت ، دار المعرفة ، ب.ط ، ب.ت) 58/8 - 62 . وابن قدامة ، أبو محمد عبدالله بن أحمد ، المغني ، (بيروت ، دار إحياء التراث العربي ، ب.ط ، ب.ت) ، 434/5 .

المبحث الأول

مقارنة الموقف العام للقانون المدني الليبي

من البطلان للجهل بالفقه الإسلامي

إن المقارنة بين القانون المدني الليبي والفقه الإسلامي في بطلان العقد للجهل بالمحل تقتضي إعطاء فكرة موجزة عن حكم الجهل وتحديدده في القانون والفقه الإسلامي ، ونحاول في إعطاء هذه الفكرة الاقتصار على قدر الحاجة لعدم اتساع المقام للتفاصيل ، ونحيل القارئ لمراجعة المسألة في مضانها .

* الجهل وحدوده في الفقه الإسلامي والقانون :

لقد اتفق الفقهاء على النهي عن الجهل بالمعقود عليه في البيوع ، والجهل بالمعقود عليه هو ما تعلق بعنصر من العناصر الأساسية ، أو وصف معتبر عادة ، والعناصر الأساسية التي ذكرها الفقهاء هي الجنس والنوع والقدر ، ويلحق بها كل ما في معناها مما يحدثه التطور ، وقد اتفقت تطبيقات الفقهاء على هذا ، وإن وقع خلاف في بعض التطبيقات فمرده الاختلاف في تقدير الجهل ، أو الاختلاف في تقدير الحاجة والضرورة التي تدعو في بعض الحالات للخروج عن الأصل استثناءً⁽¹⁾ ، وقد وافق القانون المدني الليبي الفقه الإسلامي في النهي عن الجهل

(1) - الشافعي محمد بن إدريس ، الأم ، بيروت : دار المعرفة ، ب.ط ، ب.ت ، 88/8 - 89 . سحنون ، ابن سعيد التنوخي ، المدونة الكبرى ، ضبط : أحمد عبدالسلام ، بيروت : دار الكتب العلمية ط 1 ، 1994م ، 255/3 . ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ، المحلى ، تحقيق : أحمد شاكر ، القاهرة : دار التراث ، ب.ط ، ب.ت ، 341/8 - 343 . الكاساني ، علاء الدين أبوبكر بن محمد ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مصر : مطبعة الجمالية ، ط 1 ، 1910م ، 163/5 وما بعدها . ابن رشد الحفيد ، محمد بن أحمد بن محمد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة العاشرة ، 1988م ، 148/2 - 149 ، 156 . ابن قدامة ، أبو محمد عبدالله بن أحمد ، =

وحدوده ، وذلك من خلال شرط التعيين ، فقد نصَّ القانون على التعيين ومعيّنه ، حيث قرر في المادة (133) على : (1 - إذا لم يكن محل الالتزام معيّنًا بذاته ، وجب أن يكون معيّنًا بنوعه ، ومقداره ، وإلاّ كان العقد باطلاً .

2 - ويكفي أن يكون محل الالتزام معيّنًا بنوعه ، إذا تضمن ما يستطيع به تعيين مقداره (1) .

وقد اتفق شراح القانون المدني الليبي استناداً على هذه المادة على وجوب العلم بالجنس ، والنوع ، والمقدار ، والأوصاف المميزة للمحل ، والجهل بهذه العناصر والأوصاف يخل بشرط التعيين ، وقد أوضحوا بأن الجهل لعدم التعيين يمنع نشوء الالتزام ، أو حدوث اتفاق بين الأطراف (2) .

= المغني ، بيروت : دار إحياء التراث العربي ، ب.ط ، ب.ت ، 581/3 - 582 ، 142/4 - 143 .
النووي ، أبو زكريا محيي الدين بن شرف ، المجموع في شرح المهذب ، مطبعة التضامن الأقوى لصاحبها محمد منير عبده ، ب.ط ، ب.ت ، 286/9 - 287 . الخطاب ، أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، بيروت : دار الفكر ، ب.ط ، ب.ت ، 276/4 .
العالملي ، محمد الحسن الحر العاملي ، وسائل الشيعة إلى تحسّين مسائل الشريعة ، تحقيق : عبدالرحمن الرباني الشيرازي ، جايخانة إسلامية ، دار كفا بفروش إسلامية ، ب.ط ، 1347 هـ ، 361/12 - 299 . ابن عابدين ، محمد ، رد المحتار على الدر المختار ، بيروت : دار إحياء التراث العربي ، ب.ط ، ب.ت . 21/4 - 22 .

(1) - إعداد الإدارة العامة للقانون بالجمهورية ، 1988م ، القانون المدني الليبي ، طرابلس : مطابع الإدارة العامة للقانون ، ص 24 .

(2) - حبيب ، الدكتور ثروت ، المصادر الإرادية للالتزام في القانون المدني الليبي ، بنغازي : منشورات جامعة قاريونس ، ب.ط ، 1978م ، ص 248 . بدوي ، الدكتور محمد علي ، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام ، طرابلس : منشورات جامعة الفاتح ، ط 2 ، 1997م ، ص 141 - 143 .

* حكم الجهل في الفقه الإسلامي وآثاره :

لقد اتفق الفقهاء على بطلان بيع المجهول ، ولا فرق بين الجهل بالوصف أو العنصر ، أي لا فرق بين الانعدام والجهل ، فهما من باب الجهل ، وهذا هو قول الجمهور من حيث التطبيق واللفظ⁽¹⁾ ، أما تفرقة الأحناف بين الجهل والانعدام لا تعدو اللفظ في باب بيع المجهول ، فقد طبقوا أحكام البطلان وآثاره على بيع المجهول ، وإن أطلقوا عليه لفظ الفساد ، بل إن بعض عبارات الفقه الحنفي صرحت بأن الفساد بسبب الجهل بالمعقود عليه من باب البطلان ، ولهذا اعتمدنا إطلاق الجمهور ، فمن الأمثلة من الفقه الحنفي التي تدل على أنهم وافقوا الجمهور ، ما ورد في شرح فتح القدير فيما يتعلق بمسألة متى يكون للفساد حكم البطلان : " ومن باع صيرة طعام كل قفيز بدرهم ، جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة ، إلا أن يُسمى جملة قفزانه ، لجهالة المبيع ، والثلث جهالة تفضي إلى المنازعة ... ولا ينقلب العقد الفاسد هنا إلى الجواز ؛ لأن الفساد في صلب العقد ، وإذا كان الفساد في صلب العقد ، فهو قوي ، ويمنع من الانقلاب ، بخلاف الفساد في الأجل وسقوطه " (2) ، وورد في حاشية ابن عابدين : " وفي الفتح أن البيع بالرقم فاسد ؛ لأن الجهالة تمكنت في صلب العقد ، وهو جهالة الثمن بسبب الرقم ، وصارت

(1) - انظر مثلاً : الإمام الشافعي ، الأم ، 87/8 وما بعدها . ابن حزم ، المحلى ، 343/8 وما بعدها . ابن قدامة ، المغني ، 104/4 ، 109 ، 114 ، 143 ، 223 - 230 . النووي ، المجموع في شرح المذهب ، 258/9 ، 286 - 287 . ابن مفلح ، المبدع ، 24/4 - 25 . الخطاب ، مواهب الجليل ، 274/4 وما بعدها . الشرييني ، محمد الخطيب ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، بيروت : دار الفكر ، ب.ط. ، ب.ت. ، 30/2 . ابن عرفة ، محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، بيروت : دار الفكر ، ب.ط. ، ب.ت. ، 10/3 - 17 ، 56 - 57 .

(2) - ابن القيم ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد ، شرح فتح القدير ، بيروت : دار الفكر ، الطبعة السابعة ، 1986م ، 267/5 - 268 .

بمنزلة القمار والخطر الذي فيه" (1) .

إن العقد الباطل لا يرتب أي أثر في ذمة المتعاقدين ، أي إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد ، والقبض في العقد الباطل لا يصححه ، فالعقد بعد القبض ، كالعقد قبل القبض ، فالبائع في العقد بعد القبض لا يملك الثمن ، ولا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري ، فالباطل كما يعبر عنه الفقهاء ما لا يفيد ملكاً أصلاً ، وهو غير المشروع بأصله ، ولا حكم لهذا البيع ، أي أن العقد الباطل لا يرتب أي أثر من آثار البيع ، فتصرف المشتري في المبيع تصرف في ملك الغير ، وتصرف البائع في الثمن تصرف في ملك الغير .

إن اعتبار العقد الباطل كالمعدوم وعدم ترتيب أي آثار عليه مبدأ عام اتفق عليه فقهاء الأحناف ، وقد وافق الجمهور في هذا ، وإن خالفوهم في قصر البطلان وأثره من حيث الإطلاق على بيع المعدوم ، وما له من خطر العدم من صور المجهول، ويُراد بالمجهول : الجهل بالعناصر الأساسية والأوصاف المعتبرة عادة (2) .

* موقف القانون الليبي من البطلان للجهل وآثاره :

بعد هذه الفكرة الموجزة عن الجهل في القانون والفقہ الإسلامي ، نوضح موقف القانون من البطلان ، وآثاره ، ثم نقارنه بعد ذلك بأحكام الفقہ الإسلامي .
إن نصوص القانون صريحة في الدلالة على بطلان البيع للجهل ، ولكن ما هو نوع البطلان ، وما الآثار المترتبة على هذا البطلان ، وهذا يقتضي بيان أنواع البطلان في القانون المدني الليبي أو لا .

(1) - ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، 29/4 .

(2) - الكاساني ، بدائع الصنائع ، 490/5 . ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، 42/6 . ابن عابدين ، حاشية

ابن عابدين ، 105/4 .

* نوع البطلان للجهل :

إن التقسيم السائد في الفقه القانوني لتقسيم البطلان هو التقسيم الثنائي ، فالبطلان ينقسم إلى بطلان مطلق ، وبطلان نسبي ، والمشرع عدل عن استخدام المطلق والنسبي ، وذلك تأثراً بالمشرع المصري ، فاستخدم لفظ البطلان ، عوضاً عن البطلان المطلق ، ولفظ القابلية للإبطال ، عوضاً عن البطلان النسبي ، وقد فرّق القانون بين البطلان المطلق والنسبي في الآثار ، وعليه نوضح نوع البطلان للجهل بالمحل وآثاره .

إن النصوص العامة في الالتزام تدل على أن العقد على المجهول باطل - بطلاناً مطلقاً - ويدل على أن البطلان مطلق لفظ النص نفسه ، فقد استخدم القانون في المادتين (132 ، 1/132 ق.م.ل) لفظ البطلان كجزء للجهل لعدم التعيين ، ولفظ البطلان يُراد به البطلان المطلق ، كما يؤيدنا في هذا الاستخلاص آراء فقهاء القانون المدني الليبي ، والقانون المدني المصري ، واستثناساً بالفقه المصري للتوافق التام بين القانونين ، ولرسوخ قدمهم في هذا المجال ، ولسد النقص نتيجة حداثة الفقه القانوني الليبي ، ومن أهم الأدلة من الفقه القانوني ما يأتي :

1 - لقد صرّح بهذا عدد من فقهاء القانون ، فيقول حبيب مثلاً في بيان شرط الوجود وأثر تخلفه "والاستحالة المطلقة يجب أن تكون قائمة وقت العقد ، فهذه متى قامت على هذا النحو جعلت المحل معدوماً ، وكان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً"⁽¹⁾ ، ويقول في بيان شرط التعيين ، وبيان أثر تخلفه : "... أما إذا التزم المفاوض بإقامة بناء فحسب ، دون أي تحديد ، ودون أن توجد لدينا من ظروف الاتفاق ما يساعد على تبيانها ، كان محل الالتزام غير معين ، وبالتالي كان محل

(1) - حبيب ، المصادر الإرادية للالتزام ، ص 241 .

الالتزام باطلاً ، ولا يتولد عنه أي التزام⁽¹⁾ ، أما مرقس فقد أوضح بأن كلمة باطل أينما وردت في القانون المدني المصري يُراد بها البطلان المطلق ، وأما البطلان النسبي فقد عبّر عنه القانون بلفظ قابل للإبطال⁽²⁾ .

2 - اتفاق فقهاء القانون على أن وجود المحل أو إمكانه وتعيينه شرطاً انعقاد لا صحة ، وشرط الانعقاد يترتب عليه البطلان المطلق لا النسبي ، والجهل ما هو إلا نتيجة تخلف أحد الشرطين⁽³⁾ ، فالجهل بالمحل يترتب عليه البطلان المطلق . إن القاعدة هي بطلان العقد إذا كان المحل معدوماً ، وقد نصّت على هذا المادة (131 ق.م.ل) ، حيث تنص على : (إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته ، كان العقد باطلاً)⁽⁴⁾ ، وقد جعل المشرع نفس الجزء لعدم التعيين ، حيث تنص المادة (1/133 ق.م.ل) على : (إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته ، وجب أن يكون معيناً بنوعه ، ومقداره ، وإلا كان العقد باطلاً)⁽⁵⁾ .

تدلّ النصوص السابقة على بطلان العقد إذا كان المحل مجهولاً ، فعدم التعيين يقابل الجهل بالمعقود عليه في الفقه الإسلامي ، والنصوص السابقة وإن تحدثت عن الالتزام بصفة عامة ، إلا أن المشرع ختم بالعقد في تحديد الالتزام مع أن صدر النص يتحدث عن الالتزامات بوجه عام ، وهذا يعني أن أهم ما يراد بهذه الأحكام هو العقد ، كما أن تطبيق أحكام الالتزامات المتعلقة بالجهل على العقود

(1) - حبيب ، المصادر الإرادية للالتزام ، ص 248 .

(2) - مرقس ، سليمان ، الوافي في شرح القانون المدني : عقد البيع ، أسهم في تنقيحه الدكتور حبيب إبراهيم الحليبي ، القاهرة : مطبعة السلام ، ط 5 ، 1990م ، 423/2 .

(3) - السنهاوري ، عبدالرازق أحمد ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، القاهرة : دار النهضة ، ب.ط. ب.ت ، 367/1 وما بعدها ، 388 وما بعدها ، 41/4 . البدوي ، النظرية العامة للالتزام ، 138 ، 141 وما بعدها . حبيب ، المصادر الإرادية للالتزام ، ص 242 ، 248 وما بعدها .

(4) - القانون المدني ، ص 24 .

(5) - المرجع السابق ، ص 24 .

بشكل عام محل اتفاق في أواسط الفقه القانوني ، وفي هذا يقول مرقس في عقد البيع : "... جميع ما أورده في نظرية الالتزام بوجه عام تسري على البيع ، كما تسري على العقود الأخرى ، فيرجع إليها في الجزء الأول حيث ذكرت هذه الأحكام تفصيلاً " (1) .

إن دلالة النصوص السابقة على بطلان العقد إذا كان المحل مجهولاً واضحة وصريحة ، ولا تحتاج إلى تفسير ، أو تأويل للوصول لهذا الحكم ، وإذا كان العقد باطلاً ، فما هي الآثار المترتبة على البطلان ؟ .

* البطلان (المطلق) وما يترتب عليه من آثار :

إن العقد الباطل لا يترتب عليه أي أثر من آثار العقد ، وكما يعبر عنه القانون ، العقد الباطل يعود فيه المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد ، وقد نصّت المادة (1/142 ق.م.ل) على : (في حالتي إبطال العقد أو بطلانه يُعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل) (2) .

إن إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ملازمة للعقد الباطل ؛ لأن البطلان لا يزول بالإجازة ، والبطلان في مواجهة الكافة ، لذا لا يتوقف الحكم بالبطلان ، وإزالة أثر العقد على التمسك به من أطراف العقد ، بل يجوز لكل ذي مصلحة التمسك به ، ولو لم يكن طرفاً في العقد ، بل يجوز الحكم به من قبل القاضي ، ولو لم يدفع به أحد ، وقد نصّت على هذه الأحكام المادة (1/141 ق.م.ل) : (إذا كان العقد باطلاً ، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك

(1) - مرقس ، الوافي ، 422/2 .

(2) - القانون المدني ، ص 26 .

بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة (1). فالعقد الباطل كما يقول فقهاء القانون ولد ميتاً ، فلا يصلح لإنتاج أي أثر ، فالعقد الباطل كالعدم (2).

إن دلالة نصوص القانون الليبي على أن العقد الباطل كالعدم صريحة وظاهرة ، فالعقد الباطل كلاً عقد ، ولا أمل في ترتيب أي أثر عليه ؛ لأن البطلان ملاصق للعقد ، ولا يتوقف أثر البطلان على طلب أحد الأطراف ؛ لأنه غير مقرر لمصلحة طرف دون طرف ما ، بحيث يتوقف على طلبه بطلان العقد ، فهو باطل في مواجهة الكافة ، لهذا جاز للقاضي الحكم به من تلقاء نفسه ، كما أن الإجازة لا تلحق هذا العقد ، مما يجعله كالعدم .

إن البطلان بهذا المعنى لا يختلف عن البطلان وآثاره في الفقه الإسلامي ، وهذا يدل على أن القانون قد وافق الفقه الإسلامي في القول ببطلان العقد للجهل بالحل ، وكذلك الآثار المترتبة على البطلان ، إلا أن القانون قد نقض هذا المبدأ في بعض النصوص الخاصة ، فعدل المشرع في هذه النصوص عن حكم البطلان ، وآثاره ، وخالف فيها أحكام الفقه الإسلام علاوة على ما أدت إليه هذه المخالفة من نقض للقانون نفسه ، وتضارب بين النصوص ، ونقض للمقاصد والحكم ، وقد أثارت هذه النصوص بعض الإشكاليات فيما يتعلق ببطلان بيع المجهول ، ونحاول في المبحث الثاني من هذا البحث دراسة هذه النصوص ، ومحاولة توجيهها إن أمكن .

(1) - القانون المدني ، ص 25 .

(2) - مرقس ، الوافي ، 422/2 - 423 .

المبحث الثاني

حالات عدول المشرع عن حكم البطلان للجهل وما تثيره من إشكاليات

لقد وافق القانون المدني الليبي الفقه الإسلامي في الآثار المترتبة على الجهل، من حيث المبدأ ، فقرر بطلان بيع المجهول بطلاناً مطلقاً ، وعودة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد ، إلا أن بعض نصوص القانون المدني الليبي ، وبعض تطبيقات فقهاء القانون أثارت بعض الإشكاليات ، وأحاول في هذا المبحث عرض أهم الإشكاليات ومناقشتها ، وتوجيهها إن أمكن .

* عدم تعيين الجودة عند اختلافها :

تنص المادة (2/133 ق.م.ل) : (ويكفي أن يكون محل الالتزام معيناً بنوعه فقط ، إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره ، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث الجودة ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف ، أو من أي ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف وسط)⁽¹⁾.

إن ما ورد في عجز الفقرة الثانية من المادة (133 ق.م.ل) يعد نقضاً لما ورد في الفقرة الأولى من المادة نفسها ، حيث نصّ المشرع في الفقرة الأولى على بطلان العقد إذا تخلف شرط التعيين ، وفي عجز الفقرة الثانية قرر وجوب التزام المتعاقد بصنف وسط عند اختلاف الجودة ، ولم تذكر في العقد ، ولا يمكن استخلاصها من العرف ، أو ظروف التعاقد ، وهذا يعني عدم تطبيق البطلان ؛ لأن البطلان المطلق المقرر كجزاء لتخلف شرط التعيين يترتب عليه عودة المتعاقدين إلى

(1) - القانون المدني ، ص 24 .

ما كانا عليه قبل العقد ، أي خلو ذمة المتعاقدين من أي التزام بمقتضى العقد ، إلا أن المشرع هنا رتب على العقد آثاره ، وهذا نقض لحكم البطلان المقرر بالمادة (1/133 ق.م.ل) ؛ لأن عدم ذكر الجودة عند اختلافها احتلال لشرط التعيين وفقاً للتحديد السابق لمعنى التعيين ، حيث إن درجة الجودة مؤثرة في تقييم المبيع ، وتحديد رغبة الحصول عليه من عدمها ، ويظهر هذا في المبيعات الحديثة أكثر .

إن عدم تطبيق البطلان في حالة الجهل بالصنف ، وإلزام المتعاقد بتقديم صنف وسط ظاهر من ألفاظ النص ، وأكده فقهاء القانون ، ولم يتعرضوا لتوجيه عدم تطبيق البطلان ، ومخالفة المبدأ العام المقرر بموجب الفقرة الأولى من المادة (133 ق.م.ل) ، فيقول بدوي في هذا : " وإذا كانت الأشياء المثلية متفاوتة في درجة جودتها ، ولم يتضمن العرف أسس تعيينها ، فإن العقد لا يبطل ، بل يلتزم المدين بمقتضى قاعدة مكملة ، أو مفسرة بأن يسلم شيئاً من صنف وسط " (1) ، ويقول مرقس : " إذا كانت الأشياء المثلية تتفاوت من حيث الجودة ، وجب أن تعين درجة جودتها ، غير أنه لا يشترط أن يعين الطرفان هذه الدرجة صراحةً ، ويمكن استنباطها من ظرف التعاقد ، أو بالرجوع إلى العرف ، وإلا فيفرض أنهما قصداً أن يكون المعقود عليه من درجة متوسطة " (2) .

إن تحديد درجة الجودة يرجع عادة لاختلاف النوع ، أو الوصف المعتبر ، وأرجح دلالة النص على رجوع اختلاف الجودة هنا لاختلاف النوع ، والسند في هذا الترجيح ما يلي :

1 - أن المشرع استخدم لفظ صنف ، ولفظ صنف يُطلق على النوع عادةً ، ولا

(1) - البدوي ، النظرية العامة للالتزام ، 143/1 .

(2) - مرقس ، الوافي ، 279/2 . لم يُحكَّ خلاف في هذه المسألة بين فقهاء القانون ، انظر في هذا مثلاً :

السنهوري ، الوسيط ، 389/1 .

- يُطلق صنف على الوصف عادةً ، ولا قرينة في النص تمنع من إرادة النوع .
- 2 - إن اختلاف الجودة إما أن يعود لاختلاف النوع ، أو اختلاف وصف معتبر ، والوصف عادةً يُوصف بالاعتبار لا بتنوعه إلى أصناف ، فإشارة المشرع للصنف الوسيط دليل على أنه أراد الاختلاف الذي يعود للنوع .
- 3 - إن شرط التعيين نصّت عليه المادة (133 ق.م.ل)⁽¹⁾ ، وأوضح المشرع من خلال النص بأن التعيين من حيث الأصل يتم بالذات ، وقد افترض أن تعيين الذات يتم به تعيين الجنس ، والنوع ، والمقدار ، والأوصاف المعتبرة عادةً ؛ وذلك لأن مقاصد التعيين لا تتحقق إلا بتعيين هذه الأمور ، ثم أوضح في النص نفسه أن تعيين الذات يقوم مقامه تعيين النوع ، والمقدار ، ولهذا جعل المشرع تعيين النوع ، والمقدار ، من باب التعيين الحكمي للذات ، ولم يذكر الجنس ؛ لأن تعيين النوع يتحقق به تعيين الجنس اقتضاء عادةً ، ولهذا نجد أن فقهاء القانون عندما ذكروا العناصر التي يتم بها تعيين صندروها بالجنس ؛ لأن العلم بالنوع يقتضي تعيين الجنس من باب أولى في الغالب ، ثم انتقل في الفقرة الثانية إلى البدائل ، للنوع ، والمقدار ، فأجاز الاكتفاء بالأسس التي يستطيع من خلالها تعيين المقدار في صدر الفقرة الثانية من المادة نفسها ، وهذا يعني أن البديل الآخر يكون للنوع ، فأوجب اللجوء إلى العرف ، والظروف من حيث المبدأ ، فإن لم يمكن ذلك افترض الصنف الوسيط ، فكيف يمكن القول بأن ما ذكر يعود للأوصاف وهي لم تذكر في النص ، فإن ما ذكر يعد من باب البديل لعدم تعيين النوع ، وسياق النص يرجحه .

(1) - نص المادة 133 ق.م.ل : (1 - إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته ، وجب أن يكون معيناً بنوعه ، ومقداره ، وإلا كان العقد باطلاً . ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن ما يستطيع به تعيين مقداره ، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف ، أو من أي طرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف ووسط) . القانون المدني ، ص 24 .

4 - إن عدم ذكر المشرع للأوصاف في النص يدل على أنه أوكل ذلك للفقهاء ، والقضاء ، واكتفى بدلالة الذات ، أو الجنس ، والنوع ، والمقدار على ذلك ، فالنوع يشمل الأوصاف المعتبرة المتعلقة به ، والجنس ، والمقدار كذلك ، ولهذا اتفق فقهاء القانون على أن التعيين الذي نص عليه المشرع يشمل الأوصاف المميزة ، وهذا يؤيد القول بأن الصنف الوسيط يُراد به النوع .

إن إرجاع اختلاف الصنف للنوع يؤدي إلى تناقض النص مع نفسه ، حيث اشترط النص في الفقرة الأولى تعيين نوع المحل ، وجعل البطلان المطلق جزاء لعدم التعيين ، ثم بيّن في الفقرة الثانية بأن التعيين الحكمي يقوم مقام التعيين الحقيقي ، فاكتفى بتحديد الأسس التي يعين بها المقدار ، ولو لم يتم تعيين المقدار ، وفي النوع أقام التعيين عن طريق العرف أو الظروف مقام التعيين بالاتفاق ، ثم عاد بعد ذلك وقرر في عجز الفقرة الثانية من المادة (133 ق.م.ل) صحة العقد ووجوب الالتزام به ، ولو لم يحصل تعيين حقيقي ، أو حكمي للنوع ، هذا على اعتبار أن الجودة والرداءة تعود للنوع ، ولا يختلف الأمر فيما يتعلق بالجهل لعدم التعيين إذا كان تحديد الجودة يعود للأوصاف ؛ لأن الجهل لعدم التعيين يشمل الأوصاف المميزة للمعقود عليه ، وبالتالي فإن الجهل بالوصف نتيجة الجهل بدرجة الجودة يخل بشرط التعيين ويفضي للجهل ، الأمر الذي يقضي ببطلان العقد .

إن تعطيل أثر البطلان عند عدم تعيين النوع حقيقة ، أو حكماً ، أو عدم تعيين وصف معتبر يخالف معنى التعيين ومقاصده ، فالمتعاقد لا يعلم ما التزم به وقت انعقاد العقد ، والعقد لا يخلو من الجهالة ، إضافة إلى أن اختلاف تحديد درجة الصنف محل خلاف في تقدير المستهلك في كثير من المنتجات ، خاصة الحديثة ، والمعتمدة على العلامة التجارية ، فمثلاً في مجال الأجهزة الإلكترونية ، هناك من يفضل الـ (SONY) على (JVC) ، وهناك من يفضل الثانية ، فالصنف الوسيط قد لا يحدد الرغبة الحقيقية ، ولا يحدث التوازن عند التقييم . والعلة في التعاقد

بإرادة المتعاقدين ، فالجهالة لا يمكن انتفاؤها بمجرد افتراض استحضار الصنف الوسط ، فالتعاقدان لم يستحضرا الصنف الوسط ، ولم يحددا المعقود عليه بكامل عناصره ، وأوصافه المقصودة ، وبهذا فهما دخلا على المقامرة ، وإذا لم يستحضرا الصنف الوسط اختل شرط التعيين ؛ لأن التعيين هو معرفة ما التزم به المتعاقد ، وهذا لم يحدد وقت العقد ، وإذا كان الرضا بالجهل ، والاتفاق عليه ، لا يمنع من بطلان العقد ، فكيف نصحح العقد مع افتراض العلم ، وافتراض العلم يعني أن احتمال الجهل قائم ، بل هو الغالب .

* الجهل بالأجرة في الإجارة⁽¹⁾ :

لقد طبق المشرع هذا الحكم في أكثر من موضع ، فمثلاً في عقد الإيجار ، وعقد العمل ، افترض الأجرة ، والمدة في حالة السكوت عنها ، فالأصل في عقد الإيجار ذكر المدة والأجرة ؛ لأنهما جزء من المعقود عليه ، وعدم ذكرهما يفضي للجهل لعدم التعيين ، وجزاء الجهل هو البطلان ، إلا أن المشرع عدل عن حكم البطلان في حالة عدم ذكر الأجرة أو المدة ، ففي الأجرة مثلاً تنص المادة (561 ق.م.ل) على : (إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة ، أو على كيفية

(1) - يُراد بالإجارة هنا معناها في الفقه الإسلامي ، ويقابلها في القانون عقود الإيجار وعقود العمل وعقود المقولة ، فالمعقود عليه في هذه العقود القانونية منفعة ، والإجارة هي أصل بيع المنافع ، ولهذا فإن أي عقد لا يوجد له اسم خاص في الفقه الإسلامي والمعقود عليه منفعة تطبق عليه أحكام الإجارة ، عودة للأصل ، واعتبار الإجارة أصلاً لبيع المنافع محل اتفاق عند الفقهاء ، ولهذا أوجب بعضهم الرجوع إلى الإجارة في المساقاة وما حكمها لأنها الأصل .

انظر مثلاً : الكاساني ، بدائع الصنائع ، 185/6 وما بعدها . ابن القيم ، إعلام الموقعين ، 336/1 وما بعدها . الشريبي ، مغني المحتاج ، 324/2 وما بعدها . ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، 181/5 وما بعدها .

تقديرها ، أو إذا تعذر إثبات مقدار الأجرة ، وجب اعتبار أجرة المثل (1).

إن النص يدل على أن تحديد الأجرة إذا لم يتم لا يبطل العقد لأي سبب كان ، سواء كان عدم الاتفاق لعدم ذكرها ، أم للاختلاف بشأنها ، إلا أن فقهاء القانون كان لهم رأي آخر ، حيث فرّقوا بين عدم الاتفاق على الأجرة لعدم ذكرها ، أو عدم الاتفاق عليها للاختلاف حولها ، أو عدم الرضا بها ، وفي هذا يقول السنهوري : "فالأجرة لابداً من وجودها في عقد الإيجار ، ويلاحظ أن الأجرة وإن كانت ركناً في العقد إلا أنها كركن المدة في أن المتعاقدين إذا لم يتعرضا لها تكفل القانون بتحديددها ، ويبقى عقد الإيجار صحيحاً ، أما إذا تعرضا لها ، ولم يتفقا عليها كان العقد باطلاً" (2).

لا مبرر من حيث معنى الجهل لعدم التعيين للتفرقة بين عدم الاتفاق على الأجرة ، للاختلاف بشأنها ، أو لعدم إيرادها أصلاً ، فإذا كان افتراض العلم بتقدير القانون يمنع الجهل ويحقق التعيين ، فالأمر واحد في الحالتين ، كما أن الجهل لعدم التعيين منظور فيه للمحل لا لحالة المتعاقدين ، لهذا سوى المشرع بين حالة الاتفاق على الجهل ، وحالة عدم العلم به ، وسوى بين الرضا به ، وعدمه ، فالجهل لعدم التعيين واحد في الصور كلها .

لم يقتصر عدول المشرع عن البطلان على الأجرة فقط ، بل طبق هذا على مسائل كثيرة ، منها المدة في عقد الإيجار حيث تنص المادة 562 ق.م.ل على :
(إذا لم يحدد الأطراف مدة الإيجار عدّ الإيجار منعقداً للفترات التالية :
أ - في المنازل المعدة لمزاولة مهنة أو تجارة أو صناعة لمدة سنة مع مراعاة العرف

(1) - القانون المدني ، ص 101 .

(2) - السنهوري ، الوسيط ، 159/1 .

المحلي (1). وقد طبق القانون هذا الحكم على عقود العمل أيضاً ، حيث تنص المادة 681 ق.م.ل على : (1 - إذا لم تنص العقود الفردية ، والعقود الجماعية ، أو لوائح المصنع على الأجر الذي يلتزم به صاحب المصنع أخذ بالسعر المقدّر لعمل من ذات النوع إن وُجد ، وإلاّ قُدّر الأجر طبقاً لعرف المهنة ، وعرف الجهة التي يؤدي فيها العمل، فإن لم يوجد عرف تولّى القاضي تقدير الأجرة وفقاً لمقتضيات العدالة 2 - ويتبع ذلك في تحديد نوع الخدمة الواجب على العامل أدائها ، وفي تحديد مراعاتها) (2) .

إن رجوع اختلاف الجودة للنوع ، وإلزام المتعاقد بتقديم صنف وسط تعديل لبطلان العقد للجهل لعدم التعيين ، وخروج المشرع عن مبدأ البطلان في تحديد الأجرة في عقد الإيجار ، والمدة ، وفي تحديد الخدمة في عقد العمل تعديل للمبدأ الذي قرره المشرع ، وهو البطلان للجهل لعدم التعيين ، وإهدار للحكم والمقاصد التي من أجلها منع المشرع بيع المجهول ، وكان الأولى بالمشرع الاكتفاء باشتراط التعيين للمحل ، وترك مسألة التفصيل للفقهاء ، والقضاء ، كما أنه خالف أحكام الفقه الإسلامي ، فقد اتفق الفقهاء على بطلان البيع للجهل بعنصر أساسي أو وصف معتبر كما سبق وأن أوضحنا في بداية هذا البحث ، ولم يفرق الفقهاء بين بيع الأعيان أو بيع المنافع كالإجارة والمضاربة .

إن إلزام المتعاقد بصنف وسط في حالة الجهل بالصنف ، وإن أمكن تبريره ، أو توجيهه ، فلا يمكن توجيه الجهل بالأجرة ، أو المدة ، أو الخدمة ، أو العمل ، فإن أمكن حصر الجودة في اختلاف الوصف ، فإن الأجرة وما في حكمها أركان ،

(1) - لم يقتصر النص على المنازل المؤقتة ، والمحال المعدة لمزاولة مهنة ، أو تجارة ، أو صناعة ، بل ذكر أنواع الأشياء المؤجرة ، والتداول ، والمعروفة ، واقتصرت على الفقرة الأولى كمثال ، ولكفايتها في إثبات المطلوب ، راجع المادة 562 ق.م.ل ، الفقرات : ب ، ج ، د ، القانون المدني ، ص 101 .

(2) - القانون المدني ، ص 124 .

وعناصر أساسية في العقود .

إن القانون لم يخالف الفقه الإسلامي في هذه المسائل فقط ، بل ناقض نفسه أيضاً ، فألغى حكم البطلان لعدم التعيين ، وضيّع ما أراد حمايته من مصالح ، وأهمها العلاقة التعاقدية ، ورضى أطراف العلاقة ، وحماية العقود من المقامرة والرهان .

* توسع فقهاء القانون في تفسير المال المستقبل :

لا نجد عناءً في إثبات شرعية نصوص القانون المدني الليبي فيما يتعلق ببطلان العقد للجهل بالمعقود عليه كما سبق ، إنما الإشكالية أوجدها شراح القانون ، فبعدما تبين التطابق التام بين نصوص القانون ، والفقه الإسلامي ، أظهرت شروح فقهاء القانون للنصوص الاختلاف الواسع بين أحكام الفقه الإسلامي ، والقانون المدني الليبي في بعض التطبيقات ، ويرجع هذا حسب وجهة نظرنا للخطأ في تفسير النصوص نتيجة التأثير بالتطبيق الغربي ، ولهذا ظهر التضارب بين عبارات الفقيه الواحد ، ونحاول توضيح ذلك من خلال أخذ نماذج من مصادر الفقه القانوني ، ومن خلال تحليل شرحهم لنصوص القانون أوضح مخالفتها لمضمون النصوص ، وتناقضها مع نفسها ، ونستعين بمصادر الفقه المصري ، وذلك للأسباب التي سبقت الإشارة إليها .

إن الاختلاف بين الفقه الإسلامي ، والفقه القانوني جاء في بعض التطبيقات ، حيث توسّع فقهاء القانون في معنى الأموال المستقبلية التي نصّ القانون على جواز أن تكون محلاً للعقد⁽¹⁾ ، وتجاهل هؤلاء الفقهاء تعارضها مع التعيين ،

(1) - لقد أجاز القانون المدني الليبي العقد على المال المستقبل في المادة 1/132 ق.م.ل : (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً) .

ومع شرط الوجود⁽¹⁾ ، فمثلاً يقول الدكتور السنهوري في بيان النص المتعلق بصحة العقد إذا كان المال مستقبلاً : " وقد يكون الشيء المستقبلي محتمل الوجود ، كما إذا باع شخص نتاج ماشية قبل وجودها ، فالنتاج قد لا يوجد ، وقد يوجد ، والبيع هنا يكون معلقاً على شرط يتحقق إذا وجد النتاج ، وقد يكون البيع الواقع على النتاج بيعاً احتمالياً ، فيصح - وجد النتاج ، أم لم يوجد - ويراعى ذلك طبعاً في تقدير الثمن "⁽²⁾ .

لقد ناقض السنهوري بهذه الأحكام ما قرره بشأن التعيين عند تحديده للمال المستقبلي ، فمثلاً عند بيانه للمال المستقبلي يقول : " فإذا كان المحل غير موجود أصلاً وقت التعاقد ، ولكنه سيوجد فيما بعد ، فهذا هو الشيء المستقبلي ، وهو يصح أن يكون محلاً للالتزام بشرط أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين "⁽³⁾ . ويقول في التعيين : " إذا وقع العقد على شيء معين بالذات ، وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة ، فيوصف الشيء وصفاً يكون مانعاً للجهالة ... إذا باع سيارة معينة بالذات ، وجب أن يبين أية سيارة يبيعها ، وأن يذكر أوصافها المميزة ، أما إذا كان غير معين بالذات وجب أن يكون معيناً بجنسه ، ونوعه ، ومقداره "⁽⁴⁾ .

إن عدم تعيين المحل في بيع النتاج واضحة ولا تحتاج إلى بيان ، فالنتاج علاوة على أن جنسه غير معروف ، هل هو ذكر ، أو أنثى ، وأوصافه المميزة لا يمكن تحديدها وقت العقد ، فإن وجوده لا يمكن التحقق منه وقت التعاقد ، فالنتاج على شرط الوجود أو الاحتمال فاقد لشرط التعيين ، وقد اشترط السنهوري لصحة

(1) - لقد اشترط القانون وجود المحل بمقتضى المادة 131 ق.م.ل : (إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً) .

(2) - السنهوري ، الوسيط ، 377/1 .

(3) - المرجع السابق ، 376/1 .

(4) - المرجع السابق ، 388/1 .

بيع المال المستقبل التعيين ، ونظراً لأن النتائج غير معين وجب القول ببطلانه .
لقد أصاب السنهاوري باشرطاه للتعين في بيع الأموال المستقبلة ، وأزال
أي تعارض ظاهري بين نصوص القانون ، وأعطى للنصوص حيويتها ، إلا أنه عاد
بعد ذلك وهدم ما بناه ، وناقض نفسه بالتوسع في معنى المال المستقبل .
لقد ذكر السنهاوري أمثلة كثيرة على المال المستقبل ، والتي لا يتوفر فيها
شرط التعيين ، منها بيع الزرع قبل بدو صلاحه ، وقبل أن يخلق ، وبيع ورقة
اليانصيب ، وهذه البيوع لا يمكن القول بحصول تعيينها ، وخلوها من الجهل ،
فهذه التطبيقات عدلت حكم البطلان للجهل ، وأفرغت شرط التعيين من محتواه .
إن إجازة هذه العقود لا تناقض آراء فقهاء القانون في بطلان العقد للجهل
فحسب ، بل تناقض نصوص القانون نفسه ، فالقانون كما أجاز أن يكون المال
المستقبل محلاً للعقد اشترط وجود المحل ، أو إمكانه لانعقاد العقد ، وتطبيق
القاعدتين على إطلاقهما غير ممكن للتناقض ، حيث إن كل مال مستقبل غير
موجود أثناء العقد ، وكل مال موجود غير مستقبل ، والفيصل في الجمع بين
النصين التعيين ، وخلو العقد من المقامرة ، والرهان ، ولا يمكن القول بحصول معنى
التعيين الذي ذكره فقهاء القانون في هذه التطبيقات ، كما أنه لا يمكن تجاهل
المخاطرة ، والمقامرة التي تحتويها هذه التطبيقات ، فإجازة هذه العقود ناقض
الفقهاء ما قرروه في حكم الجهل لعدم التعيين ، كما أدت إلى تضارب النصوص
نفسها ، ولتجاني هذه الإشكاليات نعلم على الفقه الإسلامي في تفسير نصوص
القانون ، وذلك بالاعتماد أساساً على التعيين في تحديد المال المستقبل الذي يجوز
العقد عليه .

إن ما ورد عن الدكتور السنهاوري من تناقض ، بسبب توسعه في تفسير
المال المستقبل وقع فيه أكثر فقهاء القانون ، ونعرض على سبيل المثال موقف
الدكتور حبيب والدكتور مرقس ، فيقرر حبيب أن الوجود شرط لانعقاد العقد ،

وأن القاعدة صلاحية المال المستقبل محلاً للعقد ، ومن الأمثلة التي ذكرها للمال المستقبل بيع الزرع قبل نضجه ، أو قبل زرعه ، وذكر بأن القاعدة هي صحة بيع المال المستقبل بشكل مطلق ، ونسي أنه قرر قبل ذلك وجوب وجود المحل لانعقاد العقد ، ولم يشر للوجود هنا ، ولم يوجه التناقض بين قوله بوجوب وجود المحل ، وصحة بيع المال المستقبل بإطلاق ، مع أن التناقض ظاهر في حالة إعمال القاعدتين على إطلاقهما ، كما أنه ناقض قوله في التعيين ، فقد بيّن بأن التعيين لنفي الجهالة ، وأن التعيين يتم بتحديد الذات . والأوصاف المميزة للذات ، أو بتعيين الجنس ، والنوع ، والقدر ، فلم يكتف بتعيين الذات ، بل اشترط لتمام التعيين تحديد الأوصاف المميزة للمحل ، مع أن تعيين الذات يتضمن تعيين أكثر الأوصاف المقصودة عادة⁽¹⁾ ، فماذا حصل من تعيين للذات ، والأوصاف المعتبرة في بيع الزرع قبل نضجه ، أو قبل زرعه ، وبيع النتائج ، وغيرها من الأمثلة التي ذكرها للمال المستقبل .

لم يختلف رأي مرقس عن زميليه ، فما ذكره في شرح شرطي الوجود والتعيين يناقض ما ذكره في بيان المال المستقبل ، ففي شرحه لنص المادة 131 من القانون المدني المصري⁽²⁾ ، وهي تطابق تماماً المادة 131 ق.م.ل ، يقول : "ولقد تضمن هذا النص قاعدة عامة واستثناءً واحداً من هذه القاعدة ، أما القاعدة فهي جواز التعامل في الأموال المستقبلية أيّاً كان نوع التعامل ، وأياً كان المال المستقبل ، وبناء على ذلك يجوز بيع الذي لم يوجد مادام محتمل الوجود ... وبيع المحصول قبل ظهوره ، أو حتى قبل زرعه ، وبيع ورقة اليانصيب ، أو ضربة الشبكة"⁽³⁾ . وقال

(1) - حبيب ، المصادر الإرادية للالتزام ، ص 248 وما بعدها .

(2) - نص المادة 1/123 من القانون المدني المصري على : (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً) ، مرقس ، الوافي ، 263/2 .

(3) - مرقس ، الوافي ، 187/3 - 188 ، 191 .

في شرط التعيين : "ويجب أن يكون المبيع معيناً حتى يرد الاتفاق عليه ؛ لأنه إذا كان غير معين استحال ورود الاتفاق عليه ... والأشياء القيمة لابداً من تعيين هذه الأشياء في عقد البيع بصفاتها المميزة تعييناً كافياً يحول دون الخلط بينها وبين غيرها ... الأشياء المثلية يجب أن تعين في عقد البيع بذكر نوعها ، وبيان مقدارها بالعدد ، أو الوزن ، أو الكيل أو المقاس ... ويقع باطلاً بيع الأموال التي انعدمت وقت العقد، والتي لم تعين تعييناً كافياً" (1) .

لقد سائر القضاء الفقه القانوني في إهدار معنى التعيين ، والتوسع في معنى المال المستقبل ، فأجاز بيع المال المستقبل ، ودون نظر لحصول التعيين ، وخالف أحكام الفقه الإسلامي ، ووصل إلى نفس النتائج التي وصل إليها الفقه القانوني ، ومن الأمثلة القضائية ، ما قضت به محكمة استئناف مصر في حكمها رقم 81 ، الصادر في 1948/4/18م ، حيث نصَّ الحكم على : (إن بيع الأشياء المستقبلية نوعان : الأول يجازف فيه المشتري في وجود المبيع نفسه ، وهو ما يُسمى ببيع الغرر ، كبيع أوراق اليانصيب ، أو بيع الصياد ضربة الشبكة ، والثاني يجازف فيه المشتري في قدر المبيع ، وكميته فقط ، كشراء الفحم الذي لا ينتج من قاطرات السكك الحديدية في مدة مستقبلية ومنطقة معينة ، وحكم النوع الأول ينفذ منجزاً ، ويجب على المشتري أداء الثمن مهما كانت النتيجة ، وُجد المبيع ، أو لم يوجد ، وحكم النوع الثاني أن يكون معلقاً على شرط واقف ، وهو وجود المبيع في المستقبل ، مهما كان مقداره ، ويشترط أن يكون وجود المبيع ، أو عدم وجوده رهين ظروف لا دخل لأحد المتعاقدين فيها) (2) .

(1) - المرجع السابق ، 196/3 وما بعدها .

(2) - السنهوري ، الوسيط ، 193/4 .

إن التوسع في إجازة العقد على المال المستقبل أهدر معنى ، ومضمون بطلان العقد للجهل لعدم التعيين ، فما معنى اشتراط تعيين المحل إذا أجزنا بيع الأمل، والمال المحتمل ، وبيع الثمر قبل أن يخلق ، وبيع النتاج ، وضربة الشبكة ، وورقة اليانصيب .

إن هذه البيوع وما في معناها مناقضة تماماً لمعنى التعيين ، وهي معدومة وقت التعاقد ، ولم تذكر على سبيل الاستثناء ، أو حالة الضرورة ، وإذا أجزنا هذه البيوع ، فما هو الرهان ، أو المقامرة الواجب خلو العقد منهما ، واعتبر القانون أي عقد يتضمنها باطلاً .

لقد وافق القانون المدني الليبي الفقه الإسلامي ، وخالف شراح القانون نصوص القانون والفقه الإسلامي ، فأحكام القانون المدني يمكن تأصيلها شرعياً ، فيما يتعلق بالجهل بالمعقود عليه ، وتحديدده ، واستخدام الفقه الإسلامي في تفسير نصوص القانون المدني أنفع ، وأولى من استخدام شروح فقهاء القانون ، فآراء الفقه الإسلامي تفسر كثيراً التناقض الظاهري بين نصوص القانون ، دون إخلال بمضمون النصوص ومقاصدها .

يوضح العرض السابق موافقة القانون المدني الليبي للفقه الإسلامي في القول ببطلان العقد على المجهول من حيث المبدأ ، إلا أن القانون ناقض هذا المبدأ في بعض الجزئيات ، ومنها على سبيل المثال : اختلاف الجودة ، والرداءة ، سواء كان هذا الاختلاف راجعاً للنوع ، أو لوصف معتبر ، وكذلك عدم الاتفاق على الأجرة ، والمدة في عقد الإيجار ، وقد خالف القانون الفقه الإسلامي في هذا ، وناقض المبدأ الذي قرره في القواعد العامة ، كما ناقض المصالح ، والمقاصد والحكم التي أراد تحقيقها من خلال القول ببطلان العقد على المجهول لعدم التعيين ،

والبطلان الذي قرره المشرع جزاء للجهل هو البطلان المطلق⁽¹⁾ ، وهو يقابل البطلان في الفقه الإسلامي ، فالعقد في حالة البطلان المطلق في القانون وفي حالة البطلان في الفقه الإسلامي لا يصلح لترتيب أي أثر ، فهو كالعدم ، كما أن البطلان لا تلحقه الإجازة ، ويتمسك به الجميع ، والقاضي يحكم به من تلقاء نفسه ، كما أن شراح القانون خالفوا الفقه الإسلامي في بعض التطبيقات التي اعتمدوا في إجازتها على إجازة القانون للمال المستقبل .

وبهذا العرض نكون قد انتهينا من المقارنة بين الفقه الإسلامي ، والقانون الوضعي ، فيما يتعلق ببطلان العقد للجهل بالمعقود عليه ، وآثاره .

(1) - إن تقسيم القانون للبطلان إلى مطلق ونسبي ، لا يعني أنه وافق الأحناف في التفرقة بين الفساد والبطلان ، فالفساد في الفقه الحنفي يختلف عن البطلان النسبي في القانون ، فالعقد الفاسد في الفقه الحنفي له حكم العقد الباطل قبل القبض ، وهو باطل في مواجهة الكافة ، وغير مقرر لمصلحة طرف دون طرف ، أما العقد الباطل بطلاناً نسبياً فهو عقد صحيح ، وقابل لإنتاج آثاره قبل القبض وبعده ، وبطلانه موقوف على تمسك طرف واحد به ، فهو مقرر لمصلحة طرف من أطراف العقد ، فهو أقرب إلى العقد الموقوف في الفقه الإسلامي .

الخاتمة

الحمد لله الذي هدانا لهذا ، وأرجو أن أكون قد وفقت في الوصول إلى الغاية من هذا البحث ، وبعد أن أنهينا هذا العرض ، وتناولنا بالبحث والتحليل والنقاش ، والتوضيح والترجيح أحياناً لموضوع العلم بالمبيع وأحكامه في القانون المدني الليبي في ميزان الفقه الإسلامي ، نعرض أهم النتائج التي توصلنا إليها ، وذلك إتماماً للفائدة ، وحرصاً على أن يكلل هذا العلم بالنجاح ، ونحمل النتائج في النقاط التالية :

- إن المبدأ العام الذي سار عليه القانون هو بطلان العقد للجهل بالمحل ، وهذا البطلان مطلق ، والجهل المبطل للعقد ما تعلق بالعناصر الأساسية والأوصاف المقصودة عادةً ، والمميزة للمحل .
- يترتب على البطلان للجهل في القانون عدم ترتيب أي أثر على العقد ، واعتباره كالعدم ، فهو ولّد ميتاً كما يعبر شراح القانون .
- إن البطلان المطلق في القانون يقابل البطلان في الفقه الإسلامي ، فالعقد الباطل في الفقه الإسلامي كالعدم ، وعبر عنه الفقهاء بقولهم ما لا يفيد ملكاً أصلاً ، ولم يشرع بأصله ، فهو كالعدم ، وبهذا يكون القانون قد وافق الفقه الإسلامي تماماً فيما يتعلق ببطلان بيع المجهول والآثار المترتبة عليه ، كما وافقه في معنى الجهل ومتعلقاته .
- لقد نقض القانون نفسه بعدوله عن البطلان للجهل في بعض الحالات ، كما في حالة الجهل بالجودة ، والجهل بالأجرة في الإجارة .
- لقد خالف القانون بهذا العدول أحكام الفقه الإسلامي ، كما أنه أهدر المعاني التي قرر القانون ببطلان بيع المجهول من أجلها ، كالقضاء على المنازعة وأسبابها ، وتخليص العقود من المقامرة والرهان المفضيان للعداوة .

• ندعو المشرع الليبي للرجوع إلى المبدأ العام الذي قرره ، وتعديل النصوص المعارضة لهذا المبدأ .

• الاعتماد على الشريعة الإسلامية في تعديل النصوص المعارضة للمبدأ العام في القانون ، فهي السبيل الوحيد لتوجيه التعارض بين نصوص القانون ، وتحقيق المقاصد والمعاني التي أراد المشرع تحقيقها من خلال المبدأ العام الذي قرره بشأن بطلان العقد على المجهول ، كما أن تأثر المشرع بالفقه الإسلامي في القول ببطلان بيع المجهول ، وآثاره ، ظاهر ، أي أن الفقه الإسلامي يمثل القاعدة الفقهية الحقيقية للنصوص القاضية ببطلان بيع المجهول .

• اعتماد التعيين كمعيار للمال المستقبل الجائز العقد عليه ، واعتماد الفقه الإسلامي كقاعدة فقهية لهذه النصوص .

هذه هي أهم النتائج التي توصلنا إليها ، ونأمل أن نكون قد وفقنا في تحقيق الهدف من البحث ، وإن كنا أصبنا فمن الله ، وإن أخطأنا ، أو قصّرنا ، فنلتمس المعذرة من القارئ ، ومن الله المغفرة ، ونأمل من الله فتح الطريق لعمل آخر أتقن .. والحمد لله على ما أنعم به علينا ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

أهم مصادر البحث

✽ إعداد الإدارة العامة للقانون بالجمهورية ، 1988م ، القانون المدني الليبي ، طرابلس : مطابع الإدارة العامة للقانون .

✽ الإمام الشافعي ، محمد بن إدريس ، الأم ، بيروت : دار المعرفة ، ب.ط ، ب.ت .

✽ بدوي ، الدكتور محمد علي ، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام ، طرابلس : منشورات جامعة الفاتح ، ط2 ، 1997م .

✽ حبيب ، الدكتور ثروت ، المصادر الإرادية للالتزام في القانون المدني الليبي ، بنغازي : منشورات جامعة قاريونس ، ب.ط ، 1978م .

✽ ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ، المحلى ، تحقيق : أحمد شاكر ، القاهرة : دار التراث ، ب.ط ، ب.ت .

✽ الخطاب ، أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، بيروت : دار الفكر ، ب.ط ، ب.ت .

✽ ابن رشد الحفيد ، محمد بن أحمد بن محمد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة العاشرة ، 1988م .

✽ السنهوري ، عبدالرزاق أحمد ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، القاهرة : دار النهضة ، ب.ط ، ب.ت .

✽ الشرييني ، محمد الخطيب ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، بيروت : دار الفكر ، ب.ط ، ب.ت .

✽ ابن عابدين ، محمد ، رد المختار على الدر المختار ، بيروت : دار إحياء التراث العربي ، ب.ط ، ب.ت .

✽ العاملي، محمد الحسن الحر العاملي ، وسائل الشيعة إلى تحسين مسائل الشريعة، تحقيق : عبدالرحمن الرباني الشيرازي ، جايخانة إسلامية ، دار كتا بفروش إسلامية ، ب.ط ، 1347هـ .

✽ ابن عرفة ، محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، بيروت : دار الفكر ، ب.ط ، ب.ت .

✽ ابن قدامة ، أبو محمد عبدالله بن أحمد ، المغني ، بيروت : دار إحياء التراث العربي ، ب.ط ، ب.ت .

✽ الكاساني ، علاء الدين أبوبكر بن محمد ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مصر : مطبعة الجمالية ، ط1 ، 1910م .

✽ مرقس ، سليمان ، الوافي في شرح القانون المدني : عقد البيع ، أسهم في تنقيحه الدكتور حبيب إبراهيم الحلي ، القاهرة : مطبعة السلام ، ط5 ، 1990م .

✽ ابن مفلح ، أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن عبدالله بن محمد ، المبدع في شرح المقنع ، دمشق : المكتب العربي ، ب.ط ، 1974م .

✽ النووي ، أبو زكريا محيي الدين بن شرف ، المجموع في شرح المهذب ، مطبعة التضامن الأقوى لصاحبها محمد منير عبده ، ب.ط ، ب.ت .

✽ ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبدالواحد ، شرح فتح القدير ، بيروت : دار الفكر ، الطبعة السابعة ، 1986م .

الشكلية في العقود الإلكترونية(*)

أ. الصالحين محمد العيش

عضو هيئة التدريس بكلية

القانون - جامعة قاريونس

تمهيد

شهد العالم منذ العقد الماضي ثورة تكنولوجية هائلة لا تقل في آثارها عن نتائج الثورة الصناعية ، وهذه الثورة التكنولوجية عمادها الاتصالات والمعلومات ، فالعالم الآن يشهد تطوراً متسارعاً في هذا المجال وبشكل لم يكن معهوداً من قبل . وقد نتج عن هذا التقدم التكنولوجي الهائل اندماج رائع بين تكنولوجيا الحاسبات الآلية وتكنولوجيا الاتصالات أثر مولوداً عملاقاً سُمي بشبكة المعلومات الدولية ((الإنترنت Internet)) وهذه الشبكة تستند على الحاسبات الآلية لتبادل البيانات إلكترونياً والتعامل معها لحظياً من أجل خدمة مختلف نواحي النشاط الإنساني ومنها التجارة .

ولقد كان من أهم مظاهر تطور شبكة الإنترنت ظهور التجارة الإلكترونية، لأنه مع التسهيلات الكبيرة التي قدمتها تلك الشبكة في مجال تبادل الرسائل والمعلومات ، تزايدت أعداد المتعاملين فيها ، سواء للإعلان عن المنتجات، أو التسويق ، أو التفاوض على إبرام العقود ، بالأساليب الحديثة بدلاً من المستندات الورقية والوسائل التقليدية.

وحيث إننا سنتناول بالبحث العقد الإلكتروني كوسيلة لإتمام عمليات التجارة الإلكترونية نحب أن نشير بدءاً إلى أن العقد الإلكتروني ليس استثناءً من

(*) - قُدِّمَ هذا البحث في ندوة المفاهيم الأساسية للمعاملات القانونية والاقتصادية عبر الإنترنت التي عقدت بمدينة شرم الشيخ في الفترة من 25 إلى 28 ديسمبر 2005 .

أحكام وقواعد النظرية العامة للعقد ، فهو يتم بالاتفاق والتراضي بين الطرفين وبالتالي هو لا يخرج في بنائه ومضمونه عن السياق التقليدي ، غاية الأمر أنه "يتميز بكونه عقد يرم عن بعد ، بين غائبين ، وذلك باستخدام وسائط إلكترونية من أجهزة وبرامج معلوماتية وغيرها من الوسائل التقنية الحديثة التي تعمل آلياً وتلقائياً بمجرد إصدار أوامر التشغيل إليها" (1) .

وبسبب انتشار ظاهرة التعاقد الإلكتروني بدأت تثور عملياً بعض الإشكاليات التي أصبحت مثار اهتمام الفقهاء والمشرعين لإيجاد الحلول لها ، ولعل من أبرز ما يعتور العقد الإلكتروني ما يتطلبه القانون أحياناً من إفراغ التراضي في شكل محدد ، كأن يشترط القانون مثلاً أن يكون العقد مكتوباً.

والأسئلة المطروحة ...

- ما العقد الإلكتروني ؟ وما علاقته بالإنترنت والتجارة الإلكترونية ؟
- هل يعد العقد الإلكتروني بمعزل عن الشكلية التي يشترطها القانون في بعض التصرفات ؟
- ألا تتعارض الشكلية مع مبدأ التنظير الوظيفي l'équivalence fonctionnelle الذي هو قوام القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي أصدرته منظمة الأمم المتحدة متمثلة في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال Uncitral) عام 1996 ؟
- ما أهم الحلول التي اقترحتها التشريعات المختلفة في هذا الصدد ؟

(1) - انظر : د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية ، مجلس النشر العلمي ،

الكويت ، 2003 ، ص 71.

إجابة هذه التساؤلات هي حوصلة ما سنناقشه في هذا البحث وذلك

حسب التقسيم الآتي :

- المطلب الأول : تحديد مفهوم العقد الإلكتروني .
- المطلب الثاني : الشكلية في العقد الإلكتروني .

المطلب الأول

تحديد مفهوم العقد الإلكتروني

لكي نتوصل إلى تعريف للعقد الإلكتروني ، فإنه لابد أولاً من تعريف العقد بصفة عامة ، ثم بيان مفهوم الإنترنت والتجارة الإلكترونية باعتبارهما يمثلان البيئة التي أوجدت هذا النوع من التعاقد ، وذلك حسب التقسيم التالي :

أولاً - العقد وفق المفهوم التقليدي :

يعد العقد أول مصادر الالتزام وأهمها ، حيث يحظى بتنظيم تشريعي في مختلف بلدان العالم ، وقد وصف الأستاذ الفرنسي " فويه Fouille " النظام التعاقدي بأنه يميل إلى تجسيد القانون المدني بأجمعه بقوله⁽¹⁾ :

(le droit contractuel tend a confondre avecle droit civil tout entier)

وتأكيداً على هذه الأهمية نجد التشريعات تولي العقد عناية خاصة وتفرد له مجموعة من الأحكام القانونية بما يتناسب وتلك الأهمية ، وقد حدد المشرع الليبي أحكام العقد في المواد (89 - 163) من القانون المدني ، إلا أنه رغم ذلك لم يورد تعريفاً له.

ونلاحظ أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تضمن تعريفاً للعقد في مادته (122) التي نصت على أن (العقد اتفاق بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها) ، وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية أن هذا التعريف قصد منه نفي التفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئاً واحداً ، إلا أن هذا التعريف حذف في المشروع النهائي تجنباً للتعريفات التي تعتبر

(1) - مشار إلى ذلك لدى : د.عباس العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1997 م ، ص 35 .

من أعمال الفقه.

وفي هذا الصدد لا مندوحة من الإشارة إلى التفرقة التي ينادي بها بعض الفقهاء الفرنسيين⁽¹⁾ بين العقد *le contrat* والاتفاق *la convention* حيث يعتبرون الاتفاق أعم شمولاً من العقد استناداً إلى نص المادة (1101) من القانون المدني الفرنسي ، ويخلص هذا الاتجاه إلى أن العقد هو نوع خاص من الاتفاق *le contrat est une espèce particulière de convention* غير أن هذا الاتجاه لم يصادف قبولاً عند غالبية الفقه نظراً لكون هذه التفرقة - كما يقول البعض - لفظية لا يترتب عليها أي نتائج أو آثار قانونية⁽²⁾.

ولعل التعريف السائد عند معظم فقهاء القانون⁽³⁾ هو أن : (العقد توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواء كان هذه الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه).

ثانياً - بيئة العقد الإلكتروني " الإنترنت والتجارة الإلكترونية ":

الإنترنت كلمة إنجليزية الأصل تتكون من مقطعين *inter* وهي اختصار لكلمة *international* و *net* وهي اختصار لكلمة *network* وبالتالي فإن

(1) - من الفقهاء الذين يقولون بذلك (أوبري ورو) ، راجع في عرض هذا الاتجاه الفقهي : د. أنور

سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1983 م ، ص 10.

(2) - انظر : د. سالم عبد الرحمن غميص ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الأول ، محاضرات مطبوعة على الآلة الكاتبة ملقاة على طلبة السنة الثانية بكلية القانون ، جامعة قاريونس ، سنة 1998 م ، ص 25.

(3) - انظر على سبيل المثال : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، المجلد الأول ، العقد ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، 1981 ، ص 173 . د. إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزامات ، بدون دار نشر ، القاهرة ، 1966 ، ص 48 . د. أنور سلطان ، مرجع سبق ذكره ، ص 11 .

اصطلاح Internet يقصد به شبكة الاتصالات الدولية⁽¹⁾ .

وتعرف الإنترنت بأنها : " شبكة الاتصالات العالمية التي تربط الملايين من الحاسبات بعضها ببعض إما عن طريق خطوط الهاتف ، وإما عن طريق الأقمار الصناعية " (2) .

وقد بدأت الإنترنت في نهاية الستينات حيث عهدت وزارة الدفاع الأمريكية إلى وكالة مشروعات الأبحاث المتقدمة advanced research project agency بمهمة إنشاء شبكات حواسيب يتصل بعضها ببعض ، وكان هدف هذه الوكالة أساساً إجراء أبحاث في مجال الدفاع لضمان تفوق الولايات المتحدة الأمريكية في مجال أبحاث الدفاع خاصة بعدما أطلق الروس مركبتهم الفضائية (سبوتنيك) سنة 1957⁽³⁾ .

ويعزى سبب ذبوع الإنترنت وانتشارها إلى قلة كلفة هذه الوسيلة إذا ما قورنت بوسائل الاتصال الأخرى ، واستغنائها عن الورق في الكتابة ، فضلاً عن دمجها لخصائص الوسائط المتعددة من تلفاز وحاسوب وهاتف معاً (صوت وصورة ونص) وتوفيرها لإمكانات مذهلة في التواصل بين البشر أينما كانوا متجاوزة بذلك حدود الزمان والمكان.

وقد بدأ استخدام الإنترنت في الأغراض التجارية عام 1992 ، عندما

(1) - انظر : د. بشار طلال مومني ، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، 2003 ، ص11.

(2) - انظر : أ. رامي محمد علوان ، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني ، بحث منشور بمجلة الحقوق ، العدد الرابع ، السنة السادسة والعشرون ، ديسمبر 2002 ، ص 223.

(3) - انظر : أ. محمد أمين الرومي ، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2004 ، ص25.

ظهرت (www) (1) كمروج للسلع والخدمات ، ومن هنا بدأ إقبال رجال الأعمال وأصحاب المؤسسات والشركات التجارية على تلك المواقع وأصبحوا يرمون الصفقات عن طريق مراسلاتهم عبر البريد الإلكتروني ثم عن طريق عرض منتجاتهم وخدماتهم من خلال مواقع لهم على شبكة الإنترنت.

وقد مر استخدام الإنترنت في التجارة الإلكترونية بعدة خطوات ارتبطت بالتطورات التقنية التي طرأت على استخدام الشبكة ويمكن إجمالها في المراحل الآتية (2) :

المرحلة الأولى : استخدام المنشآت التجارية للشبكة في صورة مواقع

إعلانية تعرف العملاء ومستخدمي الويب بنشاط المنشأة ومنتجاتها.

المرحلة الثانية : وهي أكثر تقدماً ، حيث قامت المنشآت التجارية بنشر

المعلومات عن نشاطاتها التجارية كما امتلأت المواقع بالصور والرسومات الجذابة لمنتجات وخدمات المنتجين.

المرحلة الثالثة : نتيجة استخدام أحدث أنواع التقنية أصبح من السهل

على العميل التعرف على مواقع الإنترنت من خلال عناصر التصفح البسيطة ، وبذلك تخطى رجال الأعمال مرحلة الإعلان والترويج إلى مرحلة إتمام عمليات البيع عن طريق الإنترنت.

وأصبح الأمر كالتالي : يقوم المشتري باختيار ما يرغب في شرائه ويخطر البائع الذي يقوم بدوره بإرسال السلعة إليه ويتم الدفع عن طريق أنظمة الدفع الإلكتروني ومن أهمها بطاقات الائتمان كما يتم التوقيع على العقد الإلكتروني عن

(1) - وهي اختصار لثلاث كلمات هي : world wide web .

(2) - في عرض هذه التطورات باستفاضة انظر : د. خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006 ، ص 15.

طريق شفرة معينة يستحيل تزويرها.

وقد ازداد في الآونة الأخيرة حجم التجارة الإلكترونية بشكل رهيب حتى أن هناك دراسة خلصت إلى أن نسبة المبيعات التي تمت من خلال التجارة الإلكترونية في عام 1996 (518) مليون دولار في الولايات المتحدة و (50) مليون فرنك في فرنسا.

وتشير الدراسة أيضاً إلى أن حجم التجارة الإلكترونية ارتفع عالمياً من (10) مليار دولار في العام 1997 إلى (300) مليار دولار في عام 1999 ، وتجاوز هذا الرقم (1200) مليار دولار في نهاية عام 2001⁽¹⁾.

وتؤكد دراسة إحصائية أخرى بأن التجارة الإلكترونية حققت في عام 2000 فائضاً قدره 275 مليون دولار ، وهذا الفائض سيصل في عام 2003 إلى 100 مليار دولار لتعاملات الأفراد و 1000 مليار دولار لتعاملات الهيئات⁽²⁾.

مما سبق نستنتج أن العقد الإلكتروني نشأ وترعرع في حضن الإنترنت وبين أذرع التجارة الإلكترونية ، وإذا كان الأمر كذلك ألا يحق لنا التساؤل عن مدى صحة انعقاد العقد إلكترونياً؟.

ثالثاً - ماهية العقد الإلكتروني ومدى جوازه :

1 - ماهية العقد الإلكتروني :

يتميز العقد الإلكتروني بصفته العالمية التي تغطي كل دول العالم ؛ لكونه يتم في معظم الأحيان عن طريق شبكة المعلومات (الإنترنت) ، كما يتميز أيضاً

(1) - حول هذه الدراسة انظر : أ. نضال إسماعيل برهم ، أحكام عقود التجارة الإلكترونية ، دار الثقافة ، عمان ، 2005 ، ص 17.

(2) - انظر : د. هدى حامد قشقوش ، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 9.

بصفته الانفتاحية ؛ فالشبكة متاحة لكل من يرغب الدخول فيها ، ويتميز العقد الإلكتروني أخيراً بصفته الإلكترونية ؛ لكونه يتم بواسطة أجهزة وبرامج إلكترونية تنقل إرادة المتعاقدين بعضهم إلى بعض دون حضور مادي معاصر لهم وبالتالي فهو عقد ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد.

وقد عرف التوجيه الأوروبي الصادر في 20 مايو 1997 والمتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد Remote Contract العقد الإلكتروني بأنه : (عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام العقد) .

وبهذا العرض الموجز لخصائص العقد الإلكتروني ومميزاته يسهل لنا بيان ماهيته من خلال الوقوف على تعريفات الفقه في هذا الصدد.

فقد عرفه جانب من الفقه الأمريكي بأنه : " هو ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفاً ومعالجة إلكترونياً وتنشئ التزامات تعاقدية" (1)

ويعرف بعض الفقه اللاتيني العقد الإلكتروني بأنه : " اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية ، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل" (2) .

وحيث إن العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت يتميز بأنه يتم في الغالب على المستوى الدولي فقد ذهب البعض إلى تعريف عقد التجارة الإلكترونية الدولي

(1) - مشار إلى هذا التعريف لدى : د. خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سبق ذكره ، ص 51.

(2) - انظر : د . أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 39 . وأيضاً : د. سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 ، ص 66.

بأنه : " العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص في دول أخرى وذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة ومنها شبكة الإنترنت بهدف إتمام العقد" (1) .

ومن نافلة القول أنه يلاحظ على بعض التعريفات المذكورة آنفاً التطويل والإسهاب وعلى بعضها الآخر النقص والقصور من ناحية عدم بيان النتيجة المترتبة على التقاء الإيجاب والقبول ، وعليه فإننا يمكن أن نعرف العقد الإلكتروني تعريفاً موجزاً يتفادى الانتقادات الموجهة للتعريفات السابقة وذلك بقولنا أن العقد الإلكتروني هو " العقد الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية بقصد إنشاء التزامات تعاقدية " (2) .

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن عملية التعاقد الإلكتروني تشمل بخلاف الإيجاب والقبول على العديد من المعاملات الإلكترونية مثل العروض والإعلان عن السلع والخدمات وأوامر الدفع الإلكترونية وغير ذلك.

2 - مدى جواز التعاقد الإلكتروني :

تنص المادة (1/90) من القانون المدني الليبي على أن "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود" (3) .

(1) - انظر : د . أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني ، السياحي ، البيئي) ، دار النهضة العربية ، 2002 ، ص 68.

(2) - على صعيد التشريعات العربية لا نجد تعريفاً للعقد الإلكتروني إلا في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 حيث يُعرّفه في المادة 2 بأنه : (الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية ، كلياً أو جزئياً) .

(3) - يتطابق هذا النص حرفياً مع نص المادة (1/90) مدني مصري ، وبنفس المعنى مع خلاف يسير في الألفاظ (م 93 مدني أردني) (م 93 مدني سوري) (م 79 مدني عراقي) .

نستشف من هذا النص أن الأصل في التعبير أنه لا يخضع لشكل معين ، فللمتعاقد أن يفصح عن إرادته بالطريقة التي تروق له بشرط أن يكون لها مدلول يفهمه الطرف الآخر ، فكما يصح التعبير عن الإرادة بالكتابة أو القول أو الإشارة، فإنه يصح باتخاذ موقف عملي معين يمكن أن يعبر عن إرادة التعاقد لدى الأطراف إذا كان هذا الموقف كافياً للدلالة عليها دلالة أكيدة.

ونظراً لكون العقد الإلكتروني يخضع في إبرامه وأحكامه لهذه القواعد العامة ، ولكنه ، ولكونه ينعقد إلكترونياً ، فهو يخضع لبعض الأحكام الخاصة به ، والتي تتمشى مع صفته الإلكترونية وكونه يبرم عن بعد ، وتكاد تنحصر خصوصيات إبرام العقد الإلكتروني في الأحكام الخاصة بركن الرضا وما قد يتبعها من شكلية معينة يتعذر إنجازها إلكترونياً ، أما بالنسبة لركني السبب والمحل فتتعدم فيهما خصوصيات هذا العقد الإلكتروني إلى حد كبير⁽¹⁾.

والسؤال الذي يثور الآن ... هل يتحقق التراضي إلكترونياً ؟ وهل يقترن الإيجاب بالقبول بواسطة الأجهزة والوسائط الإلكترونية ؟ لقد دفعت ثورة المعلومات والاتصالات وانتشار استخدام شبكات الاتصال في إبرام الصفقات والعقود العديد من مشرعي الدول والمنظمات الإقليمية والدولية إلى إقرار هذا الواقع ومن ثم إجازة التعبير عن الإرادة العقدية عبر وسائل إلكترونية وهو ما يعني أن التقاء الإرادات إلكترونياً يكفي لإبرام العقد متى استوفى شروط صحته.

فقد أقر القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 تبادل التعبير عن الإرادة من خلال تبادل البيانات إلكترونياً في الأعمال التجارية حيث نصت المادة (11) منه على أنه :

(1) - انظر : د. إبراهيم الدسمقي أبو الليل ، مرجع سبق ذكره ، ص 75.

"في سياق إنشاء العقود ، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض ، وعند استخدام رسالة البيانات في إنشاء العقد ، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض".

كما أجاز قانون التجارة الأمريكي الموحد UCC في مادته (204 / 1) انعقاد عقد بيع البضائع بأي طريقة أو وسيلة ما دامت تظهر تراضي طرفيه بما في ذلك سلوكهما الذي يدل على إقرارهما وجود العقد.

وتقر اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع في مادتها العاشرة جواز التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري⁽¹⁾.

وعلى صعيد التشريعات العربية نجد المادة (14) من قانون إمارة دبي في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002 تجيز التعاقد بوسائط إلكترونية حيث نصت فقرتها الأولى على أنه : " يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط إلكترونية مؤتمتة⁽²⁾ متضمنة نظامي معلومات إلكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقاً للقيام بمثل هذه المهمات ويتم التعاقد صحيحاً وناظراً ومنتجاً آثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة " .

وتأكيداً لمبدأ جواز التعاقد الإلكتروني وصحته نصت المادة (1/7) من القانون نفسه على أنه : " لا تفقد الرسالة الإلكترونية أثرها القانوني أو قابليتها

(1) - انظر : د.محمد شكري سرور ، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988 ، ص 87.

(2) - يعرف قانون إمارة دبي في المادة الأولى الوسيط الإلكتروني المؤتمت بأنه : "برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي ممكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل كلياً أو جزئياً ، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له".

الإرادة التعاقدية سواء كانت إيجاباً أم قبولاً لا تنسب إلى الجهاز وإنما تنسب إلى المتعاقد الذي سخره للتعبير عن إرادته.

وعلى الرغم من هذا الاختلاف الفقهي إلا أن الجميع مجمعون على تسوية التعاقد الإلكتروني وإن اختلفت الأسانيد ، كما أن التعاقد باستخدام الوسائط الإلكترونية أصبح واقعاً وأمرأ مسلماً به وذلك ما تجلّى في تنظيمه تشريعياً في بعض بلدان العالم سيما الدول المتقدمة.

المطلب الثاني

الشكلية في العقد الإلكتروني

لما كان الحديث يدور حول مسألة الشكلية ، رأينا أن نستهل هذا المطلب بعرض موجز لمفهوم الشكلية في القانون ، ثم بعد ذلك نبرز الإشكالية القائمة في العقود الإلكترونية عندما يشترط القانون لإبرامها شكلاً معيناً ، وأخيراً نستعرض أهم الحلول المقترحة لهذه المسألة ، وذلك حسب التقسيم الآتي :

أولاً - المفهوم القانوني للشكلية :

الأصل في العقود هو الرضائية ، بمعنى أن العقد يبرم بمجرد أن يتبادل المتعاقدان التعبير عن إرادتهما دون حاجة إلى إجراء آخر ، وينطبق ذلك بطبيعة الحال على العقد الإلكتروني.

واستثناءً من ذلك قد يتطلب القانون إفراغ التراضي في شكل محدد وهو ما اصطلح على تسميته بالعقود الشكلية *les contrats solennels* .
والعقود الشكلية هي : " مجموعة العقود التي لا يكفي لإبرامها مجرد التراضي وإنما يشترط فيها القانون مراعاة شكل خاص بدونه لا يوجد العقد قانوناً ولا يرتب أثراً ولا يمكن الاحتجاج به " (1) .

والشكل الذي تشترطه القوانين المعاصرة غالباً ما يكون الكتابة في ورقة رسمية يقوم بتحريرها شخص مكلف قانوناً ، وهو الموثق الرسمي أو محرر العقود ، ومثال العقود الرسمية " الشكلية " هبة العقار التي نصت عليها المادة (1/477) مدني ليبي بقولها : " تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت

(1) - انظر : د. سالم عبد الرحمن غميص ، مرجع سبق ذكره ، ص30.

ستار عقد آخر " ، وأيضاً عقد الرهن الرسمي الذي تضمنته المادة (1/1034) مدني ليبي بنصها على أنه : " لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية وفقاً لأحكام النظام العقاري " .

وقد تكون الشكلية في صورة الكتابة العرفية أي بدون تدخل محرر العقود، مثالها ما نصت عليه المادة (855) مدني ليبي من الاتفاق كتابة على إنشاء ملكية الأسرة بين أشخاص إذا كانوا أعضاء أسرة واحدة تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة دون أن تشترط الرسمية في الكتابة.

والكتابة باعتبارها ركناً لا يتم التعاقد إلا به تستدعي تمييزها عن الكتابة اللازمة للإثبات ، ففي الحالة الأخيرة ينعقد العقد ويرتب آثاره كاملة في مواجهة أطرافه غير أنه إذا ثار نزاع بشأنه تكون الكتابة لازمة للإثبات (1) .

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن البعض يخلط بين الإجراءات التي يشترطها المشرع في بعض الأمور لأهميتها كتسجيل عقود بيع العقارات وفقاً لأحكام التسجيل العقاري ، وبين الشكلية ، حيث يعتبر تلك الإجراءات من قبيل الشكلية.

والذي نراه - منضمين في ذلك إلى بعض الفقه (2) - أن التسجيل ليس ركناً شكلياً في العقد ولا تتوقف صحة العقد على وجوده ، وإنما هو شرط لإمكان تنفيذ البائع لالتزامه ، فلا تنتقل الملكية للمشتري إلا بتسجيل العقد ، وهنا يظهر الفارق

(1) - انظر : د. محمد جمال عطية ، الشكلية القانونية ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، 1993 ، ص 183 .

(2) - انظر : د. محمد على البدوي ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول - مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة ، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ، 1999 ، ص 38 . وأيضاً د. سالم غميص ، مرجع سبق ذكره ، ص 32 . وفي عكس ذلك انظر : د. خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سبق ذكره ، ص 150 . وأ.رامي محمد علوان ، مرجع سبق ذكره ، ص 266 .

بين اعتبار الشكل ركناً في العقد أم لا ، فلو كان التسجيل ركناً لما وجد العقد ، ولكنه باعتباره ليس كذلك فإن العقد يكون صحيحاً ويجوز للمشتري إلزام البائع بالقيام بإجراءات التسجيل العقاري حتى تنتقل له ملكية العقار، فإن رفض البائع ذلك جاز للمشتري المطالبة قضاءً بالحكم له بصحة ونفاذ العقد ، فإذا ما حكم له بذلك سجل حكمه وحق له طلب تثبيت ملكيته استناداً إلى الحكم الذي يقوم مقام العقد بعد تسجيله .

ومما يؤيد وجهة النظر السالفة حكم المحكمة العليا الليبية الصادر بتاريخ 1965/6/26 حيث جاء في حثياته أن " عقد البيع من العقود الرضائية التي تنشأ بإيجاب وقبول على مبيع وثن محدد ، ويحتفظ بقيمته في الإثبات ولم يغير قانون التسجيل من طبيعته وكل ما في الأمر أن الملكية لا تنقل إلا بالتسجيل الذي يعتبر شرطاً لانتقالها دون أن يكون ركناً من أركان البيع ، وما الرسمية (التوثيق) إلا شرط من شروط التسجيل العقاري ودونها لا يجوز تسجيل عقد بيع وارد على عقار ، ولكن العقد يبقى منتجاً لآثاره فيما بين المتعاقدين ومن ثم فإنه لا يمكن القول بأن عدم تسجيل عقد البيع يخالف النظام العام" (1) .

وإذا كان هذا هو مفهوم الشككية يحق لنا التساؤل حول إمكانية استيفاء الشككية بنفس الطريقة عند إبرام العقد الإلكتروني ؟ بمعنى هل مناط الشككية الكتابة على الورق أم أنها تستوعب الكتابة الإلكترونية ؟ وهل يقوم التوقيع الإلكتروني (2) مقام التوقيع العادي الذي يشترطه القانون في بعض الأحيان ؟

(1) - مدني رقم 12/29 ، قضاء المحكمة العليا المدني ، من يناير 1962 إلى يونيو 1968 ، الجزء الثالث ، ص 148.

(2) - يعرف القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الاونسفال) 2001 التوقيع الإلكتروني بأنه " بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً ، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات ، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات. "

ثانياً - أزمة الشكلية الإلكترونية :

بدأت بوادر هذه الأزمة في فرنسا عقب صدور القانون رقم 230 لسنة 2000 بشأن تطوير قانون الإثبات والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني ، حيث أدخل القانون المذكور تعديلاً على أحكام المادة (1 / 1316)⁽¹⁾ مدني فرنسي بمقتضاه تكون الكتابة الإلكترونية مقبولة بنفس الحجة المعطاة للكتابة على دعامات ورقية ، بشرط أن يكون بالإمكان تحديد الشخص الذي أصدرها ، وأن يكون حفظها قد تم في ظروف تضمن الرجوع إليها بشكل مستمر .
وتأكيداً على ذلك فقد نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة بشكل صريح على أن الكتابة على دعامات إلكترونية لها نفس القوة الثابتة للكتابة على دعامات ورقية.

“ L'écrit sur support électronique à la même force probante que l'écrit sur support papier ” .

وقد تمخض عن هذه الأزمة انقسام للرأي بين مؤيد ومعارض ، فقد ذهب البعض إلى أن الشكلية التي يتطلبها القانون لانعقاد العقد أو التصرف سواء بالكتابة أو بالتوقيع لا يمكن أن يُستغنى عنها بالكتابة الإلكترونية أو التوقيع الإلكتروني وأن التعديل لنص المادة (1/1316) مدني فرنسي يتحدث عن الكتابة كوسيلة إثبات ولم يقصد المساس بالشكلية⁽²⁾ .

وبالتالي من غير المتصور أن تعقد تصرفات إنشاء الوصية أو الوقف أو معاملات التصرف في الأموال ومعاملات الأحوال الشخصية على الخط ، وذلك

(1) - صياغة نص المادة 1 / 1316 المعدلة كما يلي :

"L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dument identifiée la personne don't il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité" .

(2) - انظر : د. خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سبق ذكره ، ص 151.

بسبب أهمية هذه التصرفات وخطورتها⁽¹⁾.

بينما يذهب البعض الآخر إلى أن الكتابة الإلكترونية لم تعد قاصرة على الكتابة كوسيلة إثبات *écrit probationem* وإنما تشمل الكتابة كشرط لصحة التصرف *écrit advaliditatem* وذلك بالنظر إلى عمومية نص المادة (1/1316) مدني فرنسي ، فالنص واضح فيما تضمنه من تعريف للكتابة ولذلك يجب إعطاءه معنى كاملاً دون تخصيص⁽²⁾.

ولعلنا ننضم إلى أصحاب الرأي الأول فيما يذهبون إليه ، فلا يستساغ عقلاً ولا منطقاً أن تبرم عقود في غاية الأهمية والخطورة عن بعد ، وأن يضرب باشتراطات القانون عرض الحائط ، ولعل عدم كفاية الوسائل التقنية في توفير الثقة والأمان في إبرام هذه العقود هو ما يرجح هذه الوجهة .

وقد واجه المشرع المصري هذه المسألة في قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 بأن قرر مبدأً عاماً مفاده أن الكتابة المطلوبة باعتبارها ركناً في العقد تتحقق مع الكتابة الإلكترونية ، وذلك بنصه في المادة (15) على الآتي :
"للكتابة الإلكترونية وللمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

ويتضح من النص أنه أقر إمكانية استيفاء الشكلية التي يقرها القانون لإبرام العقد أو لترتيب آثاره عن طريق المحركات والمستندات الإلكترونية متى

(1) - انظر : أ. رامي محمد علوان ، مرجع سبق ذكره ، ص 268.

(2) - انظر : د. محمد حسن قاسم ، التعاقد عن بعد ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2005 ،

روعت الشروط التي حددها المشرع في اللائحة التنفيذية للقانون ، وقد قرر هذا المبدأ أيضاً كل من القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية (م 7) ، وقانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية (م 9) .

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 بشأن التجارة الإلكترونية حظر على الدول الأعضاء وضع أي عراقيل أو عقبات أمام الاعتراف بالعقود الإلكترونية وحثهم على العمل على تطوير تشريعاتها لإقرار المعاملات الإلكترونية ، ولا شك أن عدم منح الكتابة الإلكترونية قوة ترتيب كافة الآثار القانونية يكون مخالفاً لمقتضيات الجماعة الأوروبية⁽¹⁾ .

إذن نخلص من خلال هذا العرض أن أغلب التشريعات تتبنى مبدأ المساواة بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية والتوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي ، لكن الإشكالية تثور عندما يستلزم القانون شكلاً معيناً لانعقاد التصرف .

هل يتم التضحية بالشكالية انسياقاً وراء المبدأ العام القائل بالمساواة ؟ أم أن المبدأ العام متعلق بالإثبات فحسب ولم يقصد منه المساس بالشكالية ؟ في هذا الصدد اقترحت بعض التشريعات حلولاً لهذه الإشكالية القائمة واستعراض هذه الحلول وتطبيقاتها هو قوام الفقرة التالية.

ثالثاً - الحلول المقترحة للشكالية الإلكترونية :

لتفادي إجراءات الشكالية والرسومية في العقود فإن هناك من القوانين الوطنية المختلفة من استبعدت تطبيق القواعد الخاصة بالعقود الإلكترونية على بعض التصرفات القانونية الهامة وفضلت إبرامها في الشكل التقليدي دون الإلكتروني ،

(1) - انظر :د. محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2006 ،

باعتبار أن هذه الأمور ليست متعلقة بالنشاط التجاري وليست لها علاقة بالمعاملات التجارية الإلكترونية ، وإنما هي مجرد تصرفات مدنية أو شخصية بحتة ، كالزواج والهبة والوصية ، أو لكونها تصرفات لها أهميتها وخطورتها ، مثال ذلك رهن السفينة وتسجيل العقار ، والحقوق العينية الواردة على العقار بصفة عامة ، وأحكام وقرارات المحاكم وأوراق ومستندات التقاضي (1) .

ومن التشريعات التي تبنت منهج الاستبعاد القانون الأمريكي حيث تنص المادة (3 /ب/ 1) من القانون الأمريكي الموحد للتجارة الإلكترونية على أن "هذا القانون لا ينطبق على معاملة من المعاملات بقدر ما يخضع تنظيمها لقانون يحكم إنشاء وتنفيذ الوصايا أو ملاحقتها أو الائتمانات الإيصائية " ، كما نجد القانون الفيدرالي الأمريكي بشأن التوقيع الإلكتروني لسنة 2000 حدد بعض الاستثناءات التي لا ينطبق عليها هذا القانون وتمثل هذه الاستثناءات في إنشاء الوصية وتنفيذها وقوانين الميراث والتشريعات الخاصة بالتبني والطلاق والحالة الاجتماعية وأوراق المحاكم واتفاقات الائتمان والأوراق الخاصة بالتأمين الصحي وأوراق اليانصيب.

وتنص المادة (3) من قانون كندا الموحد للتجارة الإلكترونية على أنه :

"لا ينطبق هذا القانون فيما يتعلق بما يلي :

أ - الوصايا وملاحقتها .

ب - الائتمانات المنشأة بوصايا أو بملاحق وصايا .

ج - سلطات الوكيل بقدر ما تتعلق بالشؤون المالية أو الرعاية الشخصية بفرد ما .

د - المستندات المنشئة أو الناقلة لحقوق في أراضٍ .

أما التوجيه الأوروبي الصادر في 8 يونيو 2000 فقد قرر أنه لا ينطبق هذا

التوجيه على العقود المنشئة أو الناقلة لحقوق الملكية العقارية فيما عدا حقوق الإيجار

(1) - انظر :د. خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سبق ذكره ، ص 152.

والعقود التي تتطلب تدخلاً من المحاكم والسلطة العامة وعقود الكفالة والعقود التي يحكمها قانون الأسرة أو قانون الميراث مثل عقود الوصية والهبة والزواج وإشهار الطلاق والتبني.

وعربياً نطالع قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002 حيث نص في مادته الخامسة على : "يسرى هذا القانون على السجلات والتوقيعات الإلكترونية ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية ويستثنى من أحكام هذا القانون ما يلي :

أ - المعاملات والأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والرصايا.

ب - سندات ملكية الأموال غير المنقولة.

ج - السندات القابلة للتداول.

د - المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأموال غير المنقولة والتصرف فيها وتأجيرها لمدة تزيد عن عشر سنوات وتسجيل أية حقوق متعلقة بها.

هـ - أي مستند يتطلب القانون تصديقه أمام كاتب العدل".

ويذهب البعض⁽¹⁾ إلى أن نص المادة (27/1/ب) من قانون إمارة دبي يؤدي إلى إمكان إتمام بعض التصرفات القانونية التي تتوقف على الإجراءات التي أشار إليها النص من إذن أو ترخيص أو إقرار أو موافقة وذلك بطبيعة الحال ما لم يتمثل أي منها في إجراء رسمي⁽²⁾.

كما نص القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001 في

(1) - راجع في ذلك د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، مرجع سبق ذكره ، ص126.

(2) - نص المادة (27/1/ب) من قانون إمارة دبي على أنه "على الرغم من وجود أي نص مخالف في أي قانون آخر يجوز لأية دائرة أو جهة تابعة للحكومة ، في أداء المهمات المناطة بها بحكم القانون أن تقوم بما يلي : أ ب . إصدار أي إذن أو ترخيص أو قرار أو موافقة في شكل سجلات إلكترونية".

- المادة (6) منه على أنه : " لا تسري أحكام هذا القانون على ما يلي :
- أ - العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقاً لتشريعات خاصة بشكل معين أو تتم بإجراءات محددة ومنها :
- 1 - إنشاء الوصية وتعديلها.
 - 2 - إنشاء الوقف وتعديل شروطه.
 - 3 - معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال .
 - 4 - الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية.
 - 5 - الإشعارات المتعلقة بإلغاء أو فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة.
 - 6 - لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم.
- ب - الأوراق المالية إلا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة استناداً لقانون الأوراق المالية النافذ المفعول " .

وقد بحث مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السادسة المنعقدة بمدينة جدة في الفترة من 17 إلى 23 / 8 / 1410 هـ الموافق 14 إلى 20 / 3 / 1990 صحة إجراء العقود التي تبرم عبر وسائط الاتصال الحديثة ، وانتهى إلى جوازها ، وأصدر بذلك القرار رقم⁽¹⁾ 5(6/3) [1] 2 ، إلا أن هذا القرار قد نص على أن هناك ثلاثة عقود مستثناة من التعاقد عبر الوسائل الحديثة ولا تنطبق عليها تلك القواعد ، ويجب إبرامها وفق الشكل التقليدي ، وهذه العقود

(1) - القرار منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السادسة ، تحت عنوان "حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة " ، ص . 785 وهو منشور أيضاً على موقع مجمع الفقه الإسلامي على شبكة المعلومات الدولية على العنوان التالي: <http://www.fiqhacademy.org.sa/>

هي:

1. عقد الصرف لاشتراط التقايض.

2. عقد الزواج لاشتراط الشهادة.

3. عقد السلم لاشتراط تعجيل رأس المال⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أن مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري جاء خلواً من بيان للتصرفات التي لا تخضع لقواعد العقود الإلكترونية الأمر الذي أثار خلافاً حول تلك المسألة على الصعيدين الفقهي والقضائي في مصر.

وفى مقابل ما ذهب إليه التشريعات المختلفة من استبعاد لبعض التصرفات من الشكلية الإلكترونية يلاحظ البعض أن الشكلية الإلكترونية أصبحت أمراً لا مفر منه ، وأنه يجوز إبرام كافة أنواع العقود إلكترونياً ولو كانت عقوداً شكلية ، سيما وقد ظهرت مهنة جديدة في مجال المعاملات الإلكترونية هي مهنة الموثق الإلكتروني⁽²⁾ Notaire électronique .

والموثق الإلكتروني : " هو طرف ثالث محايد يتمثل في أفراد أو شركات أو جهات مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية ، ويطلق عليهم بالإنجليزية certification authority"⁽³⁾.

والوظيفة الأساسية للموثق الإلكتروني أو لجهة التوثيق الإلكترونية هي تحديد هوية المتعاملين في المعاملات الإلكترونية وتحديد أهليتهم القانونية في التعامل

(1) - لتفاصيل أكثر حول هذا القرار واستثناءاته انظر : د. عبد الله بن إبراهيم الناصر "العقود الإلكترونية ، دراسة فقهية تطبيقية مقارنة" بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون والمقام بدولة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من (10 - 12 مايو 2003) .

(2) - انظر : د. عادل أبو هشيمة حوتة ، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، 2004 ، ص 195 .

(3) - انظر : د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، مرجع سبق ذكره ، ص 134 .

ناهيك عن التحقق من مضمون هذا التعامل وسلامته وكذلك جديته وبعده عن الغش والاحتيال.

ويأخذ التوجيه الأوروبي رقم 93 لسنة 1999 بفكرة الموثق الإلكتروني ووضع مسمى له حيث أطلق عليه (مقدم خدمات التصديق) ، كما أسند قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي أعمال المصادقة الإلكترونية إلى (مراقب خدمات التصديق) الذي يتم تعيينه بقرار من رئيس سلطة منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الإلكترونية والإعلام .

وبناء على ما سبق نستجلي أن هناك اتجاهات يتخذ من فكرة التوثيق الإلكتروني حلاً لأزمة الشككية الإلكترونية ، فجهة التوثيق تكون مسؤولة عن توثيق العقد الإلكتروني الأمر الذي يجعل الوضع يبدو تطبيقاً لمهنة الموثق العادي في فرنسا ومحرم العقود في ليبيا والشهر العقاري في مصر... الخ ، على اعتبار أن كلا منهما يعد شاهداً محايداً ومستقلاً عن العقد المبرم بين الأطراف ، غاية الأمر أن الموثق الإلكتروني لا يعد مكلفاً بخدمة عامة في حين أن الموثق العادي هو شخص مكلف بخدمة عامة طبقاً لقوانين التوثيق⁽¹⁾.

ولعل الأمر يتطلب تعديلاً في القوانين واللوائح ذات الصلة بالتوثيق بحيث يتم إدراج مهنة الموثق الإلكتروني أو جهة التوثيق الإلكترونية ضمن هذا الإطار ، وذلك لاتسامها بالحيدة والنزاهة ، وتكون بذلك مؤتمنة على حفظ وتسجيل الوثائق والمحركات الإلكترونية .

(1) - راجع على سبيل المثال القانون رقم 2 لسنة 1993 بشأن محرمي العقود ولائحته التنفيذية.

الخاتمة

تناولنا في هذه الدراسة إحدى الإشكاليات التي تعترض التعاقد بواسطة الوسائط الإلكترونية ، هذه الإشكالية هي ما أصبح يعرف بـ "الشكلية الإلكترونية". وقد حاولنا من خلال العرض السابق أن نجيب على السؤال القائم الذي

مفاده :

هل يؤثر اشتراط الشكلية على بعض التصرفات والعقود التي تبرم بالطريق الإلكتروني ؟ سيما وأن مجال المعاملات الإلكترونية يستعيز عن الورق بالدعائم الإلكترونية ؟

وفى سبيل ذلك .. تكلمنا بدايةً عن نشأة العقد الإلكتروني ومدى ارتباطه بالإنترنت والتجارة الإلكترونية وخلصنا إلى أن العقد الإلكتروني هو وليد أثرته علاقات التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت ثم حددنا ماهية العقد الإلكتروني. بعد ذلك تطرقنا إلى بحث مسألة جواز التعاقد الإلكتروني سيما وأن هذا الجواز هو ما تركز عليه هذه الدراسة فعندما نقول بالجواز فكأننا نبيح لأنفسنا الخوض في الإشكاليات التي تعتوره.

وأخيراً بحثنا إحدى هذه الإشكاليات التي تتمثل في (الشكلية الإلكترونية) فحددنا أولاً مفهوم الشكلية بشكل عام ، ثم قمنا بعقد مقارنة بين هذا المفهوم وبين مفهوم الشكلية في التعاقد الإلكتروني واتضح لنا أن هناك أزمة حقيقة تتور عندما يتطلب القانون شكلاً معيناً لا يتناسب وطبيعة المعاملات الإلكترونية ، ثم في فقرة مستقلة حاولنا أن نبرز أهم الحلول التي اقترحتها التشريعات والفقه لإيجاد حل لهذا الإشكال والتي تمثلت في تبني بعض التشريعات لمنهج استبعاد بعض التصرفات من نطاق الشكلية ، وتبني البعض الآخر أسلوب التوثيق الإلكتروني عوضاً عن الموثق العادي.

ونحن إذ ننتهي من ذلك ، نأمل أن نكون قد أوحينا إلى القارئ الكريم شعوراً بأهمية هذه المسألة التي أصبحت مثار جدل كبير بين رجال القانون على كافة الأصعدة .

وأخيراً لا بد أن نعترف بعدم خلو الأمر من المثالب فكل عمل إنساني هو دائماً عرضة للنقاش والتغيير ، الأمر الذي نتمنى لو تحقق من خلال إبداء ما يعن للقراء الأعزاء من ملاحظات وتوجيهات التي بالتأكيد ستساهم في إثراء هذا العمل المتواضع .

والله ولي التوفيق .

قائمة بأهم المراجع

- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية ، مجلس النشر العلمي ، الكويت ، 2003.
- د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني ، السياحي ، البيئي) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002.
- د. إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزامات ، بدون دار نشر ، القاهرة ، 1966.
- د. أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000.
- د. أنور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1983.
- د. بشار طلال مومني ، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، 2003.
- د. خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006.
- أ. رامي علوان ، بحث بعنوان " التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني " ، مجلة الحقوق ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، العدد الرابع ، السنة السادسة والعشرون ، ديسمبر 2002.
- د. سالم عبد الرحمن غميص ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الأول ، محاضرات مطبوعة على الآلة الكاتبة ملقاة على طلبة السنة الثانية بكلية القانون ، جامعة قاريونس ، سنة 1998 م.
- د. سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006.

- د. صابر عبد العزيز سلامة ، العقد الإلكتروني ، بدون ناشر ، بدون مكان نشر ، 2005.
- د. عادل أبو هشيمة حوتة ، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004.
- د. عباس العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1997.
- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، المجلد الأول ، العقد ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، 1981.
- د. عبد الله بن إبراهيم الناصر " العقود الإلكترونية ، دراسة فقهية تطبيقية مقارنة " بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون والمقام بدولة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 10 - 12 مايو 2003.
- د. محمد شكري سرور ، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988.
- د. محمد جمال عطية ، الشكلية القانونية ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، 1993.
- د. محمد علي البدوي ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول - مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة ، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ، طرابلس، 1999.
- د. محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2006.

- محمد أمين الرومي ، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2004.
- د. محمد حسن قاسم ، التعاقد عن بعد ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2005.
- أ. نضال إسماعيل برهم ، أحكام عقود التجارة الإلكترونية ، دار الثقافة ، عمان ، 2005.
- هدى حامد قشقوش ، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000.

مسألة تكرار الجرائم

بين قانون العقوبات وقوانين الحدود

(دراسة في التشريع الجنائي الليبي)

د. الهادي بوجهره
عضو هيئة التدريس بكلية القانون
جامعة الفاتح

مقدمة

قوانين الحدود الليبية تقع في إطار تغييرات تشريعية نحو تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية تمت في بعض الدول العربية ، حيث إن العديد منها تبنى نظامي الحدود والقصاص والدية ، كالقانون اليمني ، والقانون السوداني ، إلا أن هذه التشريعات لم تتبع منهجاً واحداً في ذلك .

فبخلاف قانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر في سنة 1987م، الذي نص في مادته الأولى على أنه : (تسري في شأن جرائم الحدود والقصاص والدية أحكام الشريعة الإسلامية ، وتحدد الجرائم والعقوبات التعزيرية وفق أحكام هذا القانون والقوانين العقابية الأخرى) ، اختار المشرع الليبي طريق تقنين أحكام الحدود والقصاص والدية في نصوص واضحة ومنضبطة ، على غرار ما اتبعه في نظام التعزير ، حتى يسهل على الفرد معرفتها ، والقاضي تطبيقها ، على نحو يكفل الوحدة القانونية في البلد الواحد . كما أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يوجب تحديد المشرع للجريمة وعقوبتها ، وأن لا يترك ذلك للقاضي ليبحث عنه في الفقه الإسلامي ، الأمر الذي قد يفضي إلى اختلاف القضاة في ذلك، نتيجة لاختلاف الآراء الفقهية ، واختلاف القضاة في الراجع

والمرجوح⁽¹⁾. فاختلاف المذاهب الفقهية ، وأحياناً الآراء داخل المذهب الواحد ، بشأن اعتبار فعل ما جريمة حدية أم لا ، أو بشأن نوع العقوبة الحدية ومقدارها ، كما هو الحال في عقوبة الزاني المحصن ، وشارب الخمر ، سوف ينعكس في الأحكام القضائية ، الأمر الذي يؤدي - أيضاً - إلى الخلط بين وظيفتي المشرع والقاضي .

ولهذا أصدر المشرع الليبي القوانين التالية :

- القانون رقم 148/1972 ، الذي ألغى بالقانون رقم 13/1425 بشأن حدي السرقة والحراية ، والذي عُدل ، بدوره ، بالقانون رقم 11/1428 ، ثم القانون رقم 10/1369 و . ر .
- القانون رقم 70/1973 بشأن إقامة حد الزنى ، الذي عُدل بالقانون رقم 10/1428 .
- القانون رقم 52/1974 بشأن إقامة حد القذف .
- القانون رقم 89/1974 بشأن تحريم الخمر وإقامة حد الشرب ، الذي ألغى بالقانون رقم 4/1423 بشأن تحريم الخمر .
- القانون رقم 6/1423 بشأن القصاص والدية ، الذي عُدل مرتين ، بالقانون رقم 4/1427 ، وبالقانون رقم 7/1430 .

ومن خلال هذه القوانين يتبين لنا أنه إذا كان المشرع الليبي قد وضع قواعد عامة تحكم جرائم التعازير في قانون العقوبات ، فإنه لم ينص على قواعد عامة تحكم نظام الحدود ، حيث تبنى قانوناً خاصاً منفصلاً لكل جريمة حدية ،

(1) - انظر : علي علي منصور ، الشريعة الإسلامية : مدى صلاحيتها للحلول محل القوانين الوضعية وكيفية ذلك ، مجلة دراسات قانونية ، يصدرها أعضاء هيئة التدريس بكلية القانون جامعة قارونس ، عدد خاص بتشريعات الحدود ، المجلد السابع ، 1978 ، ص 8 ، ص 102 .

الأمر الذي اضطرَّ معه إلى تكرار عدة نصوص في كل قانون من قوانين الحدود.
كما يتضح لنا - أيضاً - من خلال هذه القوانين ، أن المشرع الليبي لم يتقيد بمذهب فقهي واحد ، فمع كونه قد أحال في بداية الأمر للأيسر من مذهب الإمام مالك ، فيما لم يرد بشأنه نص ، إلا أنه رجع عن ذلك ، بأن نص في المادة الأولى من القانون رقم 8 لسنة 1975م في شأن تعديل بعض أحكام قوانين إقامة الحدود على أنه : "يُستعاض عن عبارة المشهور في مذهب الإمام مالك أينما وردت بالقوانين أرقام 148 لسنة 1972 و 52 لسنة 1975م و 89 لسنة 1974م المشار إليها بعبارة (المشهور من أيسر المذاهب) .

ولأن المشرع الليبي كان تبنى قانون العقوبات سنة 1953م، ومعه قانون الإجراءات الجنائية ، الذي وضع في ظل وجود قواعد موضوعية تعزيرية فقط ، فإن أعمال النظام الإجرائي بشأن نظامي الحدود والقصاص ، طرَحَ عدة مسائل لم تعالج بنصوص خاصة في قوانين الحدود ، ما يؤدي إلى تطبيق القواعد الإجرائية العامة بشأنها ، الأمر الذي لا ينسجم - في كثير من الأحيان - مع فلسفة نظامي الحدود والقصاص. كما أن الجمع بين قوانين الحدود وقوانين العقوبات ، طرَحَ عدة إشكاليات تتعلق بالتنازع بينهما ، وتعارض الأحكام داخل التشريع الجنائي الواحد.

فعلى سبيل المثال ، إذا كان الصغير الذي أتم الرابعة عشرة من العمر، ولم يبلغ الثامنة عشرة وقت ارتكاب الفعل يُسأَلُ جنائياً ، وتخفُضُ العقوبة بالنسبة له بمقدار ثلثيها ، ومتى ارتكب جناية عقوبتها الإعدام أو السجن المؤبد ، فالعقوبة السجن مدة لا تقل عن خمس سنوات (م81ع) ، فإنه متى تعلق الأمر بجريمة من جرائم الحدود ، فإن الصغير يعزر بالتوجيه والتوعية ، إذا أتم السابعة ولم يتم الخامسة عشرة ، مع جواز تعزيره بالضرب بما يناسب سنة ، إذا تجاوز العاشرة ، أما إذا أتم الخامسة عشرة ، يعزر بالضرب ، وفي حالة تكرار الجريمة يحكم عليه

بالضرب ، ويجوز الحكم بإيوائه في إصلاحية ، متى تجاوز العاشرة . هذه المسؤولية كما ورد في المذكرة الإيضاحية هي ((مسؤولية تأديبية وقائية ، وليست مسؤولية عقابية ، فالتعازير المنصوص عليها لا تعدو أن تكون إجراءات تأديبية ، وذلك حتى لا يترتب عليها أي أثر يلحق الضرر بسمعة الصبي ومستقبله ، وحماية له ، ورعاية لظروف سنه)) .

وبالتالي فإن من يرتكب جريمة حدية ، ولم يتم الثامنة عشرة ، لا تقوم المسؤولية الجنائية بشأنه ، أما إذا ارتكب جريمة تعزيرية ، يسأل جنائياً ، مع خفض العقوبة بشأنه لعذر صغر السن⁽¹⁾ ، الأمر الذي يعني وجود قواعد مختلفة تحكم مسؤولية الصغير داخل نظام قانوني واحد ، يغيب معها الانسجام بين أحكامه .

هذا الأمر يُلاحظ بشأن مسألة تكرار الجرائم في العقوبات وقوانين الحدود وهذا ما نحاول مناقشته في هذه الورقة .

ولأن تكرار الجرائم ، إما أن يكون تعدداً للجرائم ، أو حالة من حالات العود، فإننا نبحث هذه المسألة وفقاً للخطة التالية :

المبحث الأول : تعدد الجرائم .

المبحث الثاني : العود .

(1) - انظر : عبدالعزيز عامر ، الجوانب الإيجابية والسلبية في صياغة تشريعات الحدود ، مجلة دراسات

قانونية مرجع سابق ، ص 147 ، 148 .

المبحث الأول

تعدد الجرائم

يقوم مفهوم التعدد على أساس ارتكاب الشخص لجريمتين أو أكثر ، دون أن يفصل بينهما حكم بات ، لذلك تخرج منه فكرة المساهمة الجنائية ، التي تقوم على وحدة الجريمة وتعدد الجناة ، والجريمة المستمرة ، التي تتكون من سلوك مجرم واحد يستمر فترة من الزمن .

كما لا يعتبر صورة من صور التعدد جريمة الاعتياد ، التي تتكون من عدة أفعال ، كل منها لا يشكل جريمة مستقلة ، والتي - وإن كانت تتضمن تكراراً للأفعال - إلا أن هذا التكرار لا يعتبر تكراراً للجرائم ، فهذه الجريمة لا تقوم إلا بتكرار الفعل ، الأمر اللازم لقيامها ابتداءً⁽¹⁾.

أما الجريمة المركبة ، وإن كانت عبارة عن أكثر من جريمة ، إلا أن المشرع اعتبرها جريمة واحدة فأحدى الجريمتين تدخل في الأخرى ، بحيث تصبح عنصراً من عناصرها ، أو ظرفاً مشدداً لها ، الأمر الذي يفقدها ذاتيتها واستقلالها ، فلا يمكن مثلاً النظر في جريمة السرقة بإكراه ، للإكراه استقلالاً عن السرقة ، ولا السرقة استقلالاً عن الإكراه ، فاجتماع السرقة مع الإكراه أدى إلى إنتاج جريمة السرقة بإكراه (م 450 ع ل) .

وإذا كانت الجريمة المتتابعة ، على عكس جرائم العادة ، كل فعل فيها تتوافر فيه كافة الأركان والعناصر التي تجعل منه جريمة بذاته ، إلا أنه متى كانت الأفعال ارتكبت تنفيذاً لدافع إجرامي واحد ، وكانت خارقة لنص قانوني واحد ،

(1) - انظر : المادتين 417/أ ، 464/2 من قانون العقوبات الليبي ، وأنظر في تفسير المادة 417/أ ، المحكمة العليا جلسة 28 . 1 . 1968 ، مجلة المحكمة العليا ، س 3 ، ع 3 ، ص 33 .

فإن المشرع أوجب اعتبارها جريمة واحدة ، وذلك بموجب المادة (77ع) ، التي تنص على أنه : (إذا ارتكبت عدة أفعال تنفيذاً لدافع إجرامي واحد فإنها تعد جريمة واحدة ، إذا كانت خارقة لحكم قانوني واحد ، وإن اختلفت في جسامتها ، أو ارتكبت في أوقات مختلفة ، إلا أن العقوبة في شأنها تزداد إلى حد الثلث) .
وتفسيراً لهذا النص ، قررت المحكمة العليا أن المناط في وجود الجريمة

المتتابعة هو ارتكاب الأفعال بناءً على قرار إرادي واحد⁽¹⁾ .
وبالتالي ، نكون أمام أفعال متعددة ، تدخل المشرع بنص خاص ، ليضع لها حكماً يخرجها من وصف تعدد الجرائم ، ويعتبرها جريمة واحدة ، مع كونها في حقيقتها جرائم متعددة ، كل فعل منها كاف لأن يشكل جريمة مستقلة .
ولأن المشرع نص على أن اختلاف جسامات الأفعال لا يمنع من اعتبارها جريمة واحدة ، فإن شرط كونها خارقة لنص واحد لا يمنع من اعتبار الأفعال جريمة واحدة متى كان بعضها في صورة الشروع ، والبعض في صورة الجريمة التامة ، والبعض الآخر في صورة الجريمة المشددة⁽²⁾ .

(1) - " يشترط لاعتبار الجريمة متتابعة الأفعال وفقاً لنص المادة 77ع أن تكون كل الأفعال المكونة لها قد وقعت اعتداءً على حق واحد ، واستهدف بها تحقيق غرض إجرامي واحد فالضابط الأساسي المميز للجريمة المتتابعة ، هو وحدة الغرض الإجرامي لدى مرتكبها ، أي أن تكون كل الأفعال قد ارتكبت بتصميم واحد .

فالعبارة هي بوحدة القرار الإرادي ، أو بوحدة اللحمة الفكرية التي صدرت عنها الإرادة ، فإذا تعددت الحركات العضلية لا تنشأ عنها جريمة واحدة ، إلا إذا كانت منفذة لذات القرار الإرادي ومحقة لذات الغرض ، ووقعت على ذات المجني عليه " .

- المحكمة العليا ، جلسة 22 . 6 . 1976 م ، مجلة المحكمة العليا ، س 13 ، ع 2 ، ص 244 .

(2) - " إن الفارق بين الجرائم المتعددة والجرائم المتتابعة المبينتين بالمادتين 77 و 78 من قانون العقوبات يتمثل في الشروط اللازمة لاعتبار الجرائم متتابعة .

لأن الجرائم المتتابعة في حقيقتها جرائم متعددة لولا وحدة الدافع ، وتلك الشروط هي أن ترتكب عدة أفعال خارقة لحكم قانوني واحد ، وأن تكون اعتداءً على حق واحد ومستهدفة لتحقيق غرض واحد ، أي أن تكون متماثلة في طبيعتها ، وإن اختلفت في جسامتها ومدبرة في مشروع واحد .. " .

- المحكمة العليا جلسة 10 . 1 . 1978 م ، مجلة المحكمة العليا ، س 14 ، ع 4 ، ص 135 .

وإذا كان الأمر كذلك ، فإن ارتكاب عدة سرقات ، بناءً على قرار إرادي واحد ، كسرقة منزل على دفعات ، أو إصدار عدة شيكات بدون رصيد للوفاء بدين ، أو القيام بأعمال بناء متعاقبة ومنتالية بدون ترخيص ، هي أفعال تتوافر بشأنها الوحدة القانونية ، وإن كانت من ناحية واقعية أفعال متعددة .

أما ارتكاب عدة أفعال بناءً على قرارات إرادية مختلفة فهو يشكل جرائم متعددة ، حتى ولو كانت خارقة لنص قانوني واحد⁽¹⁾ ، فمن يقوم بعدة سرقات ، لا تجمعها وحدة اللحمة الفكرية ، أي أن كلاً منها مستقل عن الأخرى ، يسأل عن جرائم متعددة ، على الرغم من أن الغرض في جريمة السرقة ، هو دائماً ، الاستيلاء على مال مملوك للغير . على خلاف ما لو بني نص المادة (77) على أساس وحدة نوع الجريمة ، أو أن الدافع الإجرامي في هذا النص فسر على أساس الغرض من الأفعال ، فإن ذلك يؤدي إلى اعتبار انتهاك نص السرقة ، ولو تم بعدة أفعال ، صدرت بناءً على قرارات إرادية متعددة ، جريمة واحدة .

وبالتالي لا توقع إلا عقوبة واحدة ، ولا أصبح التماثل في الأفعال هو أساس لتداخل العقوبات ، كما هو الحال في الفقه الإسلامي ، ولكانت عقوبة واحدة تجزئ عن الجرائم جميعاً ، ولاتتفق ذلك مع القول بأن العقوبة وضعت لردع الإرادة الآتية المتجهة لفعل من نوع معين . ولأن مرتكب هذه الأفعال لم يسبق وأن

(1) - في نفس الحكم المشار إليه في الهامش السابق تقرر المحكمة العليا أن " الجرائم المتتابعة تكون استجابة لحاطرة واحدة بارتكاب عدة أفعال مجرمة كل فعل يجانس الآخر ويحقق الغرض الذي قصده أولاً ، فإذا ما توافرت هذه الشروط عدت الوقائع جرائم متتابعة أو مستمرة حسبما سماها القانون ، ويعمل في شأنها أحكام المادة 77 من قانون العقوبات ، وإذا تخلفت شروطها أو بعضها كانت جرائم متعددة وفقاً للمادة 78 من نفس القانون ، ما لم يتوافر فيها أحكام الارتباط الذي لا يقبل التجزئة المبينة بالمادة 76 - 2 من قانون العقوبات . " ، يلاحظ أن المشرع أعطى عنوان الجريمة المستمرة للمادة (77) ، الأمر الذي لا يتفق مع مضمونها ، وهذا ما أشارت إليه المحكمة العليا في هذا الحكم .

حكم عليه بهذه العقوبة ، فيفترض أن هذه الأخيرة كافية لردعه ، بدون حاجة لتعددتها ، ولأنه لم يثبت عدم كفايتها⁽¹⁾ ، فإن تعددها فيه مخالفة لمبدأ ضرورة العقوبة ، التي تقدر بقدرها ، دون إفراط أو تفريط .

وعموماً ، فإنه إذا كانت جريمة الاعتياد والجريمة المستمرة تخرج من مفهوم التعدد المادي للجرائم ، كما تخرج بالضرورة من مفهوم التعدد القانوني ، فإن الجريمة المتتابعة هي ، من ناحية واقعية ، تتكون من عدة أفعال ، إلا أنها تخرج من مفهوم التعدد بالمعنى القانوني ، لوجود الوحدة القانونية بين الأفعال المكونة لها .

كما يخرج من مفهوم تعدد الجرائم ، بالمعنى المادي والقانوني ، ما يسمى بالتعدد الصوري ، لأن الجاني لم يرتكب إلا فعلاً واحداً ، وبالتالي لا نكون أمام جرائم متعددة مستقل كل منها بأركانها وعناصره ما يعني غياب التكرار ، وبالتالي غياب التعدد من ناحية واقعية وقانونية ، هذا ما يستفاد من نص الفقرة الأولى من المادة (76) الذي يجري على النحو التالي :

(إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها) .

وإذا كان التعدد الصوري يخرج من مفهوم التعدد بالمعنى القانوني ، فإن هذا الأخير لا يشمل - أيضاً - حالة التنازع الظاهري للنصوص ، التي تتمثل في سلوك واحد ، يبدو أنه يخضع لأكثر من نص قانوني ، كالسرقة بإكراه .

أما بالنسبة لحالة تكرار الجرائم لغرض واحد ، مع ارتباطها ببعضها بشكل لا يقبل التجزئة ، فقد ميزه المشرع عن التعدد القانوني بوصف الجرائم المرتبطة حيث إن عنوان المادة (76) هو الجرائم المتعددة عن فعل واحد والجرائم المرتبطة .

(1) - عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ،

ج 1 ، ص 745 ، 746 .

ومع أننا أمام تعدد مادي للجرائم حيث إن الجاني ارتكب أكثر من جريمة، إلا أن هذا التعدد لا يعتبر تعدداً قانونياً ، فالمرشع - وفقاً لنص المادة (76) - اعتبر قيام الارتباط سبباً لاعتبار الجرائم جريمة واحدة ، فمتى كانت الجرائم ارتكبت في إطار مشروع إجرامي واحد ، بحيث إن كل منها خطوة في هذا المشروع ، فإنها ترتبط ببعضها بوحدة الغرض أو السببية ، التي تجعل من أحدهما لصيقة بالأخرى وغير منفكة عنها ، وهو ما يعبر عنه بعدم القابلية للتجزئة، فمع كون كل جريمة مستقلة بركنيها المادي والمعنوي ، حيث لا وجود لوحدة الفعل المكون للجرائم ، ولا لوحدة القصد الجنائي ، وهذا ما يؤدي إلى التعدد المادي للجرائم ، إلا أن هذه الأفعال المتعددة بينها وحدة قانونية ، فوحدة الغرض ، وعدم القابلية للتجزئة ، أخرجت الأفعال من القواعد العامة لتخضعها لنص خاص اعتبرها جريمة واحدة ، دون أن يؤدي ذلك لأن تذوب إحداها في الأخرى⁽¹⁾. كمن يسرق من مكان ما، ويحرق المستندات ، ويزور ورقة رسمية ، ثم يقوم باستعمالها ، ويختطف فتاة ، ويقوم باغتصابها ، ويهدم جداراً ، ويسرق أنقاضه ، مع كونه لم يقيم بإحراق المستندات إلا لإخفاء السرقة ، وبتزوير الورقة إلا لاستعمالها ، ويختطف الفتاة إلا لاغتصابها ، ويهدم الجدار إلا لسرقة أنقاضه .

وإذا كان الأمر كذلك ، فإن تعدد الجرائم من ناحية فعلية وقانونية ، واستبعاد وحدة الجريمة ، لا يكون إلا في حالة قيام الجاني بارتكاب أكثر من جريمة، تستقل كل منها بأركانها وعناصرها ، دون أن يعتبرها المرشع جريمة واحدة ، هذا التعدد القانوني لا يتحقق إلا في الحالة التي يعبر عنها الفقه بالتعدد

(1) - انظر على سبيل المثال : د . حميد السعدي ، د . محمد رمضان باره ، التكييف القانوني في المواد الجنائية ، دراسة مقارنة في موضوع تعدد الجرائم وتنازع الأوصاف ، منشورات مجمع الفاتح للجامعات ، طرابلس 1989 ، ص 68 إلى ص 78 .

البسيط⁽¹⁾، لأن في غيرها من الحالات التي تكون تعدداً مادياً لا نكون أمام تعدد بالمعنى القانوني، لوجود الوحدة القانونية للأفعال، ومثاله القيام بسرقة ثم إيذاء بسيط، ثم تزوير، دون وجود رابطة جامعة بين هذه الجرائم، تتمثل في وحدة الغرض، وعدم القابلية للتجزئة، على رأي من يفرق بينهما⁽²⁾.

هذا التمايز بين التعدد القانوني، والارتباط غير القابل للتجزئة، والجريمة المتتابعة لا نجده في قوانين الحدود، التي لم تعالج المسألة إلا تحت نص سمي بتعدد العقوبات والجرائم، كرهه المشرع في قانون حد الزنى رقم 1973/70 (م5)، وقانون حد القذف رقم 1974/52 (م12)، وقانون حدي السرقة والحراقة رقم 1425/13 (م11).

هذه المواد، وإن بدأت كلها بعبارة "إذا ارتبطت أو تعددت جرائم الجاني المعاقب عليها حداً"، إلا أنها لم تميز بين الارتباط أو التعدد، لا من حيث المفهوم، ولا من حيث الحكم. ولأن الحكم واحد في كلتا الحالتين، فلا قيمة للتمييز بينهما من حيث المفهوم، فالعقوبة تتعدد، أو تتداخل، إما وفقاً لجنس العقوبة ومقدارها

(1) - انظر على سبيل المثال: د. حميد السعدي، د. محمد رمضان باره، التكييف القانوني في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 65 إلى 68.

(2) - "يشترط للعمل بالمادة 76 - 2 عقوبات وجوب توافر شرطين كما دل على ذلك نصها: 1- أن تكون الجرائم المتعددة قد ارتكبت لغرض واحد. 2- أن تكون تلك الجرائم مرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة. ويقصد بوحدة الغرض أن تكون الجرائم مرتكبة بدافع واحد، وتهدف إلى غاية واحدة، بحيث تكون داخلية في مشروع واحد، وأما الارتباط الذي لا يقبل التجزئة فهو أن تكون بين الجرائم المرتكبة علاقة وثيقة بحيث تكون الجريمة التالية لصيقة بالأولى وغير منفكة عنها، كأن يجمعهما نشاط إجرامي واحد، أو تكون الثانية مترتبة على الأولى، وللعمل بهذه المادة لا بد من توافر الشرطين معاً، ولا يغني أحدهما عن الآخر وإلا خرجت عن القاعدة الاستثنائية الخاصة بالارتباط، أما تقدير قيام الشرطين المذكورين، فهو - وإن كان تستقل به محكمة الموضوع - إلا أن الاستدلال عليه يجب أن يكون سائغاً وغير متنافر مع العقل أو المنطق".

- جلسة المحكمة العليا 15. 6. 1976، مجلة المحكمة العليا، ص 13، ع 2، ص 229.

وإما وفقاً لنوع الجريمة حدية أو تعزيرية .

فوحدة الدافع الإجرامي ، أو كونها خارقة لنص قانوني واحد ، أو ارتباطها بوحدة الغرض وعدم قابليتها للتجزئة ، لا يمنع لذاته من اعتبارها جرائم متعددة، يعاقب على كل منها بعقوبة مستقلة ، متى كانت جرائم حدية .

هذا بالإضافة إلى أن الحكم الوارد في قانون العقوبات ، بشأن الجرائم المرتبطة ، والجرائم المتتابعة ، لا يتماشى إلا مع العقوبات التعزيرية دون الحدية ، ذلك لأنه قائم على أساس إمكانية تجزئة العقوبة بزيادتها بنسبة معينة من العقوبة المحكوم بها ، والعقوبة الحدية عقوبة مقدرة ، لا زيادة فيها ، ولا نقصان ، مع كونها أحياناً غير قابلة بطبيعتها للتبعيض كالقطع ، وبالتالي فإن هذه النصوص الواردة في قانون العقوبات وضعت للجرائم التعزيرية ، فلا تخضع لها إلا الجرائم التعزيرية، كما أن الجريمة المتتابعة، والجرائم المرتبطة ، وجدت بناءً على نصوص خاصة، ولولا وجود هذه النصوص لكنا أمام تعدد قانوني ، كل جريمة فيه مستقلة بذاتها وبعقوبتها ، ولأن هذه النصوص لا وجود لها في قوانين الحدود ، فإنه عندما يتعلق الأمر بجرائم الحدود ، لا وجود للوحدة القانونية ، إذا لم تكن هناك وحدة طبيعية ، أي أن هناك تعدداً قانونياً ، مادام هناك تعدداً مادياً ، فما يسمى بالجريمة المتتابعة في قانون العقوبات ، هي أفعال تشكل في حقيقتها عدة جرائم ، ويجب أن تعامل على هذا الأساس، عندما يتعلق الأمر بجرائم الحدود ، وما يسمى بالارتباط غير القابل للتجزئة لا يمنع من تعدد العقوبات بتعدد الجرائم ، كما هو وارد في نصوص المواد السابقة الإشارة لها ، وبالتالي يفقد اعتبار المشرع لهذه الجرائم المرتبطة جريمة واحدة في قانون العقوبات أي معنى له في إطار الجرائم الحدية .

وإذا كانت أحكام قانون العقوبات تقضي بأن العقوبات تتعدد بتعدد

الجرائم في حالة التعدد القانوني (م78ع) ، ولا وجود إلا للعقوبة الأشد ، مع زيادتها إلى حد الثلث في حالة الارتباط غير القابل للتجزئة ، والجريمة المتتابعة

(م76،77ع) ، فإن قوانين الحدود قد عاجلت التعدد بكيفية مختلفة عن قانون

العقوبات ، كررها المشرع في كل قانون من قوانين الحدود .

فعلى سبيل المثال نصت المادة (5) من القانون رقم 1973/70 في شأن

إقامة حد الزنى على أنه :

(1 - إذا ارتبطت أو تعددت جرائم الجاني المعاقب عليها حداً يعاقب على الوجه

الآتي :

أ - إذا كانت العقوبات متحدة الجنس ومتساوية القدر وقعت عقوبة واحدة .

وإذا كانت العقوبة متحدة الجنس ومتفاوتة القدر وقعت العقوبة الأشد .

وإذا كانت العقوبات مختلفة الجنس وقعت جميعها .

أما إذا كانت من بين الجرائم المنسوبة إلى الجاني جرائم أخرى معاقب عليها بموجب قانون العقوبات أو أي قانون آخر فتوقع عقوبات الحدود وفقاً

لأحكام الفقرة السابقة ، وذلك دون إخلال بالعقوبات المقررة للجرائم الأخرى .

وتجب عقوبة القتل (الإعدام) حداً أو قصاصاً أو تعزيراً لكل العقوبات الأخرى .

لذلك ، هناك تداخل بين العقوبات الحدية ، متى كانت متحدة الجنس ،

فلا توقع إلا إحداها في حالة التماثل ، أو الأشد في حالة اختلاف المقدار .

فتكرار جريمة الزنى الحدية لا يؤدي إلى تعدد عقوبة الجلد ، بخلاف تكرار

المواقعة ، وتكرار القذف لا يؤدي إلا للجلد ثمانين جلدة ، بخلاف تكرار السب ،

وتكرار السرقة الحدية يوجب عقوبة قطع اليد اليمنى فقط ، بخلاف تكرار السرقة

التعزيرية ، ذلك لأن القاعدة في قانون العقوبات هي تعدد العقوبات بتعدد الجرائم،

ما لم تكن مرتبطة ببعضها ارتباطاً غير قابل للتجزئة ، أو أنها ارتكبت بناءً على قرار

إرادي واحد ، كما تقول المحكمة العليا في تفسيرها لنص المادة (77ع) .

كما أن ارتكاب جرمي زنى وقذف ، لا ينتج عنه إلا الجلد مائة جلدة ،

وارتكاب جرمي سرقة حدية وحرابة معاقب عليها بالقطع ، لا ينتج عنه إلا توقيع

عقوبة الحراسة .

ذلك لأن توقيع العقوبة الأشد في قوانين الحدود أساسه وحده العقوبات من حيث الجنس واختلافها من حيث المقدار، حتى ولو كانت الجرائم الموجبة لها متعددة تعدداً قانونياً بمعنى قانون العقوبات ، أما في قانون العقوبات ، فإن الحكم بالعقوبة الأشد أساسه العلاقة التي تربط الجرائم المتعددة على نحو يجعل منها جرائم مرتبطة اعتبرها المشرع جريمة واحدة ، فتعدد العقوبات في الجرائم الحدية لا يكون إلا عند اختلافها من حيث الجنس ، أما في الجرائم التعزيرية ، فإنه لا يكون إلا في حالة غياب الوحدة بين الجرائم من الناحيتين الواقعية والقانونية ، ما يعني أن القاعدة في كل من النظامين تختلف عن الأخرى ، من حيث الأساس والمضمون .

ولكن ما الحل إذا اجتمعت جرائم حدية مع جرائم تعزيرية ؟ .. هذا السؤال تجيب عليه المواد المشار إليها التي عاجلت مسألة التعدد في قوانين الحدود ، فالفقرة الثانية من المادة الحادية عشرة من القانون رقم 1425/13 ، على سبيل المثال، تنص على أن اجتماع جرائم حدية مع جرائم تعزيرية يفضي إلى توقيع الحدود بالكيفية التي أشرنا إليها ، مع عدم الإخلال بالعقوبات المقررة للجرائم الأخرى.

الأمر الذي يعني أنه لا تداخل بين العقوبات الحدية والتعزيرية ، حتى ولو كان السلوك في كلتا الجريمتين من نوع واحد ، فاجتماع السرقة الحدية مع السرقة التعزيرية ، والزنى مع الواقعة ، والقذف مع السب ، يؤدي إلى تعدد العقوبات بتعدد الجرائم .

لذلك ، فإن من مصلحة الفرد أن يسأل عن جريمتين حديتين ، لهما نفس نوع العقوبة ، بدلاً من أن يسأل عن جريمتين إحداها حدية والأخرى تعزيرية ، فلو سرق دون النصاب ، وارتكب سرقة أخرى توافر فيها شرط النصاب مع الشروط الأخرى اللازمة لقيام السرقة الحدية ، هناك جمع بين العقوبة الحدية

والعقوبة التعزيرية ، أما لو بلغت الأولى النصاب ، شأنها شأن الثانية ، لكانت هناك عقوبة واحدة ، للتداخل بين عقوبتي الجريمتين .

ولو ارتكب جريمة زنى ، دون توافر أي شبهة تدرأ الحد ، ثم ارتكب نفس السلوك مرة أخرى، مع وجود شبهة تدرأ الحد ، لكان هناك تعدد للعقوبات بتعدد الجرائم ، أما إذا كانت الأولى حدية ، والثانية حدية ، لكان هناك اتحاد بين العقوبتين من حيث الجنس والمقدار ، وبالتالي لا توقع إلا عقوبة واحدة ، تطبيقاً لقاعدة التداخل .

كما أن اجتماع جريمة هتك العرض مع جريمة الزنى يؤدي إلى الحكم عليه بالجلد مائة جلدة، وبعقوبة سالبة للحرية (الحبس أو السجن) ، وفقاً لنص المادة (408ع) ، أما إذا تمادى بفعله بحيث تجاوز هتك العرض ليكون جريمة زنى حدية ، فإن عقوبة إحدى الجريمتين الحديتين تمتص الأخرى ، لاتحادهما في الجنس والمقدار.

وإذا ارتكب جريمة سرقة حدية ، ثم توقف فعله في الجريمة الثانية عند حد الشروع ، لكانت هناك جريمتان ، إحداها حدية ، والأخرى تعزيرية ، والعقوبة الحدية لا تجب العقوبة التعزيرية ، أما إذا تمكن من إكمال الجريمة الثانية ، وأصبحت جريمة سرقة حدية ، لكان هناك تداخل بين العقوبتين ، وبالتالي لا عقوبة إلا عقوبة قطع اليد اليمنى .

أيضاً ، فإن توافر شبهة الملكية في المال المسروق في إحدى جريمتي السرقة، من شأنه أن يؤدي إلى تعدد العقوبات، وتوقع لإحداها العقوبة الحدية ، وللأخرى عقوبة تعزيرية ، أما عدم توافر هذه الشبهة ، فإنه يؤدي إلى أن نكون أمام جريمتين حديتين ، لهما نفس العقوبة ، وبالتالي لا توقع إلا عقوبة واحدة .

نفس النتيجة يمكن أن تتوصل إليها بإعمال المادة 76 ع ، إلى جانب أحكام التعدد في قوانين الحدود ، فلو أن هناك جريمة سرقة حدية وانتحال شخصية ، مع كون الجريمة الأخيرة لم ترتكب إلا لغرض السرقة ، فإن توقيع العقوبة الحدية ، لا يمنع من توقيع العقوبة التعزيرية ، وبالتالي توقع عقوبة السرقة الحدية ، وعقوبة انتحال الشخصية ، مع أن المشروع الإجرامي واحد ، أما إذا كانت الجريمة الأولى هي سرقة تعزيرية ، فإن بينها وبين جريمة انتحال الشخصية ارتباطاً غير قابل للتجزئة ، وبالتالي فإن العقوبة هي العقوبة الأشد مع زيادتها إلى حد الثلث .

ولو ارتكب جريمة زنى حدية ، ثم زور عقداً بتاريخ لاحق للتستر على الزنى ، فإن توقيع العقوبة الحدية لا يخل بالعقوبات التعزيرية ، بالرغم من وحدة الغرض ، بخلاف ما لو كانت الجريمة المراد التستر عليها هي جريمة موافقة ، فلأن هناك ارتباطاً بينها ، فالعقوبة هي العقوبة الأشد مع زيادتها بمقدار الثلث⁽¹⁾ .

وإذا رجعنا إلى مثال السرقة على دفعات ، فإننا نصل أيضاً إلى نتيجة غير مقبولة ، فلو سرق منزل على دفعات ، بناءً على قرار إرادي واحد ، وكل سرقة لم تبلغ نصاباً ، لكانت جريمة واحدة ، تزداد العقوبة بشأنها إلى حد الثلث .

(1) - " لما كانت المادة الخامسة من القانون رقم 70 لسنة 1973 في شأن إقامة حد الزنى والخاصة بارتباط الجرائم وتعدد العقوبات تنص في فقرتها الثانية على أنه إذا كان من بين الجرائم المنسوبة إلى الجاني جرائم أخرى معاقب عليها بموجب قانون العقوبات أو أي قانون آخر فتوقع عقوبات الحدود وفقاً لأحكام الفقرة السابقة ، وذلك دون إخلال بالعقوبات المقررة للجرائم الأخرى ، وكان مقتضى ذلك أن حكم الارتباط المقرر بالمادة 2/76 عقوبات لا يطبق في حالة ارتباط جريمة الزنى بجريمة أخرى معاقب عليها تعزيراً ، وإنما يجب معاقبة الجاني عن كل جريمة بالعقوبة المقررة لها في القانون الخاص بها على أنه إذا تعددت الجرائم المعاقب عليها تعزيراً والمرتبطة بجريمة الزنى فإن حكم الارتباط يسري على الجرائم التعزيرية متى توافرت شروطه ... " .

- جلسة 4. 5. 1977 ، مجلة المحكمة العليا ، س 14 ، ع 1 ، ص 243 .

فحتى ولو كان مجموع السرقات يساوي النصاب ، لا وجود للسرقة الحدية، لأن اعتبارها جريمة واحدة ، هو وفق نص خاص (م77ع) ، ولا وجود لهذا النص في القانون رقم 1425/13م بشأن حدي السرقة والحراية⁽¹⁾.

أما إذا كانت واحدة من هذه السرقات توافرت بشأنها شروط السرقة الحدية ، فإن هناك جريمة حدية، تخضع للقانون رقم 1425/13م، وأفعال تعزيرية، تخضع لقانون العقوبات، ولأن هذه الأفعال تتوافر بشأنها عناصر الجريمة المتتابعة فإن العقوبة بشأنها هي عقوبة واحدة ، تزداد بمقدار الثلث، دون أن تجب العقوبة الحدية التعزيرية ، ولا أن تمنع العقوبة التعزيرية من توقيع العقوبة الحدية ، وذلك وفقاً للفقرة الثانية من المادة الحادية عشرة من القانون رقم 1425/13م .

تجدر الإشارة هنا ، إلى أن المشرع الليبي قرر في المادة الخامسة من القانون رقم 1425/13م عقوبة السجن لمن أخاف السبيل ، وبما أن لا مفهوم للسجن إلا ذلك المفهوم الوارد في المادة الواحدة والعشرين من قانون العقوبات ، التي نصت على أن هذه العقوبة يجب ألا تقل عن ثلاث سنوات ، وألا تزيد عن خمس عشرة سنة ، إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون ، فإن هذه العقوبة لها حد أدنى وحد أقصى ، فهي ليست عقوبة مقدرة ذات حد واحد لا يزيد ولا ينقص ، للقاضي بشأنها سلطة تقديرية ، لذلك فإنه ، بالرغم من أن عنوان المادة الخامسة السابقة الإشارة إليها هو " حد الحراية " ، إلا أن هذه الجريمة هي جريمة تعزيرية ، عقوبتها

(1) - وقد ورد - في بدائع الصنائع للكاساني ، دار الفكر بيروت ، ط 1996م ، ج 7 ، ص 115 ، 116 - التالي : "ولو كان خرج في كل مرة من الدار ثم عاد حتى فعل ذلك عشر مرات لم يقطع ، لأن هذه سرقات إذا كل فعل منه إخراج من الحرز فكان فعلاً معتبراً بنفسه ، وأنه سرقة ما دون النصاب ، فلا يوجب القطع ... وإن تفرق الإخراج يعتبر كل واحد بنفسه ، لأن الإخراج جملة واحدة ، فهو سرقة واحدة، فإذا تفرق فهو سرقات كل واحد معتبر بنفسه " .

عقوبة تعزيرية ، ولأنها عقوبة تعزيرية ، يمكن أن تُجمع مع عقوبة حدية ، وتخضع لحكم التعدد في العقوبات التعزيرية ، لا ذلك الخاص بالجرائم الحدية ، وبالتالي لا تداخل ، في حالة تعدد جرائم إخافة السبيل ، بين عقوبات السجن ، بل تتعدد بتعدد الجرائم ، كما أنه إذا ارتكب الشخص جريمة الحراسة في صورة أخذ المال مغالبة ، ثم أخاف السبيل بشكل مستقل عن الجريمة الأولى ، لكانت العقوبة هي القطع من خلاف مع السجن ، لأننا نكون أمام اجتماع حدية مع تعزيرية ، هذا بالإضافة إلى أن العقوبتين ليستا من نفس النوع ، أما إذا تمادى في إجرامه بأن كان فعله الثاني جريمة الاستيلاء على المال مغالبة ، فإننا نكون أمام جرمي حراسة لهما نفس العقوبة ، وبالتالي لا توقع عليه إلا عقوبة واحدة .

هذه النتائج التي تترتب على وجود حكمين ، يخضع لهما تعدد الجرائم ، داخل نظام قانوني واحد ، تشكل إخلالاً بالتناسب ، الذي يجب أن يراعيه المشرع بين العقوبة والجريمة ، فعلى افتراض توافر التناسب بين عقوبة القطع مرة واحدة ، وجرمي سرقة حدية ، فإنه بالتأكيد لا وجود له بين عقوبة القطع وعقوبة الحبس أو السجن في مواجهة جريمة سرقة حدية وأخرى تعزيرية ، ولا وجود له أيضاً بين عقوبة القطع وعقوبة الحبس في مواجهة جرمي سرقة حدية وشروع في سرقة .

إذ إن ارتكاب جريمتين حديتين ، أشد خطورة من ارتكاب جريمة سرقة حدية ، وشروع في أخرى ، وارتكاب جرمي زنى أشد جساماً من ارتكاب جريمة زنى وجريمة هتك عرض .

فإثبات التناسب في الحالة الأولى ، يعني بالضرورة نفيه في الثانية ، ومتى غاب التناسب ، غابت فكرة العدالة ، حيث إن الثانية ترتبط بالأولى ، لكونها قد تتجسد في معاملة حالات متشابهة معاملة متشابهة .

ومتى قلنا بأن هذه النتائج غير منطقية، لكونها تحوى إخلالاً بالتناسب ، فهي بالتالي غير عادلة . وإذا حاولنا أن نجد أساساً لهذه الازدواجية في نظام التعدد في القانون الجنائي الليبي ، فإن المشرع الليبي عند تبنيه لقانون العقوبات سنة 1953 ف ، كان أمامه عدة أنظمة تشريعية ، وعدة اتجاهات فقهية ، بشأن التعدد ، يمكن إجمالها في التالي :

- نظام الجمع بين العقوبات .

- نظام التشديد القانوني .

- نظام العقوبة الأشد .

وقد اختار من بينها نظام تعدد العقوبات بتعدد الجرائم ، ولم يأخذ بنظام العقوبة الأشد الذي تبنته عدة قوانين كقانون العقوبات الفرنسي في ذلك الوقت ⁽¹⁾ ،

(1) - بعد أن أخذ المشرع الفرنسي بنظام دمج العقوبات بحيث لا تطبق إلا العقوبة الأشد في المادة 365 من قانون تحقيق الجنايات 1808 ، وفي المادة 5 من قانون العقوبات المعدل سنة 1958 ، عدل من موقفه في قانون العقوبات الذي دخل حيز النفاذ سنة 1994 ، فقد نصت المادة 3/132 منه على أنه " إذا دين شخص في محاكمة واحدة عن جرائم متعددة يجوز الحكم بكل العقوبات المقررة لهذه الجرائم ، ومع ذلك إذا كانت العقوبات من نوع واحد ، فلا يحكم إلا بعقوبة واحدة في حدها الأقصى ، وكل عقوبة يحكم بها تعتبر صادرة بصدد الجرائم المتعددة في الحدود القانونية القصوى التي توقع على كل منها " .

Losque a l'occasion d'une meme Procedure, la personne poursuivie est connue coupable de plusieurs Infractions en concours , Chacune de peines encourues peut etre - prononcee . Toutefois , lorsque Plusieurs peine de meme nature sont encourues, il ne peut etre prononce qu'une seule peine de cette Nature dans la limite du maximum legal le plus elevee . Chaque peine prononcee est reputee commune aux infractions en concours dans la limite maximum legal applicable a chacune d'entre elles -

- ونصت المادة 4/132 منه على أنه " إذا كانت إدانة الشخص في محاكمات منفصلة عن جرائم متعددة تنفذ العقوبات المحكوم بها معاً في حدها الأكثر ارتفاعاً ، ومع ذلك يجوز دمج العقوبات ذات النوع الواحد كلياً أو جزئياً ، إما بأمر من محكمة مختصة ، وإما بالشروط الواردة في قانون الإجراءات الجنائية " .

Losque a l'occasion de procedure separees , la personne poursuivie a ete reconnue coupable de plusieurs Infractions en concours, les peines prononcees, executent cumulativement dans la limite du maximum legal le plus elevee Toutefois, la confusion totale, ou partielle des peine de meme nature peut etre ordonnee Soit par la derniere juridiction appelee a statuer , soit dans les conditions prevues par le code de Procedure penale)) . voir not, Gaston stefani, Georges levasseur, Bernard Bernard, Droit penal - general, Dalloz , 16 edition 1997 - P . 493 .

وقانون العقوبات الجزائري ، وقانون العقوبات المغربي ⁽¹⁾ ، الذي يقضي بالحكم بالعقوبة الأشد فقط ، لكونها تستغرق العقوبات الأخف ، كما لم يأخذ بنظام التشديد القانوني للعقوبات ، الذي يقضي بتطبيق العقوبة الأشد ، مع زيادتها بمقدار معين ، والذي نصت عليه عدة قوانين عقابية أخرى ، كقانون العقوبات السويسري (م 56) ، وقانون العقوبات الإيطالي (م 71) ⁽²⁾ .

وبذلك تفادى المشرع الليبي المساواة في المعاملة بين من ارتكب فعلاً واحداً قبل الحكم عليه ، ومن اقترف عدة أفعال مجرمة ، حيث إن كل منهما يعاقب بقدر ما ارتكب من جرائم ، فالعقوبة الأشد لو أنها متناسبة مع جريمة واحدة ، فإنها لن تكون متناسبة مع جريمتين ، ما يعني أن تعدد الجرائم بتعدد العقوبات يمنع المساواة بين مختلفين .

إلا أن المشرع كان بإمكانه الوصول إلى التناسب في كلتا الحالتين ، دون تبني فكرة تعدد العقوبات بتعدد الجرائم ، وذلك عن طريق نظام التشديد القانوني للعقوبة ، الذي أخذ به في حالة الارتباط غير القابل للتجزئة (م 76 ع) .
ولإحداث التمايز بين هذا الأخير والتعدد القانوني - إذا كان قدر التشديد في الارتباط غير القابل للتجزئة هو إلى حد الثلث - فإنه كان يمكن له أن يرفع هذا

(1) - تنص المادة 34 من قانون العقوبات الجزائري على أنه : " في حالة تعدد جنایات أو جنح محالة معاً إلى محكمة واحدة فإنه يقضي بعقوبة واحدة سالبة للحرية ، ولا يجوز أن تجاوز مدتها الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانوناً للجريمة الأشد " ، كما تنص المادة 35 من نفس القانون على أنه : " إذا صدرت عدة أحكام سالبة للحرية بسبب تعدد المحاكمات ، فإن العقوبة الأشد وحدها هي التي تنفذ ، ومع ذلك إذا كانت العقوبات المحكوم بها من طبيعة واحدة ، فإنه يجوز للقاضي بقرار مسبب أن يأمر بضمها في نطاق الحد الأقصى المقرر قانوناً للجريمة الأشد " .

- نفس الحكم نجد في المادة 120 من القانون الجنائي المغربي .

(2) - انظر : د . حميد السعدي ، د . محمد رمضان باره ، المرجع السابق ، ص 85 وما بعدها .

القدر من التشديد في حالة التعدد القانوني ، بحيث يكون في مرتبة بين الارتباط والعود .

ومع أخذه بتعدد العقوبات بتعدد الجرائم في حالة التعدد القانوني ، الذي تغيب فيه الوحدة القانونية للأفعال ، وضع المشرع الليبي قيوداً على هذا النظام ، فوفقاً للمادة (46ع) ، العقوبات المقيدة للحرية تتعدد ، على أن لا تتجاوز الحد الوارد في المادة (48) ، التي تنص على أنه : إذا تعددت عقوبات السجن ، أو اجتمعت عقوبات السجن مع الحبس ، وجب أن لا تزيد العقوبة مجتمعة على ثلاثين سنة ، وإذا تعددت عقوبات حبس ، وجب أن لا تزيد على عشر سنوات ، مع مراعاة نص المادة (47ع) ، التي تقضي بأن عقوبة السجن المؤبد تجب كافة العقوبة السالبة للحرية .

كما أن العقوبات التبعية ، وإن كانت تطبق بكاملها ، حسب نص المادة (50ع) ، إلا أنه لا يجوز أن يزيد مجموع العقوبات المحددة بزمان منها على عشر سنوات (م51ع) .

أما عقوبة الغرامة ، فإنها تتعدد دائماً ، وإن اجتمعت مع العقوبات السالبة للحرية (م49ع) ، دون أن يجعل المشرع لهذا التعدد حداً أقصى ، ودون تفرقة بين كونها عقوبة أصلية ، أو عقوبة تكميلية ، وبالتالي فإن المشرع ، وإن كان قد تفادى تحول العقوبات السالبة للحرية إلى عقوبة مؤبدة ، فإنه لم يمنع من احتمالية تحول الغرامة إلى مصادرة لجميع أموال الجاني .

أما بالنسبة لموقف المشرع الليبي في قوانين الحدود ، والمتمثل في تداخل العقوبات الحدية ، فإننا نجد أساسه في الفقه المالكي ، الذي يقول بتداخل العقوبات الحدية ، على أساس مقدارها ، وجنسها ، فمتى كانت العقوبات الحدية من نوع واحد ، فلا توقع إلا أشدها ، فلأن الثمانين بعض المائة ، فمتى جلد من ارتكب

جريمتي القذف والزنى مائة جلدة، فقد تحقق بشأنه حد القذف ، لأنه جلد ثمانين جلدة ، وحد الزنى ، لأنه جلد مائة جلدة ، فاشترك الثمانين في الحد لا يمنع من أنها أقيمت ، أي أن دخول إحدهما في الأخرى، يجعل من إقامة الأشد، إقامة لهما معاً .

فالمالكية يرون بالتداخل بين العقوبات الحدية ، متى كانت من جنس واحد ، حتى ولو كانت الجرائم الحدية الموجبة لها مختلفة، وحتى ولو كان منها ما هو حق لله تعالى ، ومنها ما هو حق للأفراد (1).

وإذا كان الأمر كذلك ، فإنه إذا كان المقدار واحداً للحددين ، وجب إقامة أحدهما ، وإن اختلفا من حيث المقدار ، يجزئ الأشد (2).

(1) - وقد ورد في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار الفكر ، ج 4 ، ص 347 - التالي : " وتداخلت الحدود على شخص أن اتحد الموجب .. (كقذف) ، أي كحد قذف (و) حد (شرب) إذ موجب كل منهما ثمانون ، فإذا أقيم عليه أحدهما سقط الآخر ، ولو لم يقصد إلا الأول أو لم يحصل ثبوت الثاني إلا بعد الفراغ من الأول ، كذا لو جني على إنسان فقطع يمينه ثم سرق أو العكس فيكفي القطع لأحدهما (أو تكررت) موجباتها بالكسر كأن يسرق مراراً ويقذف مراراً أو يشرب مراراً فيكفي حد واحد عن الجميع ولو لم يثبت الثاني إلا بعد الحد لأحدهما " ، ولأن نص المادة الأولى من قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي ينص على أن (تسري في شأن جرائم الحدود والقصاص والدية أحكام الشريعة الإسلامية) ، دون أن يحدد الحكم الواجب التطبيق ، قد رجعت المحكمة العليا الاتحادية الإماراتية إلى المذهب المالكي وأخذت بالتداخل بين الحدود متى اتحدت من حيث نوع العقوبة أو تكررت ، حيث قررت في أحد أحكامها التالي : " أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة ، أنه إذا تعددت جرائم الحدود المنسوبة للجاني ، واتحد موجبها أو تكررت ، فإنه لا يعاقب عن كل منها بالحد المقرر شرعاً ، بل تتداخل فيما بينها ، بحيث لا يعاقب عليها إلا بحد واحد .

- الطعن 35 لسنة 19 شرعي جزائي ، جلسة 17 . 5 . 1997 ، وانظر أيضاً - الطعن 196 لسنة 18 شرعي جزائي جلسة 11 . 1 . 1997 ، القاضي حسن أحمد علي الحمادي ، قضاء الحدود والقصاص والدية ، المجمع الثقافي ، أبوظبي ، 1999 م ، ص 77 - 78 .

(2) - انظر ابن جزئ ، القوانين الفقهية ، طبعة (1) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1998 ، ص 268 . وقد رأى ابن القاسم أن أحدهما لا يجزئ عن الآخر ، انظر المنتقى شرح الموطأ لأبي الوليد الباجي ، ج 7 ، ص 149 .

أما إذا لم تكن العقوبات الحدية من نوع واحد ، فيجب إقامتها جميعاً ،
لأن الحد لا يتحقق إلا بذلك .

هذا على خلاف ما يراه جمهور الفقهاء من أن التداخل بين العقوبات
الحدية ، يبنى على أساس نوع الجريمة ، لا على أساس نوع العقوبة . فوفقاً لرأي
جمهور الفقهاء ، إذا ما تعددت الجريمة الموجبة للحد ، كأن يرتكب عدة سرقات ،
أو عدة جرائم زنى ، قبل أن ينفذ عليه الحد ، فإنه لا توقع عليه إلا عقوبة حدية
واحدة ، ذلك لأن العقوبة الحدية لم توقع عليه من قبل ، ولم يثبت أنها لم تردعه ،
وهذا ما يمنع من تعدد العقوبات الحدية ، لوجود شبهة عدم الفائدة ، والحدود لا
تقام لشبهة⁽¹⁾ .

مع ملاحظة ، أن هناك خلافاً فقهيّاً يتعلق بالتداخل بين جرائم القذف
المتعددة ، والذي يظهر من أقوال الفقهاء ، أنها تتعدد بتعدد المجني عليهم⁽²⁾ .

(1) - المقصود بالشبهة ليست تلك المتعلقة بالفعل أو الفاعل أو الإثبات وإنما شبهة تتعلق بالحاجة إلى
العقوبة. وقد ورد في كتاب قواعد الأحكام في مصالح الأنام للجز بن عبد السلام ، دار الكتب
العلمية، بيروت ج(1) ، ص 552 التالي (التداخل على خلاف الأصل ، والأصل تعدد الأحكام
بتعدد الأسباب ، وأولى الواجبات الحدود ، لأنها أسباب مهلكة ، والزجر يحصل بالواحد منها .)
انظر أيضاً الكاساني ، مرجع سابق ، ج 7 ، ص 92 - 93 ، الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة
ألفاظ المنهاج ، البابي الحلبي ، القاهرة ، ج 4 ، ص 185 ، وقد أخذ المشرع اليمني بنظام مختلف عن
التداخل بين عقوبات الحدود أورده في المادة 111 من قانون العقوبات التي تنص على أنه " إذا
تعددت عقوبات الحدود قبل التنفيذ على المحكوم عليه يتبع ما يأتي : أولاً / يقدم حد الجلد للقذف
ويدخل فيه حد الشرب - ثانياً/ تنفذ سائر الحدود بأن يقدم الأشد ويدخل فيه غيره من الحدود مع
بقاء حق المجني عليه في استرداد ما بقي من المسروق " .

(2) - انظر في الآراء الفقهية بشأن هذه المسألة على سبيل المثال الإمام محمد أبو زهرة ، العقوبة ، دار الفكر
العربي ، القاهرة ، ص 198 وما بعدها .

- وقد نصت المادة 112 من قانون العقوبات اليمني على التالي : " إذ تعددت عقوبات القذف قبل
التنفيذ على المحكوم عليه تتبع ما يأتي : أولاً / إذا كان القذف قد وقع على شخص واحد اكتفى =

أما إذا كانت الجرائم من أنواع مختلفة ، فإن الحكم ، وفقاً لهذا الرأي ، هو تعدد العقوبات بتعدد الجرائم ، حيث لا تجب بعضها بعضاً ، فإذا اقترف شخص جرائم زنى ، وقذف ، وسرقة ، فإن لكل جريمة عقوبتها ، وبالتالي يجلد مائة جلدة للزنى ، وثمانين جلدة للقذف ، وتقطع يده اليمنى ، وذلك لاختلاف المقصود من كل حد ، فحد الزنى وضع لحماية الأنساب ، وحد القذف لحماية الأعراض ، وحد السرقة لحماية المال ، كما أن كل حد وجب بخطاب يخصه ، والتداخل بين هذه الحدود يعني تعطيلاً لبعض النصوص ، أي أنه لو اكتفينا بمائة جلدة ، في مقابل الزنى والقذف ، كما يرى المالكية ، لكان ذلك تعطيلاً لنص القذف عما يوجبه (1) .

وقوانين الحدود اللبسية ، وإن كانت قد أخذت باتجاه المالكية ، بتبنيها لتداخل الحدود على أساس نوع العقوبة ، لا نوع الجريمة ، إلا أنها خالفتهم بنصها على أن عقوبة الإعدام حداً أو قصاصاً أو تعزيراً تجب كل العقوبات الأخرى (فقرة 3 من المادة 5 من القانون رقم 1973/70 ، فقرة 3 من المادة 12 من القانون رقم

= - بحد واحد . - ثانياً / إذا كان القذف قد وقع على أشخاص متعددين بلفظ واحد اكتفى بحد واحد . - ثالثاً / إذا كان القذف قد وقع على أشخاص متعددين بألفاظ متعددة لكل منهم تكرر الحد بعدد المذوفين الأحياء . - رابعاً / إذا وجب أكثر من حد للقذف طبقاً لما تقدم قدم الأسبق فالأسبق حتى يستوفى المحكوم عليه جميع الحدود المحكوم عليه بها " .

(1) - انظر العقوبة المقدرة في جرائم الحدود لعبد العظيم شرف الدين ، ط 1 ، 2006 ، ص 160 ، ومع ذلك فهناك من يرى بأنه لا تداخل بين العقوبات حتى ولو كانت الجريمة من نوع واحد حيث ورد في كتاب المحلى لابن حزم ، المطبعة المنيرية ، القاهرة ، 1352هـ ، الجزء (11) ، الصفحة 123 ، التالي : "كمن زنى مرتين فأكثر قبل أن يحد أو قذف مرتين فأكثر قبل أن يحد في ذلك ، أو شرب الخمر مرتين فأكثر قبل أن يقام عليه الحد ، أو سرق مرتين فأكثر قبل أن يحد في ذلك ، أو جحد عارية مرتين فأكثر قبل أن يقام عليه الحد في ذلك ، فقالت طائفة ليس في كل ذلك إلا حد واحد فقط ، وقالت طائفة عليه لكل مرة حد " .

دراسات قانونية . العدد 16

1974/52 ،فقرة 3 من المادة 11 من القانون رقم 1425/13م)، سواء كانت هذه العقوبة هي الجلد للزنى، أو للqذف ،أو القطع للسرقة، أو للحرابة، أو أي عقوبة تعزيرية .

حيث إن من يقولون بأن عقوبة الإعدام تجب كافة العقوبات ، ومنهم المالكية ، يتوقفون عند حد القذف ، فمالك - مثلاً - يرى أن حد القذف يقام مع وجود الحكم بالإعدام ، ولو كان المذqوف هو المقتول ظلماً ، ذلك لكي لا يقال لصاحبه : مالك لم يضرب لك حد الفرية (1) .

رأي مالك ، بشأن اجتماع القتل مع حد القذف ، يتفق مع الشافعية ، الذين يذهبون إلى أبعد من ذلك ، بالقول بأن عقوبة الإعدام لا تجب أي حد من الحدود ، لأن الحدود ، سواء كان الحد للqذف، أو لغيره ، يجب أن تقام جميعاً ، ويبدأ بالأخف ثم الأخف ، لأن الاكتفاء بالقتل يعني إهمال لحد من حدود الله . والقول بأن عقوبة ما كافية للزجر والردع ، هو إسقاط للحدود بالرأي ، وإلغاء لنص بالحكمة والعلة ، وذلك لا يجوز (2) .

(1) - ورد في الصفحة 12 من جزء (16) من المدونة الكبرى ، القاهرة ، البايع الحلي 1323 هـ ، التالي : "قال مالك : كل حد اجتماع مع القتل لله أو قصاص لأحد من الناس فإنه لا يقام مع القتل ، والقتل يأتي على جميع ذلك إلا الفرية ، فإن الفرية تقام ثم يقتل ولا يقام عليه مع القتل غير حد الفرية وحدها لأنه إنما يضرب حد الفرية لئلا يقال لصاحبه مالك لم يضرب لك " ، وورد أيضاً في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، المرجع السابق ، الصفحتين 327 و 328 من الجزء الرابع ، التالي : "لا يندرج حد القذف في قتل لردة ولا في قتل لغيرها كحرابة أو زنا محصن أو قصاص للحقوق المعرة بالمذqوف ، ولو كان المقتول ظلماً هو المذqوف فيجد له قاذفه ثم يقتل به " ، " كل حد يدخل في القتل لردة أو قصاص أو حرابة إلا حد القذف فلا بد منه ثم يقتل " .

- وقد نصت المادة (113) من قانون العقوبات اليمني على التالي : " إذا تعددت عقوبات القصاص والحدود اتبع ما يأتي : أولاً / يقدم حد الجلد للqذف . ثانياً / تنفيذ عقوبات القصاص طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة (110) . ثالثاً / تنفيذ سائر الحدود طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة (111) " .

(2) - انظر الإمام أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص 204 .

وأخيراً، يمكن تلخيص حكم تعدد الجرائم في التشريع الليبي على النحو التالي:
تبنى المشرع الليبي نظام تعدد العقوبات بتعدد الجرائم ، مع استثناء
الارتباط غير القابل لتجزئة ، والجريمة المتتابعة ، اللذين أخرجهما من نظام التعدد
القانوني ، بأن اعتبر الأفعال في كلتا الحالتين جريمة واحدة ، بناءً على وحدة الغرض
من الجرائم ، أو الدافع الإجرامي ، لا بناءً على نوع الجريمة ، ولا على نوع
العقوبة .

في المقابل ، فإن العقوبات الحدية ، كالعقوبات التعزيرية ، تتعدد بتعدد
الجرائم ، مع استثناء العقوبات التي يكون بينها اتحاد من حيث الجنس ، فإنه في
حالة تعددها لا توقع إلا العقوبة الأشد ، وفي حالة تماثلها توقع إحداها ، وبالتالي
فإن التداخل مبني على نوع العقوبة ، لا على نوع الجريمة ، ولا على وحدة الغرض
الإجرامي .

لذلك فإن الجريمة متى اعتبرت حدية ، خضعت لنظام تعدد يختلف عن
النظام الذي تخضع له فيما لو اعتبرت تعزيرية ، حتى ولو كان السلوك المكون لها
واحد ، فالمواقعة لا تخضع لنظام التعدد الذي تخضع له جريمة الزنى الحدية ،
والسرقة التعزيرية لا تخضع لنظام التعدد الذي تخضع له السرقة الحدية ، وكذلك
الأمر بالنسبة للسرقة بإكراه والحرابة ، وبالنسبة للسب والقذف⁽¹⁾.

(1) - ازدواجية النظام التي يحكم تعدد الجرائم نجدها أيضاً في القانون الإماراتي ، حيث أن المحكمة الاتحادية
قررت أن مبدأ التداخل في العقوبات يطبق في جرائم الحدود أما فيما يتعلق بالجرائم التعزيرية ، فالأمر
متروك للقاضي في الفقه الإسلامي ، في ضوء القواعد التعزيرية العامة في قانون العقوبات الاتحادي ،
وبناءً على ذلك فإن حكم الارتباط غير القابل للتجزئة لا يسري إلا بالنسبة للجرائم التعزيرية فلا
يمكن مثلاً إدماج عقوبة حيازة الخمر في عقوبة شربها الحدية .

- الطعن 68 لسنة 19 شرعي جزائي جلسة 28 . 6 . 1997 م .

- الطعن 5 لسنة 19 شرعي جزائي جلسة 26 . 4 . 1997 م .

- الطعن 97 لسنة 18 شرعي جزائي جلسة 11 . 1 . 1997 م .

انظر القاضي حسن أحمد علي الحمادي ، مرجع سابق ، ص 74 إلى 80 .

المبحث الثاني

العود

العود في حقيقته هو تكرار للجرائم ، لذلك فإن تعدد الجرائم هو أحد عناصره الأساسية ، إلا أنه يتميز عنه بضرورة وجود حكم قضائي بات فاصل في جريمة ارتكبت بعدها جريمة أخرى .

فإذا كان هناك حكم بالإدانة في جنابة أو جنحة ، حائزاً لقوة الشيء المقضي به ، صادراً من محكمة ليبية ، منتجاً لآثاره الجنائية ، من شأنه أن يكون سابقة في العود ، تؤدي إلى تشديد العقوبة ، متى ارتكب الشخص جريمة أخرى بعده ، وبالتالي ، فإننا لا نكون أمام حالة تعدد قانوني للجرائم ، وإنما يصبح الشخص مرتكب الجريمة الثانية مجرماً عائداً ، يخضع لأحكام أخرى ، نصت عليها المادتان (96 ، 97 ع.ل) .

هذا التحول من التعدد إلى العود ، لا يكون إلا في حالات ، حددتها المادة (96 ع.ل) ، على النحو التالي :

- الحالة الأولى : من حكم عليه بعقوبة جنابة ، وثبت ارتكابه بعد ذلك لجنابة أو جنحة .
 - الحالة الثانية : من حكم عليه بالحبس مدة سنة أو أكثر ، وثبت أنه ارتكب جنحة ، قبل مضي خمس سنين من تاريخ انقضاء هذه العقوبة أو سقوطها .
 - الحالة الثالثة : من حكم عليه لجنابة أو جنحة بالحبس مدة أقل من سنة واحدة أو بالغرامة ، وثبت أنه ارتكب جريمة مماثلة للجريمة الأولى ، قبل مضي خمس سنين من تاريخ الحكم المذكور .
- وفي غير هذه الحالات لا وجود لحالة العود ، حيث لا عود - مثلاً - في

المخالفات حتى مع وجود الحكم البات الفاصل بينهما ، بالإضافة إلى أن المشرع نص على أن أحكام العود لا تسري بالنسبة لمن لم يبلغوا الثامنة عشرة (م98ع.ل). هذا التحول من التعدد إلى حالة العود ، إذا لم يشترط المشرع بشأنه فترة زمنية محددة بين الحكم والجريمة الثانية ، فإنه يسمى بالعود الدائم ، كما في الحالة الأولى من المادة (96 . ع).

أما إذا اشترط أجلاً معيناً ترتكب خلاله الجريمة الثانية ، فهو عود مؤقت ، كما في الحالة الثانية من المادة (96 . ع) ، وإذا اشترط أن تكون الجريمة الثانية من نفس طبيعة الجريمة الأولى ، فإن العود يسمى بالعود المتماثل ، كما في الحالة الثالثة من المادة (96 . ع) ، أما إذا لم يشترط ذلك ، فإن العود يسمى بالعود العام ، كما في الحالة الأولى من المادة (96 . ع).

وإذا كان تكرار الجرائم يؤدي إلى قيام حالة التعدد ، ووجود حكم فاصل بين الجرائم يؤدي إلى قيام حالة العود ، فإن تكرار الجرائم قد يؤدي إلى توافر وصف قانوني آخر .

حيث نكون أمام حالة من حالات الاعتقاد على ارتكاب الجنايات والجنح ، متى سبق الحكم على شخص لجنايتين أو جنحتين عمديتين ، وحكم عليه مرة أخرى لجناية أو جنحة عمدية ، وظهر للقاضي من طبيعة الجريمة المرتكبة ، وخطورتها ، والزمان الذي ارتكبت فيه ، وسلوك الفاعل ، ومن الظروف المبينة في الفقرة الثانية من المادة (28) ، أن المتهم قد تفرغ للإجرام (م146 . ع.ل) .

ومن توافرت بشأنه الشروط المقررة لاعتباره مجرمًا معتادًا ، وحكم عليه لجريمة أخرى ، يعتبر مجرمًا محترفًا ، عندما يبدو للقاضي من طبيعة الجريمة ، ونوعها ، وسيرته ، والظروف المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة (28) ، أنه يعتمد في معيشته ، ولو جزئياً ، على ما يجنيه من الإجرام (147 . ع.ل) .

الأمر الذي يعني أنه إذا كان تكرار ارتكاب الجرائم يوصف بأنه تعدد للجرائم ، فإننا قد نتحول من هذا الوصف إلى وصف العود ، أو إلى وصف الاعتياد على الإجرام ، أو الاحتراف له .

ومع ذلك فإن هذا ليس هو المفهوم الوحيد للعود في القانون الليبي ، لأنه إذا كان من العناصر الأساسية للتعدد ، وفقاً لقانون العقوبات عدم صدور حكم قضائي بات ، قبل ارتكاب الفاعل لجرائمه الأخرى ، في مقابل أن صدور هذا الحكم القضائي كافٍ للتحويل من حالة التعدد إلى حالة من حالات العود ، فإن هذا التحويل من مفهوم التعدد إلى مفهوم العود في الجرائم الحدية لا يكون ، إلا إذا ارتكب الجريمة الحدية الثانية بعد تنفيذ الحد الموجبة له الجريمة الأولى .

الأمر الذي يعني أن صدور حكم بات غير كافٍ لتحويل التعدد إلى حالة عود ، هذا ما يستفاد من المادة الثانية عشرة من القانون رقم 13 / 1425 بشأن حدي السرقة والحراقة المعنونة بالعود التي تنص على التالي :-

(إذا عاد الجاني الذي نفذ عليه الحد إلى أي من جريمتي السرقة والحراقة المعاقب عليها حداً بغير القتل ، يعاقب بقطع المزيد من الأطراف حداً بحسب الترتيب التالي : الرجل اليسرى ، فاليد اليسرى ، فالرجل اليمنى . فإذا تكرر العود بعد استنفاد الحدود ماعدا القتل تكون العقوبة السجن المؤبد) .

وهذا - أيضاً - ما يستفاد من المادة السادسة من القانون رقم 52 / 1974 في شأن إقامة حد القذف ، التي تحمل العود عنواناً لها ، والتي تنص على أنه : (إذا عاد القاذف الذي حُدَّ للقذف عوقب بذات العقوبة المقررة لها حداً) . نفس المفهوم للعود تضمنته المادة 16 من قانون حد الخمر⁽¹⁾ الملغى

(1) - كانت المادة 16 من القانون رقم 89 / 1974 في شأن تحريم الخمر وإقامة حد الشرب تنص على التالي : " تضاعف العقوبة إذا عاد الفاعل الذي جلد حداً أو تعزيراً إلى ارتكاب أي من الجرائم المعاقب عليها بتلك العقوبة في هذا القانون " .

بالقانون رقم 4 / 1423 بشأن تحريم الخمر ، والمادة 13 من القانون رقم (148 / 1972)⁽¹⁾ الذي استبدل بالقانون رقم 13 / 1425 بشأن حدي السرقة والحراية .
وإذا كان العود في جرائم الحدود لا يكون إلا إذا فصل بين الجريمتين تنفيذ العقوبة الحدية⁽²⁾ ، فإن هذا المفهوم هو أيضاً مفهوم العود في علم العقاب ، الذي يشترط لقيام حالة العود تنفيذ أحد الأحكام على الأقل ، قبل ارتكاب الفرد للجريمة الثانية⁽³⁾ .

هذا الوضع في قوانين الحدود أدى إلى التوسع في مفهوم تعدد الجرائم ، وإلى التضييق في مفهوم العود ، فمن يرتكب جريمة سرقة حدية ، ويصدر ضده حكم قضائي بات ، ثم يرتكب جريمة سرقة حدية أخرى قبل التنفيذ ، لا يكتسب وصف المجرم العائد لعدم توافر شرط العود ، وهو تنفيذ العقوبة الحدية ، قبل ارتكابه للجريمة الحدية الثانية ، وإنما تكيف حالة تكرار الجرائم على أنها تعدد جرائم ، لا حالة عود .

ومن حكم عليه بعقوبة جنائية تعزيرية ، وصدر في مواجهته حكم قضائي بات ، ثم ارتكب جريمة سرقة حدية ، لا تتوافر بشأنه حالة العود ، ذلك لأن ما يستفاد من النصوص الواردة في قوانين الحدود ، والسابق الإشارة إليها ، أن

(1) - المادة 13 من القانون رقم 148/1972 في شأن إقامة حدي السرقة والحراية كان نصها يجري على النحو التالي :

" 1- إذا عاد من نفذ عليه الحد إلى أي من جريمتي السرقة والحراية المعاقب عليهما حداً بغير القتل ، يعاقب بالسجن ، ويجوز الإفراج عنه قبل انقضاء مدة العقوبة إذا ظهرت توبته وفقاً لأحكام المادة التالية .
2- إذا تكرّر العود تكون العقوبة السجن المؤبد " .

(2) - هذه التفرقة بين العود والتعدد في جرائم العود يمكن استنتاجها من نص المادة 111 من قانون العقوبات اليمني التي ورد نصها في الهامش رقم (3) ، ص من هذا البحث .

(3) - أحمد حبيب السماك ، ظاهرة العود إلى الجريمة ، جامعة الكويت ، دار السلاسل 1985 ، ط 1 ، ص 30 - 33 .

الشخص لا يسمى عائداً إلا إذا عاد إلى نفس الجريمة ، فلا وجود للعود العام في قوانين الحدود الليبية ، فبالرغم من أن هذه الحالة تتوافر بشأنها شروط الحالة الأولى من حالات العود التي نصت عليها المادة 96 . ع ، حيث حكم عليه بعقوبة جنائية ، ثم ارتكب جنائية فجريمة السرقة الحدية هي جنائية ، وفقاً لنص المادة (8) من القانون رقم 13/ 1425 م .

إلا أن العود الذي نظمته المادة 96 . ع ، يتعلق بالجرائم التعزيرية لا الحدية، حيث لا يمكن تشديد العقوبة عليه في الجرائم الثانية ، بزيادتها بمقدار معين، وفقاً لنص المادة 97 . ع ، لأن الجريمة الثانية حدية غير قابلة للزيادة ، حتى ولو كانت طبيعتها لا تمنع من ذلك .

وإذا كان الأمر كذلك ، فإن الجريمة التعزيرية ، جنائية كانت أم جنحة ، لا تعتبر سابقة في العود ، بالنسبة للجريمة الحدية ، أما إذا حكم عليه بالقطع أو بالجلد مائة جلدة ، ثم ارتكب جنائية أو جنحة تعزيرية ، بعد تنفيذ الحد أو قبله ، فإنه تتوافر لديه حالة من حالات العود ، لتوافر كافة عناصر الحالة الأولى من حالات العود المنصوص عليها في المادة 96 . ع ، التي تشترط أن يحكم عليه بعقوبة جنائية والقطع والجلد مائة جلدة ، هما عقوبتان لجنائية⁽¹⁾، ثم يرتكب جنائية أو جنحة .

ما يعني أن الحكم بشأن جريمة حدية قد يكون سابقة في العود ، بالنسبة للجريمة التعزيرية . أما إذا حكم عليه بالجلد ثمانين جلدة ، لارتكابه جريمة قذف ، ثم ارتكب جنائية أو جنحة ، فلا تتوافر فيه شروط الحالة الأولى من حالات العود، لأن الجلد ثمانين جلدة عقوبة جنحة لا جنائية ، حسب نص المادة (11) من القانون

(1) - وذلك وفقاً لنص المادتين (8) من القانون رقم 13/ 1425 بشأن حدي السرقة والحراية ، و (4) من القانون رقم 70/ 1973 م بشأن حد الزنا .

رقم 52 / 1974 بشأن حد القذف ، ولا تتوافر بشأنه شروط الحالة الثانية لأنه يشترط لقيام العود - وفقاً لها - أن يصدر على الفاعل حكم بعقوبة الحبس مدة سنة أو أكثر ، كما لا يتوافر بشأنه - أيضاً - شروط الحالة الثالثة ، لكون شرطها الأول هو أن يحكم عليه لجناية أو جنحة بالحبس مدة أقل من سنة واحدة أو بالغرامة ، والقذف لا يعتبر جنائية ، وعقوبته ليست الحبس ولا الغرامة .

بخلاف ما لو كانت الجريمة الأولى سب أو تشهير، عوقب عليها بعقوبة سالبة للحرية أو بالغرامة⁽¹⁾، فإن الحكم بشأنها يعتبر سابقة في العود للجريمة التعزيرية الثانية .

الأمر الذي يعني أن الحكم في جريمة القذف، لا يمكن أن يكون سابقة في العود لأي جريمة ، أما تنفيذ حد القذف فهو لا يؤدي إلى اعتبار الشخص عائداً إلا إذا ارتكب جريمة قذف أخرى ، هذه النتائج غير المنطقية ، التي يخل فيها التناسب بين الجريمة والعقوبة ، ناتج عن تبني المشرع لمفهومين مختلفين للعود ، أحدهما يسري بالنسبة للجرائم التعزيرية ، والآخر بالنسبة للجرائم الحدية ، وقد كان بإمكان المشرع أن يتفادى هذه الازدواجية في مفهوم العود داخل نظام قانوني واحد، كأن يشترط التنفيذ للخروج من حالة التعدد ، والدخول في حالات العود، سواء تعلق الأمر بالحدود أم بالتعازير .

يلاحظ أن المادة السادسة من قانون حد القذف ، والثانية عشرة من قانون حدي السرقة والحراقة السابق الإشارة لهما ، لا نظير لهما في القانون رقم 1973/70 بشأن حد الزنى ، الأمر الذي يؤدي إلى طرح السؤال التالي :-

هل ارتكاب جريمة زنى حدية بعد أن صدر عليه حكم بات ، بشأن جريمة زنى حدية ، كافٍ لاعتبار الشخص عائداً ، أم أن الأمر لا يتجاوز مسألة تعدد

(1) - انظر نصي المادتين 438 و 439 من قانون العقوبات الليبي .

الجرائم ؟ .

وللإجابة على هذا السؤال : نرى أن مفهوم العود في جريمة الزنى الحدية لا يجب أن يختلف عن مفهوم العود في غيرها من الجرائم الحدية ، فلا عود إلا بعد التنفيذ ، حيث لا يمكن إعمال مفهوم العود في قانون العقوبات بشأنها ، وذلك للأسباب التالية :

إن الإحالة لقانون العقوبات، وفقاً لنص المادة (10) من قانون حد الزنى، لا تكون إلا عند عدم وجود حكم في الفقه الإسلامي⁽¹⁾.

إن الفقه الإسلامي ، بصفة عامة يتجه إلى أن العود بعد التنفيذ لا قبله ، لأن التداخل بين العقوبات يكون في حالة التعدد ، وهناك تداخل ما لم يتم التنفيذ⁽²⁾.

كما أنه يبدو واضحاً - حسب وجهة نظرنا - أن الأحاديث النبوية الشريفة تشترط التنفيذ لاعتبار الفاعل عائداً ، ومنها على سبيل المثال قوله صلى الله عليه

(1) - تنص المادة (10) من قانون حد الزنى على أنه : " يطبق المشهور من أيسر المذاهب فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون بالنسبة إلى جريمة الزنى المعاقب عليها حداً ، فإذا لم يوجد نص في المشهور طبقت أحكام قانون العقوبات ، أما بالنسبة إلى الإجراءات في تطبيقها أحكام قانون الإجراءات الجنائية فيما لم يرد بشأنها نص في هذا القانون ، ولا تخل أحكام هذا القانون بأحكام قانون العقوبات ، أو أي قانون آخر ، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون " ، وقد كانت الإحالة قبل القانون رقم 1975/8م في شأن تعديل بعض أحكام قوانين إقامة الحدود للمشهور في مذهب الإمام مالك .

(2) - حيث ورد على سبيل المثال في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير المرجع السابق ، المجلد الرابع ، الصفحة 347 التالي : " فيكفي حد واحد عن الجميع ولو لم يثبت إلا بعد الحد لأحدهما ما لم يعد بعد الحد ، فإن عاد بعده عيد عليه " ، وفي إطار حديثه عن التداخل بين العقوبات ذكر عبدالقادر عودة في الصفحة 747 ج 1 ، من كتابه التشريع الجنائي الإسلامي العبارة التالية : " والعبرة بتنفيذ العقوبة لا بالحكم بها ، فكل جريمة وقعت قبل تنفيذ العقوبة تتداخل عقوبتها مع العقوبة التي لم يتم تنفيذها بعد " ما يعني أن الحكم لا يكفي للخروج من حالة التعدد لحالة العود .

وسلم : " أئتوني برجل قد جلد في الخمر أربع مرات ، فإن لكم عليّ أن أضرب عنقه " (1).

إغفال النص على العود في قانون حد الزنى ، كإغفال النص على طرق الإثبات في هذا القانون ، قبل تعديله بالقانون رقم (10) لسنة 1428 م، الأمر الذي عاجلته المحكمة العليا ، باعتبارها طرق الإثبات من المسائل الموضوعية ، التي يجب الرجوع بشأنها إلى المشهور من أيسر المذاهب (2) ، ومسألة العود هي مسألة موضوعية لا إجرائية لتعلقها بالعقوبة .

إخضاع مفهوم العود في حد الزنى إلى قانون العقوبات يفضي إلى المغايرة بينه وبين مفهوم العود في الجرائم الحدية الأخرى ، مع كونها جميعاً تخضع لنظام واحد ، هو نظام العقوبات الحدية ، التي تختلف عن نظام التعزير في قانون العقوبات ، فإذا كانت التماثل في ذلك له علة ، فالمغايرة تفتقر للعلة (3).

إن إعمال القياس - وهو في هذه الحالة قياس كما سئرى - لا يخلق عقوبة ولا يؤدي إلى تشديدها ، بل يفضي إلى التوسع في نطاق التداخل بين العقوبات الحدية - يؤدي إلى إعطاء العود في الزنى نفس مفهوم العود في القذف والسرقة الحدية والحراية ، وهذا أصلح للمتهم .

أما بالنسبة للعقوبة في حالة العود ، فإنه إذا كان تعدد الجرائم قانوناً يؤدي

(1) - مسند الإمام أحمد ، حديث رقم 6974 ، ج 11 ، ص 186 .

(2) - راجع : عوض محمد عوض ، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي دار المطبوعات الجامعية ، ص 290 .

- عوض محمد عوض ، إثبات الحد في تشريع الزنى بين الإطلاق والتقييد بمجلة دراسات قانونية ، مجلد

سنوي يصدر من أعضاء هيئة التدريس بكلية الحقوق بجامعة قارونس ، عدد خاص بتشريعات

الحدود، المجلد السابع ، السنة الثامنة ، 1978 ، ص 309 وما بعدها .

- جلسة المحكمة العليا : 11 . 5 . 1976 ، مجلة المحكمة العليا ، س 13 ، ع 1 ، ص 213 .

(3) - عوض محمد عوض ، المرجع السابق ، ص 317 .

إلى تعدد العقوبات وفقاً للأحكام العامة لقانون العقوبات (م78.ع) ، فإن العود ، وفقاً لهذه الأحكام ، يؤدي إلى تعدد العقوبات بتعدد الجرائم ، مع تشديدها بمقدار لا يجاوز الثلث ، أو بمقدار لا يقل عن الربع ولا يزيد على النصف في حالة العود المتماثل ، على نحو لا تتجاوز عقوبة السجن عشرين سنة .

ذلك أن ما يميز التعدد القانوني عند العود ، هو أن الشخص العائد سبق تطبيق النص القانوني في مواجهته ، بأن صدر عليه حكم بات ، دون أن يؤدي ذلك إلى ردعه ، الأمر الذي أظهر حاجته لعقوبة أشد لردع إرادته الآثمة المصرة على العصيان .

أما في حالة تكرار العود ، وتحوله إلى حالة اعتياد أو انحراف ، فإن القاضي يحكم بإضافة تدبير احترازي للعقوبة المحكوم بها .

حيث إن المادة (146.ع) تعطي للقاضي سلطة اعتبار المجرم مجرماً اعتاد على الإجرام ، متى توافرت العناصر المنصوص عليها في هذه المادة ، والأمر بإحالاته إلى معتقل خاص يقضي فيه ما لا يقل عن سنتين بعد انتهاء مدة عقوبته ، كما أن المادة (147.ع) تعطي للقاضي سلطة اعتبار المجرم منحرفاً للإجرام ، متى توافرت الشروط الواردة بها ، والأمر بإحالاته إلى معتقل لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات .

وإذ كان المشرع الليبي قد أعطى سلطة تقديرية للقاضي متى توافرت الشروط الواردة في المادتين (146 ، 147.ع) ، بشأن اعتبار الشخص معتاداً للإجرام أو منحرفاً له ، وبالتالي إضافة - أو عدم إضافة - التدبير للعقوبة ، في حالة توافر حالة من الحالات الواردة بهما ، فإنه - في المقابل - اعتبر توافر حالة من الحالات الواردة في نص المادة (96.ع) موجباً لاعتبار المجرم عائداً ، وقرينة قاطعة على خطورته ، وألزم القاضي بتشديد العقوبة في حدود التفريد التشريعي الذي

تضمنته المادة (97 . ع) ، بخلاف بعض التشريعات المقارنة التي جعلت من تشديد العقوبة في حالة العود أمراً جوازياً ، كما هو الحال في المادة (106) من قانون العقوبات الإماراتي ، التي نصت في عجزها على أن " للمحكمة أن تعتبر العود في هذه الحالات ظرفاً مشدداً " ، وفي المادتين (54 ، 55) من قانون العقوبات الجزائري ، التي قررت المحكمة العليا الجزائرية ، وفقاً لهما ، أن القانون لا يلزم القاضي بتشديد العقاب في حالة العود⁽¹⁾.

ونحن نرى أن إعطاء القاضي سلطة تقديرية بشأن تشديد ، أو عدم تشديد العقوبة ، في حالة العود، تنسجم مع نظام التفريد العقابي ، لأنه يعطي للقاضي إمكانية استبعاد العود كظرف مشدد ، متى ارتكب الشخص عدة جرائم ، لأسباب عارضة ، تكررت لديه⁽²⁾.

ومن المفيد هنا الإشارة إلى أن اعتبار العود ظرفاً مشدداً ليس محل اتفاق بين فقهاء القانون الجنائي ، فجاروفالوا - على سبيل المثال - يرى أن مقدرة المجرم العائد على مقاومة الدوافع للجريمة قد تكون - أحياناً - أقل من مقدرة المجرم المبتدئ، بسبب ما يكون قد تعرض لديه من تأثيرات سلبية ، ناتجة عن فساد الأنظمة العقابية ، وبسبب ميله إلى تقليد نفسه ، كما يقول تارد . لذا ، فإن مسؤوليته يجب ألا تكون أشد أديباً من مسؤولية الشخص الذي يرتكب الفعل المجرم للمرة الأولى⁽³⁾.

(1) - " قضية رقم 122110 قرار 4 . 12 . 1994 " ، انظر قانون العقوبات الجزائري ، النص الكامل للقانون ، تعديلاته ومدعم بالاجتهاد القضائي ، Bert,edition ، ط 2 ، الجزائر ، 2002 ، ط 2 ، ص 32 .

(2) - انظر نفس الرأي لأكرم نشأت إبراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 1996 ، ص 208 .

(3) - انظر رؤوف عبيد ، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي ، دار الفكر العربي ، 1979 ، ط 4 ، ص 715 .

كما أن المدرسة التقليدية الجديدة ترى - أيضاً - أن العود لا يجب أن يكون ظرفاً مشدداً ، لأن الجريمة الثانية لا تختلف من حيث جسامتها عن الجريمة الأولى⁽¹⁾ .

ومع صحة ما ذهب إليه المدرسة التقليدية الجديدة ، إلا أن سبب التشديد للعود لا يرجع إلى جسامه الجريمة ، وإنما إلى شخص الجاني ، فالعود ليس من الظروف المشددة المتعلقة بالجريمة ، وإنما هو من الظروف المشددة المتعلقة بالجاني .

فبالرغم من أن الجريمة قد لا تختلف من حيث جسامتها عن الجريمة الأولى ، إلا أن الجاني كشف ، بارتكابه الجريمة الثانية بعد الحكم عليه ، عن إرادة آثمة مصرة على ارتكاب الجرائم ، وأنه لم يرتدع بالحكم القضائي الأول ، ما أدى بالتشريعات الجنائية إلى تشديد العقوبة في حالة العود ، لكي يتناسب العقاب مع شخصية الفاعل .

وبما أن العقوبات الحدية ، هي عقوبات مقدرة من الشارع الحكيم ، لا يجوز الزيادة فيها أو الإنقاص منها ، حتى ولو كانت بطبيعتها تقبل الزيادة أو الإنقاص كالجلد ، وبما أن على القاضي أن يحكم بالعقوبة الحدية ، متى تثبت الجريمة بأركانها وعناصرها ، وكانت المسؤولية الجنائية لمرتكبها ، دون أن يستطيع تخفيضها أو تشديدها ، لأي ظرف من الظروف المادية أو الشخصية ، ولأن العود ظرف مشدد شخصي ، لذلك لا يجوز أن يكون سبباً في زيادة مقدار العقوبة الحدية ، ذلك لأن التشديد لظرف العود يعني اعتبار الظروف الشخصية أحد أسس تحديد مقدار العقوبة ، الأمر الذي ينفي عنها وصف الحدية ، لأنها لم تعد عقوبة ذات حد واحد ، بل إن مقدارها يصبح قابلاً للزيادة والنقصان ، وينتفي عنها

(1) - انظر رؤوف عبيد ، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي ، مرجع سابق ، ص 715 .

هذا ما أدى بالمشروع الليبي أن ينص في المادة السادسة من القانون رقم 1974/52 بشأن حد القذف على عقوبة الجريمة الحدية ، دون زيادة في حالة العود، أما بالنسبة لعقوبة العائد في جريمة الزنى الحدية ، فإن عدم وجود نص خاص بالعود يؤدي إلى القول بأن من يرتكب جريمة زنى حدية ، سواء كان عائداً أو مبتدئاً ، يجلد مائة جلدة ، ويجوز للقاضي أن يحكم عليه بالحبس ، فالعائد شأنه شأن من يرتكب الفعل لأول مرة ، يخضع للمادة الثانية التي تنص على أنه " يحد الجاني بالجلد مائة جلدة ، ويجوز تعزيره بالحبس مع الجلد " ، حيث إن كونه عائداً لا ينفي عنه وصف الزاني ، ولا تداخل بين عقوبتي الجلد للجريمتين ، لأن التداخل لا يكون إلا في حالة التعدد حسب نص المادة (5) من قانون حد الزنى ، الذي انتهى بتنفيذ الحد في الجريمة الأولى ، كما أنه لا يمكن تطبيق نص المادة (97.ع) بشأن العود في جريمة الزنى الحدية ، وذلك للأسباب التي سبق ذكرها عند تحديد مفهوم العود في قانون حد الزنى .

وبما أن هناك عقوبة تعزيرية ، يمكن أن تضاف للعقوبة الحدية في جريمة الزنى ، وهي الحبس ، فإن القاضي يمكن أن يعتبر العود أحد المعايير التي يستند إليها للحكم بالحبس إضافة للحد، ولتحديد مدته ، دون أن يكون سبباً للتأثير في مقدار العقوبة الحدية (الجلد) . وبالإضافة إلى حكم العود في جريمتي القذف والزنى ، كان المشروع الليبي أورد حكماً خاصاً بالعود في جريمة شرب الخمر عند تبنيه للقانون رقم 1974/89 في شأن تحريم الخمر وإقامة حد الشرب ، ومع أن هذا القانون قد ألغي بالقانون رقم 4 / 1423م، الذي حول جريمة شرب الخمر من جريمة حدية إلى جريمة تعزيرية ، إلا أنه من المفيد ، من ناحية فقهية ، العودة إلى نص المادة السادسة عشرة منه ، التي نصت على أنه " تضاعف العقوبة إذا عاد

الفاعل الذي جلد حداً أو تعزيراً إلى ارتكاب الجرائم المعاقب عليها بتلك العقوبة في هذا القانون ، ويحكم عليه بالعقوبة المضاعفة وبالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر إذا تكرر العود إلى ارتكاب الجرائم " .

فوفقاً لنص هذه المادة ، عقوبة الجلد تقبل الزيادة في مقدارها ، لظروف تتعلق بشخص الجاني . فالمرجع أنزل في هذا النص العائد الذي جلد حداً أو تعزيراً نفس المنزلة ، فضاعف الجلد حداً ، كما ضاعف الجلد تعزيراً ، وبالتالي كان لعقوبة شرب الخمر في القانون الليبي طرفان ، الأدنى أربعون جلدة ، والأقصى ثمانون جلدة ، والذي لا يوقع إلا في حالة العود ، مع إضافة عقوبة الحبس لمدة لا تقل عن ثلاثة أشهر لعقوبة الجلد في حالة تكرار العود ، الأمر الذي يخالف تعريف العقوبة الحدية بأنها عقوبة مقدرة ذات حد واحد لا يزيد ولا ينقص (1) .

فالمرجع الليبي كان قد اتبع بشأن حد شرب الخمر منهجاً يختلف عن المنهج الذي اتبعه بشأن جرمي القذف والزنى ، حيث لم ينص على زيادة العقوبة الحدية بشأنهما في حالة العود .

هذا الاختلاف في موقف المشرع الليبي هو انعكاس لموقف الفقه الإسلامي من جريمة شرب الخمر ، حيث ذهب جانب منه إلى القول بأنها أربعون جلدة ، وذهب جانب آخر إلى أنها ثمانون ، وذهب جانب ثالث إلى أنها أربعون ،

(1) - من التعريفات التي أعطيت للحدود من قبل القضاء المعاصر تعريف المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية التي أوردت في أحد أحكامها التالي : " فالحدود الشرعية هي من حقوق الله الذي عينها ، وحدد مقدارها ، فليس لها حد أدنى ولا حد أعلى ، ولا تقبل الإسقاط من الأفراد ، ولا يرد عليها العفو من الدولة ، فهي تنصف بالحتمية ، بحيث يتعين توقيعها متى توافرت شروطها .. " ، الطعن 2 لسنة 9 جزائي ، جلسة 27 . 4 . 1987 ، حسن أحمد علي الحمادي ، مرجع سابق ، ص 467 .

وما زاد على ذلك فهو تعزير⁽¹⁾، وربما يكون منشأ الخلاف هو أنها جريمة لم ينص على تقدير عقوبتها تقديراً قاطعاً في القرآن والسنة، بخلاف عقوبتي القذف والزنى، الأمر الذي جعلها محلاً للاجتهاد والخلاف⁽²⁾.

وإذا كان العود ظرفاً مشدداً، لا يمنع المشرع من زيادة مقدار العقوبة الحدية تحت أي مسمى، فإن ذلك من شأنه أن يُدخل التفريد العقابي في نظام الحدود، عن طريق إدخال ظروف مشددة للجرائم الحدية، ما يؤدي إلى زيادة مقدارها تحت مسمى التعزير، واختلافها من حالة إلى أخرى، باختلاف واقع ارتكاب الجريمة، وخلق المحرم، وظروف حياته الشخصية والعائلية والاجتماعية، ودرجة خطورته الإجرامية.

وإذا كانت الأربعون الأولى هي عقوبة حدية لجريمة شرب الخمر، والأربعون الثانية هي عقوبة تعزيرية، فما الذي منع المشرع من أن ينص على اختلاف العقوبة من حالة إلى أخرى في جرمي القذف والزنى، والتفرقة مثلاً بين

(1) - انظر على سبيل المثال :

- الشريبي، المرجع السابق، ط 1958، ج 4، ص 189.
- الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، القاهرة، المطبعة الأميرية، ط 1، 1313 هـ، ج 3، ص 198.
- ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ص 364، 365.
- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر بيروت، ط 1، 1996، ص 84.
- ابن قدامة، المغني، تحقيق محمد خليل هراس، القاهرة مطبعة الإمام بلا تاريخ، ج 9، ص 141، 142.
- الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، الباني الحلبي، 1953، ج 2، ص 438.
- (2) - انظر، د. محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، دار المعارف، 1983، ط 2، ص 138 وما بعدها.

الجاني غير المحصن والزاني المحصن بزيادتها بالنسبة للثاني ، أو التفرقة بين الزاني
المبتدئ والزاني العائد .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن تشديد العقوبة بزيادة مقدار الجلد يختلف عند
تشديد العقوبة في حالة العود بإضافة تعزير من نوع مختلف للعقوبة الحدية ، أو بعدم
قبول توبة العائد في جريمة الردة ، أو بتغليظ آلة الجلد⁽¹⁾، لأن ذلك لا يعتبر زيادة
في مقدار العقوبة ، كما لا يؤدي إلى فقدان العقوبة لوصف الحدية، فمع إضافة
تعزير من نوع آخر إليها، تبقى العقوبة الحدية محتفظة بكيونيتها وذاتيتها ومستقلة
عما أضيف إليها ، كما هو الحال في إضافة عدم قبول الشهادة للقذف كعقوبة تبعية
(م 4ق . 1974/52)، والحبس للزنى كعقوبة تكميلية جوازية (م2ق . 70
/1973) ، فكل منهما مضاف للحد لكنه متميز عنه .

كما يختلف التشديد بزيادة مقدار العقوبة عند التحول من العقوبة الحدية
إلى العقوبة التعزيرية في حالة العود ، كما في عقوبة القتل عن تكرار شرب الخمر ،
عند من يرى أن القتل هو قتل سياسة لا حداً⁽²⁾، وكما في حالة العود للسرقة عند
من لا يرى تكرار القطع . ويقع في هذا الإطار موقف المشرع الليبي في القانون
رقم 1972/148 بشأن حدي السرقة والحراة ، الذي كان قبل إلغائه ينص في

(1) - الإمام أبوزهرة ، المرجع السابق ، ص 223 .

(2) - وقد ذهب إلى ذلك ابن تيمية وابن القيم :

- ابن تيمية ، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية ، دار الكتاب العربي ، القاهرة ، 1969 م ،
ط 4 ، ص 114 ، 115 .

- ابن القيم الجوزية ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، المكتبة التجارية ، القاهرة ، 1955 ، ط 2 ،
ج 2 ، ص 97 .

وانظر في مناقشة آراء الفقهاء في تكييف عقوبة القتل بالنسبة لشارب الخمر العائد ، محمد سليم العوا
مرجع سابق ، ص 145 ، 146 .

مادته الثالثة عشرة على أنه :

(1 - إذا عاد الجاني الذي نفذ عليه الحد إلى أي من جرمي السرقة والحرابة المعاقب عليهما حداً بغير القتل ، يعاقب بالسجن ، ويجوز الإفراج عنه قبل انقضاء مدة العقوبة إذا ظهرت توبته وفقاً لأحكام المادة التالية . فإذا تكرر العود تكون العقوبة السجن المؤبد) .

وبما أن عقوبة السجن هي عقوبة تعزيرية ، وفقاً للأحكام العامة لقانون العقوبات ، لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس عشرة سنة ، فإن للقاضي أن يحكم على السارق أو المحارب ، الذي سبق وأن نفذ عليه الحد ، بالعقوبة التي يراها مناسبة في إطار التفريد التشريعي لعقوبة السجن الذي حددته المادة 21 ع ، إلا أن المشرع قد سلبه إمكانية إعمال نص المادة 29 ع ، ذلك لأنه كان قد نص في المادة 14 من القانون رقم 1972/148 على أنه لا يجوز الإفراج على السارق العائد قبل ثلاث سنوات من سجنه ، مع جواز الإفراج عنه بعد مضي هذه المدة ، حتى ولو كانت المدة المحكوم بها أكثر من ذلك ، متى ثبتت توبته ، التي لا تكون إلا بطلب منه تحقيقه النيابة العامة ، وتحكم به المحكمة ، مع جواز اقتزان الإفراج بتدبير مراقبة لمدة معينة ، أو بأي تدبير آخر من التدابير غير المقيدة للحرية ، الأمر الذي يعني أن السرقة في حالة العود ، وفقاً للقانون رقم 1972/148 هي سرقة تعزيرية لا حدية .

وقد أرجعت المذكرة الإيضاحية موقف المشرع الليبي في هذا القانون إلى (ما رواه أبوبكر بن العربي الفقيه المالكي في تفسيره لآية السرقة من أن عطاء قال إنه تقطع يمين السارق في السرقة الأولى ، ولا يعود عليه القطع ثانياً ، إذا تكرر منه الفعل ، وأشار القرطبي إلى رأي عطاء هذا نقلاً عن ابن العربي) .

ويلاحظ أن عدم تكرار القطع في حالة العود للسرقة هو ما ذهب إليه أيضاً

الأباضية ، حيث إن ما يجب عن العود - حسب رأيهم - هو التعرير لا الحد⁽¹⁾.

هذا الاتجاه عدل عنه المشرع الليبي عن تبنيه للقانون رقم 1425/13م الذي حل محل القانون رقم 1972/148 ف ، الذي نص في مادته الثانية عشرة على أنه :

(1 - إذا عاد الجاني الذي نفذ عليه الحد إلى أي من جرمي السرقة أو الحراية المعاقب عليهما حداً بغير القتل ، يعاقب بقطع المزيد من الأطراف حداً بحسب الترتيب التالي : الرجل اليسرى فاليد اليسرى فالرجل اليمنى . إذا تكرر العود بعد استنفاد الحدود عدا القتل تكون العقوبة السجن المؤبد) .

وإذا كانت هذه المادة التي تضع حكماً للعود في حالتي السرقة والحراية الموجبتين للقطع ، توجب قطع المزيد من الأطراف ، ولا يحكم القاضي بعقوبة السجن المؤبد إلا بعد نهاية الأطراف ، إلا أن نص المادة العشرين من القانون رقم 1425/13 ، التي تحمل عنوان " أحكام خاصة في القطع " ، يؤدي إلى تقييدها بالنسبة لحالة العود في جريمة السرقة ، حيث إن نص المادة العشرين يجري على النحو التالي : " تقطع يمين السارق ولو كانت شلاء أو مقطوعة الإبهام أو الأصابع إذا لم يخش الهلاك في حالة الشلل ، ولا قطع على السارق في الحالات الآتية :

- إذا كانت يده اليسرى مقطوعة .
- إذا كانت رجله اليسرى مقطوعة أو شلاء أو بها عرج يمنع المشي عليها .
- إذا ذهب يمينه لسبب وقع بعد السرقة .

(1) - وقد أورد هذا الرأي محمد سليم العوا ، مرجع سابق ، ص 183 ، هامش 34 ، نقلاً عن كتاب المدونة، لأبي غانم بشر بن غانم الحرساني ، مخطوط ، ورقة 260 .

• إذا امتنع القطع يعاقب الجاني تعزيراً طبقاً لأحكام قانون العقوبات (1).

وإذا كان الأمر كذلك ، فإنه إذا لم يكن للسارق يد يسرى لأي سبب ، فعقوبة السرقة هي دائماً عقوبة تعزيرية ، لأن ذهاب اليد اليسرى قبل أو بعد السرقة ، يمنع دائماً من قطع اليد اليمنى ، مهما تكررت جريمة السرقة ، ما يعني أن عقوبة القطع للسرقة لا يمكن أن تؤدي ، لوحدتها أو لاجتماع سبب آخر معها ، إلى ذهاب منفعة اليدين .

وإذا كانت رجل السارق اليمنى مقطوعة أو شلاء أو بها عرج يمنع المشي عليها ، فإن عقوبة السرقة هي دائماً عقوبة تعزيرية ، ما يعني أن عقوبة القطع للسرقة لا يمكن أن تؤدي إلى ذهاب الجهة اليمنى من الأطراف ، لأن المشرع ، بإيراده نص المادة العشرين ، أراد أيضاً أن يحافظ على اليد اليمنى فلا تكون محلاً للقطع ، إذا كانت الرجل اليمنى مقطوعة ، أو أنه لا منفعة لها ، لمنع ذهاب منفعة الشق الأيمن .

وإذا كان السارق قد فقد يده اليمنى لسبب وقع بعد السرقة فإن ذلك يمنع - أيضاً - القطع ، لأن السرقة الحدية موجبة لقطع اليد اليمنى ، وبفقد السارق لها لم يعد محل القطع في السرقة الأولى وجود .

(1) - وقد كان القانون 1972/148 يتضمن تقريباً نفس الحكم في المادة 22 منه التي كانت تنص على أنه :

1 - تقطع يمين السارق ولو كانت شلاء أو مقطوعة بالإبهام أو الأصابع إذا لم يخش عليه الهلاك في حالة الشلل .

2 - لا قطع على السارق في الحالات الآتية :

أ (إذا كانت يده اليسرى مقطوعة أو شلاء أو مقطوعة بالإبهام أو إصبعين سوى الإبهام .

ب (إذا كانت رجله اليمنى مقطوعة أو شلاء أو بها عرج يمنع المشي عليها .

ج (إذا ذهبت يمينه لسبب وقع بعد السرقة .

3 - وإذا امتنع القطع يعاقب الجاني تعزيراً طبقاً لأحكام قانون العقوبات " .

وإذا كان المشرع قد قيّد ذهاب اليد اليمنى المانع للقطع بشرط حصوله بعد السرقة ، إلا أننا نرى أن ذهاب اليد اليمنى هو مانع للقطع ، سواء كان ذلك قبل السرقة أو بعدها ، مع كونه لم يرد في نص المادة العشرين ، ذلك لأن القطع في السرقة لا يكون إلا في اليد اليمنى ، ولا يمكن الانتقال إلى قطع طرف آخر ، إلا في حالة العود ، وحالة العود لا تتوافر ، وفقاً لنص المادة 12 ، إلا في حالة الجاني الذي نفذ عليه الحد .

حيث إنه لا وجود في القانون رقم 13/ 1425 للقاعدة الواردة في الفقه الإسلامي التي تقضي بأنه إذا سقط العضو قبل السرقة أنتقل القطع للعضو الذي بعده⁽¹⁾ ، والتي لا يمكن إعمالها عند تفسير وتطبيق القانون رقم 13/1425 ، لأن الإحالة للمشهور من أيسر المذاهب التي كانت موجودة في القانون رقم 148/1972 ، أسقطها المشرع في القانون الجديد ، ولم يعد لها وجود إلا في القانون رقم 5/1373 و.ر بشأن مؤسسات الإصلاح والتأهيل⁽²⁾ ، وبما أن القانون الأخير يتعلق بالتنفيذ ، الذي يجب أن يسبقه حكم قضائي بات ، فإن الحكم القضائي الصادر بشأن السارق الذي فقد يده اليمنى قبل السرقة ، لا يمكن أن يعتمد على قانون مؤسسات الإصلاح والتأهيل ، الذي يتعلق بمرحلة لاحقة على الحكم القضائي ، هذا بالإضافة إلى أن أعمال أيسر المذاهب يجب أن يكون في إطار مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات .

ولا يمكن القول بأن الفقرة الثالثة من المادة العشرين تمنع القطع ، إذا ذهب اليد اليمنى لسبب وقع بعد السرقة ، الأمر الذي يوجب القطع إذا كان ذهابها قبل

(1) - انظر الكاساني ، مرجع سابق ، ج 7 ، ص 128 .

(2) - تنص المادة 92 من القانون رقم 5/1373 و.ر في شأن مؤسسات الإصلاح والتأهيل على أنه : "تطبق

فيما لم يرد بشأنه نص في هذا الفصل أحكام أيسر المذاهب في الشريعة الإسلامية " .

السرقه ، لأن ذلك يؤدي إلى طرح السؤال التالي : ما هو محل القطع ؟ حيث لا يمكن أن يصار إلى ترتيب قطع الأطراف الوارد في المادة 12 من القانون رقم 13/1425 م ، وتقطع بالتالي الرجل اليسرى ، لأن هذه المادة لا يمكن إعمالها إلا في حالة العود ، والعود لا يكون إلا بعد تنفيذ الحد ، كما سبق وأن أوضحنا ، ما يعني أنه لكي تقطع الرجل اليسرى تنفيذاً لحد السرقة ، يجب أن تكون اليد اليمنى قد قطعت حداً ، وإلا فقد العود أهم شروطه ، وبالتالي فإن الحكم بقطع الرجل اليسرى في حالة السرقة الأولى ، لكون السارق قد فقد يده اليمنى قبل السرقة ، هو إقرار لعقوبة لم يرد بها نص ، وإعطاء حكم العائد للمبتدئ ، لأن السرقة الأولى لا يمكن إلا أن تكون موجبة لقطع اليد اليمنى فقط حسب نص المادة (2) .

وعليه نرى أن على القاضي - إعمالاً للمادة 20 من القانون رقم 13/1425م - تطبيق أحكام قانون العقوبات التعزيرية ، متى كان السارق المبتدئ لا يدعى له ، سواء فقدتها لسبب وقع بعد السرقة أو قبلها ، بالرغم من أن المشرع لم يورد في المادة العشرين إلا حالة فقد اليد اليمنى لسبب وقع بعد السرقة .

هذا على خلاف العائد الذي فقد يده اليمنى حداً ، فلأنه فقدتها بسبب السرقة الأولى ، لا بسبب وقع بعد السرقة ، فعند ارتكابه سرقة أخرى بعد الحد تتوافر فيه شروط السارق العائد ، وتقطع رجله اليسرى ، تنفيذاً للمادة 12 ، لعدم توافر أي حالة من الحالات التي يمتنع فيها القطع .

وإذا كان فقد اليد اليسرى أو الرجل اليمنى أو اليد اليمنى يمنع من القطع بالنسبة للسارق المبتدئ دائماً ، فإن هناك حالة واحدة يكون فيها السارق المبتدئ فاقداً لأحد أعضائه ، دون أن يمنع ذلك إقامة الحد عليه وهي حالة فقد رجله اليسرى ، فإذا ما ارتكب شخص جريمة سرقة حدية للمرة الأولى ، وكان فاقداً

لرجله اليسرى ، فإن ذلك لا يمنع من الحكم بقطع يده اليمنى ، ومتى تم ذلك فإن صاحب الشأن يظل محتفظاً بيد يسرى ورجل يمنى ، فلا يفقد منفعة شقه الأيمن بكامله ، ولا شقه الأيسر بكامله ، وهذا ما يظهر بوضوح علة إيراد المشرع لنص المادة العشرين في القانون رقم 1425/13 م ، إلى جانب المادة 12 ، التي تنص على أن العود يؤدي إلى قطع المزيد من الأطراف إلى نهايتها .

وإذا كان الأمر كذلك ، فإن العقوبة الحدية في السرقة قد تتحول إلى عقوبة تعزيرية من المرة الأولى ، متى كان السارق فاقداً ليده اليسرى ، أو رجله اليمنى ، أو كون الرجل اليمنى مقطوعة أو شلاء أو بها عرج يمنع المشي عليها ، أو فاقداً ليده اليمنى ، أو أن يخش من الشلل الهلاك .

وقد تتحول إلى عقوبة تعزيرية اعتباراً من المرة الثانية ، متى قطعت يده اليمنى حداً للسرقة ، ثم فقد يده اليسرى ، أو رجله اليمنى ، أو أصابها شلل أو عرج بعد الحد الأول ، لأنه لو كان قبل ذلك ، لكان التحول إلى التعزير منذ السرقة الأولى .

وقد تتحول إلى عقوبة تعزيرية اعتباراً من المرة الثالثة متى قطعت يده اليمنى حداً ، ثم قطعت رجله اليسرى حداً ، فإن عدم وجود اليمنى يمنع من القطع في حالة العود للمرة الثالثة ، دون أن يكون مانعاً من القطع في الحالة الثانية لذهابها تنفيذاً للحد في الحالة الأولى أي بسبب السرقة ، وإذا كان الأمر كذلك ، فإن قطع جميع الأطراف الواردة في المادة الثالثة عشرة لا وجود له إلا في حالة العود في جريمة الحراة الموجبة لحد القطع ، ذلك لأن المادة العشرين خاصة بالسارق دون المحارب .

وبالجمع بين المادتين الثانية عشرة والعشرين من القانون المذكور ، نجد أن المشرع ، على خلاف موقفه في القانون السابق رقم 1972/148 ، تجاوز رأي

عطاء والأباضية ولم يكتف بالنص على قطع اليد اليمنى فقط في السرقة الحدية ، ولم يذهب لما ذهب إليه الظاهرية من أن القطع لا يكون إلا في الأيدي⁽¹⁾ ، ولا إلى ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة في أحد رأيين لهما من أن العود للسرقة الحدية يمكن أن يؤدي في حالة تكراره إلى قطع كافة الأطراف⁽²⁾ ، بالرغم مما نص عليه في مادته الثانية عشرة ، وأخذ بمذهب الأحناف والشيعة الزيدية ، الذي هو الرأي الثاني لأحمد⁽³⁾ ، بتقيده المادة الثانية عشرة بالمادة العشرين ، وبالتالي فإن القطع للسرقة الحدية لا يمكن أن يؤدي لوحده ، أو لاجتماعه مع سبب آخر ، إلى قطع اليدين ، أو إلى قطع الرجلين ، لكي يترك له - كما يقول الإمام علي كرم الله وجهه - رجل يمشي عليها ويد يتمسح بها⁽⁴⁾ .

ومع ذلك ، فإننا نرى أن عدم نص المشرع على إمكانية الانتقال بالقطع من اليد اليمنى ، في حالة فقدانها لسبب غير الحد ، إلى الرجل اليسرى ، في حالة السرقة الأولى يؤدي إلى نتائج غير منطقية ، منها أن من سرق تقطع يده اليمنى ، ثم إذا عاد تقطع رجله اليسرى لكونه فقد اليد اليمنى حداً ، أما من سرق ولا يد معنى له ، لا قطع عليه ، مهما تكررت السرقة الحدية ، الأمر الذي يعني أن السرقة الحدية بالنسبة للحالة الأولى تؤدي إلى فقد السارق يد ورجل ، أما في الحالة الثانية فإن فقد اليد اليمنى ، بسبب غير الحد ، يؤدي إلى انتفاء وصف العود عنه مهما تكررت منه السرقة ، ما يؤدي إلى تحصين رجله اليسرى عن القطع ، وبالتالي

(1) - ابن حزم ، مرجع سابق ، ج 11 ، ص 357 .

(2) - الشربيني ، مغني المحتاج ، المرجع السابق ، ج 4 ، ص 178 :

- ابن قدامة ، المرجع السابق ، ج 9 ، ص 102 ، 103 .

- ابن تيمية ، المرجع السابق ، ص 99 .

(3) - الكاساني ، مرجع سابق ، ج 7 ، ص 128 ، 129 .

(4) - المرجع السابق ، ص 128 .

يكون السارق في الحالة الثانية أفضل حالاً من السارق في الحالة الأولى ، وهذا يعني انتفاء التناسب بين العقوبة والجريمة في إحدى الحالتين ، لأن افتراض وجوده في أحدهما، يعني بالضرورة انتفاءه في الأخرى .

هذه النتيجة يمكن أن نصل إليها أيضاً من المقارنة بين من فقد رجله اليمنى أو يده اليسرى لأي سبب ، وبين سليم الأطراف ، حيث إن الأول لا قطع بالنسبة له مهما تكررت منه جرائم السرقة ، لأن قطع اليد اليمنى يؤدي إلى ما قصد المشرع تفاديه في المادة العشرين ، وهو ذهاب الشق الأيمن ، أو منفعة اليدين بشكل كامل .

ومما يلاحظ أيضاً أن المادة العشرين توجب معاقبة السارق في حالة امتناع القطع بمقتضى قانون العقوبات ، الأمر الذي يوجب إبدال مفهوم العود في الحدود بمفهوم العود الوارد في المادة 96 . ع ، واعتباره ظرفاً مشدداً للعقوبة ، وفقاً لنص المادة 97 . ع ، وبما أن المادة العشرين نصت صراحة على تطبيق أحكام قانون العقوبات في حالة امتناع القطع لأي سبب ، فإن تطبيق الفقرة الثانية من المادة 12 من القانون 1425/13 والتي تنص على أنه (2 - إذا تكرر العود بعد استنفاد الحدود عدا القتل تكون العقوبة السجن المؤبد) ، لا تكون إلا في حالة عدم تطبيق المادة العشرين ، ولأنه في حالة السارق الذي يمتنع في مواجهة القطع في السرقة الأولى أو الثانية ، أو على أبعد تقدير في الحالة الثالثة ، هو دائماً إعمالاً لنص المادة العشرين ، التي تحيل صراحة في حالة امتناع القطع لقانون العقوبات ، فإن عقوبة السجن المؤبد لا يمكن الحكم بها إلا في حالة تطبيق الفقرة الأولى من المادة 12 بكاملها ، أي قطع جميع الأطراف ، الأمر الذي لا وجود له إلا في حالة العود للحرابة .

وأخيراً ، فإن ما لاحظناه بالنسبة للتعدد بشأن إخافة السبيل كصورة من الصور الواردة في نص المادة 5 من القانون 1425/13 والمعاقب عليها بالسجن ، نلاحظه بالنسبة للعود .

فعقوبة جريمة إخافة السبيل هي عقوبة تعزيرية ، تخضع لنظام العود في التعازير لا في الحدود .

وما يؤكد ذلك أن المشرع عندما نص على أحكام العود في جريمة الحراقة في المادة (12) لم يذكر إلا العود للجريمة الموجبة للقطع⁽¹⁾ .

(1) - انظر عبدالعزيز عامر ، الجوانب الإيجابية والسلبية في صياغة تشريعات الحدود ، مجلة دراسات قانونية ، مرجع سابق ، ص 147 ، 148 .

الخاتمة

يتضح لنا من خلال هذه الورقة ، أن القاعدة التي تحكم مسألة تكرار الجرائم في قوانين الحدود تختلف عن تلك التي تحكم المسألة في قانون العقوبات : ما يعني أن لدينا حكماً للتعدد ، وحكماً للعود ، داخل التشريع الجنائي الليبي ، فما يعتبر تعدداً في قوانين الحدود ، قد يعتبر حالة عود في قانون العقوبات ، وما يعتبر حالة من حالات العود في قانون العقوبات ، قد لا يتعدى كونه حالة تعدد في قوانين الحدود ، الأمر الذي يؤدي إلى نتائج غير عادلة ، لاختلاف التناسب بين الجرائم وعقوبتها في النظام الجنائي ، خاصة عند ارتكاب جرائم بعضها حدية ، والأخرى تعزيرية .

وسبب ذلك - حسب وجهة نظرنا - أن المشرع عند تقنين الأحكام الخاصة بالحدود ، لم يأخذ - أحياناً - في الاعتبار ، أنه يعمل داخل تشريع جنائي واحد ، سبق وأن قنن فيه نظام التعزير منذ سنة 1953م ، وبالتالي كان عليه أن يراعي الانسجام بين الأحكام داخل النظام القانون الواحد ، بأن يتبنى نفس مفهوم التعدد والعود الوارد في قانون العقوبات عند وضعه لقوانين الحدود ، أو أن يعدل قانون العقوبات بما ينسجم مع الأحكام الواردة في قوانين الحدود ، على النحو الذي يمنع من الوصول إلى نتائج شاذة عند اجتماع جرائم حدية وأخرى تعزيرية .

مع ملاحظة أن عدم الانسجام بين أحكام التشريع الجنائي لازالت قائمة في مشروع قانون العقوبات بالنسبة لهذه المسألة.

فبالرغم من أن هذا المشروع جمع الجرائم التعزيرية والحدية وجرائم القصاص والدية في مدونة واحدة، إلا أن المادة (69) منه نصت على أنه :

إذا تعددت أو ارتبطت جرائم الجاني المعاقب عليها حداً أو قصاصاً يعاقب على الوجه الآتي :

- أ - إذا كانت العقوبات متحدة الجنس ومتساوية القدر حكم بعقوبة واحدة .
 - ب - إذا كانت العقوبات متحدة الجنس ومتفاوتة القدر حكم بالعقوبة الأشد .
 - ج - إذا كانت العقوبات مختلفة الجنس حكم بها جميعاً .
- أما إذا كان بين الجرائم المنسوبة إلى الجاني جرائم أخرى معاقب عليها تعزيراً فيحكم بعقوبات الحدود والقصاص وفقاً لأحكام الفقرة السابقة ، وذلك دون إخلال بالعقوبات المقررة للجرائم الأخرى."
- ونص في المادة (80) ، تحت عنوان العود ، على أنه (يعتبر عائداً في غير الجرائم المعاقب عليها حداً أو قصاصاً ...) .

كما نصت المادة (138) على أنه (إذا عاد الجاني الذي نفذ عليه حد السرقة ...) .

ما يعني أنه لا عود قبل التنفيذ ، بخلاف العود في جرائم التعزير .
ورغم أننا أشرنا إلى ضرورة إحداث انسجام بين أحكام التعدد والعود في التشريع الجنائي الليبي عندما طرح مشروع قانون العقوبات للمناقشة في الندوة التي نظمها معهد القضاء في شهر الربيع (مارس) 2004م ، ومن خلال اللجنة التي شكلت لمراجعة هذا المشروع ، إلا أن الأمر لم يطرأ عليه أي تعديل .
ولتفادي التعارض بين القواعد التي تحكم جرائم التعزيرية ، وتلك التي تحكم نظامي الحدود والقصاص والدية ، فقد اقترحنا ، عند بداية لجنة مراجعة المشروع لعملها ضرورة تقسيم قانون العقوبات إلى أربعة كتب .

الكتاب الأول يتناول القواعد العامة المشتركة بين التعازير والحدود والقصاص والدية ، كمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، ومبدأ شخصية العقوبة ،

والأحكام المتعلقة بتعاقب القوانين ، وتطبيقها من حيث المكان ، وتلك المتعلقة بأسباب الإباحة والمسؤولية الجنائية .

الكتاب الثاني يتعلق بنظام الحدود ، على أن يبدأ بالأحكام المشتركة بين كافة الجرائم الحدية ، ثم يتناول الأحكام الخاصة لكل جريمة على حدة .

الكتاب الثالث يتناول نظام القصاص والدية ، ويبدأ بالأحكام العامة ، ثم يتناول جرائم القتل العمد ، والقتل شبه العمد ، والقتل الخطأ ، ثم يتناول الديات في ما دون النفس .

الكتاب الرابع موضوعه نظام التعازير ، ويبدأ - أيضاً - بالأحكام العامة ، ثم يتناول كل جريمة تعزيرية بنص خاص بها .

على أن توضع الأحكام العامة لكل نظام من الأنظمة الثلاث ، بما ينسجم مع القواعد العامة المحددة في الكتاب الأول ، وبما لا يخلق نتائج شاذة عند اجتماع الجرائم الحدية مع الجرائم التعزيرية ، واجتماع هذه الأخيرة مع جريمة من الجرائم التي تنتمي لنظام القصاص والدية . ولم تأخذ اللجنة بهذا الاقتراح بحجة أن ذلك يؤدي إلى هدم المشروع بكامله ، وإعادة كتابته من جديد ، الأمر الذي - بالإضافة إلى أنه يتطلب فترة زمنية طويلة نسبياً - يتجاوز مهام اللجنة !.

مع ملاحظة أن تعديل قانون العقوبات يستوجب تعديل قانون الإجراءات لينسجم مع قواعد موضوعية ليست ذات طبيعة واحدة لكونها مبنية على فلسفات مختلفة .

المراجع

- 1 () - ابن تيمية ، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية ، دار الكتاب العربي القاهرة ، ط4 ، 1969م .
- 2 () - ابن قدامة ، المغني ، تحقيق : محمد خليل هراس ، مطبعة الإمام - القاهرة ، ب.ت ، ج9 .
- 3 () - ابن قيم الجوزية ، أعلام الموقعين عن رب العالمين ، المكتبة التجارية - القاهرة ط2 ، 1955م .
- 4 () - د. أحمد حبيب السماك ، ظاهرة العود إلى الجريمة ، دار السلاسل ، جامعة الكويت - الكويت ، ط1 ، 1985م .
- 5 () - د. أكرم نشأت إبراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ، دار الثقافة والنشر والتوزيع والإعلان ، عمان - الأردن ، 1996م
- 6 () - حسن أحمد علي الحمادي ، قضاء الحدود والقصاص والدية ، (المحكمة العليا الاتحادية الإماراتية) ، المجمع الثقافي - أبو ظبي ، 1999م .
- 7 () - د. حميد السعدي ، د. محمد باره ، التكييف القانوني في المواد الجنائية : دراسة مقارنة في موضوع تعدد الجرائم وتنازع الأوصاف ، منشورات مجمع الفاتح للجامعات - طرابلس ، 1989م .
- 8 () - د. رؤوف عبيد ، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي ، دار الفكر العربي - القاهرة ، ط4 ، 1979م .
- 9 () - الشرييني ، مغني المحتاج في معرفة ألفاظ المنهاج ، البابي الحلبي - القاهرة ، 1958م ، ج4 .
- 10 () - الصاوي المالكي ، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، البابي الحلبي - القاهرة ، 1953م ، ج2 .

- 11 () - د. عبدالعزيز عامر ، الجوانب الإيجابية والسلبية في صياغة تشريعات الحدود، مجلة دراسات قانونية ، تصدر عن أعضاء هيئة التدريس بكلية القانون - جامعة قاريونس ، عدد خاص بندوة (تشريعات الحدود) ، س8 ، 1978م .
- 12 () - عبدالقادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، مؤسسة الرسالة - بيروت ، ج1 .
- 13 () - عوض محمد عوض ، إثبات الحد في تشريع الزنى بين الإطلاق والتقييد ، مجلة دراسات قانونية ، تصدر عن أعضاء هيئة التدريس بكلية القانون - جامعة قاريونس ، عدد خاص بندوة (تشريعات الحدود) ، س8 ، 1978م .
- 14 () - الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الفكر - بيروت ، 1996م .
- 15 () - محمد أبوزهرة ، العقوبة ، دار الفكر العربي - القاهرة ، ب.ط ، ب.ت .
- 16 () - د. محمد سليم العوا ، في أصول النظام الجنائي الإسلامي ، دار المعارف - القاهرة ، ط2 ، 1983م .

تخلف شرط العلم بالألفاظ ومعانيها وأثره في الأحاديث المروية بالمعنى من حيث القبول والرد

د. عبدالباسط المهادي النعاس
محاضر بقسم الشريعة الإسلامية
كلية القانون - جامعة الفاتح

المقدمة :

الأصل أن يتحمل الراوي الحديث كما سمعه ، بلفظه وترتيبه ، ثم يؤديه كما تحمله بلفظه وترتيبه كذلك ، ولئن كان هذا الأصل مطلوباً في نقل كلام عامة الناس ، فهو في نقل كلام رسول الله ﷺ ، المبلغ عن ربه أشد طلباً ؛ لما في ذلك من المحافظة على مراد الشارع ، وصيانتة من التبديل والتحريف .

وإن من شأن التمسك بهذا الأصل ، والحزم في مطالبة الرواة به ، أن يؤدي إلى طمس الكثير من الأحاديث مع ما تحمله من تشريع ؛ ذلك أن إلزام الراوي بأداء كل ما سمعه بذات الألفاظ وترتيبها دون زيادة أو نقصان ، أمر بالغ الصعوبة والخرج⁽¹⁾ ، لاسيما إذا طال أمد التحمل ، وكثرت الشواغل ، ولم تدع الحاجة إلى الأداء في الحين ، الأمر الذي سيؤدي إلى إحجام الكثيرين ممن تحملوا الأحاديث عن أدائها خشية عدم الوفاء بذلك الأصل ، فكان المخرج من هذا الضيق الترخيص في رواية الحديث بالمعنى ، وذلك بأن يأتي الراوي بألفاظ من عنده

(1) - انظر : أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن الشهرزوري المعروف بابن الصلاح ، معرفة أنواع علم الحديث ، تحقيق : عبد اللطيف المميم وماهر ياسين الفهم ، ط 1 ، بيروت : دار الكتب العلمية ، 1423 هـ - 2002 م ، ص 323 .

جلال الدين السيوطي ، تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي ، تحقيق : محمد أيمن الشراوي ، ب. ط ، القاهرة : دار الحديث ، 1423 هـ - 2002 م ، ص 384 .

المبحث الأول

شرط العلم بالألفاظ ومعانيها وعلاقته بـ"ضبط الرواة"

أوضحنا فيما سبق أن العلماء وضعوا شرطاً فيمن تُقبل روايته للحديث بالمعنى يتمثل - إجمالاً - في العلم بالألفاظ ومعانيها ، وهذا الشرط يعد ركيزة أساسية في رواية الحديث بالمعنى ، بحيث إن فقدانه في الراوي ، دليل على عدم ضبطه للحديث ، وفي ذلك ما فيه من آثار جد مهمة .

ولبسط الموضوع أكثر ؛ وصولاً إلى العلاقة الوثيقة بين شرط العلم بالألفاظ ومعانيها وبين "ضبط الراوي" ، وما يترتب على هذه العلاقة من آثار ، سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين :

المطلب الأول

مضمون شرط العلم بالألفاظ ومعانيها والغرض منه

أولاً - مضمون الشرط :

اشترط العلماء المحيزون للرواية بالمعنى فيمن يروي الحديث بمعناه أن يكون عالماً بالألفاظ ومعانيها ، خبيراً بما يحيل تلك المعاني ، بصيراً بمقادير التفاوت بينها⁽¹⁾ ، فإن كان جاهلاً بذلك لم يجوز أن يروي الحديث بالمعنى ، بل الواجب في

(1) - انظر : ابن الصلاح ، مرجع سابق ، ص 322 ، 323 .

أبي الفضل عبدالرحيم بن الحسين العراقي ، فتح المغيث شرح ألفية الحديث ، تحقيق : صلاح محمد عويضة ، ب.ط ، بيروت : دار الكتب العلمية ، 1421هـ - 2001م ، ص 255 .

السيوطي ، مرجع سابق ، ص 386 .

محمد أمين المعروف بأمير باد شاه ، تيسير التحرير ، ب.ط ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ب.ت ،

ج 3 ، ص 97 .

تقوم مقام الألفاظ التي سمعها ، ثم نسيها ، أو ذهل عنها .
لقد وضع العلماء شرطاً أساسياً فيمن يجوز له رواية الحديث بالمعنى ، وهو
أن يكون عالماً بالألفاظ ومعانيها ، بصيراً بمدلولاتها ومقدار التفاوت بينها ، فمن
وفى بهذا الشرط تُقبل روايته ، ومن لم يوف به ترد روايته .
غير أن الصورة في الواقع تبدو خلاف ذلك ، فكثير من الأحاديث التي
رُويت بالمعنى يستدل بها العلماء ، ويحتجون بما ورد فيها من معانٍ ، رغم أن
رواتها لو يوفوا بذلك الشرط !
ولأجل توضيح هذا الإشكال وبيان ما يتعلق به من مسائل ، وصولاً إلى
استجلاء ما نراه من مبررات وراء موقف العلماء هذا ، سنقوم بتقسيم البحث إلى
مبحثين رئيسيين، نتناول في الأول : شرط العلم بالألفاظ ومعانيها ، وعلاقته
بإشراط الضبط في الراوي لكي يقبل حديثه ، ونتناول في الثاني : موقف العلماء
من الأحاديث المروية بالمعنى التي اختل فيها شرط العلم بالألفاظ ومعانيها ، من
حيث القبول والرد ، وما يتفرع عن ذلك من مسائل .
والله الموفق وهو الهادي إلى سبيل الرشاد ..

حقه أدائه بلفظه من غير تبديل أو تغيير دون خلاف بين العلماء⁽¹⁾ .

يقول الإمام الغزالي : "نقل الحديث بالمعنى دون اللفظ حرام على الجاهل بمواقع الخطاب ودقائق الألفاظ"⁽²⁾ .

وبمقتضى هذا الشرط ينبغي أن يكون الراوي بصيراً بما وُضعت له الألفاظ من عموم وخصوص ، وما يلحقها من إطلاق وتقييد ، عالماً بالظاهر والنص ، والمشارك ، والمحمل ، والمبين ، والمترادف ، مدركاً لما يدل عليه اللفظ من منطوق ومفهوم ، وما ينقسم إليه الأخير من مفهوم الموافقة ، ومفهوم المخالفة ، وما يتفرع إليه الأخير من مفهوم الغاية ومفهوم الشرط ، ومفهوم الصفة ، ومفهوم اللقب وغيرها ، مفرقاً بين المحتمل وغير المحتمل ، والظاهر والأظهر ، والعام والأعم . كما يجب أن يكون ملماً بأساليب العرب واستعمالاتهم للألفاظ من حيث الحقيقة والمجاز والكناية والتعريض والتقديم والتأخير ، وغير ذلك من المباحث المتعلقة باللسان العربي .

وطالما كان الأمر يتعلق بنقل معنى كلام رسول الله ﷺ المبلغ لشرع الله تعالى ، فمن تمام علم الراوي بكل ما سبق ينبغي أن يكون عالماً بالمدلولات الشرعية

(1) - انظر : ابن الصلاح ، مرجع سابق ، ص 322 .

عمادالدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير ، الباحث الحثيث في اختصار علوم الحديث ، ب.ط ، بيروت : دار الفكر ، ب.ت ، ص 74 .

العراقي ، مرجع سابق ، ص 255 .

السيوطي ، مرجع سابق ، ص 386 .

علي بن علي بن محمد الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، ب.ط ، القاهرة : مؤسسة الحلبي وشركاه ، 1387هـ - 1967م ، ط 2 ، ص 93 .

محمد بن أبي علي بن محمد الشوكاني ، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول ، تحقيق : أبي مصعب محمد سعيد البدري ، ط 6 ، بيروت : مؤسسة الكتب الثقافية ، 1415هـ - 1995م ، ص 107 .

(2) - أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ، المستصفى في علم الأصول ، تحقيق : محمد عبدالسلام عبدالشافى ،

ب.ط ، بيروت : دار الكتب العلمية ، 1420هـ - 2000م ، ص 133 .

للألفاظ ، وما تفيده في عرف الشارع من معان ؛ ولذلك وجدنا بعض العلماء يشترط في الراوي للحديث بالمعنى أن يكون فقيهاً ، زيادة على علمه باللغة العربية وأساليبها⁽¹⁾ .

ثانياً - الغرض من وضع هذا الشرط :

من الواضح جداً - كما صرح بذلك العلماء - أن الغرض من وضع هذا الشرط تحقيق غايتين مهمتين :

الغاية الأولى : الاطمئنان إلى أن الراوي قد فهم معنى الكلام الذي سمعه حق الفهم، وأدرك ما وُضِعَ له تمام الإدراك ، سواء تعلق ذلك بالكلمات في أصل وضعها اللغوي ، أو بمراد المتكلم منها ، وما يرمي إليه من معانٍ ، فقد يكون للفظ الواحد أكثر من دلالة ، والذي يقصده النبي ﷺ إحداها ، كما قد يستعمل النبي ﷺ لفظاً لا يريد به أيّاً من معانيه الحقيقية ، بل يريد به معناً مجازياً أو عرفياً أو شرعياً ، وكلما كان السامع عالماً بالألفاظ ومعانيها ، ملماً بأساليب العرب وفنون البلاغة، وعارفاً بالحقائق الشرعية سهل عليه الوقوف على مراده ﷺ ، وإدراك ما يرمي إليه من معنى⁽²⁾ .

(1) - انظر : علاء الدين عبدالعزيز بن أحمد البخاري ، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البيهقي ، تحقيق: عبدالله محمود محمد عمر ، ط1 ، بيروت : دار الكتب العلمية ، 1418هـ - 1997م ، ج3 ، ص87 ، 88 .

محمد أمين ، مرجع سابق ، ج3 ، ص100 .
عبدعلي محمد بن نظام الدين الأنصاري ، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ، ط1 ، القاهرة ، 1324هـ ، ج2 ، ص167 .

(2) - انظر : أبوبكر أحمد بن علي المعروف بالخطيب البغدادي ، الكفاية في علم الرواية ، تحقيق : أحمد عمر هاشم ، ط1 ، بيروت : دار الكتاب العربي ، 1405هـ - 1985م ، ص233 .
محمد أمين ، مرجع سابق ، ج3 ، ص97 .

وقد شدد بعض العلماء فاشترطوا أن يكون الراوي قد فهم المعنى على وجه الجزم، لا بنوع من الاستدلال والاستنباط الذي تختلف فيه الأفهام ؛ لكون ذلك مظنة الغلط والتقصير⁽¹⁾ ، وما كان هذا حاله من المعاني لا ينبغي أن يُروى على أنه كلام النبي ﷺ.

الغاية الثانية : الوثوق في أن الراوي عند نقله لحديثه ﷺ بالمعنى سيأتي بالألفاظ تتطابق مع الألفاظ الأصلية في المعنى بلا نقص أو زيادة ، سواء كانت الألفاظ من نوع المترادف الذي لا إشكال فيه ، كالإتيان بلفظ قعد مكان جلس ، أو فرض مكان أوجب ... إلخ ، أو لم تكن كذلك لكنها تدل على المعنى إما بمجرد معناها أو مع القرائن⁽²⁾ ، وفي هذه الحالة يلتحق بالمترادف⁽³⁾ .

ولا يظن أحد أن فهم مراده ﷺ على وجه اليقين ، والتعبير عن ذلك بنفس المعنى، من المتيسر لكل أحد ، بل لا يُحسِنُ ذلك إلا القلة ، وفي بعض المعاني دون بعضها ، ومهما كان الخطأ من الراوي يسيراً - سواء في فهم الكلام ، أو في التعبير عن ذلك الفهم، أو فيهما معاً - فهو كفيلاً بأن يؤثر في المعنى الذي أراده النبي ﷺ وقصد إليه ؛ لذلك مال بعض العلماء إلى منع رواية الحديث بالمعنى مطلقاً ، حتى

(1) - انظر : الخطيب البغدادي ، مرجع سابق ، ص 233 .

أبو حامد الغزالي ، مرجع سابق ، ص 133 .

(2) - مثال ذلك ما حصل في حديث الذي وقع على امرأته في نهار رمضان ، فقد ورد في بعض الروايات : "وقعت على امرأتي" ، وفي بعضها : "أصبت أهلي" ، وفي بعضها : "وطئت امرأتي" .

انظر : أحمد بن علي بن حجر ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، تحقيق : محب الدين الخطيب ، ط 1 ، القاهرة : دار الريان للتراث ، 1407 هـ - 1986 م ، ج 4 ، ص 195 .

(3) - انظر : محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي ، البحر المحيط ، ج 3 ، ص 413 ، 414 . الشوكاني ، مرجع سابق ، ص 108 ، 109 .

على العالم بالالفاظ والمعاني⁽¹⁾ ، كما أن الأولى والأحوط عند الذين أحازوا الرواية بالمعنى للعالم بالالفاظ والمعاني ، أن يأتي الراوي باللفظ الأصلي للحديث إذا كان حافظاً له⁽²⁾ ، لأن علمه ذلك ليس قرينة قاطعة على إصابته في كل مرة يروي فيها بالمعنى ، بل إن واقفه الصواب في بعض الأحاديث قد يحاتبه في أخرى ، فيكون سبباً في العمل بما لم يقله الشارع ، لذلك كانت السلامة عندهم جميعاً في الإنبان باللفظ ، وترك الرواية بالمعنى .

وقد كان بعض الصحابة يروون الأحاديث بالمعنى ولا يسمونها للنسبي ﷺ بطريق الخزم⁽³⁾ ، بل إن منهم من امتنع عن التحديث ، أو قلل منه مقتصرأ على

(1) - انظر : أبا عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد الله ، جامع بيان العلم وفضله ، تحقيق : مسعد

عبد الحميد السعدي ، ط 1 ، بيروت : دار الكتب العلمية ، 1421 هـ - 2000 م ، ص 113 .

الخطيب البغدادي ، مرجع سابق ، ص 223 .

القاضي عياض بن موسى الحفصي ، الإلماع إلى معرفة أصول الرواية وتقييد السماع ، ط 1 ،

القاهرة : مكتبة دار التراث ، تونس : المكتبة العتيقة ، 1389 هـ - 1970 م ، ص 178 .

علاء الدين البحاري ، مرجع سابق ، ج 3 ، ص 83 .

الأمدي ، مرجع سابق ، ج 2 ، ص 93 .

السيوطي ، مرجع سابق ، ص 381 .

(2) - انظر : الخطيب البغدادي ، مرجع سابق ، ص 200 .

القاضي عياض ، مرجع سابق ، ص 180 .

الأمدي ، مرجع سابق ، ج 2 ، ص 93 .

ابن كثير ، مرجع سابق ، ص 74 .

ابن حجر العسقلاني ، مرجع سابق ، ج 1 ، ص 244 ، وج 11 ، ص 116 .

(3) - انظر : ابن عبد الله ، مرجع سابق ، ص 111 .

الخطيب البغدادي ، مرجع سابق ، ص 241 .

مسند الدارمي ، حديث رقم (268) ، (269) ، (270) ، (271) .

مسند ابن ماجة ، حديث رقم (23) .

ما تيقن حفظه بلفظه⁽¹⁾ ، كل ذلك خوفاً منهم أن ينسبوا إليه ﷺ معاني لم يقصدها ، مع أنهم كما قال ابن العربي : "اجتمع فيهم أمران عظيمان : أحدهما : الفصاحة والبلاغة ؛ إذ جبلتهم عربية ، ولغتهم سليقة .
والثاني : أنهم شاهدوا أقوال النبي ﷺ وفعله ، فأفادتهم المشاهدة عقل المعنى جملة ، واستيفاء المقصد كله ، وليس من أخبر كمن عاين"⁽²⁾ .

المطلب الثاني

علاقة شرط العلم بالألفاظ ومعانيها بـ "ضبط الرواة"

أولاً - اشتراط "الضبط" في راوي الحديث :

ينقسم الحديث من حيث قوته وضعفه إلى : حديث مقبول يُحتَج به ، ويُعْمَل بما فيه من أحكام ، وحديث مردود لا يُحتَج به ، ولا يُعْمَل بما فيه من أحكام .

وكي يكون الحديث مقبولا غير مردود ، اشترط العلماء فيه عدة شروط من أهمها : "ضبط الرواة"⁽³⁾ وهو ما نجده واضحاً في تعريفهم للحديث المقبول

(1) - انظر : علاء الدين البخاري ، مرجع سابق ، ج 2 ، ص 554 .

ابن حجر العسقلاني ، مرجع سابق ، ج 1 ، ص 242 ، 243 .

سنن الدارمي ، حديث رقم (272) ، (273) ، (274) ، (276) ، (278) .

سنن ابن ماجه ، حديث رقم (26) ، (29) .

(2) - أبوبكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي ، أحكام القرآن ، تحقيق : علي محمد البجاوي ، ب.ط ،

بيروت : دار الجيل ، ب.ت ، ج 1 ، ص 22 .

انظر كذلك : القاضي عياض ، مرجع سابق ، ص 180 .

(3) - انظر : ابن الصلاح ، مرجع سابق ، ص 212 .

الآمدي ، مرجع سابق ، ج 2 ، ص 67 .

ابن كثير ، مرجع سابق ، ص 45 .

العراقي ، مرجع سابق ، ص 149 .

السيوطي ، مرجع سابق ، ص 260 .

بقسميه : الصحيح والحسن ، حيث يُعرَّف الحديث الصحيح بأنه :

"هو الحديث المسند الذي يتصل إسناده بنقل العدل الضابط عن العدل الضابط إلى منتهاه ، ولا يكون شاذاً ولا معللاً" (1) .

فإن خف ضبط الراوي فهو الحديث الحسن (2) .

أما إذا ضعف الضبط أو انعدم ، فالحديث حينئذٍ مردود غير مقبول .

والمراد بـ"الضبط" في عرف علماء الحديث : تحمل الحديث وأداؤه كما سُمع ، ولا يكون الراوي ضابطاً إلا إذا كان متيقظاً غير مغفل عند التحمل ، حافظاً واثقاً من حديثه عند الأداء (3) ، فإن كان مغفلاً متساهلاً في التحمل ، كأن لا يبالي بالنوم في مجلس التحديث ، أو كان سيئ الحفظ ، كثير الأوهام والغلط عند الأداء ، اختل في حقه شرط الضبط ، وصار حديثه مردوداً غير مقبول (4) .

(1) - ابن الصلاح ، مرجع سابق ، ص 79 .

وانظر كذلك : علي بن سلطان محمد الهروي القاري ، شرح نخبة الفكر في مصطلحات أهل الأثر ، تحقيق: محمد نزار عييم وهيثم نزار عييم ، ب.ط. ، بيروت : دار الأرقم بن أبي الأرقم ، ب.ت. ، ص 243 ، 244 .

(2) - انظر : المرجع السابق نفسه ، ص 291 وما بعدها .

(3) - انظر : ابن كثير ، مرجع سابق ، ص 45 .

ابن الصلاح ، مرجع سابق ، ص 212

العراقي ، مرجع سابق ، ص 149 .

السيوطي ، مرجع سابق ، ص 261 .

القاري ، مرجع سابق ، ص 248 ، 249 .

(4) - انظر : ابن الصلاح ، مرجع سابق ، ص 238 ، 239 ، 240 .

العراقي ، مرجع سابق ، ص 176 ، 177 .

السيوطي ، مرجع سابق ، ص 293 .

وليس بالضرورة في مثل هذه الحالة أن ترد كل أحاديثه ، بل الأمر فيه تفصيل كما بيَّنه الإمام الشوكاني ، حيث قال : "... الأحوال ثلاثة : إن غلب خطؤه وسهوه على حفظه فمردود إلا فيما عُلِمَ أنه لم يخطئ فيه ، وإن غلب حفظه على خطئه وسهوه فمقبول إلا فيما عُلِمَ أنه أخطأ فيه ، وإن استويا فالخلاف" .

انظر : الشوكاني ، مرجع سابق ، ص 102 .

ثانياً - توقف الضبط في الراوي بالمعنى على العلم بالألفاظ ومعانيها :

يقول الإمام الشوكاني - رحمه الله - : "وليس من شرط الضبط أن يضبط اللفظ بعينه" (1) .

أي لا منافاة بين وصف الراوي بأنه "ضابط" وبين روايته الحديث بالمعنى، وهذا أمر لا خلاف فيه بين العلماء الذين أجازوا هذا النوع من الرواية ، ولكن بشرط أن يكون الراوي علاماً بما يحيل المعاني ، ويؤدي إلى تغييرها (2) ، أي أن يتوفر فيه نفس الشرط الذي وضعه العلماء لجواز الرواية بالمعنى ، والذي سبق لنا الحديث عنه .

يقول السيوطي في تفسيره لشرط الضبط في الراوي :
"... أن يكون (متيقظاً) غير مغفل (حافظاً إن حدث من حفظه ضابطاً لكتابه) من التبديل والتغيير (إن حدث منه) ويشترط فيه مع ذلك أن يكون (عالماً بما يحيل المعنى إن روى به)" (3) .

ومن السهل إدراك السبب الذي لأجله علق الضبط في راوي الحديث بالمعنى على تحقق ذلك الشرط ؛ فمن لم يكن عالماً بما يحيل المعاني ويؤدي إلى تغييرها ، قد يأتي بالألفاظ من عنده يظن أنها مطابقة للألفاظ الأصلية في المعنى ،

(1) - انظر : الشوكاني ، مرجع سابق ، ص 102 .

(2) - انظر : أباعبدالله محمد بن إدريس الشافعي ، الرسالة ، تحقيق : خالد السبع العلمي ، زهير شفيق

الكبي ، ط 2 ، بيروت : دار الكتاب العربي ، 1421 هـ - 2001 م ، ص 250 .

ابن الصلاح ، مرجع سابق ، ص 212 .

ابن كثير ، مرجع سابق ، ص 45 .

العراقي ، مرجع سابق ، ص 149 .

(3) - السيوطي ، مرجع سابق ، ص 261 .

وهي ليست كذلك ، ما قد يؤدي إلى تحريم الحلال ، وتحليل الحرام ، وتبديل الأحكام⁽¹⁾ ، فإذا تساهل الراوي في أداء الحديث بالمعنى والحالة هذه ، كان سبباً في إضعاف الظن في صدقه ، وانخرام الثقة فيه ، ومن ثم رد حديثه وعدم الاحتجاج به⁽²⁾ .

(1) - انظر : الإمام الشافعي ، مرجع سابق ، ص 251 .

محمد أمين ، مرجع سابق ، ج 3 ، ص 100 .

(2) - انظر : ابن الصلاح ، مرجع سابق ، ص 238 ، 239 .

العراقي ، مرجع سابق ، ص 176 ، 177 .

المسيوطي ، مرجع سابق ، ص 293 .

الشوكاني ، مرجع سابق ، ص 102 .

المبحث الثاني

موقف العلماء من الأحاديث المروية

بالمعنى عند الإخلال بالشرط

رأينا فيما سبق من فقرات حرص العلماء البالغ على تأدية حديث رسول الله ﷺ دون مساس بمعانيه ، أو تدخل في مقاصده ، ولأجل ذلك شرطوا في راوي الحديث بالمعنى أن يكون عالماً بالألفاظ ومعانيها ، بصيراً بمدلولاتها ومقادير التفاوت بينها ، فإن هو أقدم على الرواية بالمعنى دون أن يتوفر فيه هذا الشرط ؛ انخرم ضبطه ، ورُدَّ حديثه .

هذه النتيجة تبدو واضحة وثابتة من الناحية النظرية ، لكنها من الناحية العملية لا تخلو من إشكال ؛ فموقف العلماء من عديد الأحاديث المروية بالمعنى التي وقع فيها الإخلال بالشرط السابق يبدو لنا غير منسجم مع تلك النتيجة ، وهو ما يبعث على التساؤل عن المبررات التي قد تكون وراء هذا الموقف .
ولأجل إيضاح هذا الإشكال ، ومعالجته ، سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى المطالب الثلاثة الآتية :

المطلب الأول

عرض الإشكال

أولاً - نماذج من الأحاديث المروية بالمعنى وما وقع فيها من اختلاف :

تصرف الرواة في بعض الأحاديث فنقلوها بالمعنى ، فكان الحديث الواحد - نتيجةً لذلك - ينقل بألفاظ كثير ، وصيغ متعددة ، يغلب عليها الاختلاف في المعنى ، والتفاوت في الدلالة - قليلاً أو كثيراً - وهو ما أدى إلى اختلاف الأحكام

المستنبطة منها ، ومن الأمثلة على ذلك :

أ - حديث الواهبة نفسها :

يتعلق حديث الواهبة نفسها بقصة واحدة ، نقلها الرواة بألفاظ مختلفة ، لا يخفى ما فيها من تباين ، حيث جاء في رواية : "زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ" (1) .

وفي رواية : "زَوَّجْنَاكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ" (2) .

وفي رواية : "أَنْكَحْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ" (3) .

وفي رواية : "مَلَكَتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ" (4) .

وفي رواية : "مَلَّكَتُهَا بِمَا مَعَكُمْ مِنَ الْقُرْآنِ" (5) .

وفي رواية : "أَمْلَكْنَاكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ" (6) .

وفي رواية : "أَمْلَكْتُهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ" (7) .

يقول الحافظ العلائي معلقاً على تعدد روايات هذا الحديث واختلافها "فهذا لا يتأتى أن تكون هذه الألفاظ كلها قالها النبي ﷺ ، في تلك الواقعة وتلك الساعة إلا على سبيل التجويز العقلي المخالف للظن القوي جداً ، فلم يبقَ إلا أنه

(1) - رواه البخاري ، (5029) ، (5132) . مسلم ، كتاب النكاح حديث رقم (76) . الزمذي ،

(1114) . أبوداود (2111) ، وغيرهم .

(2) - رواه البخاري ، (2310) ، (5135) .

(3) - رواه مالك في الموطأ ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في الصداق والحياة . البخاري ، (5149) . النسائي ، (3280) .

(4) - رواه البخاري (5087) ، (5126) ، (5141) ، (5871) . النسائي ، (3339) .

(5) - رواه مسلم ، كتب النكاح ، حديث رقم (76) .

(6) - رواه البخاري ، (5121) .

(7) - رواه أحمد في المسند من حديث سهل بن سعد - رضي الله عنه - .

ﷺ قال لفظاً منها وعبر عنه بقية الرواة بالمعنى" (1) .

ونتيجةً لهذه الروايات المختلفة اختلف العلماء فيما ينعقد به النكاح من الألفاظ ، ليس هذا مقام ذكره .

ب - حديث الذي وقع على امرأته في نهار رمضان :

وهكذا الشأن في حديث الذي وقع على امرأته في نهار رمضان ، فقد نقله الرواة بألفاظ مختلفة رغم أنه قصة واحدة وقعت لشخص واحد (2) . فقد روى بعضهم خصال الكفارة على الترتيب ، كما في صحيح البخاري وغيره ، أنه ﷺ قال له : "هل تجد رقبة تعتقها ؟ قال : لا . قال : فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ قال : لا . قال : فهل تجد إطعام ستين مسكيناً ؟ قال : لا" (3) . ورواها بعض الرواة على التخيير ، كما في صحيح مسلم : "أنه ﷺ أمر رجلاً أفطر في رمضان أن يعتق رقبة أو يصوم شهرين أو يطعم ستين مسكيناً" (4) .

كما وقع الاختلاف بين الرواة في صفة إحدى خصال الكفارة وهي صيام الشهرين ، فبعضهم رواها مقيدة بالتتابع (5) ، وبعضهم رواها مطلقة عن ذلك (1) .

(1) - خليل بن كيكليدي العلائي ، نظم الفرائد لما تضمنه حديث ذي اليدين من الفوائد ، دراسة وتحقيق : كامل شطيبة الراوي ، ب.ط ، الجمهورية العراقية : وزارة الأوقاف والشؤون الدينية ، 1406هـ - 1986م ، ص 268 .

انظر كذلك : عز الدين ابن دقيق العيد ، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، تحقيق : أحمد محمد شاكر ، ط 1 ، القاهرة : مكتبة السنة ، 1418هـ - 1997م ، ص 585 ، 586 .

(2) - انظر : ابن حجر ، مرجع سابق ، ج 4 ، ص 198 .

(3) - البخاري ، (1936) ، (1937) . مسلم ، كتاب الصيام ، حديث رقم (81) . الترمذي ، (724) . ابن ماجه ، (1671) . الدارمي ، (1716) .

(4) - مسلم ، كتاب الصيام ، حديث رقم (81) . مالك في الموطأ ، كتاب الصيام ، باب كفارة من أفطر في رمضان .

(5) - كما في : البخاري (2600) . مسلم ، كتاب الصيام ، حديث رقم (81) . الترمذي ، (724) .

وقد ترتب على اختلاف الرواة في كيفية أداء هذا الحديث اختلاف العلماء في الأحكام المستنبطة منه (2) .

ولا يخفى أن اختلاف الألفاظ في المثالين السابقين ، وما ترتب عليه من اختلاف في الأحكام ناتج عن تصرف الرواة فيها دون مراعاة للتطابق في المعنى بين الألفاظ الأصلية والألفاظ التي يأتون بها من عندهم ، مما يدل على وقوع الإخلال بشرط الرواية بالمعنى الذي مر الحديث عنه .

ثانياً - إقرار العلماء بوقوع الإخلال بشرط الرواية بالمعنى :

إن وقوع الإخلال بشرط العلم بالألفاظ ومعانيها ، في بعض الأحاديث التي رُويت بالمعنى ، حقيقة ظاهرة ، يقر بوجودها بعض العلماء صراحةً ، فهذا القاضي عياض - والمعروف عنه أنه ممن مالوا إلى منع الرواية بالمعنى - يقول : " ينبغي سد باب الرواية بالمعنى لئلا يتسلط من لا يحسن ممن يظن أنه يحسن كما وقع للرواة كثيراً قديماً وحديثاً " (3) .

كما يُرجع الرازي الكثير من فساد أخبار الآحاد وتناقضها واستحالتها إلى الخلل الحاصل في شرط الرواية بالمعنى ، حيث يقول : " وأكثر فساد أخبار الآحاد وتناقضها واستحالتها (4) من هذا الوجه ، وذلك لأنه كان منهم من يسمع اللفظ المحتمل للمعاني فيعبر عنه بلفظ غيره ، ولا يحتمل إلا معنى واحداً على أنه هو المعنى عنده فيفسده " (5) .

(1) - مسلم ، كتاب الصيام حديث رقم (82) ، (84) .

(2) - يُراجع في هذا الخصوص كتب شرح الحديث .

(3) - السيوطي ، مرجع سابق ، ص 384 .

(4) - أي تبديلها وتغيرها ، من الفعل حال يحول .

(5) - محمد أمين ، مرجع سابق ، ج 3 ، ص 98 .

كما يشير الحافظ ابن حجر إلى هذه الحقيقة الواقعة في كثير من الأحاديث بقوله : "... إن الذي يستحيز ذلك [أي الرواية بالمعنى] قد يُظَنُّ أنه يوفي بمعنى اللفظ ولا يكون كذلك في نفس الأمر كما عُهِدَ في كثير من الأحاديث فلاحتمياط الإتيان باللفظ" (1) .

ثالثاً - قبول الأحاديث رغم الإخلال بشرط الرواية بالمعنى فيها :

انتهينا في المبحث الأول إلى أن إخلال الراوي بشرط العلم بالألفاظ ومعانيها سبب في اختلال ضبطه ، ومن ثم رد حديثه ، وعدم الاحتجاج به (2) ، ولا إشكال في هذه النتيجة من الناحية النظرية ، وكنا نتوقع أن نجد لها أثراً من الناحية العملية ، والمتمثل في حكم العلماء برد كل حديث رُوِيَ المعنى طالما كانت ألفاظه تتفاوت في المعنى - ولو قليلاً - مع الألفاظ الأصلية المسموعة منه ﷺ ، ولكن هذا ما لم نجده ، فرغم تعرض العلماء للأحاديث المروية بالمعنى ، وتنبههم على ما وقع في ألفاظها من تفاوت في المعاني والدلالات ، وما ترتب على ذلك من اختلاف في الأحكام المستنبطة منها ، بل وإقرارهم - كما رأينا - بأن مرد ذلك إلى عدم التزام الرواة بشرط العلم بالألفاظ ومعانيها ، رغم ذلك لم نجد أحداً منهم - فيما اطلعت عليه من كتب - أثار الحديث حول ما يمكن أن يترتب على ذلك الإخلال من أثر مهم ، ونعني به رد هذه الأحاديث التي وقع فيها الإخلال ، وعدم الاحتجاج بها ، بل على العكس من ذلك ، وجدناهم يستدلون بها ، ويستنبطون

(1) - ابن حجر العسقلاني ، مرجع سابق ، ج 11 ، ص 116 .

وانظر : أيضاً ما قاله في حديث ولوغ الكلب في الإناء ، ج 1 ، ص 330 .

(2) - ليس بالضرورة أن ترد كل أحاديثه ، بل المقصود هنا رد الحديث الذي وقع فيه ذلك الإخلال ، راجع

للمزيد : الإمام الشافعي ، مرجع سابق ، ص 251 .

وانظر : محمد أمين ، مرجع سابق ، ج 3 ، ص 100 .

الأحكام منها ، ويفصلون آراء العلماء فيها ، أي أنها عندهم مقبولة غير مردودة ،
ويكفي لإثبات ذلك أن نخيل على أي كتاب من كتب شرح الحديث المعروفة .
ولا سبيل للدعاء بأن المسألة قد خفيت على العلماء ، فهي من الواضح
بحيث يدركها المبتدئون ، فما بالك بالجهابذة المتبحرين ؟! فلم يبقَ إلا القول
بوجود مبررات دعتهم لقبول هذه الأحاديث وعدم ردها ، رغم ما يشوبها ، أو
هكذا نظن .

ولكن قبل المرور إلى هذه المبررات ، لابدّ أولاً من تحرير محل الإشكال
وتمييزه على وجه الدقة .

المطلب الثاني تحرير محل الإشكال

للرواية بالمعنى أكثر من صورة ، ينحصر الإشكال في واحدة منها فقط ،
سنقوم باستعراضها مبتدئين بتلك التي لا يتعلق بها الإشكال .

الصورة الأولى :

إذا تعلقت الرواية بالمعنى بحديث واحد ليس له إلا لفظ واحد ، سواء
تعددت طرقه أو لا ، ففي هذه الحالة لا إشكال في قبول الحديث ، ما لم يكن هناك
سبب آخر يوجب رده⁽¹⁾ .

ولا يثار التساؤل في هذه الحال حول ما إذا كان الراوي قد التزم بشرط
الرواية بالمعنى ؛ لأن إتيان الراوي بألفاظ تماثل اللفظ الأصلي دون تفاوت أمر
مفترض ، ولا يمكن لمجرد الظن الحكم بخلاف ذلك ، والحال أننا نجهل اللفظ

(1) - كأن يكون الحديث مرسلًا ، أو ... إلخ .

الأصلي للحديث الذي به يعرف الاختلاف بينه وبين اللفظ المروي بالمعنى .
يقول الأنصاري بعد أن استعرض الضوابط المتعلقة باللفظ الذي يجوز نقله
بالمعنى: "... وأما القبول فلا نزاع فيه ، ويقبل مطلقاً ، ويحمل على أن ما نقله
الراوي من صور ما يجوز نقله بالمعنى ؛ لكونه عدلاً لا يرتكب المخذور ، ولا ينسب
لرسول الله ﷺ ما فيه ريبة ، كيف وإذا نُقل بالمعنى لم يعلم المسموع ؟! فكيف
يحكم عليه بأحد الشقوق حتى يُقال : يقبل في حال ولا يقبل في حال أخرى
فافهم" (1) .

وعلى الرغم من ورود الحديث - في هذه الصورة - بلفظ واحد ، فإن
معرفة كونه مروياً بالمعنى ممكنة ، وذلك في حالتين :

1 - إذا وقع التصريح من الراوي بنقله الحديث بالمعنى ، كما كان يحصل من بعض
الصحابة - رضي الله عنهم - كابن مسعود ، حيث كان يقول بعد رواية
الحديث : "أو دون ذلك أو قريباً من ذلك أو شبيهاً بذلك" (2) .
كما كان أبو الدرداء - رضي الله عنه - يقول بعد رواية الحديث : "هذا أو
نحو هذا أو شكله" (3) .

2 - إذا ورد الحديث بصيغة : أمر رسول الله ﷺ ، أو أمرنا ، أو نهى ، أو نهانا ،
أو رخص ، أو فرض ... إلخ ، فمثل هذه الصيغ لا تكون إلا رواية بالمعنى ،

(1) - الأنصاري ، مرجع سابق ، ج 2 ، ص 167 .

(2) - سنن الدارمي ، (270) . سنن ابن ماجه ، (23) . ابن عبد البر ، مرجع سابق ، ص 111 .

(3) - سنن الدارمي ، (268) . الخطيب البغدادي ، مرجع سابق ، ص 241 . ابن عبد البر ، مرجع سابق ،
ص 111 .

وانظر : مثلاً على ذلك ما وقع في حديث الأعرابي الذي بال في المسجد كما رواه الإمام مسلم في
صحيحه : كتاب الطهارة ، حديث (100) .

فالراوي لم ينقل كلام النبي ﷺ وإنما نقل معناه⁽¹⁾ .

الصورة الثانية :

إذا تعلقت الرواية بالمعنى بحديث له أكثر من طريق ، لكل طريق منها لفظ خاص ، لكنها جميعها متحدة المعنى ، ليس بينها أدنى اختلاف ، كلفظ قعد وجلس ، ومشى وسار ، وأوجب وفرض ، ففي هذه الحالة لا إشكال في قبول الحديث بجميع طرقه ، ما لم يكن هناك سبب آخر يوجب ردها أو رد بعضها ، يستوي في ذلك - أي القبول - معرفة اللفظ الأصلي للحديث من تلك الألفاظ ، أو الجهل به ؛ إذ العبرة بدلالات الألفاظ ومعانيها ، وهي هنا متطابقة لا تفاوت بينها ، فاستوت جميعها في القبول .

الصورة الثالثة :

إذا تعلقت الرواية بالمعنى بحديث له أكثر من طريق ، لكل واحد منها لفظ خاص يختلف عن لفظ الأخرى في دلالة ومعناه ، مع علمنا باللفظ الأصلي للحديث ، ففي هذه الحالة لا إشكال في أن المقبول هو اللفظ الأصلي للحديث ، ويقدم - وجوباً - على باقي الألفاظ الأخرى ، ما لم يكن هناك سبب آخر يوجب رده .

كما لا إشكال - والحالة هذه - في رد الألفاظ المخالفة للفظ الحديث الأصلي ، لاختلال الضبط في روايتها ، بسبب عدم التزامهم بشرط العلم بالألفاظ

(1) - انظر : علاء الدين البخاري ، مرجع سابق ، ص 85 .

وانظر : مثلاً على ذلك الأحاديث الآتية : صحيح البخاري ، (1503) ، (5601) . صحيح مسلم ، كتاب الزكاة ، حديث رقم (12) . كتاب الزهد والرفائق ، حديث (3002) . سنن الترمذي ، حديث (955) ، (1563) ، (1224) .
والأمثلة على هذه الحالة أكثر من أن تُحصى .

ومعانيها كما هو واضح⁽¹⁾ .

ويمكن معرفة اللفظ الأصلي للحديث في هذه الصورة بأحد أمرين :

- 1 - تصريح الراوي في إحدى الطرق ، أنه روى الحديث بلفظه الذي سمعه⁽²⁾ .
- 2 - إذا كان للحديث طريقان، وترجح لدينا أن الرواية في أحدهما تمت بالمعنى⁽³⁾ إما لكون الراوي صرح بذلك في روايته ، وإما لوجود بعض الصيغ التي تفيد ذلك كقول الراوي : نهانا ، أو رخص لنا رسول الله ﷺ ... كما مر بنا ، فغالب الظن في هذه الحال أن تكون الرواية الأخرى هي اللفظ الصادر عن النبي ﷺ ، فالقاعدة أن الأصل في الحديث أنه مروى باللفظ لا بالمعنى .

الصورة الرابعة :

بقيت صورة واحدة ، هي محل الإشكال ، وتمثل في ورود الحديث المتعلق بواقعة أو قصة واحدة ، بعدة ألفاظ مختلفة المعاني ، ومتفاوتة الدلالات ، مع عدم معرفة اللفظ الأصلي من بينها ، فعلى أي أساس يتم قبول هذه الروايات المختلفة رغم وجود هذا الاختلاف والتفاوت بينها؟! ولماذا لم يحكم العلماء بردها وترك الاحتجاج بها كما كنا نتوقع؟! هذا التساؤل هو الذي أثار فينا الرغبة

(1) - لا تخضع هذه الصورة لما هو مقرر في قواعد الأصول من أن الحديث المروي باللفظ يقدم على الحديث المروي بالمعنى عند التعارض ، فالمفترض في الأدلة الخاضعة لهذه القاعدة أنها أدلة مقبولة ، وقع التعارض بينها ، ولم يكن هناك سبيل للجمع بينها ، حينها يصار إلى الترجيح بهذا المرجح بعد النظر في مرجحات أخرى ، في حين تتعلق الصورة التي نحن بصددتها بحديثين أو أكثر ، واحد مقبول والباقي مردود ، فلا يُتصور التعارض بينهما ؛ لكون الحديث المردود لا يقوى على معارضة الحديث المقبول .

انظر في خصوص القاعدة المشار إليها : الشوكاني ، مرجع سابق ، ص 461 .

(2) - انظر : مثلاً على ذلك حديث البراء بن عازب ، صحيح البخاري ، حديث رقم (247) .

(3) - كما يمكن أن يكون ذلك في الحديث الذي له أكثر من طريقين ، المهم أن تبقى طريق واحدة لا يغلب على الظن وقوع الرواية بالمعنى فيها .

لكتابة هذه الورقات ، وسنحاول فيما بقي منها أن نجيب عليه ، مستمدين العون من الله .

المطلب الثالث

مبررات قبول الأحاديث المروية بالمعنى عند تخلف الشرط

بعد أن قمنا بعرض الإشكال الذي يطرحه موقف العلماء المتمثل في قبول الأحاديث المروية بالمعنى رغم وقوع الإخلال بشرط العلم بالألفاظ ومعانيها ، وما أردفناه به من تحرير لمحل ذلك الإشكال ، نصل إلى أدق مسائل البحث وأكثرها أهمية ، ونعنى بها : المبررات التي يُفترض أن العلماء - رحمهم الله - استندوا إليها في اتخاذهم لذلك الموقف ، ولو أنني وجدت فيما قرأت واطلعت عليه من كتب من تعرض لهذه المسألة مفصلة وأتى بالمبررات جلية ، لاكتفيت به ، ولم أرَ لكتابة هذا البحث من داعٍ ، لكنني لم أظفر بشيء مما تمنيت ، ماعدا بعض الإشارات المجملية والعبارات المحتملة ، لذلك سنقدم على بحث هذه المسألة مستمدين العون من الله - عز وجل - ومستثمرين ما استفدناه من معلومات من خلال القراءة والبحث في هذا الموضوع .

إذا عدنا إلى الصورة محل الإشكال ، والمتمثلة في ورود الحديث بعدة ألفاظ مختلفة المعنى ، مع جهلنا باللفظ الأصلي ، نجد أنفسنا أمام أحد احتمالين لا ثالث لهما : فإما أن يكون اللفظ الأصلي موجوداً بين تلك الألفاظ ، وإما ألا يكون موجوداً بينهما ، أي أنها جميعها روايات بالمعنى ، وعلى أساس هذا التقسيم يمكن الخوض في مبررات قبول الحديث المروي بالمعنى بجميع ألفاظه المختلفة المعنى على النحو الآتي :

أولاً - في حال وجود اللفظ الأصلي للحديث :

رغم عدم علمنا باللفظ الأصلي من بين ألفاظ الحديث المختلفة ، فإن احتمال وجوده بينها احتمال وارد ، بل احتمال قوي ؛ فالأصل أن يؤدي الراوي الحديث الذي سمعه بلفظه ، وترتيبه ، دون تبديل ، أو تغيير ، وعلى هذا الأساس ينبغي التعامل مع الأحاديث التي وصلت إلينا صحيحة على أنها ذات الألفاظ التي صدرت عنه ﷺ ، ما لم يقيم دليل على خلاف ذلك .

يقول الإمام الشافعي - رضي الله عنه - فيما أورده عنه الزركشي : " وكل من أدى إلينا شيئاً قبلناه على أنه لفظ المحكي عنه حتى علمنا أنه حكى على خلاف ذلك " (1) .

ولهذا وجدنا العلماء في بعض الأحاديث التي وردت بألفاظ مختلفة نتيجة لروايتها بالمعنى ، يسعون لترجيح إحدى الروايات على أنها هي اللفظ الأصلي للحديث ، مما يدل على أنهم يعتبرون وجود اللفظ الأصلي للحديث بين تلك الألفاظ أمراً مفترضاً ، لكنه مبهم يحتاج في تعيينه إلى نظر واجتهاد (2) .

وبالنظر إلى أننا نجهل اللفظ الأصلي بعينه ، فكل لفظ من ألفاظ الحديث المختلفة يمكن أن يكون هو اللفظ الأصلي ، وقد أشار الحافظ العلائي إلى ذلك ، عند تعليقه على حديث الواهبة نفسها ، وما حصل فيه من اختلاف في الروايات ، مناقشاً من يرى أن اللفظ الذي ينعقد به النكاح هو لفظ التملك حيث يقول : " فإن قال أن النكاح في القصة انعقد بلفظ التملك ومن قال غيره عبر بالمعنى ،

(1) - الزركشي ، مرجع سابق ، ج 3 ، ص 417 .

(2) - انظر : على سبيل المثال الاجتهاد الذي وقع من العلماء في تحديد اللفظ الأصلي لحديث الواهبة نفسها

الذي ورد بعدة ألفاظ .

ابن حجر العسقلاني ، مرجع سابق ، ج 9 ، ص 121 ، 122 .

يقلبه خصمه عليه ، ونقول مثل ذلك في التزويج والإنكاح فلم يبقَ حينئذٍ إلا التزجيج بأمر خارجي " (1) .

وعلى هذا الأساس وجب قبول كل الروايات ، وعدم طرح أي منها ، والقول بخلاف ذلك فيه هدر للدليل الشرعي مع ما يحمله من تشريع ، وفي ذلك فساد عظيم .

ولا يخفى أن مقصودنا بقبول كل الروايات ؛ قبولها من الناحية الحديثة ، أي الحكم بصحتها أو حسنها - حسب الأحوال - طالما لم يكن هناك سبب آخر لردّها . أما من حيث الاستدلال بها ، واستنباط الأحكام الشرعية منها ؛ فذلك خاضع للقواعد التي تحكم الأدلة المتعارضة ، كما هو مبين في كتب أصول الفقه وغيرها (2) .

(1) - العلاني ، مرجع سابق ، ص 268 .

(2) - تلخص هذه القواعد في أنه عند وجود تعارض بين دليلين فإن أمكن الجمع بينهما بوجه من وجوه الجمع تحتم المصير إليه ، فإن تعذر ذلك ينظر أن كان أحدهما ناسخ للآخر ، وذلك متوقف على معرفة السابق منهما واللاحق ، فإن تعذر ذلك يصار إلى ترجيح أحدهما بأحد المرجحات ، وهي كثيرة ، فإن تساوى الدليلان من كل وجه ، وتعذر الترجيح - وهو أمر نادر - يُتوقّف عن الاستدلال بهما ، ويتم البحث عن أدلة أخرى في المسألة .
انظر في خصوص هذه القواعد :

الغزالي ، مرجع سابق ، ص 374 وما بعدها .

الآمدي ، مرجع سابق ، ج 4 ، ص 206 وما بعدها .

القارئ ، مرجع سابق ، ص 362 وما بعدها .

الشوكاني ، مرجع سابق ، ص 454 وما بعدها .

ومن الواضح جداً أنه لا سبيل للقول بالنسخ في حال تعارض الروايات في الحديث المروي بالمعنى ؛ لأن النسخ يقوم أساساً على التفاوت الزمني بين الأدلة ، والحالة التي نحن بصددّها تتعلق بدليل واحد ، صدر في وقت واحد وإن اختلفت ألفاظه ، فلم يبقَ - من الناحية العملية - إلا طريقان مهمان وهما :
الجمع والتزجيج . وقد بين الحافظ العلاني ذلك بوضوح حيث قال :

ثانياً - في حال عدم وجود اللفظ الأصلي للحديث :

في مقابل الاحتمال الأول هناك احتمال آخر - وإن كان أضعف منه - وهو أن اللفظ الأصلي للحديث غير موجود بين الألفاظ التي وصلتنا ، أي أنها جميعها روايات بالمعنى ، وهو أمر لا يمكن استبعاده ، فقد ينقل الراوي الحديث بالمعنى دون أن يصرح بذلك ، وهذا الوضع هو السائد - غالباً - عند نقل الحديث بالمعنى ، وفي ظل جهلنا باللفظ الأصلي للحديث ، فإننا إذا نظرنا لكل رواية على حدة ، فإن أية واحدة منها يمكن أن تكون مطابقة للفظ الأصلي للحديث كما صدر عن النبي ﷺ ؛ فكما أن نقل الراوي للحديث بلفظه أصل مفترض - كما مر - فكذلك توفر شرط العلم بالألفاظ ومعانيها في الراوي عند نقله الحديث بالمعنى ، وإتيانه بلفظ مطابق للفظ الأصلي أمر مفترض أيضاً حتى يثبت لنا عكس ذلك ، ومن أين لنا إثبات العكس واللفظ الأصلي للحديث مجهول؟! (1) .

= "إذا اتحد مُخرَج الحديث واختلفت ألفاظه فإما أن يمكن رد إحدى الروایتين إلى الأخرى [الجمع] ... فإن أمكن ذلك تعين المصير إليه" .

العلائي ، مرجع سابق ، ص 262 .

وانظر في نفس المعنى : ابن حجر العسقلاني ، مرجع سابق ، ج 2 ، ص 140 ، ج 4 ، ص 196 .

ثم يضيف الحافظ العلائي قائلاً :

"وأما إذا لم يتأتَّ الجمع بين الروايات وتعذر رد إحداهما إلى الأخرى فهذا محل النظر وبمحال الترجيح" .

العلائي ، مرجع سابق ، ص 266 . وانظر كذلك في نفس المعنى :

ابن دقيق العيد ، مرجع سابق ، ص 585 .

ابن حجر العسقلاني ، مرجع سابق ، ج 9 ، ص 121 ، 122 .

(1) - يمكننا في هذه المسألة أن نستند فيما قلناه على ما أورده الأنصاري في شرحه لمسلم الثبوت عند حديثه

عن قبول الحديث المروي بالمعنى مطلقاً ، على الرغم من ميلنا إلى أن ما أورده متعلق بالحديث المروي

بالمعنى الذي ليس له إلا لفظ واحد - وهي الصورة الأولى من صور الرواية بالمعنى - كما سبق

وأوضحنا . انظر : الأنصاري ، مرجع سابق ، ج 2 ، ص 167 .

وبناءً على ما سبق ، كان من اللازم قبول كل الروايات ، وعدم الإعراض
عن أي منها ؛ لاحتمال أن تكون هي اللفظ المطابق للفظ الحديث الأصلي . وإذا
كان اللفظ الأصلي للحديث - إذا صح - واجب القبول والاتباع⁽¹⁾ ، فكذلك
اللفظ المطابق له ؛ إذ العبرة من الألفاظ معانيها لا حروفها ، وطالما أن الراوي
أصاب المعنى فقد أتى بالمقصود⁽²⁾ .

(1) - راجع ما قلناه في ص 194 من هذا البحث حول مقصودنا من قبول الأحاديث ، وما ذكرناه في
الهامش هناك من مسائل تتعلق بذلك .

(2) - انظر : الآمدي ، مرجع سابق ، ج 2 ، ص 94 .

علاء الدين البخاري ، مرجع سابق ، ج 3 ، ص 86 .

محمد أمين ، مرجع سابق ، ج 3 ، ص 99 .

الخاتمة

الحق أن قبول العلماء لبعض الأحاديث المروية بالمعنى مع ما شابها من خلل في شرط العلم بالألفاظ ومعانيها قد أثار فينا الاستغراب ، وأوجد لدينا الإشكال ، خصوصاً أننا لم نظفر - فيما اطلعنا عليه من كتبهم - ببيان شافٍ ، ولا بكلام صريح مباشر حول مبررات هذا القبول وأسانيده ، الأمر الذي حرك فينا الرغبة في بحث هذا الموضوع ؛ لعلنا أن قبول العلماء لتلك الأحاديث لابد أن يكون له مدخل معتبر ، وسبيل لها حظ من النظر .

ولعلنا في هذا البحث المتواضع نكون قد وفّقنا في الكشف عن ذلك المدخل ، وإبانة تلك السبيل .

ولا ندّعي أننا استدركنا على العلماء - رحمهم الله - ما فاتهم ، أو فتح علينا من العلم ما انغلق عليهم ، بل نحسن الظن بهم وبعلمهم ، فلعل المسألة من الوضوح عندهم بحيث لم يتعلق بذكرها فائدة ، ورأوا الاشتغال بغيرها أنفع ، فلما قصرت أفهامنا ، وقلّت بضاعتنا تراءت لنا تلك المسائل من العضلات المبهمة .

وما التوفيق إلا من عند الله

مصادر البحث ومراجعته

- 1 - أحمد بن حنبل بن محمد ، مسند الإمام أحمد .
- 2 - أحمد بن شعيب بن علي النسائي ، سنن النسائي .
- 3 - أحمد بن علي المعروف بالخطيب البغدادي ، الكفاية في علم الرواية ، تحقيق : أحمد عمر هاشم ، ط 1 ، بيروت : دار الكتاب العربي ، 1405هـ - 1985م .
- 4 - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، تحقيق : محب الدين الخطيب ، ط 1 ، القاهرة : دار الريان للتراث ، 1407هـ - 1986م .
- 5 - تقي الدين بن دقيق العيد ، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، تحقيق : أحمد محمد شاكر ، ط 1 ، القاهرة : مكتبة السنة ، 1418هـ - 1997م .
- 6 - جلال الدين السيوطي ، تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي ، تحقيق : أيمن الشبراوي ، ب.ط ، القاهرة : دار الحديث ، 1423هـ - 2002م .
- 7 - خليل بن كيكليدي العلائي ، نظم الفرائد لما تضمنه حديث ذي الينين من الفوائد ، تحقيق : كامل شطيب الراوي ، ب.ط ، الجمهورية العراقية : وزارة الأوقاف والشؤون الدينية ، 1406هـ - 1986م .
- 8 - سليمان بن الأشعث السجستاني ، سنن أبي داود .
- 9 - عبدالرحيم بن الحسين العراقي ، فتح المنيع شرح ألفية الحديث . تحقيق : صلاح عويضة ، ب.ط ، بيروت : دار الكتب العلمية ، 1421هـ - 2001م .
- 10 - عبدالله بن عبدالرحمن الدارمي ، سنن الدارمي .
- 11 - عبدالعلي محمد بن نظام الدين الأنصاري ، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ، ط 1 ، مطبوع مع كتاب المستصفى للغزالي ، القاهرة : المطبعة الأميرية - ببلاق ، 1324هـ .

- 12 - عثمان بن عبدالرحمن الشهرزوري المعروف بابن الصلاح ، معرفة أنواع علم الحديث، تحقيق : عبداللطيف الهميم وماهر ياسين الفحل ، ط 1 ، بيروت : دار الكتب العلمية ، 1423هـ - 2002م .
- 13 - علاء الدين عبدالعزيز بن أحمد البخاري ، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي ، تحقيق : عبدالله محمود محمد عمر ، ط 1 ، بيروت : دار الكتب العلمية ، 1418هـ - 1997م .
- 14 - علي بن أبي علي بن محمد الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، ب.ط ، القاهرة: مؤسسة الحلبي وشركاه ، 1387هـ - 1967م .
- 15 - علي بن سلطان محمد الهروي القاري ، شرح نخبة الفكر في مصطلحات أهل الأثر ، تحقيق : محمد نزار تميم وهيثم نزار تميم ، ب.ط ، بيروت : دار الأرقم، ب.ت .
- 16 - علي بن محمد بن محمد الغزالي ، المستصفى في علم الأصول ، تحقيق : محمد عبدالسلام عبدالشافى ، ب.ط ، بيروت : دار الكتب العلمية ، 1420هـ - 2000م .
- 17 - عماد الدين أبوالفداء إسماعيل بن كثير ، الباحث الحثيث في اختصار علوم الحديث ، ب.ط ، بيروت : دار الفكر ، ب.ت .
- 18 - عياض بن موسى اليحصبي ، الإلماع إلى معرفة أصول الرواية وتقييد السماع، ط 1، القاهرة : مكتبة دار التراث ، تونس : المكتبة العتيقة ، 1389هـ - 1970م.
- 19 - مالك بن أنس ، موطأ الإمام مالك .
- 20 - مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم .
- 21 - محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري ، صحيح البخاري .
- 22 - محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي ، البحر المحيط .

- 23 - محمد بن إدريس الشافعي ، الرسالة ، تحقيق : خالد السبع العلمي وزهير شفيق الكبي r ، ط2 ، بيروت : دار الكتاب العربي ، 1421هـ - 2001م .
- 24 - محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي ، أحكام القرآن ، تحقيق : علي محمد البجاوي ، ب.ط ، بيروت : دار الجليل ، ب.ت .
- 25 - محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول ، تحقيق: أبي مصعب محمد سعيد البدري ، ط6 ، بيروت : مؤسسة الكتب الثقافية ، 1415هـ - 1995م .
- 26 - محمد بن عيسى بن سورة الترمذي ، سنن الترمذي .
- 27 - محمد بن يزيد بن ماجه القزويني ، سنن ابن ماجه .
- 28 - يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر ، جامع بيان العلم وفضله ، تحقيق : مسعد عبدالحميد السعدي ، ط1 ، بيروت : دار الكتب العلمية ، 1421هـ - 2000م .

الخبرة وما تشيره من إشكاليات في ضوء أحكام

القانون رقم 17 لسنة 1986م بشأن المسؤولية الطبية (*)

أ. د. موسى مسعود ارحومة

أستاذ القانون الجنائي

كلية القانون - جامعة قاريونس

توطئة

تلعب الخبرة - دون شك - دوراً بارزاً في الإثبات بوجه عام والجنائي على وجه الخصوص. ولأدّل على ذلك أن الحاجة إليها باتت تزداد باطراد في الوقت الحاضر ، لاسيما مع التطور الهائل الذي شمل شتى العلوم والمعارف الإنسانية المتعلقة بصورة أو بأخرى بالدعوى التي تُطرح على القضاء ، وتعجُّ بها قاعات المحاكم كل يوم .

فقد أضحت وسائل الإثبات التقليدية التي كانت تحتل فيما مضى مكان الصدارة في كشف الجريمة وإثباتها ، غير فعالة ، ولم تعد قادرة على توفير الحد الأدنى من الطمأنينة للقاضي الجنائي فيما يصدر عنه من أحكام . ومن ثم فهو كثيراً ما يجد نفسه مضطراً إلى اللجوء إلى أهل الفن والعلم لاستقصاء رأيهم فيما قد يلتبس عليه من أمور أو يشكل عليه من مسائل ذات طبيعة فنية يتعذر الخوض فيها دون مساعدة هؤلاء المختصين⁽¹⁾. وفي طليعة الميادين التي تبدو فيها الحاجة ماسة للخبرة ميدان المسؤولية الطبية ، وإثبات الأخطاء الناشئة عن ممارسة العمل الطبي.

(*) - بحث مقدم إلى الندوة العلمية الثانية حول قانون المسؤولية الطبية الليبي بين النظرية والتطبيق بعد يوم

هيئة التأمين الطبي ، (طرابلس 24-26 أيلول (أبريل) 1999م) .

والمتتبع لتاريخ مهنة الطب ، يلحظ مدى التطور الذي بلغته في شتى فنونها ومجالاتها ، سواء على صعيد الفحص والتشخيص أم على صعيد العلاج والجراحة. فبفضل ذلك أمكن الوقوف على أسباب كثير من الأمراض التي كانت تحصد أرواح آلاف المرضى دون تبين الأسباب الحقيقية المؤدية إليها . كما أصبح من الممكن علاج عديد الأمراض التي كان علاجها إلى وقت قريب نسبياً مستعصياً، إن لم يكن ميئوساً منه.

إلا أنه بالرغم من التقدم المتنامي لمهنة الطب في عصرنا الراهن ، فإن ممارسة تلك المهنة تقضي إلى بعض المخاطر جراء ما قد يقع فيه بعض أصحابها من أخطاء ، تكون فادحة أحياناً⁽²⁾، الأمر الذي يجعل مهمة القاضي جد عسيرة في كشف مثل هذه الأخطاء ونسبتها إلى مرتكبيها ، بحيث لا يمكن الفصل في الدعوى دون حسم المسائل الفنية الدقيقة المتصلة بمباشرة العمل الطبي ، والتي هي بعيدة عن مجال تخصصه⁽³⁾ . وهذا أمر لا يستطيع البت فيه سوى أهل المهنة أنفسهم دون غيرهم ، فهم الذين يمكنهم تقدير ما إذا كان ثمة انحراف عن أصول المهنة وقواعدها المتعارف عليها ، وبالتالي يكون المهني الطبي عرضة للمساءلة عما يكون قد نسب إليه من خطأ ، أم أن أصول المهنة قد روعيت أثناء القيام بالعمل الطبي ، ولم يتم الخروج عليها ، فيكون بذلك بمنأى عن أية مسؤولية مدنية كانت أم جنائية أو تأديبية .

وإدراكاً من المشرع الليبي لأهمية الخبرة في إثبات الخطأ الطبي ، جاء القانون رقم 17 لسنة 1986م بشأن المسؤولية الطبية ليقرر مهمة تقدير الخطأ الطبي لمجلس يتم تشكيله من عدد من ذوي التخصصات الطبية العالية (مادة 27 منه)، ولوضع ذلك الحكم موضع التطبيق ، صدر قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (182) لسنة 1989م القاضي بتشكيل المجلس المشار إليه وتحديد اختصاصاته

وكيفية مباشرة مهامه المناطة به .

وقد أثار تطبيق المادة المذكورة جدلاً في الفقه والقضاء الليبيين مذ دخل القانون المشار إليه حيز النفاذ ، خاصة بُعيد صدور بعض الأحكام القضائية تطبيقاً له، وبالذات حكم المحكمة العليا في الطعن الجنائي رقم 364 / 36 ق في جلستها المنعقدة بتاريخ 12 / 2 / 92م.

وتمحور هذا الجدل أساساً حول نقطتين جوهريتين ، تتعلق الأولى بمدى التزام القضاء الجنائي باستفتاء المجلس الطبي فيما يثار أمامه من وقائع ذات علاقة بالمسؤولية الطبية ، أما الثانية فتتعلق بمدى حجية الرأي الذي ينتهي إليه المجلس المذكور بصدد المسائل التي تُحال إليه من الأجهزة القضائية .

وتفرع عن ذلك جملة من التساؤلات أهمها : هل باستحداث المجلس الطبي المشار إليه يتعين على قاضي الموضوع اللجوء إليه في كل ما يُثار أمامه من مسائل تتصل بمباشرة العمل الطبي أياً كانت ؟ أم أن الإحالة على المجلس المذكور قاصرة على حالات معينة دون غيرها ؟ وما إذا كانت الاستعانة بالمجلس الطبي تحول دون اللجوء إلى خبير آخر خلافه ؟ وإلى أي حد يلتزم القاضي الجنائي برأي المجلس الطبي ؟ وما الأثر الذي يرتبه القانون عند التصدي لمسألة طبية دون أخذ رأي المجلس بشأنها ؟ وما مدى صلاحية المجلس للبت في مسألة فنية معروضة عليه إذا لم يتوفر النصاب الذي نصَّ عليه القانون ؟ وهل يمكن أن يؤثر ذلك في قيمة الرأي الذي يبديه ؟.

كل ذلك يمثل أهم الإشكاليات التي يثيرها موضوع الخبرة في ضوء أحكام المادة (27) من القانون المذكور والقرارات الصادرة بمقتضاه .

وتحاول هذه الورقة المتواضعة الإجابة عنها ، وذلك من خلال محورين اثنين، نخصص الأول لبحث سلطة محكمة الموضوع في الاستعانة بالخبراء وتقدير

آرائهم الفنية في إطار القواعد العامة. في حين نفرد المحور الثاني لبحث إشكاليات تطبيق المادة (27) من القانون رقم 17 لسنة 86م بشأن المسؤولية الطبية ، وذلك كل في مطلب على حدة .

المطلب الأول

سلطة محكمة الموضوع في الاستعانة بالخبراء وتقدير آرائهم الفنية

يتمتع القاضي الجنائي بسلطة واسعة سواء من حيث قبول الدليل أو تقدير قيمته الشبوتية . وفي إطار مبدأ الإثبات الحر ، تخضع الخبرة - أياً كان موضوعها - للقواعد العامة للإثبات الجنائي ، شأنها شأن وسائل الإثبات الأخرى ، ولا تشذ - من حيث المبدأ - عن هذا الأصل العام . وبالتالي فإن الاستعانة بالخبراء وتقدير الرأي الفني لهؤلاء أمر متروك - من حيث الأساس - لتقدير قاضي الموضوع . وعلى هذا سنتناول في فقرة أولى حدود سلطة محكمة الموضوع في الاستعانة بالخبراء ، في حين نخصص فقرة ثانية لبحث سلطتها في تقدير رأي الخبير الفني .

أولاً - حدود سلطة قاضي الموضوع في الاستعانة بالخبراء :

يعود أمر تقدير الحاجة إلى الخبرة - كما بيّنّا - إلى محكمة الموضوع⁽⁴⁾ ، فهي تلجأ عادة إلى ندب خبير لاستطلاع رأيه الفني متى قدرت أن المسألة المعروضة عليها تتطلب ذلك طبقاً لما تقرره المادة 265 إجراءات جنائية ، إذ تنص على أنه : ((للمحكمة سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم أن تعيّن خبيراً واحداً أو أكثر في الدعوى)) .

التي ضبط بها المخدر لإثبات عدم ضبطها مع المتهم تكديماً لشهود الإثبات ، وأسست رفضها على أن الحقيقة قد تداولتها عدة أيادٍ قد أقحمت نفسها في مسألة فنية لا تستطيع أن تستقل بإبداء الرأي فيها دون الاستعانة بالخبير الفني وهو الذي يستطيع بعد الفحص أن يبين ما إذا كانت البصمات الموجودة على الحقيقة صالحة لرفعها ويبين عن صاحبها⁽¹⁷⁾ .

والمسائل الفنية التي يستلزم اللجوء بشأنها إلى الخبراء كثيرة ومتنوعة ، وتنتمي إلى علوم وتخصصات متباينة ، منها على سبيل المثال لا الحصر ما يتعلق بتحديد زمن الوفاة وسببها ، والحالة العقلية للمتهم ، وتحليل الدم لأجل معرفة الزمرة الدموية أو الوقوف على نسبة الكحول أو المخدر في الدم ، ومضاهاة البصمات وتحقيق الخطوط ، وتحديد البصمة الوراثية (DNA) ، والتلاعب بمعطيات الحاسوب ، وغير ذلك كثير مما لا يتسع المقام لذكره⁽¹⁸⁾ .

وتأسيساً على ذلك ، إذا كان الخصم قد طلب ندب خبير في مسألة ذات طبيعة فنية بحت ، ورأت المحكمة رفض طلبه هذا ، فيكون متعيناً عليها والأمر كذلك تبرير هذا الرفض تبريراً منطقياً سائغاً في أسباب حكمها بالاستناد إلى مصدر علمي قاطع في المسألة الفنية ، أما إذا أغفلت ذلك ، وتجاهلت الرد على طلب إجراء الخبرة أو ردت عليه رداً غير سائغ ، فيكون حكمها عندئذ مشوباً بالقصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع⁽¹⁹⁾ .

وفي الإطار ذاته ذهب جانب من الفقه إلى أنه إذا كان الخطأ الطبي مادياً فإنه يجوز لمحكمة الموضوع الفصل فيه بنفسها ، في حين يتعين عليها ندب خبير متخصص متى كان الخطأ فنياً⁽²⁰⁾ .

كما قُضي بأن ما ورد بالحكم المطعون فيه من افتعال الإصابات التي وجدت بالجاني عليهم المبينة بالتقارير الطبية والتي نسبوا إحداثها إلى المتهمين ، إنما

هو فصل في مسألة فنية بحث ، مما كان يقتضي من المحكمة ، حتى يستقيم قضاؤها ، أن تحققها عن طريق المختص فنياً وهو الطبيب الشرعي (21).

ثانياً - سلطة محكمة الموضوع في تقدير رأي الخبير :

كما تملك محكمة الموضوع حرية واسعة في ندب الخبراء وتقدير مدى الحاجة إلى الاستعانة بهم ، فإنها تحظى كذلك - من حيث الأصل - بصلاحيّة كبيرة في تقدير القوة التدلّيلية للرأي الذي يخلص إليه الخبير في نهاية المأمورية المنتدب من أجلها ، لذلك يقال بأن "المحكمة هي الخبير الأعلى" أو "القاضي خبير الخبراء" في كل ما يمكنها البت فيه بنفسها أو بمساعدة خبير يخضع رأيه لتقديرها (22).

وعلى هذا الأساس ، واستناداً إلى مبدأ القناعة الوجدانية للقاضي الجنائي وحرّيته في تقدير الدليل ، فإن المحكمة ليست مقيدة بنتيجة الخبرة ، وإنما يخضع ذلك لمطلق تقديرها ، فلها أن تقبل الرأي الذي ينتهي إليه الخبير أو تطرحه جانباً ولا تعول عليه (23)؛ ذلك أن تقرير الخبير لا يعدو أن يكون أحد العناصر التي تُسهم في توليد القناعة الوجدانية لدى المحكمة شأنه شأن الأدلة المطروحة على بساط البحث ، والتي تخضع لتحميمصها وتقدير قيمتها الثبوتية .

وهي ، نتيجة لذلك ، يمكنها ترجيح رأي خبير على آخر متى اطمأنت إلى أحدهما دون الآخر (24) . فضلاً عن أنها تملك تجزئة تقرير الخبير ، بحيث تأخذ بما ترتاح إليه منه ، وتستبعد ما لا يطمئن إليه وجدانها (25) .

ويمكنها كذلك التعويل على رأي الخبير ولو لم يكن وارداً على سبيل الجزم والقطع . أي أن لها الجزم بما لم يجزم به الخبير في تقريره (26) . وعند حصول التعارض بين تقريرين لخبيرين ، فإن المحكمة ليست ملزمة بندب خبير ثالث للترجيح بينهما ، بل لها أن ترجح أيّاً منهما . ذلك أن ندبها الخبير ليس من شأنه أن يسلبها

ما لها من حق في تقدير قوته الإثباتية .

ولهذا ، فمتى كانت محكمة الموضوع قد اطمأن وجدانها إلى ما تضمنه تقرير الخبير ، وقدرت أن المطاعن التي وجهت إليه غير جدية ، فلا جناح عليها إن رفضت ندب غيره متى كانت قد بررت هذا الرفض بشكل سائغ⁽²⁷⁾ . هذا إذا كانت المسألة موضوع الخبرة ليست فنية محض ، أما إذا كانت كذلك فلا يجوز رفض رأي الخبير بشأنها ، إلا بناءً على رأي فني آخر⁽²⁸⁾ ، ولا يصح تفنيده بالاستناد إلى شهادة الشهود أو بناءً على المعلومات الشخصية للقاضي⁽²⁹⁾ .

بعبارة أوضح أن محكمة الموضوع لا يسوغ لها أن تحل محل الخبير متى كانت المسألة المعروضة عليها ذات طبيعة فنية بحت⁽³⁰⁾ .

تقدير مبدأ " المحكمة هي الخبير الأعلى " :

الرأي الغالب - كما بينّا سابقاً - في الفقه والقضاء ، سواء الليبي أم المقارن ، أن رأي الخبير يخضع لمطلق تقدير محكمة الموضوع فلا تلتزم بالركون إليه أو التعويل عليه ، فيمكنها طرحه جانباً إذا اهتزت ثقتها به ، ولم تجد فيه ما يجعله صالحاً لتكوين قناعتها في الدعوى المعروضة عليها ، كل ما في الأمر أنه عند طرحها له يتعين تعليل ذلك تعليلاً سائغاً⁽³¹⁾ .

غير أن هذا الاتجاه لم يكن محل التسليم تماماً من الفقه ، فقد انبرى البعض لمناهضة قبول رأي الخبير ، وأساس ذلك هو عدم الوثوق به ، بدعوى أن الرأي الذي ينتهي إليه ما هو إلا تعبير عن وجهة نظره ، وكثيراً ما يحصل في الواقع التعارض بين وجهات نظر الخبراء بصدد المسألة الواحدة ، الأمر الذي يفضي إلى زعزعة الثقة في رأي الخبير ، ويوهن من قوته الإثباتية بحيث تظل تقارير الخبراء محل شك ، فلا تطمئن إليها المحكمة ، خاصة إذا ما وضع في الحسبان أن المدارس العلمية

تكون متباينة أحياناً ، مما يجعل كل خبير يغلب الاتجاه الذي يعتنقه ، ويغض النظر عما سواه . بعبارة أخرى ، فإن تعارض آراء الخبراء بشأن المسألة الواحدة يؤثر دون شك في عقيدة المحكمة ، ويضفي ظلالاً من الريبة بحيث يكون من المتعذر عليها انتقاء ما هو جدير بالثقة حتى يمكن الركون إليه والاطمئنان إلى ما جاء فيه (32).

وفي المقابل ، ذهب رأي آخر في الفقه إلى التشكيك فيما يتمتع به القاضي من حرية في تقدير رأي الخبير ، بمقولة أن تلك الحرية المزعومة لا وجود لها من حيث الواقع ، فهي لا تعدو أن تكون مسألة نظرية بحث باعتبار أن رأي الخبير هو الذي يهيمن في نهاية الأمر على وجدان القاضي ، وهو الذي يوجه قناعته ، بحيث لا يمكنه تجاوزه وتأسيس حكمه على خلاف ما جاء به (33).

بمعنى أن الخبير هو أخصائي في مجال تخصصه ، وله من الدراية والتجربة ما لا يكون في وسع القاضي بطبيعة الحال . فالقاضي تتحدد خبرته في ميدان تخصصه وهو القانون ، أما المسائل الفنية والعلمية فهي حكر على ذوي الاختصاص دون غيرهم.

ومن قبيل المطاعن التي وجهت لمبدأ "القاضي خبير الخبراء" أن إعماله يفتقر إلى الأساس المنطقي الذي يقوم عليه ، فهو يتعارض مع الدواعي والمبررات التي حملت القاضي من الأساس على اللجوء إلى الخبراء لاستطلاع رأيهم . فهو لم يكن ليفعل ذلك لو لم يشعر في قرارة نفسه بقصوره وضالة خبرته في الجانب الذي ندب الخبير من أجله ، وعدم قدرته على الخوض في المسائل الفنية التي من أجلها اضطر إلى الاستعانة بأهل الخبرة ، وهذا يفضي بطبيعة الحال إلى تناقضه مع نفسه إذا ما طرح رأي الخبير ولم يأخذه في الاعتبار في حكمه (34).

ويضيف المتشيعون لهذا الرأي والمدافعون عنه حجة أخرى مؤداها أن العلوم المختلفة في تطور مستمر ، وهي متشعبة الميادين والمجالات إلى حد كبير بحيث يصبح من المتعذر على القاضي أن يقطع برأي في أية مسألة تتعلق بتلك الميادين المختلفة التي يتطلب إثباتها دراية فنية أو علمية دون الاستعانة بذوي الاختصاص، مما يؤدي في النهاية إلى عدم قبول أي مبرر لطرح رأي هؤلاء الخبراء الذين لجأ إليهم القاضي مختاراً بغية الاستنارة برأيهم في القضية المعروضة عليه⁽³⁵⁾.

وهو ما دفع البعض⁽³⁶⁾ إلى اعتبار الخبرة قيداً على حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته سواء من حيث الالتزام باستفتاء الخبراء في المسائل الفنية البحت أو من حيث التقيد بالرأي الذي تسفر عنه عملية الخبرة .

وهذا الرأي منطقي إلى حد ما ، ولا يمكن تجاهله ، ويجد ما يسنده في كثير من التطبيقات القضائية . من ذلك ما ورد على لسان محكمتنا العليا في حكم لها جاء فيه : ((ليس لمحكمة الاستئناف أن تخوض في صميم المسائل الفنية التي أبدى فيها الخبير رأيه الفني)) .

لأن استعانة القاضي بأهل الخبرة في المسائل الفنية التي يتعذر عليه إدراكها يتطلب منه أن يضع في الاعتبار رأي الخبراء فيما يتعلق بالمسائل الفنية وألا يطرح رأيهم إلا لأسباب سائغة مقبولة⁽³⁷⁾ . ولا يجوز تفنيد رأي الخبير بشهادة الشهود عند تعارضها معه⁽³⁸⁾ .

ومما يعزز هذا الاتجاه أيضاً أنه لا يسوغ لقاضي الموضوع الاستناد إلى معلوماته الشخصية في دحض ما جاء بتقرير الخبير الفني إزاء مسألة فنية بحت ، وإنما لا بد له لاستجلاء الأمر بشأنها من اللجوء إلى غيره من أهل الخبرة⁽³⁹⁾ .

وبالتالي فإن رأي الخبير يفرض نفسه في نهاية المطاف فيما يتعلق بالمسائل ذات الطبيعة الفنية المحض ، ويحتل مساحة كبيرة في وجدان قاضي الموضوع .

المطلب الثاني

الإشكاليات الناشئة عن تطبيق المادة (27)

من القانون رقم 17 / 1986م بشأن المسؤولية الطبية

لقد ثار الجدل منذ صدور القانون رقم 17 لسنة 1986م بشأن المسؤولية الطبية⁽⁴⁰⁾ حول الدور المناط بالمجلس الطبي الذي استحدثه القانون المشار إليه بموجب المادة (27 منه) وذلك من حيث مدى التزام القاضي الجنائي بعرض الأمر عليه لاستقصاء رأيه الفني، وكذلك مدى ما يتمتع به الرأي الصادر عنه من حجية أمام القضاء الجنائي.

وسنخصص هذا المطلب لمعالجة هاتين النقطتين على التوالي :

أولاً - مدى التزام القاضي الجنائي بعرض الأمر على المجلس الطبي :

يجدر التذكير بأن الخبرة تخضع، قبل العمل بالقانون رقم 17 لسنة 1986م بشأن المسؤولية الطبية والقرارات المنفذة له، للقواعد المنصوص عليها في قانوني الإجراءات الجنائية والمرافعات المدنية والتجارية، وفي الحدود التي رسمتها تلك القواعد على النحو الذي فصلناه في المطلب الأول من هذه الورقة، يستوي أن تكون المسألة المعروضة على القضاء تتصل بالمسؤولية الجنائية الناشئة عن ممارسة العمل الطبي أم غيرها. وكما بيّنّا في حينه، فإن اللجوء إلى الخبرة ليس أمراً حتمياً إلا متى كانت المسألة المثارة ذات طبيعة فنية محض، وينطوي تحت هذه الطائفة جل ما يتصل بالمسؤولية الطبية.

وما يبعث على التساؤل ما إذا كان اللجوء إلى الخبرة في شأن مسألة تتصل بالمسؤولية الطبية يظل محكوماً بالقواعد الواردة في قانون الإجراءات الجنائية رغم

العمل بقانون المسؤولية الطبية، أم أن المشرع أراد أن يدير ظهره لتلك القواعد وإخضاع ذلك للأحكام المنصوص عليها في المادة (27) من القانون المشار إليه؟

إن الإجابة عن ذلك تكفلت بها المادة المذكورة، وكذلك قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (182) لسنة 1989م بإنشاء المجلس الطبي الصادر تنفيذاً لها⁽⁴¹⁾ فهذه المادة تقضي في فقرتها الأولى بأنه : ((يختص بتقرير مدى قيام المسؤولية الطبية بمجلس طبي يتبع أمانة الصحة ويتكون من عدد من ذوي التخصصات العالية في المهن الطبية والمهن المرتبطة بها)). وكانت قد أوكلت في فقرتها الثانية إلى اللجنة الشعبية العامة مهمة إصدار القرارات المتعلقة بتشكيل المجلس المذكور وتنظيم إجراءات مباشرة مهامه الموكلة إليه وتحديد الاختصاصات المناطة به.

وواضح من سياق الفقرة الأولى من هذه المادة أنه إذا ما أثبت أمام القضاء مسألة متعلقة بالمسؤولية الطبية فلا سبيل إلى التماس الخبرة بشأنها من أي مصدر آخر. بمعنى آخر، أن المشرع، بتقرير هذا الحكم، يكون قد انصرف إرادته إلى قصر الخبرة في هذا الميدان على المجلس الطبي المشار إليه دون سواه⁽⁴²⁾. ذلك أن التعبير جاء بصيغة تفيد اللزوم، ولم تترك للقاضي مجالاً لاختيار الخبر خلافاً لما تقضي به القواعد العامة التي تحكم الخبرة.

ولا يمكن فهم العبارة التي استهلّت بها المادة المذكورة فقرتها الأولى المشار إليها إلا على هذا النحو ، إذ لو كان المشرع قد أراد إطلاق حرية القاضي في اختيار الخبر، لجاءت صياغة هذه الفقرة على نحو آخر خلاف النسق الذي وردت به.

وخلافاً لما ذهب إليه البعض، نرى أن قواعد التفسير لا تسمح بتأويل معنى هذا النص أو حمل مدلوله على غير ما تقدم.

فمن ناحية المدلول اللغوي أن الصياغة بلفظ ((يختص)) دالة دلالة

واضحة - كما سبق أن بيّنا - على معنى اللزوم والوجوب . هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا التفسير الذي خلصنا إليه تقتضيه قواعد المنطق، فباعتبار أن المشرع قد أفرد للمسؤولية الطبية قانوناً خاصاً يجمع شتاتها، وينظم الأحكام المتعلقة بها، لا بد أن يكون قد وضع في حسبانته ، وهو يسلك هذا النهج ، ما يفرضه أمر إثباتها من خصوصية ، فخصها بحكم مستقل عما تقضي به القواعد العامة، وإن كان ذلك لا يعني بحال من الأحوال قطع الصلة تماماً مع تلك القواعد. فهي تظل الإطار العام الذي يحكم هذه المسألة، وهذا الأمر لم يغفله المشرع الليبي في قانون المسؤولية الطبية ، بل جاء التأكيد على ذلك من خلال الفقرة الأخيرة من المادة (27) محل البحث ، إذ تنص على أنه : ((وتسري في شأن المجلس المذكور الأحكام المتعلقة بالخبراء المنصوص عليها في قانون المرافعات والإجراءات الجنائية وذلك بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون)) .

وربما كانت هذه الفقرة الأخيرة هي التي حملت البعض على القول بأن وجود نص المادة (27) من قانون المسؤولية الطبية لم يسلب محكمة الموضوع سلطتها في ندب الخبراء.

فلو سلمنا بهذا الرأي لما كان ثمة داع للنص على تشكيل هذا المجلس، بل ينتفي المبرر لوجود المادة المذكورة ضمن مواد القانون رقم 17 لسنة 1986م بشأن المسؤولية الطبية من الأساس. وكان يكفي الإحالة على القواعد العامة في الإثبات الجنائي أو التزام الصمت دون الإفصاح عن ذلك صراحة.

ناهيك أن المشرع حينما نص على تشكيل هذا المجلس إنما فعل ذلك شعوراً منه بثقل المهمة الملقة على عاتق القضاء في إثبات ما يتصل بالخطأ الطبي، لما يكتنف إثبات هذا الموضوع من صعوبات لاتصاله بمسائل جد شائكة وذات طبيعة فنية دقيقة، رأى إيكال مهمة تقديرها فنياً إلى ذوي الاختصاص أنفسهم من

أصحاب المهن الطبية. وقد جاء تشكيله منسجماً مع هذه الغاية، إذ كان المشرع حريصاً على أن يتم اختيار أعضائه من ذوي التخصصات العالية في المهن الطبية والمهن المرتبطة بها. وهذا الاختيار على النحو المشار إليه له دلالة واضحة على أن المشرع قد انصرف إرادته إلى عدم ترك أمر الخبرة في هذا الميدان الدقيق للقواعد العامة لقصورها عن حل المشاكل التي تثيرها الخبرة الطبية.

وما يمكن أن يرفع اللبس الذي وقع فيه البعض جراء ما توحى به صياغة الفقرة الأخيرة من المادة (27) من قانون المسؤولية الطبية أن تلك الفقرة أوردت في عجزها عبارة ((وذلك بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون)) . وبالتالي ينبغي أن ينصرف فهم صدر الفقرة الثالثة من هذه المادة القاضي ، بأن تسري في شأن المجلس المذكور الأحكام المتعلقة بالخبراء المنصوص عليها في قانون المرافعات والإجراءات الجنائية ، إلى القواعد الأخرى التي تنظم الخبرة بوجه عام خلافاً لما هو منصوص عليه في قانون المسؤولية الطبية والقرارات الصادرة بمقتضاه .

نطاق الالتزام باللجوء إلى المجلس الطبي :

إذا قلنا بأن المادة (27) تقضي بأن المجلس الطبي هو المختص بإبداء الرأي الفني فيما يتعلق بالمسؤولية الطبية ، فهل يعني ذلك أن الرجوع إلى المجلس المذكور واجب في كل مسألة تثار أمام القضاء لتعلقها بتقدير الخطأ الطبي؟ أم أن الإحالة إلى المجلس أمر متروك لتقديره لقاضي الموضوع بحسب كل حالة على حدة؟. إن صياغة المادة (27) سالفة الذكر توحى في ظاهرها بأنه لا خيار لقاضي الموضوع في تقدير مدى الحاجة للعرض على المجلس الطبي من عدمه.

إلا أن هذا الانطباع - الذي يبدو لأول وهلة - سرعان ما يتبدد بالرجوع إلى المادة الثالثة من قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (182) بإنشاء المجلس الطبي التي

حددت اختصاصات هذا المجلس وبيان المهام المناطة به، فهذه الأخيرة وإن بدا للبعض أنها تردد الحكم ذاته بالمادة (27)، إلا أن فحواها يقضي بأن المسائل التي يتعين الالتزام بإحالتها إلى المجلس المذكور هي تلك التي يرى القضاء إحالتها إليه لتقصي الرأي الفني بشأنها. وهذا يمكن اعتباره مستفاداً من السياق الذي جرت عليه صياغة الفقرة الأولى من المادة (3) من القرار المشار إليه التي تنص على أنه : ((يختص المجلس الطبي بالنظر في القضايا المتعلقة بالمهن الطبية والمهن المرتبطة بها التي تحال إليه من الهيئات القضائية ودراستها فنياً وتقرير مدى قيام المسؤولية الطبية المترتبة على الخطأ الناجم عنها بشكل محدد أو إثبات العكس وإعداد تقرير بذلك يرفع إلى الجهة المحالة منها القضية)) .

فكما يبين من عبارة ((التي تحال إليه من الهيئات القضائية)) أن الإحالة متروك تقديرها للجهة القضائية ، وليست أمراً مفروضاً عليها كما قد يتبادر للذهن. فإذا كانت المسألة المثارة أمامها تتطلب عرضاً على المجلس الطبي لاستطلاع رأيه بشأنها فهنا يتوجب إحالتها إليه ، أما إذا كان بمكنة محكمة الموضوع الفصل فيها دون حاجة للرأي الفني فليس من المحتم عليها عرضها على المجلس المذكور.

بعبارة أخرى، يمكن التمييز في هذا الصدد بين ما إذا كانت المسألة ذات طبيعة فنية محض، بحيث يتعذر على المحكمة البت فيها دون الاستعانة بأهل الخبرة، كما لو كانت تتعلق بالخطأ في التشخيص أو العلاج مثلاً، وبين تلك المسائل التي تتعلق بالأخطاء المادية التي يمكن للمحكمة أن تتبين وجه الفصل فيها نظراً لوضوحها ولا مجال فيها لأي لبس أو غموض مثلاً ذلك فيما يمكن أن يقع فيه عامة الناس، دون أن يكون ذلك حكراً على أهل المهنة وحدهم، كما لو أجرى الطبيب عملية جراحية وهو في حالة سكر أو بدون تعقيم أدوات الجراحة أو تزوير تقرير

طبي مثلاً.

ففي الحالة الأولى، التي يستلزم فيها الوقوف على الرأي الفني، يتعين على القضاء عرض الأمر بشأنها على المجلس، ولا يجوز نظر الدعوى قبل البت فيها منه.

أما إذا كانت محكمة الموضوع قد تصدت للفصل في الدعوى دون الرجوع إلى المجلس المذكور فإن حكمها يكون معيياً مستوجباً النقض. غير أن الالتزام بالانتظار لحين ورود تقرير المجلس مشروط بأن يرد تقرير هذا الأخير خلال المدة المحددة في القانون وهي شهر من تاريخ إحالة الأوراق إليه بشأن القضية المراد إبداء الرأي الفني بخصوصها طبقاً لما تقرره المادة (4) من قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (182) السابق الإشارة إليه.

وينطبق الحكم ذاته في حالة ما يطلب المجلس تمديد المدة التي يتعين خلالها قيامه بالمهمة المناطة به التي هي شهر آخر من تاريخ نهاية الشهر الأول مباشرة في حالة الإذن له من قبل الجهة القضائية طالبة الخبرة.

غير أن المحكمة تصبح في حل من الالتزام بأحكام المادة (27) من قانون المسؤولية الطبية في حالة انقضاء المدة المشار إليها سواء أكانت الأصلية أم الإضافية دون تلقي تقرير المجلس. إذ تعود للجهة التي التمس استشارته الفنية حريتها في ندب أي خبير آخر وفقاً للأحكام المقررة بقانون الإجراءات الجنائية ولو كانت المسألة المعروضة عليها من المسائل الفنية المحض المتعلقة بالمسؤولية الطبية.

وتثور في الواقع مسألة أخرى جديرة بالوقوف عندها، وهي أنه قد يرد تقرير المجلس إلى الجهة طالبة الخبرة ويكون مشوباً بشيء من الغموض مما يتطلب أيضاً إيضاحاً من المجلس المذكور. فهل يمكن للمحكمة عندئذ استدعاء أعضاء المجلس لمناقشتهم فيما تود استيضاحه؟.

من الناحية النظرية الصرف ليس ثمة ما يحول دون ذلك وفقاً لما تقتضي به القواعد العامة للخبرة كما بينّا آنفاً. إذ من الجائز استدعاء الخبير سواء بناءً على طلب الخصوم، أو أن تلجأ المحكمة إلى ذلك من تلقاء نفسها متى رُوي لزوم استدعائه لمناقشته⁽⁴³⁾.

أما من حيث الواقع لا يتأتى القيام بمثل هذا الإجراء. إذ من المتعذر عملياً استدعاء جميع أعضاء المجلس البالغ عددهم من (9 - 10 أعضاء) بحسب قرار تشكيله، وبالأخص إذا تعددت طلبات الاستدعاء من أكثر من جهة قضائية. كما لا يمكن أن يكون الاستدعاء مقتصرًا على أحد أعضاء المجلس، على اعتبار أن التقرير الذي يعده المجلس المذكور يصدر عن كامل أعضائه - على الأقل نظرياً - ويعبر عن وجهة نظره ككل. وهذا يقودنا إلى القول بأنه ليس من الممكن - والأمر كذلك - للمحكمة أو الخصوم مناقشة المجلس فيما يديه من رأي بشأن المسألة المحالة إليه.

وكان ينبغي أن يتضمن القرار المنشئ له تنظيم مثل هذه المسألة وعدم إغفالها.

موقف القضاء الليبي من هذه المسألة :

بالرغم من مضي فترة طويلة على العمل بالقانون رقم 17 لسنة 1986 بشأن المسؤولية الطبية ودخوله حيز التطبيق، فإنه يلاحظ ندرة الأحكام القضائية المتعلقة بصورة مباشرة بهذه المسألة، ويمكن إرجاع ذلك، ليس لقلة الأخطاء الطبية التي تستلزم المؤاخذه عنها جنائياً، فهي كثيرة وكثيرة جداً، وإنما مرد ذلك العزوف عن تحريك الدعوى بشأن تلك الأخطاء الناشئة عن ممارسة العمل الطبي. إذ يصعب في أغلب الأحيان تبين وجه الخطأ من قبل ضحايا الخطأ الطبي أو ذويهم لقصور وعيهم بأساسيات المعرفة الطبية إلا إذا كانت تلك الأخطاء فاحشة بحيث

يتسنى كشفها بسهولة. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن العرف قد جرى على التسامح مع هذا النوع من الأخطاء، واعتبارها في كثير من الأحيان مغتفرة، وبالتالي كان من النادر جداً ملاحقة الأطباء وغيرهم من ذوي المهن الطبية قضائياً عما قد يقعون فيه من أخطاء بسبب مباشرة مهنتهم.

ومع هذا ، فقد أتيح للقضاء الليبي أن يقول كلمته في هذه المسألة، وإن كان هذا القضاء لا يعبر عن اتجاه مستقر، باعتبار أن الأحكام التي نحاول الإشارة إليها في هذه الورقة تتعلق جميعها بواقعة واحدة ، أو - بالأحرى - تدور في فلك دعوى واحدة.

وهي تتمثل في حكم لمحكمة مصراتة الابتدائية دائرة الجنح والمخالفات المستأنفة الصادر بتاريخ 15 . 3 . 1989م، والثاني حكم المحكمة العليا الليبية في الدعوى ذاتها الصادر بتاريخ 12 . 2 . 1992م.

ولأجل الإحاطة بمضمون هذين الحكمين ومدى تعلقهما بالمسألة محل البحث، رأينا أن المقام يقتضي الوقوف على الأسس التي استند إليها كل منهما، وما أثير بمناسبةها من دفعات ، مع التعقيب على ذلك قدر الإمكان.

1 - حكم محكمة مصراتة الابتدائية :

(دائرة الجنح والمخالفات المستأنفة 15 . 3 . 1989م) :

نحاول هنا التعرض بإيجاز لوقائع هذه القضية بالقدر اللازم لبيان صلتها بموضوع البحث، والتركيز بصورة خاصة على بعض الدفعات التي أثّرت فيها، والمرتبطة مباشرة بالمسألة المطروحة للنقاش، بالإضافة إلى تسليط الضوء على رد المحكمة المذكورة على تلك الدفعات والأسس التي استندت إليها في ردها هذا.

بالرجوع إلى وقائع هذه القضية تبين أنها تتعلق في الأساس بأربع متهمات (طبيبتين وممرضتين) كن يعملن بمستشفى مصراتة التعليمي - قسم الأطفال، تم اتهامهن بالتسبب في قتل طفل كان نزيلًا بالقسم المذكور، وذلك لعدم قيامهن بما يقتضيه الواجب المفروض عليهن قانوناً باعتبارهن عاملات بالمستشفى المشار إليه.

وقد تمت إدانة المتهمات المذكورات من قبل محكمة مصراتة الجزئية الصادر بتاريخ 29 . 1 . 1989م⁽⁴⁴⁾، الذي تأيد استئنافاً من قبل محكمة مصراتة الابتدائية دائرة الجنح والمخالفات المستأنفة في حكمها الصادر بتاريخ 15 . 3 . 1989م⁽⁴⁵⁾، في شقه الجنائي دون المدني. وكان من بين أوجه الدفاع التي أثارها محامو المتهمات أمام المحكمة الأخيرة ضرورة إعمال حكم المادة (27) من القانون رقم 17 لسنة 1986م، بشأن المسؤولية الطبية، بدعوى أن القاضي لا يمكنه تحديد المسؤولية الطبية باعتبارها تتعلق بمسألة فنية، وأن تلك المهمة أنيطت بالجلس الطبي، ولما كانت محكمة أول درجة قد أغفلت هذا الإجراء فإنها والأمر كذلك تكون قد وقعت في عيب مخالفة القانون.

وقد انبرت النيابة العامة لتفنيد هذا الدفاع، حيث ورد في ردها عليه أمام المحكمة ذاتها ما مؤداه أن المواد من (2 - 22) من قانون المسؤولية الطبية تتعلق بالمسؤولية الجنائية، في حين أن المواد من (23 - 27) تتعلق بالمسؤولية المدنية للأطباء، وأن المهمة المناطة بالجلس الطبي تتحصل في تحديد مدى المسؤولية عن الخطأ في التعويض . واستندت في تعزيز رأيها إلى المادة 23/ فقرة أخيرة التي تنص على أنه لا يجوز الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية قبل وقوع الضرر. وقد خلصت من ذلك إلى القول : بأن ذلك - على حد تعبيرها - اتجاه واضح لتعلق الموضوع بالمسؤولية الجنائية ولا يجوز الإعفاء منها سلفاً.

وتضيف إلى ما تقدم حجة أخرى مفادها أن إحالة الأوراق على المجلس

الطبي أمر ليس حتمياً في هذه القضية، بمقولة أنه على فرض أن المادة (27) تتعلق بالمسؤولية الجنائية وهو افتراض بعيد - على حد تعبيرها - فإن واقعة الحال لا تحتاج إلى تلك الخبرة الفنية لأنها تتعلق بتقرير إحدى المتهمات كذباً ووصفها لعلاج دون أن يتم فحص المريض المجني عليه.

وهكذا يبين من موقف النيابة العامة في هذه القضية أن العرض على المجلس الطبي واجب في المسائل المدنية دون الجنائية تأسيساً على أن المادة (27) سألته الذكر تتعلق أحكامها بالمسؤولية المدنية دون الجنائية.

غير أنها تستدرك - كما هو واضح من ردها على دفاع المتهمات - إذ اعتبرت أن المسألة الراهنة لا تقتضي عرضاً على المجلس المذكور حتى مع التسليم جداً بتعلق المادة المشار إليها بالمسؤولية الجنائية، بحجة أنها تتعلق بأخطاء مادية وقعت فيها المتهمات المذكورات، ولا تستلزم إجراء خبرة فنية بخصوصها.

والمحكمة المذكورة انتهت إلى تأييد ما ذهبت إليه النيابة العامة، وطرحت دفاع المتهمات. فقد جاء في حيثيات حكمها بأنه: ((وحيث يبين للمحكمة من الاطلاع على القانون رقم 17 لسنة 86م أن رد النيابة العامة وتعقيها على الدفع المبدي من دفاع المتهمات بشأن إحالة هذه الواقعة إلى المجلس الطبي المبين في المادة (27) من القانون المشار إليه هو رأي سديد وفي محله وهو ما أخذت به هذه المحكمة ...)) .

كما أوردت في أسباب حكمها أن ما صدر من المتهمات لا يحتاج إلى رأي فني، وأن الجرائم المنسوبة إليهن من الجرائم العادية، وهي مخالفات لمقتضيات المهنة والعمل لا مجال فيها للظن والاحتمال، كما أنها تثبت وفقاً لطرق الإثبات العامة وهي من قبيل التقصير في أداء الواجب الطبي ومخالفة الحقيقة بكتابة تقرير طبي مزور، وهذه الأفعال تندرج تحت طائلة العقاب بموجب القانون رقم 17 لسنة

86م، ولا تحمل الجدل ولا التأويل. ومن ثم فإن الحكم المستأنف يكون في محله فيما قضى به لأسبابه الصحيحة وواقعية استدلاله واعتماده على أدلة لها أصل صحيح من أوراق الدعوى وقضائه بالعقوبة المناسبة في حدود القانون والمحكمة بذلك تؤيده وتجعل أسبابه مكملّة لأسباب حكمها مع طرح دفاع المتهمات والقضاء برفض الاستئناف موضوعاً.

وانسجاماً مع موقفها هذا، فيما يخص لزوم الإحالة على المجلس الطبي بالنسبة للمسؤولية المدنية دون الجنائية، قضت بإلغاء الحكم المستأنف في شقه المدني القاضي بحق المدعي المدني (والد الطفل المجني عليه) في التعويض، بدعوى أن البت في خطأ المتهم الذي يترتب عليه ثبوت الحق في التعويض يتعلق بمسألة فنية تستلزم إحالة الموضوع إلى المجلس الطبي لتحديد هذه المسؤولية وبيان مداها، وأن البت في ذلك الأمر من شأنه تعطيل الفصل في الدعوى الجنائية التي اكتملت أركانها واستوفت شروطها وتهيأت للحكم.

وما يمكن استخلاصه من هذا الحكم أن الأخطاء التي تُنسب إلى المتهمات، والتي تحصل في تزوير التقرير الطبي والتقصير في أداء الواجب وعدم اتخاذ الاحتياطات التي يستلزمها القانون ، لا تستوجب الإحالة على المجلس الطبي، وإنما يخضع إثباتها للقواعد العامة للإثبات ، باعتبارها ليست من المسائل الفنية المحض التي تتطلب البت فيها فنياً من ذوي الاختصاص .

وبتقديرنا أن الذي ذهب إليه المحكمة المذكورة سديد من وجه ومعيب من وجه آخر. فمن ناحية، أن تلك الأخطاء وما يمثّلها، وإن كانت قد صدرت عن ممارسي العمل الطبي، ومن شأنها أن ترتب المسؤولية الجنائية، إلا أنها ليست قصراً على هؤلاء، وإنما كما تقع منهم تقع من سواهم من عامة الناس، كما هو الحال في التزوير. وحتى لو استلزم الأمر اللجوء إلى خبير فني، فإن هذا الخبير سيكون من بين

أولئك المختصين في هذا المجال بعيداً عن اختصاص المجلس الطبي. وبالتالي كانت المحكمة محقة إذ قامت بإقصائها من طائفة الوقائع التي يتعين أخذ رأي المجلس بشأنها. وهو ما انتهينا إليه عند تحليلنا لمضمون المادة (27) والقرار المنفذ لها، فنحيل إلى ذلك في موضعه من هذه الورقة.

ومن ناحية أخرى ، فإن الحكم المشار إليه إذ أيد بصورة مطلقة وجهة نظر النيابة العامة في هذه القضية ، يكون قد تعسف في تفسيره لنص المادة (27) من قانون المسؤولية الطبية ، وضيق بدون سند مقبول من القانون نطاق تطبيقها بقصر الرجوع إلى المجلس على المسائل المدنية دون غيرها.

فضلاً عن أن تسمية هذا القانون - كما سبق أن بينّا - جاءت مطلقة والمطلق يجب حمله على إطلاقه وعدم تقييده إلا إذا وجد ما يوجب تقييده. والمادة (27) يمكن اعتبارها من قبيل الأحكام العامة الواردة في هذا القانون التي ينسحب تطبيقها على جميع أنواع المسؤولية (المدنية والجنائية والتأديبية) .

كذلك فإن الفقرة الأخيرة من المادة ذاتها تدحض هذا التأويل، إذ تنص على أنه : ((وتسري في شأن المجلس المذكور الأحكام المتعلقة بالخبراء المنصوص عليها في قانون المرافعات والإجراءات الجنائية وذلك بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون)) .

إذ لو كان حكم المادة المذكورة قاصراً على المسؤولية المدنية وحدها دون الجنائية، كما ذهب إلى ذلك المحكمة المذكورة في حكمها السابق الإشارة إليه، لما تضمنت الفقرة المشار إليها عبارة "والإجراءات الجنائية"، بل كان يتعين الاكتفاء بعبارة "قانون المرافعات" فحسب، وإلا عدّ ذلك تزييداً من المشرع ينبغي له التنزه عنه.

والأمر الآخر الذي نراه مطعناً على هذا الحكم، هو أن المحكمة المذكورة قد

وقعت فيما يمكن اعتباره تناقضاً من جانبها ؛ فهي من جهة اعتبرت الوقائع التي دانت المتهمات بسببها من قبيل الأخطاء المادية، مما لا يستلزم عرضاً على المجلس الطبي، ومن جهة أخرى رفضت الادعاء بالحق المدني أمامها والمؤسس على الوقائع ذاتها، بدعوى أن الفصل في موضوع التعويض يطيل أمد الخصومة باعتباره يتطلب الإحالة إلى المجلس المذكور لتعلقه بمسألة فنية، وهذا أمر شديد الغرابة ولا يمكن التسليم به بأي حال من الأحوال.

2- موقف المحكمة العليا :

(طعن جنائي رقم 36/364 ق جلسة 12. 2. 1992م)⁽⁴⁶⁾

لما لم ترضَ المتهمات - في القضية الراهنة - بالحكم الصادر بحقهن ، قررن الطعن عليه بالنقض أمام الدائرة الجنائية للمحكمة العليا. وكان من بين أوجه الطعن على الحكم المذكور أن الدعوى لا يجوز نظرها أو تحديد مسؤولية المتهم في أية واقعة من الوقائع التي نص عليها القانون رقم 17 لسنة 1986م بشأن المسؤولية الطبية إلا بعد إحالة الأمر إلى المجلس الطبي. وانتهت المحكمة العليا في ردها على النعي المشار إليه أعلاه إلى أن المستفاد من نص المادة (27) من القانون المذكور هو أن اختصاص المجلس الطبي بشأن تقرير مدى قيام المسؤولية الطبية قاصر على الدعوى التأديبية دون الجنائية التي يظل تقرير مدى قيام المسؤولية الجنائية عنها خاضعاً لسلطة محكمة الموضوع تحكم بالدليل الذي تطمئن إليه وحسب العقيدة التي تكونت لديها بكامل حريتها، ولا يشترط في هذا الشأن عرض موضوع الدعوى على المجلس المذكور، مؤسسة حكمها الذي انتهت إليه على حجتين اثنتين:

الحجة الأولى مؤداها أن المشرع لم يورد ضمن القوانين التي ذكرها في

ديباجة القانون المذكور ((قانون الإجراءات الجنائية)) .

أما الحجة الثانية فمفادها أن ما يعزز تعلق المادة (27) من قانون المسؤولية الطبية بالمسؤولية التأديبية دون غيرها، أن المواد التالية لها من القانون المذكور تتعلق بتشكيل المحكمة التأديبية وإجراءات الدعوى التأديبية التي تُرفع أمامها.

وخلصت من ذلك إلى تأييد حكم محكمة الموضوع فيما انتهت إليه من أن الإحالة إلى المجلس الطبي غير لازمة فيما يتعلق بالمسؤولية الجنائية، وإن اختلفنا من حيث نطاق الإحالة⁽⁴⁷⁾.

ونحن بعد الوقوف على الحجج والأسانيد التي ساقتها المحكمة العليا ضمن أسباب حكمها في معرض تأييدها للحكم المطعون فيه، نرى أن ما خلصت إليه محكمتنا الموقرة غير مبرر، ولا ينهض على سند من القانون. فهي - بتقديرنا - قد ذهبت بعيداً في تأويلها لنص المادة (27) سالفة الذكر، ويمكن دحض هذه الحجج بسهولة.

فمن ناحية ، أن إغفال ذكر قانون الإجراءات الجنائية ضمن التشريعات المشار إليها في ديباجة القانون رقم 17 لسنة 86م بشأن المسؤولية الطبية لا ينهض دليلاً كافياً على ما انتهت إليه المحكمة الموقرة ، فهي حجة واهية ، وتفتقر إلى كل المقومات التي تجعلها سنداً تؤسس عليه حكمها. فالقانون المذكور يضم مجموعة قواعد متباينة من حيث طبيعتها منها ما يتعلق بالمسؤولية المدنية وبعضها يتعلق بالمسؤولية الجنائية ، فضلاً عن أن طائفة ثالثة منها تتعلق بالمسؤولية التأديبية لذوي المهن الطبية والمهن المرتبطة بها.

بمعنى آخر، أن القانون المذكور تشمل أحكامه كل صور المسؤولية، وضمن ذلك كان قد أفرد مساحة أكبر للمسؤولية الجنائية مقارنة بما عداها (المواد من 2 - 22) وكذلك المواد (33 - 36)، حيث بلغ مجموع المواد المخصصة

للمسؤولية الجنائية وحدها حوالي (25 مادة) من مجموع مواد ذلك القانون البالغ عددها (38 مادة) ، أي ما يناهز نصف مواد القانون المشار إليه ، وبالتالي فإن عدم ذكر قانون الإجراءات الجنائية ضمن ديباجة هذا القانون جاء سهواً وعن غير قصد.

وهذا الإغفال ليس قصراً على قانون الإجراءات الجنائية وحده ، بل كانت ديباجة القانون رقم 17 لسنة 86م قد خلت كذلك من الإشارة إلى قانون العقوبات، مع أن جل قواعده - كما بيّنّا - تتعلق بأحكام المسؤولية الجنائية.

ومن ناحية ثانية ، فإن تسمية القانون المذكور جاءت مطلقة ، ولا موجب عندئذ لتقييدها دون مقتضى. إذ لو كان المشرع قد انصرف إرادته إلى قصر القانون المشار إليه على المسؤولية التأديبية وحدها أو المدنية دون الجنائية لما كان قد ضمنه أحكاماً تتعلق بالمسؤولية الجنائية ، التي تغطي مساحة كبيرة من هذا القانون على نحو ما بيّنّا.

ومن ناحية ثالثة ، فإن حجة أخرى تؤكد أن العرض على المجلس الطبي واجب في نطاق المسؤولية الجنائية شأنها شأن المسؤولية المدنية والتأديبية، وذلك ما يستفاد من الفقرة الأخيرة من المادة (27) سالفه الذكر التي تقضي بسريان الأحكام المتعلقة بالخبراء المنصوص عليها في قانون المرافعات والإجراءات الجنائية على المجلس المذكور.

وهذا دليل واضح على ضعف الحجة التي أوردتها المحكمة العليا من أن الإحالة على المجلس الطبي ليست لازمة في إطار المسؤولية الجنائية.

ومن كل ما تقدم نخلص إلى أن القضاء المذكور لم يقيم على أساس من القانون يكفي لحمله ، الأمر الذي ندعو فيه محكمتنا العليا إلى إعادة النظر فيما

انتهت إليه إعمالاً لصحيح القانون خاصة وأن المبادئ التي ترسيها ملزمة لجميع المحاكم طبقاً لقانون إنشائها ، واعتبار الإحالة إلى المجلس الطبي واجبة حتى فيما يخص المسائل الجنائية .

ثانياً - حجية رأي المجلس الطبي أمام القضاء الجنائي :

الأصل أن رأي الخبير - أيأ كان - يخضع لمطلق تقدير محكمة الموضوع - كما بينا آنفاً - فهي غير مقيدة بنتيجة تقريره ، كل ما في الأمر أن الرأي الفني إذا طرحته المحكمة ولم تعول عليه ، يتوجب تعليل ذلك تعليلاً سائغاً ، وأن يكون أطراحه مبنياً على رأي فني آخر على النحو الذي فصلناه في موضعه في وقت سابق. لذا نحيل إلى ذلك تفادياً للتكرار.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه بقوة في هذا الصدد - منذ بداية العمل بالقانون رقم 17 لسنة 1986م بشأن المسؤولية الطبية - هو إلى أي حد يمكن إعمال القواعد المذكورة أعلاه في إطار تقدير رأي المجلس الطبي بخصوص المسائل التي يفصل فيها فنياً ؟.

يبدو للوهلة الأولى أن هذه المسألة لا شذوذ فيها عن القواعد العامة التي تحكم تقدير الرأي الفني بوجه عام.

وقد ذهب بعض الفقه الليبي إلى تأكيد هذا المعنى في أكثر من مناسبة⁽⁴⁸⁾، بمقولة أن تقدير رأي المجلس الطبي يخضع لسلطة قاضي الموضوع طبقاً لمبدأ القاضي هو الخبير الأعلى أو خبير الخبراء ، فله أن يعول على الرأي الذي انتهى إليه المجلس في تقريره، وله أن يرفضه ، كما أن له وفقاً لهذا الرأي أن يلجأ إلى خبير آخر غيره .

وبحاول البعض تبرير ذلك من أنه لو كانت إرادة المشرع قد انصرفت في المادة (27) من قانون المسؤولية إلى إلزام المحكمة برأي المجلس الطبي لأفضى ذلك إلى أن يصبح حكم المحكمة مجرد ترديد لما يقرره ذلك المجلس (49) .

ولكن هذا الرأي لا يمكن التسليم به على إطلاقه ، فلو كان المشرع يرغب في إخضاع تقرير المجلس الطبي لحكم القواعد العامة للخبرة ، لما كانت ثمة حاجة لوضع حكم خاص به ضمن القانون رقم 17 لسنة 86م بشأن المسؤولية الطبية كما سبق أن بينّا . فقاعدة القاضي خبير الخبراء، آن الأوان لأقول نجمها . فإذا كان قد كُتبت لها السيادة في وقت من الأوقات ، لم تعد جديرة بهذه القدسية التي يحاول بعض الفقه إضفاءها عليها . فأركان هذه القاعدة التليدة باتت تتصدع ، خاصة مع بروز اتجاه في الفقه مناهض لها إلى جانب أن تعقد المسائل الفنية، وبالذات المتصلة بالمسؤولية الطبية يجعل مهمة القاضي جد عسيرة . وإذا سلمنا بأن المجلس الطبي أضحي هو جهة الخبرة الوحيدة في مجال المسؤولية الطبية متى كانت المسائل المثارة ذات طبيعة فنية دقيقة مما يستوجب عرضها على المجلس المذكور، فإنه بالتالي - وحتى على فرض أن رأي المجلس غير ملزم - لا يمكن دحضه إلا بناءً على رأي فني آخر، انطلاقاً من أن الخبرة الفنية لا يجوز تنفيذها إلا على أساس خبرة فنية مضادة . ولما كانت محكمة الموضوع ملزمة باستقصاء رأي المجلس الطبي في الحدود التي سبق أن بينّاها، فإنه من ثم ليس من المنطق في شيء طرح رأيه الفني متى كان اللجوء إلى خبرة أخرى غير جائز .

وحتى مع التسليم بإمكانية ذلك - وهو مستبعد في رأينا - في حالة عدم الاقتناع بما جاء بتقرير المجلس، فإن هذا يفضي إلى نتيجة غير منطقية، ولا يمكن قبولها أو تبريرها . فتشكيل المجلس المذكور لم يكن أمراً اعتبارياً، بل روعي في ذلك اعتبارات خاصة متمثلة في اختيار أعضائه من ذوي الكفاءات العالية والتخصصات

الدقيقة في المهن الطبية والمهن المرتبطة بها، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على ما يوليه المشرع من أهمية لدور هذا المجلس في تقدير الخطأ الطبي وإثباته. وبالتالي ليس من المعقول أو المنطق أن ترجح المحكمة رأي خبير واحد على رأي المجلس الطبي الذي هو حصيلة رأي مجموعة من صفوف الخبراء الطبيين. إذ مهما يكن لرأي الخبير الواحد من وزن واعتبار، فلن يبلغ في قيمته العلمية مرتبة رأي المجلس من حيث درجة الوثوق به.

وهذا كله يتمشى مع الاتجاه المناهض لمبدأ "القاضي خبير الخبراء"، وينسجم كذلك مع بعض الصيحات التي باتت تعلو منادية بتشكيل محاكم خاصة لمقاضاة ذوي المهن الفنية فيما يقع منهم من أخطاء بسبب مباشرة مهنهم وفي طليعتها مهنة الطب. وما هذا إلا اعتراف بعدم قدرة القضاء في التصدي للمسائل الفنية.

وما يعزز وجهة نظرنا هذه كذلك أن المادة (3) من قرار اللجنة الشعبية العامة رقم 182 / 1989م بإنشاء مجلس طبي تقضي بأن مهمة المجلس المذكور تتمثل في دراسة القضايا المتعلقة بالمهن الطبية والمهن المرتبطة بها وتقييمها فنياً وتقرير مدى قيام المسؤولية الطبية المترتبة على الخطأ الطبي الناجم عنها بشكل محدد أو إثبات العكس. فحكم المادة المذكورة يقتضي أن يكون الرأي الذي ينتهي إليه المجلس بشأن المسألة المعروضة عليه قاطعاً، ولا يكون قابلاً للشك أو التأويل سواء كان بالإثبات أو النفي. إذ لو كان رأي المجلس استشارياً - كما يعتقد البعض - فلم استلزم المشرع مثل هذا التحديد؟ .

وهنا نود الإشارة كذلك إلى أن النزول على رأي المجلس والتزام المحكمة بما ورد بتقريره الفني، لا يعني أبداً انتزاع سلطتها القضائية في تقرير المسؤولية أو نفيها كما يزعم البعض^(50). وهذا لا يعني إطلاقاً إضفاء الصفة القضائية على عمل

المجلس. فدوره لا يتعدى الفصل في مسألة فنية، وهو أقدر على البت فيها، وهذا ليس افتئاتاً على سلطة القضاء وما هو من اختصاصه.

وباختصار فإن النزول على رأي المجلس الطبي أضحى أمراً يفرضه الواقع ولا سبيل لتجاهله وعدم الاعتداد به حتى وإن كان من الناحية النظرية المجردة يخضع لتقدير المحكمة شأنه شأن أي عنصر من عناصر الدعوى.

الخاتمة

نتهي مما تقدم إلى جملة من النتائج أهمها :

1. أن الإحالة على المجلس الطبي أمر واجب كلما كانت المسألة المثارة أمام القضاء ذات طبيعة فنية محض بحيث يتعذر على المحكمة الخوض فيها بنفسها أو الوصول إلى رأي قاطع بشأنها دون مساعدة الخبراء ذوي الاختصاص.

2. إذا انقضت المهلة التي حددها القانون لرد المجلس على الجهة القضائية بخصوص المسألة المحالة إليه لإبداء الرأي الفني حيالها دون أن يفعل، فلا تثريب عندئذ على محكمة الموضوع إذا لجأت إلى خبير آخر غيره سواء بعد فوات المدة الأصلية دون الموافقة على التمديد أو بانتهاء المدة الإضافية متى كانت الجهة طالبة الخبرة قد أذنت بتحديد تلك المهلة.

3. عدم صواب ما انتهى إليه القضاء عندنا بقصر نطاق الإحالة على المجلس الطبي على الأحوال المتعلقة بالمسؤولية التأديبية كما ذهبت إلى ذلك محكمتنا العليا الموقرة، أو على المسؤولية المدنية كما تراءى لمحكمة مصراة الابتدائية دائرة الجنح والمخالفات المستأنفة، بل تشمل كذلك الحالات المتصلة بالمسؤولية الجنائية، وذلك لعدم قيام القضاء المذكور على أساس من القانون يسند ما خلص إليه .

4. إذا كان رأي المجلس الطبي في الأصل - شأنه شأن أي خبير آخر - غير ملزم - على الأقل نظرياً - للجهة التي تستفتيه ، إلا أنه من حيث الواقع لا يمكن لمحكمة الموضوع تجاهله ، وتأسيس حكمها على أي دليل آخر. فذلك يقتضي الاستعانة بخبرة مضادة كي يتسنى دحض الرأي الذي انتهى إليه المجلس المذكور في تقريره، وهذا ما لا يمكن تصوره في ضوء أحكام المادة (27 من قانون المسؤولية الطبية)، إذ إن التسليم بإمكانية اللجوء إلى خبير آخر - على فرض

طرح رأي المجلس - يقلل من أهمية المجلس المشار إليه، ويفضي إلى نتيجة غير منطقية، وهي استبعاد رأي صادر عن صفوة من الاختصاصيين وترجيح رأي خبير آخر يكون - في الغالب - أقل خبرة ودراية. ولا يعقل أن تكون إرادة المشرع قد انصرفت إلى ذلك. ومن ثم، فالنزول على رأي المجلس، وإن لم يجد ما يسند به بشكل صريح في القانون، يبقى أمراً يفرضه الواقع العملي.

وأخيراً نهيب بالمشرع الليبي أن يتدخل بتعديل القانون رقم 17 لسنة 1986 بشأن المسؤولية الطبية على النحو التالي :

- 1 - إعادة صياغة المادة (27 منه) بما يزيل أي لبس فيما يتعلق بنطاق تطبيقها .
- 2 - ضرورة النص على استحداث فروع للمجلس الطبي في نطاق كل محكمة استئناف على الأقل لأجل تخفيف العبء على المجلس المذكور بحيث يؤدي دوره على الوجه المراد له ، وليكون أكثر قرباً من الجهات القضائية ، الأمر الذي يسر استدعاء أعضائه عند الاقتضاء لمناقشتهم وإيضاح ما يستوجب إيضاحه في التقرير الصادر عنه .
- 3 - ينبغي النص على تشكيل محاكم مهنية تخصصية توكل لها مهمة الفصل في الدعاوى الناشئة عن الأخطاء المترتبة على ممارسة العمل الطبي، على أن يراعى في تشكيلها أن تكون من عناصر مشتركة طبية وقانونية في آن معاً .

هوامش البحث

(1) - راجع حول أهمية الخبرة في الإثبات الجنائي :

Ech - Charif El Kettani: L' expertise en matière pénale, mémoire pour l' obtention du d. e. s en droit privé, nov. 1989 , année 1989; Jnos Székely : ((Le rôle de l' expert dans la procédure pénale)), rev. de de sc. crim. et de dr. pén. comp. , t. xiii, année 1958, p. 43 et s. ; éditoriel de rev. int. de criminol. et de police téchn., vol. 35 , no.2 , avril - juin 1982, pp. 115 - 118; Gia Como Canepa : ((Médecine légale et criminologie face aux problèmes des technologies nouvelles et de leur emploi en criminalistiques)), rev. int. de criminol. et de pol. téchn. , vol. xii no. 3, juillet - sep. 1988, pp. 324 - 331 .

وكذلك انظر بالخصوص : د.آمال عبدالرحيم عثمان ، الخبرة في المسائل الجنائية، دراسة قانونية مقارنة، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1964م ، ص 3 ، 4 ، د.أحمد أبو القاسم أحمد ، الدليل الجنائي المادي ودوره في إثبات جرائم الحدود والقصاص ، رسالة دكتوراه ، ط 1 ، دار الكتب القومية ، القاهرة 1990 ، ص 282 وما يليها ، هدى محمد بن يونس ، دور الخبرة في إثبات الخطأ الطبي في القانون الجنائي الليبي ، رسالة التخصص العالي (الماجستير) مقدمة لكلية القانون جامعة قاريونس 1998م ، ص 1 وما بعدها من مقدمة رسالتها تلك ؛ د. موسى مسعود ارحومة ، قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، منشورات جامعة قاريونس 1999م ، ص 31 .

(2) - انظر: د. محسن عبدالحميد إبراهيم البنيه ، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية ، مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة ، 1993م ، ص 6 - 7.

(3) - خاصة إذا ما أخذ في الحسبان أن ثمة مسائل فنية لا تزال محل خلاف حتى بين أصحاب المهنة أنفسهم، فلم تجتمع كلمتهم على حسمها. (راجع رسالة هدى بن يونس سالفة الذكر ، ص 1) .

(4) - يراجع : د.عادل حافظ غانم : ((حرية القاضي في مجال ندب الخبراء)) ، مجلة

- الأمن العام ، س 15 ، العدد 62 ، يوليو 1973 م ، ص 145 وما بعدها.
- انظر في هذا المعنى : د. رؤوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري ، ط 13 ، دار الجيل للطباعة - القاهرة 1979 م ، ص 606 ؛ ومؤلفه : ضوابط تسبب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق ، ط 3 ، دار الجيل للطباعة القاهرة 1986 م ، ص 244.
- (5) - وكذلك : طعن جنائي رقم 87 / 26 ق ، جلسة 15 ديسمبر 1981 م ، مجلة المحكمة العليا ، س 18 ، العددان (3 ، 4) ، أبريل - يوليو 1982 م ، ص 215 مبدأ رقم (3) .
- (6) - محكمة عليا ، جلسة 11 - 1 - 83 م ، مجلة المحكمة العليا ، س 20 ، عدد (3) ، ص 142.
- (7) - انظر : د. آمال عبدالرحيم عثمان ، مرجع سابق ، ص 192.
- (8) - راجع بالخصوص : د. فوزية عبدالستار ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية - القاهرة 1986 م ، رقم 470 ، ص 528 ؛ جندي عبدالملك ، الموسوعة الجنائية ، ج 1 ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان ، ص 224.
- وكذلك نقض مصري : 28 نوفمبر 1950 م ، مج أحكام النقض ، س 2 ، رقم 112 ، قضية رقم 1126 / س 20 ق ، ص 304 ؛ 26 فبراير 1952 م ، س 3 ، رقم 193 ، ص 512 ؛ 16 أبريل 1962 م ، س 13 ، رقم 89 ، ص 352 ؛ 17 أكتوبر 1966 م ، س 17 ، رقم 180 ، طعن رقم 1429 / س 39 ق. نقض 5 - 3 - 72 م ، مج أحكام النقض ، س 23 ، ص 262 ؛ نقض 11 فبراير 1980 م ، س 31 ، رقم 44 ، ص 218.
- (9) - نقض مصري أبريل 1935 م ، طعن رقم 859 / س 5 ق ، مج القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسة وعشرين عاماً ، ج 1 ، ص 537 مبدأ رقم (4) ؛ نقض 1 ديسمبر 1953 م ، مج أحكام النقض ، الدائرة الجنائية ، 5 ، العدد الأول ، طعن رقم 1410 ، س 23 ق ، رقم 45 ، ص 137.

(21) - نقض مصري 14 - 11 - 1967 م ، مج أحكام النقض ، س 18 ، رقم 231 ، ص 1110.

(22) - انظر كتابنا : حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته - دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان ، مصراته ، ص 70 - 71.

(23) - انظر: نقض مصري 14 - 1 - 1957 م ، مج أحكام النقض ، س 8 ، رقم (9) ، طعن رقم 1354 / س 26 ق ، ص 33 ؛ 4 يناير 1971 ، س 22 ، رقم 8 ، ص 31.

(24) - نقض مصري 1 - 11 - 66 م ، مج أحكام النقض ، س 17 ، العدد (3) ، رقم 199 ، ص 1061 ؛ وتميز كويتي جلسة 17 - 3 - 1975 م ، مجلة القضاء والقانون ، س 6 ، العددان (1 ، 2) ، ص 151.
وانظر في ذلك أيضاً : كتابنا المذكور أعلاه ، ص 70.

(25) - وهو ما أكدته صراحة محكمتنا العليا في عدد من أحكامها ، فقد قضت بأنه لمحكمة الموضوع أن تأخذ بتقرير الخبر كله أو بعضه بحسب ما تطمئن إليه لأنه أمر متعلق بالأدلة التي تستقل بتقديرها. (جلسة 13 - 11 - 1974 م ، مجلة المحكمة العليا ، س 11 ، عدد (3) ، أبريل 1975 م ، ص 55) .
راجع أيضاً : د. مأمور محمد سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي ، ج 2 ، مرجع سابق ، ص 191.

(26) - محكمة عليا ، جلسة 1 - 2 - 1977 م ، مجلة المحكمة العليا ، س 14 ، عدد (1) ، أكتوبر 1977 م ، ص 205 ؛ نقض مصري 13 - 2 - 1967 م ، مج أحكام النقض ، س 18 ، رقم 38 ، طعن رقم 1980 ، س 36 ق ، ص 189 ؛ 2 مارس 1981 م ، س 32 ، رقم 31 ، ص 196 ؛ 14 أبريل 1983 م ، س 34 ، رقم 108 ، ص 544.

(27) - انظر:- كتابنا السابق الإشارة إليه ، ص 71 ، وكذلك بحثنا بعنوان : ((مسؤولية الطبيب الجنائية الناشئة عن خطئه في العلاج)) ، بحث مقدم إلى الندوة الأولى حول المسؤولية الطبية التي نظمتها كلية القانون جامعة قارونس

- بالتعاون مع جامعة العرب الطبية خلال الفترة من 21 - 23 مايو 1991م ، منشور بمجلة الملحق القضائي ((تصدر عن المعهد الوطني لدراسات القضائية التابع لوزارة العدل المغربية)) ، العدد (25) أكتوبر 1992م ، ص 98 - 139 .
- (28) - نقض سوري ، جلسة 27 - 1 - 1976م ، مجلة ((المحامون)) ، س 41 ، الأعداد (6 ، 7 ، 8 ، 9 / 1979م) ، رقم 609 ، ص 474 ؛ نقض مصري 7 - 6 - 1971م ، مج أحكام النقض ، س 22 ، رقم 109 ، ص 448 ؛ 28 مايو 1972م ، س 23 ، رقم 180 ، ص 796 .
- (29) - نقض مصري 2 - 2 - 1951م ، مج القواعد القانونية ، ج 1 ، رقم 44 ، ص 541 .
- (30) - نقض مصري 26 - 6 - 1967م ، مج أحكام النقض ، س 18 ، رقم (177) ، طعن رقم 1159 / س 37 ق ، ص 887 .
- (31) - انظر : د. عادل حافظ غانم ، مقاله السابق ، ص 150 .
- (32) - انظر بشأن عرض هذا الرأي : لواء دكتور / حسين محمود إبراهيم ، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي ، رسالة دكتوراه ، دار النهضة العربية - القاهرة 1981م ، ص 94 .
- (33) - راجع : بحثنا السابق حول مسؤولية الطبيب الجنائية الناشئة عن خطئه في العلاج ، ص 115 .
- (34) - انظر : د. آمال عبدالرحيم عثمان ، مرجع سابق ، ص 306 ؛ بحثنا السابق ، ص 115 .
- (35) - د. آمال عثمان ، المرجع نفسه ، ص 306 .
- (36) - راجع : حسين عبدالسلام جابر ، التقرير الطبي بإصابة المجني عليه وأثره في الإثبات في الدعويين الجنائية والمدنية ، نهضة القانون للمطبوعات القانونية والاقتصادية - الإسكندرية ، 1991م ، ص 73 - 74 .

(37) - جلسة 2 - 5 - 1972 م ، مجلة المحكمة العليا ، س 8 ، عدد (4) ، يونيو 1972 م ، ص 153.

(38) - راجع : نقض مصري ، 2 - 2 - 1951 م ، مج القواعد القانونية ، ج 1 ، رقم 44 ، ص 541.

(39) - نقض مصري 26 - 6 - 1967 م ، مج أحكام النقض ، س 18 ، رقم 177 ، ص 887 ، نقض 8 يناير 1968 م ، س 19 ، رقم 6 ، ص 33.

وانظر كذلك : بحثنا السابق حول مسؤولية الطبيب الجنائية الناشئة عن خطئه في العلاج ، مرجع سابق ، ص 117 ؛ حسين عبدالسلام جابر ، مرجع سابق ، ص 73 - 74.

(40) - صدر هذا القانون بتاريخ 24 - 11 - 1986 م ، وأصبح نافذاً بعد شهرين من التاريخ المذكور أعلاه عملاً بحكم المادة (38 منه) . (الجريدة الرسمية ، العدد (28) ، س 24 ، بتاريخ 31 - 12 - 1986 م) .

(41) - صدر بتاريخ 25 - 2 - 1989 م . (الجريدة الرسمية ، العدد (16) بتاريخ 29 - 8 - 1989 م) .

(42) - يراجع بالخصوص بحثنا السابق ، ص 120.

(43) - وقد قضت محكمة النقض الإيطالية في حكم لها بأن استدعاء الخبير جائر ليس في حالة ما يعتري تقريره غموض فحسب ، بل هو جائز كذلك لأجل استكمال نقص يستلزم تكملته (مشار إليه عند: د.آمال عبدالرحيم عثمان ، المرجع السابق، ص 297 ، (1)) .

وكان قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي السابق يقضي بخطر مناقشة الخبراء من قبل النيابة العامة أو الخصوم مباشرة. ويؤيد ذلك بعض الفقه العربي بدعوى الحيلولة دون إطالة أمد الخصومه وعرقلة سير الدعوى .
(انظر : آمال عثمان ، ص 298) .

- (44) - جنة رقم 327 / 88م مصراتة ، (غير منشور) .
- (45) - استئناف رقم 15 / 1989م ، مصراتة (غير منشور) .
- (46) - غير منشور حتى لحظة كتابة هذه الأوراق .
- (47) - فمحكمة الموضوع (محكمة مصراتة الابتدائية دائرة الجنح والمخالفات المستأنفة) اعتبرت الإحالة ليست واجبة إلا فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية. في حين أن المحكمة العليا ترى أن الإحالة لازمة إذا تعلق الأمر بالمسؤولية التأديبية دون سواها.
- (48) - راجع حول ذلك: د. مسعود محمد مادي : ((الخطأ الطبي وإثباته في القانون الليبي والفرنسي)) ، بحث مقدم للندوة الأولى حول المسؤولية الطبية في القانون الليبي التي سبقت الإشارة إليها .
- (بند خامساً) من القسم الثاني من البحث المعنون بـ ((دور المجلس الطبي في إثبات الخطأ)) . ؛ د. أحمد الصادق الجهاني ، في مداخلة له في الندوة المذكورة؛ وأيضاً يراجع بالخصوص : رسالة هدى بن يونس ، سالفه الذكر ، ص 110 - 113 ، فهذه الأخيرة ترى بأن السلطة المخولة للمجلس الطبي ليس من شأنها المساس بمبدأ القاضي خبير الخبراء .
- (49) - راجع في هذا المعنى : رسالة هدى بن يونس ، السالفه الذكر ، ص 113 .
- (50) - المرجع السابق ، ص 112 .

العفو عن الجاني في جريمة القتل العمد وآثاره

د. غيث محمود الفاخري

الأستاذ المساعد بقسم الشريعة الإسلامية

كلية القانون - جامعة قاريونس

المقدمة :

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على إمام المتقين ، وخاتم النبيين سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين ، وبعد .

فإن قانون القصاص والدية رقم 6 لسنة 1423 ، الذي جاء من بين نصوصه أحكام سقوط القصاص بالعفو عن الجاني ، إلا أن النص جاء مختزلاً جداً حيث لم يتضمن بشأن العفو إلا قوله : (وفي حالة العفو ممن له الحق فيه ...) مما يثير كثيراً من التساؤلات ، عن مفهوم العفو ، ومن يملكه والآثار المترتبة عليه ، وغير ذلك من الإشكاليات .

لذا ، فإننا سنحاول في هذه الصفحات أن نجيب عن كثير من التساؤلات ، وأن نجلي بعض الغموض الذي يكتنف العفو المنصوص عليه في هذا القانون ، ومرجعنا في ذلك هو نصوص الكتاب والسنة وآراء المذاهب الفقهية التي نرى أنها المرجع في تفسير ما غمضَ من نصوص هذا القانون ، وغيره من القوانين القائمة على أحكام الشريعة الإسلامية .

هذا ، وسنقسم هذا البحث إلى مطلبين ، نخصص الأول لمفهوم العفو ومن له الحق فيه ، أما الثاني فيكون الكلام فيه عن آثار العفو .

المطلب الأول

مفهوم العفو ومن له الحق فيه

1- تعريف العفو وحكمه :

وهو يأتي لغةً لمعانٍ متعددة ، منها الإسقاط ، والعطاء بغير عوض (1) .
أما في عرف الفقهاء فهو : عقد يرفع النزاع ، ويقطع الخصومة (2) .
والعفو عن القصاص هو تركه مجاناً أو على بدل .
وهو أفضل من القصاص ، بل هو مستحب ، وقد دلَّ على جوازه الكتاب والسنة والإجماع .

فمن الكتاب قوله تعالى : ﴿ فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ﴾ (3) ، فهذا إقرار للعفو عن القصاص .
وقوله تعالى : ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ﴾ إلى أن قال : ﴿ فمن تصدق به فهو كفارة له ﴾ (4) .

هذا علاوة على ما جاء في القرآن من آيات تدعو إلى العفو عموماً وتحض عليه ، وتعد عليه بالثواب الجزيل .

ومن السنة قول " أنس بن مالك : ما رأيت رسول الله ﷺ رفع إليه شيء فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو " (5) .

وما جاء في " قصة الربيع بنت النضر حين كسرت ثنية جارية من الأنصار

(1) - لسان العرب لابن منظور ، 464/7 - 466 . المصباح المنير ، 6/2 .

(2) - حاشية ابن عابدين ، 472/5 .

(3) - البقرة : 178 .

(4) - المائدة : 45 .

(5) - سنن أبي داود ، كتاب الديات ، 169/4 ، الحديث رقم 4497 .

فأمر رسول الله ﷺ بالقصاص ، وقال : كتاب الله القصاص " (1) ، ولما عفا أهل الجارية أقرهم على ذلك (2) .

وقد أجمع أهل العلم على جوازه (3) .

2 - تكيف العفو :

يختلف الفقهاء في تكيف العفو .

فالأحناف يرون أن العفو هو التنازل عن القصاص مجاناً ، أما التنازل في مقابل الدية فهو صلح ؛ لأن القصاص عندهم واجب عيناً ، لقوله ﷺ : " من قتل عمداً فهو قود " (4) . وقوله في قصة الربيع بنت النضر : " كتاب الله قصاص " (5) . ولأن ضمان العدوان على حق العبد مقيد بالمثل وهو القصاص ، وأخذ المال لا يكون مثلاً للقتل ولا ينوب منابه ، فلا يصلح ضماناً له (6) ؛ ولأن تنازل الولي في مقابل الدية لا ينفذ إلا إذا قبل بها الجاني (7) مادام التنازل معلقاً على رضا الجاني بدفع الدية ، فهو إذن صلح لا عفو .

أما **الشافعية والحنابلة** فالعفو عندهم هو التنازل عن القصاص مجاناً أو في مقابل الدية ، دون حاجة لرضا الجاني ؛ لأن التنازل عن القصاص عندهم لا يتوقف على رضا الجاني بالدية ؛ لأن موجب القتل العمد عندهم هو القصاص والدية ، والخيار في ذلك للولي ، وهو المقصود عندهم بقوله تعالى : ﴿ فمن عفي له من

(1) - البخاري ، كتاب الصلح ، باب الصلح على الدية ، 243/3 .

(2) - المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة ، 508/11 .

(3) - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، 394/2 .

(4) - سنن أبي داود ، كتاب الديات ، 138/4 ، الحديث رقم 4539 .

(5) - البخاري ، كتاب الصلح ، 394/3 .

(6) - بدائع الصنائع ، 285/6 .

(7) - الزيلعي ، تبين الحقائق ، 107/6 ، 108 ، 113 . البحر الرائق لابن نجيم ، 301/8 ، 302 .

أنه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان⁽¹⁾، قال ابن عباس كان في بني إسرائيل القصاص ، ولم يكن فيهم الدية ، فأنزل الله هذه الآية ، فالعفو أن تقبل في العمد الدية⁽²⁾.

ولقوله ﷺ : " من قتل له قتيل فهو بخير النظرين ، إما أن يؤدي وإما أن يقاد "⁽³⁾، فالحديث نصّ في ثبوت الدية إذا سقط القصاص ، فإذا اختار الولي القصاص ، فله أن يتنازل عنه إلى الدية ، فالتنازل إذن إسقاط محض لا مقابل له ، وترك للأكثر وأخذ للأقل ، فهو عفو لأنه إسقاط محض ، فموجب العمد القود عيناً والدية بدل عنه عند سقوطه بالموت أو إسقاطه بالعفو⁽⁴⁾، وفي مذهب أحمد رواية أخرى كمذهب الحنفية أن موجب العمد القود⁽⁵⁾، لكن المذهب هو الرواية الأولى.

أما المالكية فمذهبهم كمذهب الحنفية في اعتبار القصاص واجباً عيناً ، وأنه ليس للولي إلاّ القصاص أو العفو على غير الدية إلاّ إذا رضي القاتل بإعطاء الدية ، وهذه رواية ابن القاسم عن مالك⁽⁶⁾.

وقال أشهب رواية عن مالك : إن الولي مخير بين أمرين القصاص أو العفو عن الدية جبراً على الجاني ، وهي موافقة لمذهب الشافعي ، لكنها ضعيفة في المذهب⁽⁷⁾.

(1) - البقرة : 178 .

(2) - المغني مع الشرح الكبير ، 521/11 .

(3) - البخاري ، كتاب الديات ، 60/9 .

(4) - نهاية المحتاج للرملي ، 293/7 - 294 .

(5) - المغني لابن قدامة ، 522/11 .

(6) - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ، 394/2 .

(7) - حاشية الدسوقي ، 239، 4 - 240 .

وعلى ذلك فالمذهب عند المالكية هو أن موجب العمد القصاص ، إلا أنه يجوز العفو في مقابل الدية ولكن بشرط رضا القاتل بذلك ، وهم في هذا يوافقون الحنفية .

إلا أن الحنفية يعتبرونه صلحاً مادام التنازل معلقاً على رضا القاتل بالدية .
أما المالكية فبعضهم يعتبره عفواً مادام الواجب بالقتل العمد هو القصاص عيناً ، واختار الأولياء الدية ورضي بها الجاني .
وبعضهم يعتبره صلحاً ، ويفرقون بين الصلح والعفو ، ويرون أن العفو يكون على الدية فقط أو أقل منها متى رضي القاتل ، أما الصلح فيكون على أكثر من الدية ، كما يكون على غير الدية .
واعتبار ذلك من الصلح أقرب إلى اعتباره من العفو ، وهو الموافق لرواية ابن القاسم عن مالك السابق الإشارة إليها .

أما قانون القصاص والدية فقد نصّ في مادته الأولى على أنه : (يسقط القصاص بالعفو ممن له الحق فيه وتكون العقوبة الدية) ، وهو بهذا يكون قد أخذ بما عليه الشافعية والحنابلة في المعتمد عندهم من أن موجب العمد على التخيير ، وهي الرواية الأخرى عن مالك وإن كانت ضعيفة ، وهو ما أكدته المحكمة العليا في أحد أحكامها حين تعرضت لخلاف العلماء في موجب العمد : أهو على التخيير أم على التعيين ؟ وانتهت إلى أن الخيار ثابت لولي الدم بنص المادة الأولى من القانون رقم 6 لسنة 23 القاضي بسقوط القصاص بالعفو مع ثبوت الدية ، وأن الدية تجب حينئذ في مال الجاني بدون رضاه ؛ لأن كلاً من القصاص والدية في معنى البدية عن النفس ، ولا يكون عن الشيء الواحد بدلان ، فإذا اختار الولي أياً منهما فلا خيار للجاني⁽¹⁾ .

(1) - المحكمة العليا ، جلسة 1428/6/17 - 1998 م ، طعن جنائي رقم (44/731 ق) ، حكم غير منشور .

3- صاحب الحق في العفو :

حق القصاص من الحقوق غير الشخصية التي تثبت للإنسان حال حياته ، وتورث عنه بعد مماته لتعلقها بالمال كحق الخيار والشفعة .

وقد اتفق الفقهاء على أن حق العفو يملكه من يملك حق القصاص . قال ابن رشد : أجمع أهل العلم على أن من ثبت له ولاية استيفاء القصاص صحَّ عفوهُ⁽¹⁾ .

إلا أن الفقهاء يختلفون في تحديد صاحب هذا الحق .

فالأحناف والشافعية والحنابلة يرون أن هذا الحق يثبت لجميع الورثة من العصبات النسبية والسببية وأصحاب الفروض ذكوراً أو إناثاً ، صغاراً أو كباراً⁽²⁾ وعمدتهم اعتبار الدم بالدية ، فمن له الحق في الدية له الحق في الدم⁽³⁾ ، واستدلوا لذلك بما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه رفع إليه رجل قتل رجلاً ، فأراد أولياء المقتول قتله ، فقالت أخت المقتول - وهي امرأة القاتل - : قد عفوت عن حصتي من زوجي ، فقال عمر رضي الله عنه : " عتق الرجل من القتل "⁽⁴⁾ . وكذلك ما روي من أن رجلاً قتل امرأته استعدى ثلاثة إخوة لها عليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه فعفا أحدهم ، فقال عمر رضي الله عنه للباقيين : " خذا ثلثي الدية ، فإنه لا سبيل إلى قتله "⁽⁵⁾ . قال الشوكاني : ولم يخالف عمر أحد⁽⁶⁾ .

(1) - بداية المجتهد لابن رشد ، 395/2 .

(2) - بدائع الصنائع ، 232/7 . المهذب للشيرازي ، 196/2 . الإقناع للحجاوي ، 182/4 .

(3) - بداية المجتهد لابن رشد ، 395/2 .

(4) - مصنف عبدالرزاق ، كتاب العقول ، 9/10 ، رقم 18188 .

(5) - سنن البيهقي ، كتاب الجنائيات ، 60/8 .

(6) - نيل الأوطار للشوكاني ، 177/7 .

وقال الإمام الشافعي تعليقاً على قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً ... ﴾ : فكان معلوماً عند أهل العلم ممن خوطب بهذه الآية أن ولي المقتول من جعل الله له ميراثاً منه ، وقال رسول الله ﷺ : " ومن قتل له بعد مقاتلي هذه قتيلاً فأهله بين خيرتين أن يأخذوا العقل أو يقتلوا " ، ثم قال : " إن المسلمين لم يختلفوا في أن العقل موروث كالمال ⁽¹⁾ .

إلا أن في مذهب الشافعية رأياً آخر يقول بثبوت حق القصاص للعصبة النسبية دون السببية ⁽²⁾ .

أما المالكية فمستحق القصاص عندهم هو العاصب الذكر ، وعمدتهم الولاية للذكور دون الإناث ، فلا دخل للأخ لأُم ولا للزوج ، والجد لأُم ؛ لأنهم ليسوا بعصبة ، وإذا تعددت العصبة قُدِّمَت جهة البنوة على جهة الأبوة ، ثم جهة الأبوة ، ثم الجدودة والأخوة ثم بنو الأخوة ، ثم العمومة ، ثم بنو العمومة ، وهكذا على نظام إرث العصبات ، فإذا اتَّحدت جهة العصوبة قُدِّمَ الأقرب على الأبعد ، فالابن مقدَّم على ابن الابن وهكذا ، وإذا اتَّحدوا في الجهة والدرجة قُدِّمَ الأقوى قرابةً ، فالشقيق مقدَّم على الذي لأب ، وإذا اتَّفَقوا في كل شيء اشترَكوا في حق القصاص كاشتراكهم في الميراث ⁽³⁾ .

وتستحق من النساء كذلك من توافرت فيها شروط ثلاثة :

- 1 - أن تكون وارثة كالبنات والأخت .
- 2 - وألاً يساويها عاصب في درجتها ، بالألَّ يُوجد أصلاً ، أو وُجِدَ ولكن كان أنزل منها ، كالعم مع البنت أو الأخت ، وعلى ذلك فلا كلام للأخت مع الأخ ،

(1) - الأم للشافعي ، 33/7 .

(2) - نهاية المحتاج للرملي ، 284/7 .

(3) - الشرح الكبير للدردير ، 242/4 .

ولا للبنت مع الابن ، بخلاف الشقيقة مع الأخ للأب ، فلها الكلام معه ، لأنه وإن ساواها في الدرجة إلا أنه أنزل منها في قوة القرابة .

3 - أن تكون بحيث لو كان في درجتها رجل ورث بالتعصيب ، وعلى ذلك فلا كلام للجدّة لأُم ، ولا للأخت لأُم ، ولا للزوجة⁽¹⁾ .

ويشترط في من يملك العفو عند المذاهب الأربعة أن يكون بالغاً عاقلاً ؛ لأنه من التصرفات الضارة التي لا يملكها إلا العاقل البالغ ، فإن لم يكن كذلك كان الحق ثابتاً له ، وإن كان لا يملك التصرف فيه⁽²⁾ .

والراجح من خلاف الفقهاء هو مذهب الجمهور القاضي بثبوت حق القصاص والعفو لجميع الورثة ذكوراً وإناثاً ، على أن قانون القصاص والدية لم يبيّن من هو ولي الدم ، فقد نصّت المادة الأولى قبل تعديلها على أنه : (يعاقب بالإعدام قصاصاً كل من قتل نفساً عمداً إذا طلبه أولياء الدم ...) ، كما نصّت بعد تعديلها على أنه : (يسقط القصاص بالعفو ممن له الحق فيه ...) ، كما نصّت المادة الثانية على أنه : (يثبت الحق في القصاص لأولياء دم المجني عليه العاقلين البالغين سن الرشد ...) ، لكن المحكمة العليا تولت ذلك حين قالت : (وأولياء الدم لدى جمهور الفقهاء هم الورثة ذكوراً وإناثاً ، وهو ما تأخذ به هذه المحكمة في تحديد من يكون ولياً للدم في تطبيق أحكام هذا القانون ، نظراً لقرب صلة الورثة بالمقتول ، ويتعين للحكم بالإعدام قصاصاً أن يطلبه جميع أولياء الدم ...)⁽³⁾ .

(1) - الشرح الكبير للدردير ، 229/4 .

(2) - بدائع الصنائع ، 246/7 . المهذب ، 201/2 . الشرح الكبير لابن قدامة ، 388/9 .

(3) - المحكمة العليا ، جلسة 2002/3/19 ، طعن جنائي رقم (46/4123 ق) ، حكم غير منشور .

4 - سلطة ولي الصغير والمجنون في العفو :

إذا كان مستحق القصاص عاقلاً بالغاً ، فله أن يستوفي أو يعفو مجاناً على الدية .

أما إن كان صغيراً أو مجنوناً فإن وليه يقوم مقامه ، لكن الفقهاء يختلفون فيما يملكه الولي .

فالحنفية والمالكية يجيزون لولي الصغير والمجنون استيفاء القصاص عنهما إلا أن الحنفية يفرقون بين الأب والوصي .

فيجيزون للأب أن يصلح عن القود إلى الدية أو أكثر منها لا أقل ، كما لو كان في حق نفسه ، كما أن له ولاية استيفاء القصاص في النفس أو فيما دونها قولاً واحداً ، دون انتظار بلوغ الصبي أو إفاقة المجنون ، والحاكم أو القاضي كذلك . أما الوصي فلهم في صلحه عن القود روايتان عن الإمام :

رواية بعدم الجواز ؛ لأنه لا يملك القصاص فلا يملك بدله ، والرواية الثانية بجواز ذلك ، لأن فيه اكتساب المال للصبي والوصي منصوب لذلك ، بخلاف استيفاء القود فهو ليس من اكتساب المال في شيء⁽¹⁾ .

ولم يفرق المالكية بين الأب والوصي في أن الواجب في حق كل منهما النظر في الأصلح للصبي ، فإن كانت المصلحة في أخذ الدية أخذت قهراً عن الجاني ، وإن استوت المصلحة خير الولي ، ولا يجوز له أخذ بعض الدية إذا كان الجاني مليئاً ، كما أنه ليس له أن يصلح على أقل من الدية ، فإن صالح على أقل منها كان للصغير بعد رشده أن يرجع على الجاني ، وليس للجاني الرجوع على الولي بشيء .

(1) - المبسوط للسرخسي ، 14/21 ، 15 .

فقد استوفى حق نفسه ، وإذا كان قد عفا فالعفو عن الباقي لا عمّا استوفاه ،
واتفقوا على أنه إذا قطعه ثم قتله فليس عليه إلا التعزير لتعذيبه القتل (1).

وإذا كان القانون لم يتكلم عن مثل هذه المسائل ، وكان من حق ولي المجني
عليه القصاص من القاتل ، وإن كان لا يتولاه بنفسه ، بل تتولاه السلطة العامة
- فإن قطع الولي لعضو الجاني ثم العفو عنه بعد ذلك يقتضي تعزيره لافتياته
على السلطة العامة ، ولتعذيبه للجاني .

ب - وإذا تعدد أولياء الدم وعفا بعضهم ، ثم قام غيره بقتل الجاني ، فإن قتله بعد
علمه بعفو الآخر وبجرمة القتل بعد العفو وسقوط القصاص ، فهو قاتل عمداً
ويجب عليه القصاص عند أبي حنيفة والشافعية في رأي والحنابلة ؛ لأنه قتل
مكافئاً له عمداً (2).

أما الرأي الآخر في مذهب الشافعية فيشترط للقصاص أن يكون عالماً بالعفو ،
وأن يحكم القاضي بسقوط القصاص وبالدية بعد العفو ، فإذا اختل أي من
الشرطين درئ القصاص للشبهة (3).

أما إذا لم يكن القاتل يعلم بالعفو ، أو علم به ولكنه لا يعرف حرمة القتل
وسقوط القصاص ، فهو قاتل عند أبي حنيفة والصاحبين ، ولكن يدرأ عنه
القصاص وتجب الدية في ماله ؛ لأن في عصمته شبهة العدم في حق القاتل لأن
له حق القصاص في الأصل فقتله مبني على نوع دليل وهو ظنه أن قتله مباح
له؛ ذلك أن القصاص وجب حقاً للمقتول ، وكل واحد من الأولياء له حق
استيفائه ، وذلك يورث شبهة ، والحدود تُدرأ بالشبهات .

(1) - بدائع الصنائع ، 304/7 . مواهب الجليل ، 235/6 . المذهب ، 202/2 .

(2) - بدائع الصنائع ، 293/6 . المذهب ، 184/2 . شرح منتهى الإرادات للبهوتي ، 260/2 .

(3) - المذهب ، 184/2 . نهاية المحتاج ، 286/7 .

وخالف زفر فأوجب القصاص في قتله ؛ لأنه قتل معصوماً لأن عصمة الجاني عادت بالعفو ، فصار كما لو قتله قبل وجود القتل ، كما أن مطلق الظن لا يورث شبهة⁽¹⁾ . والشافعية والحنابلة كذلك يعتبرونه قاتلاً عمداً ، لكن الحنابلة وأحد رأيي الشافعية يدرؤون عنه القصاص للشبهة ، بينما الرأي الثاني عند الشافعية يرى القصاص⁽²⁾ .

والمتفق مع قانون القصاص والدية هو القول بالقصاص من ولي الدم إذا قتل الجاني بعد علمه بعفو غيره من الأولياء ؛ لأنه قتل معصوماً ؛ لأن الجاني عادت إليه العصمة بعفو بعض الأولياء عنه ، فمن قتله فقد قتل معصوماً ، فيقاد منه .

2 - عفو الولي قبل الموت :

إذا عفا ولي الدم بعد الجرح وقبل الموت فهل يُعدُّ العفو صحيحاً نافذاً أم لا ؟ للفقهاء في ذلك مذهبان :

أ - ذهب المالكية إلى صحة العفو ونفاذه ، فإذا مات المجرع بسراية جرحه فلا قصاص ، ووافقهم على ذلك الأحناف في الاستحسان ، ووجهه :
أولاً : أن الجرح متى اتصلت به السراية تبين أنه وقع قتلاً من حين وجوده ، فكان العفو عن حق ثابت فيصح ، ولهذا لو كان الجرح خطأ فكفر بعد الجرح قبل الموت جاز التكفير .

وثانياً : أن القتل وإن لم يوجد في الحال ، إلا أن سببه قد وجد ، وهو الجرح

(1) - بدائع الصنائع ، 293/6 .

(2) - المهذب ، 184/2 . المغني مع الشرح الكبير ، 512/11 .

المفضي إلى فوات الحياة ، والسبب المفضي إلى الشيء يقوم مقامه في أصول الشرع كالنوم مع الحدث ، والنكاح مع الوطء ، وغير ذلك ؛ ولأنه إذا وجد سبب وجود القتل كان العفو تعجيل الحكم بعد وجود سببه وهو جائز كالتكفير بعد الجرح قبل الموت في القتل الخطأ⁽¹⁾.

ب - وذهب الشافعية إلى أن عفو ولي الدم بعد الجناية وقبل الموت لا يصح لأن الحق للمجني عليه ، وليس للولي قبل موته شيء .

وهو ما قاله الحنفية في القياس ، ووجهه أن العفو عن القاتل يستدعي وجود قتيل ، والفعل لا يصير قتلاً إلا بفوات الحياة عن المحل ، وهو لم يوجد ، فالعفو لم يصادف محله فلم يصح⁽²⁾.

وهذا الأمر كذلك لا كلام عنه في قانون القصاص والدية ، لكن الأخذ فيه بمذهب المالكية ، واستحسان الحنفية أولى ؛ لأن عفو الولي عن الجرح يدل على أنه فضل العفو عن القصاص ، وإلا كان ينتظر حتى يتبين أمر الجرح ، ثم إن هذا العفو يورث شبهة والقصاص يُدْرَأُ بالشبهات ، ثم إن مجرد خلاف الفقهاء في القصاص أو عدمه يورث شبهة ، والقصاص لا يقام إلا مع اليقين ، ولا يقين مع الشبهات .

ثانياً - عفو المجني عليه عن الجناية :

عفو المجني عليه إما أن يكون قبل وقوع الجناية ، وإما أن يكون بعد وقوعها ، ولكل حالة حكمها :

(1) - حاشية الدسوقي ، 264/4 . بدائع الصنائع ، 295/6 .

(2) - الأم للشافعي ، 41/7 . بدائع الصنائع ، 295/6 .

1 - عفو المجني عليه قبل وقوع الجناية :

إذا عفا المجني عليه عن الجناية قبل وقوعها ، كأن قال شخص لآخر : إن قتلتني أبرأتك من دمي فقتله ، أو قال له بعد جرحه وقبل إنفاذ مقتله : أبرأتك من دمي ، فلا يُبرأ من دمه في الحالتين ، وللولي القود منه ، أو العفو ، وهذا قول المالكية والشافعية والحنابلة ؛ لأنه أسقط حقاً قبل وجوبه⁽¹⁾.

بينما ذهب أبو حنيفة وصاحبه إلى سقوط القصاص ووجوب الدية⁽²⁾.

2 - عفو المجني عليه بعد الجناية :

وهو يتنوع إلى نوعين ، ذلك أن الجناية إما أن تكون من القوة بحيث تعتبر قتلاً ، وإما أن تكون جرحاً لكنه يسري إلى النفس فيتلّفها .

أ - فإذا كانت الجناية من القوة كأن ضربه ضربة وصل معها إلى حالة المذبوح ، وصار موته محققاً ، وحياته ميؤوساً منها ، فعفا المجني عليه عن الجاني ، فهل يعتد بهذا العفو أم يبقى حق أوليائه في القصاص ؟

فإذا كان القتل خطأ فالعفو من المجني عليه جائز في الثلث ؛ لأن العفو هبة فلا يجوز للمجني عليه بعد موته فيما زاد على الثلث ، إلا إذا أجازته الورثة . وهذا ما ذهب إليه جمهور فقهاء الأمصار ، وعمدتهم أنه وهب له مالاً بعد موته فلا يجوز إلا في الثلث ، كما في الوصية .

بينما ذهب طاووس والحسن من التابعين إلى جواز ذلك ، واستدلوا بأنه إذا كان من حقه أن يعفو عن الدم فأحرى به أن يعفو عن المال⁽³⁾.

(1) - حاشية الدسوقي ، 240/4 . الأم للشافعي ، 41/7 . المغني مع الشرح الكبير ، 520/11 .

(2) - بدائع الصنائع ، 277/6 .

(3) - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، 396/2 .

والراجح قول الجمهور ؛ لأن الدية موروثة ، والموروث لا تصح الوصية فيه بما زاد على الثلث .

أما إذا كان القتل عمداً ، وعفا المجني عليه قبل موته عن دمه مجاناً أو على مال ، فذهب جمهور الفقهاء إلى أن القصاص يسقط ولا يكون من حق الورثة قصاص ولا عفو ، واستدلوا لذلك بقوله تعالى : ﴿ فمن تصدّق به فهو كفارة له ﴾⁽¹⁾ ، والمراد بالمتصدق في الآية المقتول إذا تصدق بدمه ، ثم إن حق الولي في الأصل حق للمقتول ، فأقيم مقامه ، وناب منابه ، فكان المقتول أحق بالخيار من الذي أقيم مقامه بعد موته⁽²⁾ .

وذهب الظاهرية والشافعية في القديم وأبو ثور إلى أن عفو المقتول قبل موته لا يصح ، فيبقى حق الورثة في القصاص أو العفو بعد موته مجاناً أو على الدية ، واستدلوا لذلك بقوله تعالى : ﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل إنه كان منصوراً ﴾⁽³⁾ ، فقد جعل الله لولي الدم سلطاناً في القود أو العفو أو الدية ، وليس للمقتول إبطال هذا السلطان ، كما جاءت السنة بالخيار لأهل القتل في القود أو المفاداة أو الدية ، فلا يحل للمقتول إبطال خيار جعله الله ورسوله لأهله بعد موته⁽⁴⁾ .

واستدلوا أيضاً بأن عفو المقتول عن دية أو جب الله تسليمها إلى أهله أو عن دم أو مال خير الله فيهما أهله بعده باطلٌ بنص القرآن لقوله تعالى : ﴿ ولا تكسب كل نفس إلا عليها ﴾⁽⁵⁾ .

(1) - المائدة : 45 .

(2) - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، 395/2 ، 396 .

(3) - الإسراء : 33 .

(4) - المحلى لابن حزم ، 489/10 - 490 .

(5) - الأنعام : 164 .

كما أن العفو يستدعي وجود القتل ، والفعل لا يصير قتلاً إلا بفوات الحياة عن المحل ، ولم يوجد ، فالعفو لم يصادف محله فلم يصح ، كما أنه إذا وجب القود أو الدية فإنما ذلك لأهله وليس له⁽¹⁾.

ومذهب الجمهور أرجح ؛ لأن الولي نائب عن المقتول ، وصاحب الحق أولى من نائبه ، وعلى ذلك فقول الجمهور هو الذي ينبغي الأخذ به في تطبيق أحكام قانون القصاص والدية ؛ ولأن هذا القانون سكت عن مسألة عفو المجني عليه عن دمه ، فيفسر القانون بالأصلح للمتهم ؛ ولأن مجرد خلاف العلماء شبهة ، والقصاص يُدرأ مع الشبهة .

ب - أما إذا كانت الجناية لم تصل به إلى حال اليأس ، كأن أجافه أو قطع عضواً من أعضائه فعفا عنه المجروح ، وبرئ من جرحه دون أن يسري إلى عضو آخر، أو دون أن يسري إلى نفسه ، فالعفو صحيح ؛ لأن القاعدة أن للمجني عليه أن يعفو عن القصاص مجاناً ، وله أن يعفو عن الدية .

أما إذا سرت الجناية إلى نفسه فمات ، فإن جمهور الفقهاء يفرّقون بين حالتين: الحالة الأولى : أن يكون العفو عن الجراحة وما يحدث منها ، أو الجرح وما ترامى إليه من عضو أو نفس ، فيصح العفو ، ولا شيء على القاتل ، وليس لأولياء القتيل قصاص ولا دية⁽²⁾.

أما إن كان العفو عن الجرح دون بيان لما يحدث منه ، فترامى إلى نفسه ، فعند الصاحبين يصحّ العفو ، ولا شيء لأولياء القتيل ؛ لأن العفو عن الجراحة فيشملها مع ما تولّد منها ؛ لأن السراية أثر الجرح ، والعفو عن الشيء عفو

(1) - المحلى لابن حزم ، 490/10 .

(2) - المهذب للشيرازي ، 189/2 . كشاف القناع للبهوتي ، 545/5 .

عن أثره⁽¹⁾.

أما عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد فالقياس القصاص ؛ لأن حق المجني عليه في موجب الجناية وهو القصاص لا في عينها وهو الجرح ؛ لأن عين الجناية مما لا يتصور بقاؤه فلا يتصور العفو عنه ، فكان عفو المجني عليه عفواً عن موجب الجراحة ، وبالسراية تبين ألا موجب بهذه الجراحة ، وأن الواجب عند السراية هو موجب القتل ، أي القصاص ، وكذلك فإن الجرح غير القتل ، والعفو عن أحدهما ليس عفواً عن الآخر ، ولكن يُدْرَأُ القصاص لشبهة العفو ، وتجب الدية استحساناً⁽²⁾.

وكذلك عند المالكية ، إذا كان العفو عن الجرح دون بيان ، فيحمل على أنه عفا عما وجب له في الحال ، ويسأل عن السراية للعضو أو النفس ، ويعتبر قاتلاً ويقتض من بقسامة في العمد ولأوليائه الدية في الخطأ ، ولا يلزمهم عفو المجني عليه عن جرحه قبل الموت ، فالخيار لهم في إمضاء عفوه أو نقضه⁽³⁾.

لكن الشافعية والحنابلة فرقوا بين ما فيه قصاص من الجراح ، وما لا قصاص فيه ، فيوافقون غيرهم من الفقهاء فيما فيه قصاص من الجراح كما سبق ، لكنهم يخالفون فيما ليس فيه قصاص كالجائفة ، وقطع اليد من غير المفصل ، فلا يرون للعفو أثراً ؛ لأن العفو عن القصاص فيما لا قصاص فيه لا يصادف محلاً ، بخلاف العفو عن الجرح الذي فيه قصاص ، فإنه يصادف محله فيسقط به القصاص في النفس تبعاً لسقوطه في الجرح ؛ لأن القصاص لا يتبعض فإذا سقط في البعض سقط في الكل⁽⁴⁾.

(1) - بدائع الصنائع ، 296/6 . بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، 396/2 . المذهب للشيرازي ، 202/2 .

(2) - بدائع الصنائع ، 296/6 . المذهب للشيرازي ، 202/2 ، 203 . المغني ، 469/9 .

(3) - مواهب الجليل للخطاب ، 255/6 ، 256 . بداية المجتهد ، 396/2 .

(4) - المذهب ، 287/2 . كشف القناع ، 545/5 .

ثالثاً - هل يُعد عفو المجني عليه وصية للقاتل :

لهذه المسألة أهمية كبرى ؛ لأن اعتبار العفو وصية يقتضي ألا يزيد المعفو عنه عن ثلث التركة ، فإن تجاوزها فلا ينفذ منه ما زاد على الثلث ، واعتبار العفو وصية يترتب على خلاف العلماء في صحة الوصية للقاتل ، حيث اشترطوا في الموصي له ألا يكون قاتلاً للموصي بغير مسوغ شرعي ، حيث منعها الحنفية والحنابلة في أحد الأقوال ، ورأوا أن القتل عمداً كان أو خطأ يمنع الوصية سواء تقدمت عليه أو تأخرت عن سببه ؛ لأن القاتل ممنوع شرعاً من تملك مال القاتل ؛ لقوله ﷺ : (لا وصية لقاتل)⁽¹⁾.

بينما ذهب الشافعية في أرجح الأقوال ، والحنابلة في قول ، إلى أن القتل لا أثر له على الوصية ، تقدمت عليه أم تأخرت عن سببه ؛ لأنها تملك بعقد كالهبة ، والهبة لا تتأثر بالقتل فالوصية كذلك .

أما المالكية والحنابلة في أرجح الأقوال عندهم فيذهبون إلى التفصيل ، فإذا حدث القتل بعد الوصية بطلت لتهمة الاستعجال كالمراث ، أما إذا حدث سبب القتل قبل الوصية فلا بطلان ، غير أن المالكية اشترطوا لذلك أن يعلم الموصي بقاتله ، ويوصي له بعد علمه به ، سواء أكان القتل عمداً أم خطأ ، وتكون الوصية في ثلث المال في حال العمد ، وفي ثلث المال والدية في حال الخطأ .

وإنما لم تبطل الوصية حينئذ لانتهاء تهمة الاستعجال ؛ لأن الإيصاء قد حصل بعد سبب القتل ، وعلم الموصي بقاتله ، ومع ذلك أنشأ الوصية باختياره وإرادته .

وأرجح هذه الآراء هو رأي المالكية القائل بالتفصيل ؛ لأن الوصية السابقة على القتل طراً عليها ما يبطلها ، إذ الظاهر أن القاتل قصد الاستعجال بملك الوصية

(1) - نصب الراية لأحاديث الهداية ، الزيلعي ، 402/4 .

أما إذا كان الجاني معسراً فيجوز الصلح أو العفو على أقل من الدية⁽¹⁾ .
وظاهر أن مذهب الحنفية والمالكية عدم جواز العفو مجاناً من الولي أباً كان أو غيره؛
لأن سلطة الولي قاصرة على استيفاء الحقوق الواجبة للصغير ، وسلطتهما مقيدة
بالنظر في مصالحه ، والعفو ضرر محض ؛ لأنه إسقاط للحق أصلاً ، وعلى ذلك
فالولي من أب أو سلطان أو وصي يملك الصلح ، ولكن لا يملك العفو .

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يجب انتظار الصبي وإفاقة المجنون
ويُحبس القاتل حتى البلوغ والإفاقة ، فيستوفى القصاص حينئذ أو يعفوا عنه ؛ لأنه
ليس من حق الولي من أب أو غيره حق استيفاء القصاص .

إلا أن الشافعية منعوا عفو الولي عن القود إلى مال ولم يفرقوا بين الصغير
والمجنون مادام المولى عليه له كفاية من المال ..

أما إن كان محتاجاً إلى النفقة فوجهان : أحدهما : الجواز لأنه محتاج إلى
ذلك ، ثانيهما : المنع لأنه لا يملك استيفاء حقه من القصاص ، ونفقته على بيت
المال⁽²⁾ .

أما الحنابلة ففرقوا بين الصبي والمجنون ، فأجازوا لولي المجنون - إذا كان
محتاجاً إلى النفقة - أن يعفو إلى الدية ، ولم يجيزوا ذلك لولي الصبي ، وأساس
التفرقة بينهما أن بلوغ الصبي له وقت يُنتظر ، أما إفاقة المجنون فليس لها وقت
يُنتظر ، فإن لم يكن محتاجاً إلى نفقة كان العفو باطلاً ، كما لو عفا على غير
مال⁽³⁾ .

وقانون القصاص والدية لم يتعرض لمسألة ولي الصغير والمجنون ، بل هي

(1) - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، 4/ 258 .

(2) - تكملة المجموع للمطيعي ، 20/ 255 .

(3) - كشاف القناع للبهوتي ، 5/ 533 .

من المسكون عنه ، مما يقتضي تفسيره في دائرة المذاهب الفقهية ، مع مراعاة مصلحة المولى عليه ، والأصلح للمولى عليه هو ما قال به الحنفية والمالكية من أن للولي حق القصاص أو الصلح على الدية أو أكثر منها ، وهذا ما انتهت إليه المحكمة العليا⁽¹⁾.

5 - العفو مع تعدد المستحقين :

إذا كان مستحق القصاص واحداً ، بالغاً عاقلاً ذكراً أو أنثى ، فهو يملك العفو ، كما يملك القصاص عند جميع الفقهاء .

أما إذا تعدد المستحقون للقصاص وعفا بعضهم ، فهل ينتج العفو أثره ؟ يرى الأئمة الثلاثة أبو حنيفة والشافعي وأحمد ، أن عفو بعض أولياء الدم ينتج أثره ، ويسقط به القصاص ولو لم يعفُ الباقي ؛ ذلك أن القصاص لا يتجزأ فلا يتصور استيفاء بعضه دون بعض ، فيرجح العفو ، وينقلب نصيب من لم يعفُ إلى مال ، فيكون له نصيبه من الدية⁽²⁾.

ويستدلون لذلك بما روي أن عمر أتى برجل قتل قتيلاً ، فجاء ورثة المقتول ليقتلوه ، فقال امرأة المقتول ، وهي أخت القاتل : قد عفوت عن حقي ، فقال عمر رضي الله عنه : " عتق الرجل من القتل " ⁽³⁾

وكذلك ما جاء من أن رجلاً قتل امرأته فاستعدى ثلاثة إخوة لها عليه عمر ابن الخطاب رضي الله عنه فعفا أحدهم ، فقال عمر رضي الله عنه للباقيين : " خذا ثلثي الدية ، فإنه لا

(1) - المحكمة العليا ، جلسة 1372/2/25 - 2004 ، طعن جنائي رقم (1179 / 50 ق) ، حكم غير منشور .

(2) - بدائع الصنائع للكاساني ، 294/6 . الأم للشافعي ، 33/7 ، 34 . المغني مع الشرح الكبير ، 511/11 .

(3) - مصنف عبدالرزاق ، كتاب العقول ، 9/10 ، رقم 18188 .

سبيل إلى قتله" (1).

أما المالكية فلهم في ذلك تفصيل ، فإذا كان المستحقون للقصاص رجالاً ، واستروا في الدرجة فالعفو يملكه كل واحد منهم ، وإن كان فيهم من هو أعلى درجة فالعفو له دون غيره .

وكذلك إذا كانوا رجالاً ونساءً متساوين في الدرجة ، أو كان الرجال أعلى من النساء ، فالقول للعاصب في العفو أو القصاص ، ولا كلام للنساء معه . وإذا كان المستحقون رجالاً ونساءً ، وكان العاصب أنزل درجة لكنه وارث كابن ابن مع بنت فلا عفو إلاً باجتماعهما ، فإذا طلب القصاص أي منهما أجيب إليه ولا عبرة بعفو من عفا منهما ، إذا كان القتل قد ثبت ببينة أو إقرار أو قسامة .

أما إذا كان العاصب غير وارث بأن حازت الإناث الميراث كله كابن أخ مع بنت وأخت ، فلا كلام للعاصب ، وكذا لا كلام للأخت لأن البنت أقرب منها متى ثبت القتل ببينة أو إقرار .

أما لو ثبت القتل بالقسامة ، وهي لا تكون إلاً للعصابات من الذكور ولو كانوا غير وارثين ، كأن حازت الإناث الميراث كله ، فإنه يكون للعاصب كلام ، فمن طلب القصاص من العاصب أو النساء أجيب إليه ولا يكون عفو إلاً باجتماعهما .

وإذا كان المستحقون نساء فقط ، وتفاوتن في الدرجة كبنت وأخت ، فالعفو لأعلاهن درجة - إن كن جميعاً وارثات - فالعفو للبنت دون الأخت ، أما إن استوين في الدرجة وحزن الميراث كبنت أو أخوات فإن اتفقن على عفو أو قصاص أجبن إليه ، وإن اختلفن فلا يعتد بقول بعضهن إلاً بإقرار الحاكم بحسب ما يراه من

(1) - سنن البيهقي ، كتاب الجنايات ، 60/8 .

المصلحة ، وإلا قدم العفو إن لم تظهر مصلحة⁽¹⁾ .

أما قانون القصاص والدية فلم يتعرض للفرقة بين الذكور والإناث في مسألة العفو من عدمه ، وكل ما جاء فيه هو ما نصّت عليه المادة الثانية حين قالت :
(يثبت الحق في القصاص لأولياء دم المجني عليه العاقلين البالغين سن الرشد ، وإذا عفا أحدهم سقط الحق في القصاص) .

وقد سبق أن قلنا إن القانون لم يبيّن من هو ولي الدم ، لكن المحكمة العليا قضت بأنه يشمل الذكور والإناث أخذاً بمذهب جمهور الفقهاء . ومن ثم فإن العفو يملكه كل واحد من ورثة المجني عليه ذكراً كان أم أنثى .

(1) - الشرح الكبير للدردير ، 4/229 .

المطلب الثاني

آثار العفو

العفو إما أن يكون من ولي الدم ، وإما أن يكون من المجني عليه ، ولكل حالة حكمها .

أولاً - العفو من ولي الدم :

العفو من ولي الدم قد يكون قبل الموت ، وقد يكون بعده ، كما قد يكون من ولي الدم المنفرد ، وقد يكون من ولي له شركاء ، كما قد يكون من أولياء أحد القتلى ، إذا كان القاتل واحداً ، وتعدد قتلاه .

1 - عفو ولي الدم بعد الموت :

ويأتي ذلك على صور أربع :

أ - إذا كان ولي الدم واحداً وعفا عن القاتل سقط القصاص عنه ؛ لأنه حقه وحده ، وذلك عند الشافعية والحنابلة ، سواء أكان العفو مطلقاً ، أم كان عفواً على الدية ، وسواء أقبل بذلك الجاني أم لم يقبل (1) .

أما الحنفية والمالكية فلا يسقط حق القصاص عندهم إذا كان العفو على الدية إلا إذا قبل بها الجاني .

وسبب الخلاف - كما سبق - أن العفو على الدية يوجبها على الجاني عند الشافعية والحنابلة ؛ لأن موجب العمد عندهم القصاص والدية ، والخيار لولي الدم .

أما عند الأحناف فإن العفو على الدية صلح يلزم لصحته رضا الجاني بدفعها ؛ لأن موجب القتل العمد هو القصاص ، ولا تحل الدية محله إلا صلحاً .

(1) - المنهاج للميرزا ، 188/2 . المعني مع الشرح الكبير ، 521/11 .

أما المالكية فالواجب عندهم بالقتل العمد هو القصاص ، ولا بد من رضا الجاني إذا اختار الأولياء الدية ، وبعضهم يسميه عفواً إذا كان على الدية أو أقل منها ، فإن كان على أكثر منها فهو صلح⁽¹⁾ .

ولم يرد بقانون القصاص والدية نصٌّ على هذه المسألة ، إلا أن الأولى فيها الأخذ برأي الأحناف والمالكية ؛ لأن حق الولي في القصاص ، ولا ينتقل إلى الدية إلا بتراضي الطرفين ، فلا يلزم الولي إذا عفا عن القصاص بإسقاط حقه في المال دية أو صلحاً ، ولا يلزم المجني عليه بدفع الدية رغماً عنه ، وإن كان آثماً فيما بينه وبين الله ، إذا لم يقبل بالدية استبقاء لنفسه ، كأكل الميتة عند المخمصة .

ب - وإذا تعدد الأولياء في قصاص مشترك ، وعفا بعضهم سقط القصاص عن القاتل ضرورة ؛ لأن القصاص لا يتجزأ ، فلا يتصور استيفاء بعضه دون بعضه ، وينقلب نصيب الآخرين مالاً ، فيأخذون حصتهم من الدية بعد خصم نصيب العافي . فإن كان عفوه على الدية أخذ حصته منها ، وإن كان مجاناً فلا شيء له⁽²⁾ .

ج - ما سبق إذا كان القصاص مشتركاً بين متعددين فعفا بعضهم . أما إذا تعدد الأولياء ، وكان لكل منهم قصاص كامل على القاتل ، كأن قتل الجاني قتيلين ، فعفا ولي أحدهما مجاناً أو على الدية ، فلا يسقط بذلك حق الآخر في القصاص ؛ لأن كلاً من الوليين استحقَّ على القاتل قصاصاً كاملاً ، فإذا

(1) - تبين الحقائق للزليعي ، 107/6 ، 108 ، 113 . البحر الرائق لابن نجيم ، 301/8 ، 302 . المدونة الكبرى للإمام مالك ، 419/6 .

(2) - المدونة الكبرى للإمام مالك ، 419/6 . بدائع الصنائع ، 294/6 . الأم للشافعي ، 33/7 ، 34 . المغني مع الشرح الكبير ، 511/11 .

أسقط أحدهما حقه بقي حق الآخر (1)، بخلاف عفو بعض الشركاء في القصاص المشترك ، فإن عفو أحدهم يُسقط حق الآخر ؛ لأن حق القصاص مما لا يتجزأ فيستحيل إسقاط بعضه دون بعض .

هـ - إذا تعدد القتلة ، والمقتول واحد ، كأن اشترك جماعة في قتل واحد ، فإذا عفا ولي الدم عن بعضهم مجاناً أو على الدية ، سقط عنه القصاص دون غيره عند جمهور الفقهاء ؛ لأن ولي الدم استحق على كل منهم قصاصاً كاملاً (2) .

غير أنه روي عن أبي يوسف أن عفو ولي الدم عن بعضهم يُسقط القصاص عن سائرهم ؛ لأن القتل تفويت الحياة ، ولا يتصور تفويتها من كل واحد من الشركاء على الكمال ، فيجعل كل واحد منهم قاتلاً على الانفراد ، ويجعل قتل صاحبه في حقه عدماً ، فإذا عفا عن أحدهما جعل فعل الآخر عدماً تقديراً فيورث شبهة يندرى بها القصاص (3) .

ولم يرد بقانون القصاص والدية ما يحسم هذه المسألة ، إلا أن رأي جمهور الفقهاء في المذاهب الأربعة اعتبر كل من اشترك في القتل قاتلاً على الاستقلال فاستحق ولي الدم على كل شريك قصاصاً مستقلاً ، فإذا عفا عنه فلا ينسحب عفوّه على غيره .

أما رأي أبي يوسف فيقوم على أن مسؤولية الشركاء مسؤولية مشتركة ، فالعفو عن أحدهم يورث شبهة في فعل الآخر ، إذ ربما كان المعفو عنه هو القاتل ، فيكون فعل الآخر عدماً .

(1) - بدائع الصنائع ، 6/295 . مغني المحتاج للشربيني ، 2/249 . الذخيرة للقرافي ، 12/329 . المغني مع الشرح الكبير ، 11/436 ، 437 .

(2) - بدائع الصنائع ، 6/293 ، 294 . الذخيرة ، 12/319 . الأم ، 7/57 ، 58 . المغني مع الشرح الكبير ، 11/521 .

(3) - بدائع الصنائع ، 6/293 - 294 .

لكن ما ينبغي ملاحظته أن أبا يوسف من مدرسة الحنفية التي لا تعتبر الاشتراك موجباً للقصاص من الجميع إلا في إطار المذهب المادي في الشروع . ولا يوصف الفعل بالاشتراك عندهم إلا إذا باشر الجميع المساس بالمجني عليه ، وضربوه جميعاً ، ولم تتميز ضرباتهم ، بحيث لا يمكن نسبة الفعل المؤثر في إزهاق الروح إلى واحد بعينه ، فهم لا يأخذون بمفهوم الاشتراك بالتمالؤ الذي يقول به المالكية ، والذي يأخذ به القانون الوضعي . وربما كان الأخذ برأي أبي يوسف أكثر ملاءمةً مع قاعدة درء الحدود بالشبهات ؛ لأن العفو عن أحد الشركاء يؤثر في مسؤولية الآخر ، كما أنه يتواءم مع قواعد المساهمة الجنائية التي تقضي بأن الشريك يستمد إجرامه من إجرام شريكه .

2 - قتل الجاني بعد العفو عنه :

قتل الجاني بعد العفو عنه يختلف من حالة إلى أخرى :

أ - إذا كان الولي واحداً فعفا ثم عدا على القاتل فقتله فهو قاتل باتفاق ؛ لأن الجاني صار معصوم الدم بالعفو عنه⁽¹⁾ .

وإذا كان له عليه قصاص ، فقطع يده ، ثم عفا عنه بعد ذلك فالأحناف والمالكية يجعلونه مسؤولاً عن قطع اليد ، وحجتهم أن حقه في القتل لأنه هو المثل ، ولا حق له في القطع ، فإذا قطع اليد فقد استوفى ما ليس له بحق ، إلا أن المالكية يوجبون عليه القصاص ، أما الأحناف فيدرؤون القصاص للشبهة . ولا مسؤولية عليه عند الشافعية والحنابلة والصاحبين ، وحجتهم أن نفس القاتل صارت ملكاً لولي القتل ، والنفس اسم لجملة الأجزاء ، فإذا قطع يده

(1) - بدائع الصنائع ، 247/7 . الشرح الكبير ، 391/4 . نهاية المحتاج ، 286/7 .

فيعاقب بالحرمان بخلاف الوصية المتأخرة عن سبب القتل ، فإن الظاهر من حال الموصي أنه قصد الإحسان لقاتله حين أوصى له بعد علمه به ، وحدث (لا وصية لقاتل) ضعفه الدارقطني والبيهقي (1) .

واعتبار العفو وصية يقتضي ألا يزيد المغفو عنه عن ثلث التركة ؛ لأن الوصية لا تصح فيما زاد على الثلث .

فعلى رأي الأحناف ومن معهم يكون العفو لغواً ؛ لأنه (لا وصية لقاتل) ثم إن الفقهاء - كما سبق - يختلفون في موجب العمد ، فعند الحنفية والمالكية موجب العمد هو القصاص عيناً ، والعفو منصب على القصاص ، وهو ليس بمال فلا يكون العفو عنه وصية ، إذ الوصية تملك مضاف لما بعد الموت .

أما الحنابلة فلما كان الواجب بالقصاص عندهم أحد شيئين القصاص أو الدية ، فإن العفو قبل تعيين أحدهما لا يعتبر عفواً عن مال ، ومن ثم فلا يعتبر وصية .

أما إذا تعيّن الموجب بأن أبرأه الجاني عليه من الدية ، ثم أوصى له بها ، فالتصرف وصية ؛ لأنه تملك للمال بعد الموت .

إلا أن في مذهب الحنابلة رأيين كما قلنا في صحة الوصية للقاتل ، رأي يرى صحتها ، وعليه تسقط الدية إذا كانت في حدود ثلث التركة ، فإن زادت سقط منها قدر الثلث ، ووجب الباقي على الجاني .

وعلى الرأي الآخر لا تصح الوصية ، ويلزم الجاني بدية النفس بعد خصم دية الجرح ؛ لأن العفو عنه صادف محله ، فكان إسقاطاً لا وصية (2) .

(1) - نصب الراية لأحاديث الهداية ، الزيلعي ، 402/4 .

(2) - المغني ، 424/9 ، 425 . الإقناع ، 188/4 .

أما الشافعية - الذين ذكرنا أن الراجح في مذهبهم صحة الوصية للمقاتل - فقد ذهبوا إلى أن العفو إذا جاء في صيغة الوصية ، فهو وصية لمقاتل ، كأن يقول أوصيت له بأرش هذه الجناية ، أما إن جاء بلفظ العفو أو الإبراء ، أو الإسقاط ، فالبعض يراه وصية لأنه تبرع ، والبعض لا يراه كذلك لأنه إسقاط ناجز ، والوصية معلقة بحال الموت ، وهذا الرأي هو الراجح⁽¹⁾.

والراجح هو مذهب الشافعية القاضي باعتبار العفو وصية إذا جاء بصيغة الوصية كأن يقول : أوصيت له بأرش هذه الجناية ، وهو قول الحنابلة إذا اختار المجني عليه الدية ، ثم أبرأ منها الجاني وأوصى له بها ، فتصح لأنها حينئذ تمليك للمال بعد الموت .

رابعاً - تعزير الجاني :

تعزير القاتل بعد العفو عنه من ولي الدم محل خلاف بين العلماء ، فجمهور الفقهاء يمنعون ، بينما يرى المالكية أنه يعزر بالجلد مائة والنفي عاماً ، استدلالاً الجمهور بقوله تعالى : ﴿ فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بمعروف وأداء إليه بإحسان ﴾⁽²⁾ ، فلم يجعل الله تعالى مع العفو شيئاً ، وليس من المعروف والإحسان الضرب بالسياط والنفي عن الأوطان ، وبقوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقصاصُ فِي الْقَتْلِ ﴾⁽³⁾ ، فاقترضت هذه الآية إيجاب القصاص لا غير⁽⁴⁾ . واستدلوا من السنة بما رواه مسلم (أن رجلاً قتل رجلاً ، فجاء به أخو

(1) - تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيتمي ، 296/7 ، 297 . المهذب 2/203 .

(2) - البقرة : 178 .

(3) - البقرة : 178 .

(4) - أحكام القرآن للحصص ، 149/2 .

القتيل إلى رسول ﷺ ، فسأله ﷺ : هل لك من شيء تؤديه عن نفسك ؟ قال : مالي إلا كسائي وفأسي ، قال : افترى قومك يشترونك ؟ قال : أنا أهون على قومي من ذاك ، فرمى إليه بنسعته ، وقال : دونك صاحبك ، فانطلق به الرجل ، فلما ولي قال رسول ﷺ : إن قتله فهو مثله ، فرجع ، فقال : يا رسول الله إنه بلغني أنك قلت : إن قتله فهو مثله ، وأخذته بأمرك ، فقال رسول ﷺ : أما تريده أن يوء بإثمك وإثم صاحبك ؟ قال : يا نبي الله - لعله قال - بلى . قال : فإن ذلك كذلك ، قال : فرمى بنسعته ، وخلقى سبيله (1) ، وهذا الحديث بين في أنه ﷺ لم يعاقب القاتل بعد عفو الولي عنه .

ثم إن عقاب القاتل بعد سقوط القصاص عنه فيه تشريع لعقاب من غير توقيف من الشارع ، كما أن الجاني ليس عليه إلا حق واحد وهو القصاص ، فإذا أسقطه الولي لم يجب عليه شيء آخر ، كإسقاط الدية في القتل الخطأ (2) .

وقال بالتعزير مالك ، والليث ، ورؤي ذلك عن عمر ، وبه قال أهل المدينة بينما ذهب أبو ثور إلى أنه إن عرف بالشر عزره الإمام على قدر ما يرى ، واستدل المالكية ومن معهم ، بما روي من (أن رجلاً قتل عبده متعمداً فجلده النبي ﷺ ونفاه سنة ، ومحا سهمه من المسلمين) (3) .

وروي مثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ، حيث جلد حراً قتل عبداً مائة جلدة ، ونفاه سنة (4) .

وقالوا : إن حق العبد القصاص ، وحق الله هو التعزير والتأديب ، وحق

(1) - صحيح مسلم ، كتاب القسامة ، حديث رقم (4363) ، 1/ 173 .

(2) - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، 2/ 396 . المغني مع الشرح الكبير ، 11/ 514 .

(3) - سنن البيهقي ، كتاب الجنابات ، 8/ 36 .

(4) - المحلى لابن حزم ، 10/ 462 .

العبد غالب ، ولذلك يقدم القصاص على التعزير ، فإذا ما سقط حق العبد بالعفو أو بالشبهة أو عدم المماثلة ، قام حق الله فيعزر الجاني بالضرب والحبس لارتكابه المحرم (1) .

وقد ناقش ابن حزم الحديث الذي استدلل به المالكية ، وضعفه ، وحكم البيهقي بإرساله ، وكذلك طعن في الأثر المروي عن عمر بالانقطاع (2) .

وأدلة الجمهور أصح ؛ لأنها ظاهر الشرع ، ولأن تحديد العقوبات لا يكون إلاً بدليل ثابت (3) ، ولكن مع صحتها ، فليس فيها ما يدل على منع ولي الأمر من تعزير الجاني ، بل إن ذلك راجع إلى اجتهاد ولي الأمر بحسب ما يراه محققاً للمصالح ، وقد نصّ قانون القصاص والدية في آخر تعديل له على ذلك ، حيث نصّت المادة الأولى منه على أن : (يعاقب بالإعدام قصاصاً كل من قتل نفساً عمداً ، وفي حالة العفو ممن له الحق فيه ، تكون العقوبة السجن المؤبد والدية...) ، والقانون بهذا النص يكون قد أخذ برأي المالكية ومن معهم في مبدأ التعزير للجاني بعد العفو عنه ، إلا أنه اشتطّ كثيراً حين جعل العقوبة السجن المؤبد ، فلا هو وقف عند رأي المالكية ، ولا أخذ برأي أبي ثور في بناء التعزير على نوع المحرم ، فيزداد فيه بمقدار ما يظهر من خطورة المحرم وسوء مسلكه .

(1) - شرح الزرقاني على مختصر خليل ، 84/8 .

(2) - الخلى لابن حزم ، 463/10 ، 465 .

(3) - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، 396/2 .

الخاتمة

وفي ختام هذه الورقة يظهر لنا مدى القصور الذي عليه قانون القصاص والدية فيما يتعلق بالعفو ، بل إن القانون في معظمه يعتز به قصور شديد يدعو إلى إعادة النظر فيه .

لكن ما يهمنا هو العفو الذي نحن بصدده ، إذ جاء النص عليه مطلقاً ، مما يوقع المحكمة في حرج شديد عند تطبيقها للقانون ، ويضطرها إلى الرجوع إلى مذاهب الفقهاء لمحاولة تنزيل النص على ما بين يديها من القضايا ، فمثلاً نجد المحكمة العليا أخذت برأي الجمهور في تحديد ولي الدم ، وذلك مراعاةً لمصلحة القاتل ، وذلك بالضرورة يجعل العفو ثابتاً لأولياء الدم على رأي الجمهور ، وكذلك إذا تعدد القتلى لقاتل واحد ، فعفا ولي أحد القتلى ، وتمسك أولياء القتلى الآخرين بالقصاص ، فهل يعفى القاتل من القصاص مراعاةً لعفو من عفا ، واعتبار ذلك شبهة تدرأ القصاص ، أم لا يلتفت لذلك ، ويُقتصر من القاتل ، وغير ذلك من المسائل المتعلقة بالعفو على النحو الذي مرَّ بنا في هذه الورقة ، وكذلك مسألة تعزيز الجاني بالسجن المؤبد والدية إذا ما عفا عنه ولي الدم .

لذلك فإننا نأمل أن يعاد النظر في هذا القانون بصياغة جديدة ، تميّط اللثام عما يعتز به من غموض ، إضافة إلى تعديل ما يتعلق بتعزيز الجاني بالسجن المؤبد والدية في حالة العفو ؛ لأن هذه العقوبة لم يأت بها نص ، ولم يقل بها مذهب ، ولا تستقيم مع العقل ومقتضيات العدالة ، ثم إنها لم تفرق بين مجرم ومجرم ، ولم تترك الأمر للقاضي .

فلا ضير من إقرار مبدأ التعزير مع العفو ، كما هو مذهب المالكية وأبي ثور ، ولكن ينبغي تأسيسه على مقاصد الشرع ، من أن العقاب مقرر لمصلحة الجماعة وقطع دابر الإجرام ، أما العقاب بالسجن المؤبد مع وجود العفو ، فذلك شطط كبير يتحتم إعادة النظر فيه .

المصادر والمراجع

1. أحكام القرآن ، أبو بكر أحمد بن الرازي ، الجصاص ، دار الكتاب العربي - بيروت ، بدون تاريخ .
2. الأم ، الإمام الشافعي ، دار الوفاء للطباعة والنشر - المنصورة ، ط 1 ، 1422هـ - 2001م .
3. البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ابن نجيم ، ط 1 ، بدون تاريخ .
4. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين الكاساني ، دار إحياء التراث العربي - لبنان ، ط 3 ، 1421هـ - 2000م .
5. بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ابن رشد ، المكتبة التجارية الكبرى - مصر ، بدون تاريخ .
6. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، الزيلعي ، ط 1 ، بدون تاريخ .
7. تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، ابن حجر الهيتمي ، طبعة 1319هـ .
8. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ابن عرفة الدسوقي ، دار إحياء الكتب العربية ، بدون تاريخ .
9. الذخيرة ، القرافي ، دار الغرب الإسلامي ، ط 1 ، 1994 .
10. رد المختار على الدرر المختار (حاشية ابن عابدين) ، ابن عابدين ، دار إحياء التراث العربي - بيروت ، بدون تاريخ .
11. سنن أبي داود ، أبو داود سليمان بن الأشعث ، المكتبة العصرية - بيروت ، بدون تاريخ .
12. السنن الكبرى ، أبو بكر البهقي ، دار المعرفة - بيروت ، 1413هـ - 1992م .
13. شرح الزرقاني على مختصر خليل ، عبد الباقي الزرقاني ، دار الكتب العلمية - بيروت ، ط 1 ، 1422هـ - 2002م .

14. الشرح الكبير ، أحمد الدردير ، دار إحياء الكتب العربية ، بدون تاريخ .
15. الشرح الكبير ، مطبوع مع المغني ، ابن قدامة (شمس الدين) ، القاهرة ، ط 1 ، 1996م .
16. شرح منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح والزيادات ، البهوتي ، عالم الكتب - بيروت ، بدون تاريخ .
17. صحيح البخاري ، للإمام البخاري ، مطابع الشعب ، 1378هـ .
18. صحيح مسلم بشرح النووي ، مسلم بن الحجاج القشيري ، مطبعة دار المعرفة - لبنان ، ط 1 ، 1414هـ - 1994م .
19. كشف القناع عن متن الإقناع ، منصور بن يونس البهوتي ، مكتبة النصر الحديثة - الرياض ، بدون تاريخ .
20. لسان العرب ، ابن منظور ، بدون ناشر ، وبدون تاريخ .
21. المبسوط ، للإمام السرخسي ، دار المعرفة - بيروت ، بدون تاريخ .
22. المجموع ، شرح المذهب ، الإمام النووي ، دار إحياء التراث العربي - بيروت ، ط 1 1422هـ - 2001م .
23. المحلّي ، علي بن أحمد بن حزم ، دار الآفاق الجديدة - بيروت ، بدون تاريخ .
24. المدوّنة الكبرى ، الإمام مالك بن أنس ، دار الكتب العلمية - بيروت ، بدون تاريخ .
25. المصباح المنير ، الفيومي ، مطبعة مصطفى الحلبي ، بدون تاريخ .
26. المصنف ، عبدالرازق الصنعاني ، دار التراث العربي - بيروت ، ط 1 ، 1423هـ - 2002م .
27. المغني ، ابن قدامة المقدسي ، القاهرة ، ط 1 ، 1996م .
28. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، الخطيب الشربيني ، المكتبة التوفيقية - مصر ، بدون تاريخ .

- 29.المهذب في فقه الإمام الشافعي ، أبو إسحاق الشيرازي ، مكتبة أحمد بن نبهان،
أندونيسيا ، بدون تاريخ .
- 30.مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، الخطاب الرعيني ، مطبعة السعادة -
القاهرة، ط 1 .
- 31.نصب الراية لأحاديث الهداية ، الزيلعي ، المكتبة الإسلامية ، ط 2 ، 1393هـ -
1973م .
- 32.نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، الرملي ، مطبعة مصطفى الحلبي - القاهرة ،
1357هـ - 1938م .
- 33.نيل الأوطار ، الشوكاني ، دار الجليل - بيروت ، 1973م .

مدى جواز العمل بنظرية الضرورة في ظل الشرعية الإجرائية

أ. المبروك عبدالله الفاخري
المستشار بالمحكمة العليا

المقدمة

تُعد نظرية الضرورة من النظم القانونية العامة ، التي لها الأثر الواضح في إضفاء المشروعية على بعض الأعمال المخالفة للقانون ، وهى فكرة قديمة ، لازمت الفكر القانوني منذ نشأته ، وأخذت بها الشرائع القديمة والحديثة⁽¹⁾.

وجوهرها واحد في مختلف فروع القانون ، وإن اختلفت تطبيقاتها باختلاف المصالح التي يحميها وينظمها كل فرع من هذه الفروع ، وهى في جميع الأحوال تقوم على ركنين ؛ أولهما : موضوعي ، يتمثل في قيام خطر ملجئ ، يهدد إحدى المصالح المحمية ، وثانيهما : شخصي يتمثل في رد الفعل تجاه الخطر ، لحماية المصلحة المهددة ، ودرء الضرر عنها ، وهو ما يسمى بالعمل الضروري .

ولقد حظيت فكرة الضرورة باهتمام أغلب فروع القانون ، حيث تضمنت نصوصاً عامة تحدد شروطها وتبين آثارها ، وبالتالي فإن شرعيتها مستمدة من تلك النصوص التي نظمتها وأوضحت أحكامها .

(1) - لمزيد من التفصيل في هذا الموضوع راجع : رسالة الباحث في حالة الضرورة وتطبيقاتها في الإجراءات الجنائية "دراسة مقارنة " ، رسالة ماجستير غير منشورة ، سنة 2000 ، كلية القانون ، جامعة قاربنوس .

أما في الإجراءات الجنائية فالأمر مختلف ، حيث لم تنص التشريعات الإجرائية على أعمال الضرورة كمبدأ عام ، بل أوردت عدة تطبيقات لها في بعض النصوص المتفرقة .

ولما كان قانون الإجراءات الجنائية يهدف إلى حماية المصالح الاجتماعية في الدولة ، من خلال التوفيق ، وإقامة التوازن بين مصلحتين تبدوان متعارضتين ، هما مصلحة المجتمع في كشف الحقيقة ، والقبض على المجرمين ، وإدارة العدالة الجنائية على نحو فعال يحقق السرعة والردع ، من ناحية ، ومصلحة الفرد - عندما يكون متهماً - في أن تصان كرامته ، وأن تضمن له حقوقه في الدفاع عن نفسه ، وإثبات براءته ، وألا تطغى الرغبة في إدارة العدالة الجنائية ، على حقوق الفرد وحرياته الأساسية ، من ناحية أخرى .

ومن ثم فإن مهمة قانون الإجراءات الجنائية هي الموازنة بين العدالة والحرية ، ويقتضي ذلك رسم نطاق قانوني لحرية الفرد ، يُبين الحد الأدنى من حريته الذي يجب الحفاظ عليه وعدم التضحية به ، إيماناً بأن هذا الحد الأدنى لا يتعارض مع مصلحة المجتمع ، بل يُسهم في تحقيقها ، وهذا ما يقوم عليه مبدأ الشرعية الإجرائية⁽¹⁾ .

وتقوم فكرة الضرورة في الإجراءات الجنائية عندما يكون هناك خطر يهدد إحدى المصالح التي ينظمها ويحميها القانون الإجرائي الجنائي ، ويقتضي الأمر مخالفة الشكل الإجرائي ، لحماية المصلحة المهددة بالخطر ، سواء كانت مصلحة عامة أم خاصة .

(1) - د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، ط 7 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،

سنة 1993 ، ص 50 .

ومن المسلم به أن فكرة الضرورة ليست غريبة عن الإجراءات الجنائية ، فقد وردت بعض تطبيقاتها صراحة أحياناً ، وضمناً أحياناً أخرى في التشريعات الإجرائية الجنائية .

إلا أن الخلاف احتدم بين الفقهاء حول إمكانية إعمالها كنظرية عامة ، فيرى بعضهم⁽¹⁾ أن العمل بالضرورة في مجال الإجراءات الجنائية يجب أن يقتصر على الحالات التي وردت حصراً ، وأنه لا يجوز العمل بها كمبدأ عام ، إذ يترتب على ذلك الافتئات على حريات الناس ، وانتهاك الضمانات المقررة لهم قانوناً باسم الضرورة ، وأيضاً زعزعة الاستقرار القانوني في المجتمع .

وذهب آخرون⁽²⁾ - وشايعتهم في ذلك بعض أحكام القضاء - إلى أن الضرورة مبدأ عام في مختلف فروع القانون ، ومن بينها قانون الإجراءات الجنائية وبالتالي لا يحتاج تطبيقها إلى نص خاص ، ويجوز العمل بها كنظرية عامة متى توافرت شروطها .

وأمام هذا التباين في الآراء ، فإننا نتساءل : هل يجوز العمل بالضرورة كنظرية عامة في الإجراءات الجنائية ؟ وهل يتعارض ذلك مع مبدأ الشرعية

(1) - د. أحمد فتحي سرور ، " مقال اتجاهات محكمة النقض المصرية في تطبيق نظرية الضرورة على الإجراءات الجنائية " . المجلة الجنائية القومية ، العدد الثاني ، يوليو 1960 ، ص 149 .

(2) - انظر في ذلك :

- د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية ، د. ط ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، سنة 1999 ، ص 611 .

- د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، ط 2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1988 ، ص 917 .

- د. أدوار غالي الذهبي ، الإجراءات الجنائية ، ط 2 ، مكتبة غريب ، القاهرة ، سنة 1990 ، ص 738 .

الإجرائية ؟ أم أنها تطبق على سبيل الاستثناء ، ويقتصر العمل بها على الحالات التي وردت حصراً في التشريعات الإجرائية الجنائية ؟

خطة البحث :

رأينا في سبيل الإجابة عن هذه التساؤلات تقسيم هذا البحث إلى مبحثين :

المبحث الأول : مفهوم الضرورة وأنواعها في الإجراءات الجنائية .

المبحث الثاني : مفهوم الشرعية الإجرائية وعلاقتها بالضرورة .

وَضَيْقٌ عَلَيْهِ ، وأصله من الضرر وهو الضيق⁽¹⁾.

ومن الناحية الاجتماعية ، يستخدم عامة الناس هذا المصطلح للتأكيد على أوضاع أو أقوال ذات أهمية ، أو توضيح مشكلة معينة أدت إلى تصرف معين ، أو لإعفاء تصرف ما من المساءلة⁽²⁾.

ومفهوم الضرورة في الفلسفة "هو ما لا يمكن أن يكون خلافاً لما كان ، ولا يمكن ألا يكون" ، ومعنى هذا أن العمل الضروري لا يمكن تصوره على خلاف ما كان⁽³⁾.

والضرورة في الاصطلاح الشرعي : هي الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً ، أما الحاجة : فإنها وإن كانت حالة جهد ومشقة فهي دون الضرورة ، ولا يتأتى معها الهلاك⁽⁴⁾.

والضرورة في الاصطلاح القانوني : "هي حلول خطر جسيم لا سبيل لدفعه إلا بارتكاب محظور"⁽⁵⁾.

(1) - انظر في ذلك : الطاهر أحمد الزاوي ، مختار القاموس ، ط 2 ، الدار العربية للكتاب ، ليبيا ، تونس ، سنة 1977 ، ص 371.

(2) - انظر في ذلك : د. مصطفى أحمد فؤاد ، فكرة الضرورة في القانون الدولي العام ، د.ط ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، سنة 1987 ، ص 18.

(3) - د. إبراهيم زكي اخنوخ ، حالة الضرورة في قانون العقوبات ، د.ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1969 ، ص 3.

(4) - علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، المجلد الأول ، ط 1 ، دار الجيل ، بيروت ، سنة 1991 ، ص 38 .

(5) - د. عوض محمد عوض ، قانون العقوبات ، القسم العام ، د.ط ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، سنة 1996 ، ص 497.

ثانياً - مفهوم الضرورة الإجرائية :

تصدت محكمة النقض المصرية لتعريف الضرورة في الإجراءات الجنائية بمناسبة قيام المحقق بئدب كاتب غير مختص لتدوين التحقيق للضرورة ؛ حيث قالت "إن المراد بالضرورة في هذا الموطن هو العذر الذي يبيح ترك الواجب دفعا للخرج عن المحقق وسداً للحاجة التي تقتضيها مصلحة التحقيق" (1) .

ومن هذا المنطلق عرفها أحد الفقهاء (2) بأنها "العذر الذي يبيح ترك الواجب تغليبا لمصلحة أولى بالرعاية أو دفعا لمفسدة أولى بالاعتبار".

وهكذا يتضح بأنه إذا وجد الشخص الإجرائي نفسه أمام عذر طارئ يهدد إحدى المصالح التي ينظمها قانون الإجراءات الجنائية ، فله أن يتخذ الإجراء الضروري حماية لتلك المصلحة المهددة بالخطر ، متى كانت أولى بالرعاية ومتى توافرت شروط الضرورة .

وحتى يستقيم تعريف الضرورة في الإجراءات الجنائية مع المفهوم العام للضرورة في مختلف فروع القانون الأخرى ، فإننا نقترح التعريف الآتي :

هي الحالة الملجئة التي تبيح مخالفة الشكل الإجرائي الجنائي لحماية المصلحة الأجدر بالرعاية .

(1) - نقض مصري جلسة 11/3/ 1958 مجموعة أحكام النقض ، س 9 ، رقم 88 ، ص 280 .

(2) - عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية ، سابق الإشارة إليه ، ص 611 .

المطلب الثاني

أنواع الضرورة الإجرائية

إن المتفحص لتطبيقات الضرورة في التشريعات الإجرائية الجنائية ، سيجد بعض الحالات قد نُص عليها صراحة ، والبعض الآخر يستنتج ضمناً من خلال تلك النصوص ، وكذلك الأمر بالنسبة لأحكام القضاء ، فهناك من الأحكام ما يشير صراحة إلى إعمال نظرية الضرورة ، والبعض الآخر لا يشير إلى ذلك وإنما يستشف الأمر من خلال أسباب الحكم .

ولعلنا نستطيع القول بأن كافة الإجراءات الماسة بحرية الإنسان التي وردت في التشريعات الإجرائية ، جميعها وليدة الضرورة ، لأن الأصل في الإنسان الحرية وفي المتهم البراءة ، واقتضت الضرورة أن تكون هناك قيود تُفرض على حريات الأفراد من خلال هذه النصوص ، حماية لمصلحة الهيئة الاجتماعية وحققها في الأمن والأمان والاستقرار . ولأغراض الدراسة سوف نقسم الضرورة الإجرائية إلى نوعين :

النوع الأول - الضرورة التشريعية :

وهي التي ينص عليها في قانون الإجراءات الجنائية إما صراحة أو ضمناً ، وهي بدورها تنقسم إلى قسمين :

1. ضرورة تشريعية يقررها المشرع ويقدر توافر شروطها ، ولا مجال لتدخل الشخص الإجرائي فيها ، والأمثلة على ذلك إجراءات القبض والتفتيش وضبط الخطابات والرسائل و مراقبة المحادثات الهاتفية والاستجواب والحبس الاحتياطي المنصوص عليها في المواد 24 و 34 و 35 و 36 و 37 و 38 و 75 و 78 و 79 و 80 و 111 و 112 و 115 من قانون الإجراءات الجنائية ، فهذه الإجراءات

ماسة بحرية وحقوق المتهم ، وهي أساسها الضرورة ، لأنه من المتفق عليه أن الأصل في المتهم البراءة ، وعليه لا يجوز المساس بحقوقه أو تقييد حريته إلا بقدر الضرورة التي تقتضيها حماية مصلحة المجتمع في أمنه وأمانه و استقراره ، ونظراً لخطورة هذه الإجراءات الماسة بحرية الإنسان لم يترك المشرع للشخص الإجرائي الشخص القائم بتنفيذ قانون الإجراءات الجنائية - أي مجال في تقرير هذه الإجراءات أو تقدير توافر شروطها ، بل تولى المشرع هذه المهمة وحدد شروط اتخاذ كل إجراء ، وهذه الشروط لا تخرج عن كونها شروط الضرورة ، وعليه فإذا تمت مباشرة أي إجراء بالتجاوز لها ، فانه يعد إجراء باطلا لا يعول على النتائج التي تترتب عليه - إذا ما تمسك صاحب الشأن بذلك - لأنه خرج عن أحكام الضرورة وتجاوزها؛ أي قدرها بغير قدرها.

2. ضرورة تشريعية يقررها المشرع ويترك تقدير توافر شروطها للشخص الإجرائي، ففي هذا النوع نجد أن المشرع ينص على العمل بنظرية الضرورة في بعض الإجراءات الجنائية ، إلا أنه لا يحدد شروط مباشرتها ، بل يترك للقائم بتطبيق القانون هذه المهمة مسترشداً في ذلك بالشروط العامة للضرورة الإجرائية⁽¹⁾، والأمثلة على ذلك في قانون الإجراءات الجنائية ما ورد في المادة 2 مكرر - المضافة بالقانون رقم 22 لسنة 1963 - التي تعطي النائب العام إمكانية ندب أعضاء الشرطة لتحقيق قضايا برمتها وذلك في المناطق النائية . كما تنص المادة 19 على أنه لا يجوز لمأموري الضبط القضائي تحليف الشهود أو الخبراء اليمين إلا إذا خيف ألا يستطيع فيما بعد سماع الشهادة بيمين ، بمعنى أنه لا يجوز تحليفهم اليمين إلا في حالة الضرورة ، وكذلك تنص المادة 55 في فقرتها الثانية

(1) - لمزيد من التفصيل في شروط الضرورة ، انظر : رسالة الباحث ، سابق الإشارة إليها ، ص 40 وما بعدها.

على أنه لمأمور الضبط القضائي المنتدب أن يجري أي عمل آخر من أعمال التحقيق ، أو أن يستجوب المتهم في الأحوال التي يخشى فيها فوات الوقت متى كان العمل متصلاً بالعمل المندوب له ولازماً في كشف الحقيقة ، ففي هذه الأحوال رأى المشرع أن سلطة الدولة في العقاب أولى بالرعاية من مصلحة المتهم ، ومن ثم عمل بأحكام الضرورة وأجاز الخروج بمقتضاها عن القواعد العامة . وأيضاً ما تنص عليه المادة 34 على أنه لا يجوز لرجال السلطة الدخول في محل مسكون ، إلا في الأحوال المبينة في القانون ، أو في حالة طلب المساعدة من الداخل ، أو في حالة الحريق أو الغرق أو ما شابه ذلك ، وهذه العبارة الأخيرة تعني أن دخول المساكن يظل قائماً في أي حالة تقتضيها الضرورة . وما تنص عليه المادة 337 من جواز ندب قاضٍ للحلول مكان مستشار ، وما ورد في المادة 241 التي تجيز للمحكمة جعل جلسة المحاكمة سرية للضرورة . وأيضاً ما ورد في المادة 243 التي تجيز للمحكمة إبعاد المتهم عن الجلسة للضرورة.

النوع الثاني - الضرورة العملية :

وفي هذا النوع يعمل بالضرورة الإجرائية كمنظريّة عامة ويقوم الشخص الإجرائي بتقريرها وتقدير توافر شروطها ، لأنه لم ينص عليها في قانون الإجراءات الجنائية ، لا صراحة ولا ضمناً ، لقد أطلقنا عليها هذه التسمية حتى نميز بينها وبين الضرورة التشريعية ، وهي بدورها تنقسم إلى قسمين :

1. أعمال إجرائية يباشرها الشخص الإجرائي استناداً إلى حالة الضرورة ، إذ قد تواجهه ظروف ملجئة يضطر معها إلى مخالفة التنظيم الإجرائي لحماية مصلحة أجدر بالرعاية أو لدرء مفسدة أولى بالاعتبار . والمثال على ذلك تجاوز مأمور

الضبط القضائي لحدود اختصاصه المكاني للضرورة⁽¹⁾، واستعانة المحقق بكاتب غير مختص⁽²⁾، وتصدي محكمة النقض لطعن متهم على الرغم من عدم استيفائه للشكل المقرر قانوناً⁽³⁾، واتصال الطعن بخصم لم يطعن أصلاً ، بل ليس له الحق في الطعن⁽⁴⁾.

2. أعمال مادية أساسها الضرورة العملية قد يباشرها أشخاص عاديون ، أو أعضاء من السلطة العامة ، ولكنها ذات علاقة بالإجراءات الجنائية ، مثل قيام رجل الإسعاف بالبحث في ملابس المصاب للتعرف على هويته أو تحريز ما يوجد معه ، فيعثر على مخدر ، فهذا الإجراء على الرغم من كونه عملاً مادياً وليس إجرائياً إلا أن ضبط المخدر مع المصاب يعد صحيحاً ويعتد بالنتيجة التي أسفر عنها ، لأن ما قام به رجل الإسعاف هو عمل اقتضته الضرورة ، ولذلك يطلق عليه مجازاً تفتيش الضرورة⁽⁵⁾. وكذلك ما يقوم به الشخص العادي من تحسس ظاهري للملابس وجسم المتهم الذي ضبطه متلبساً بجناية خشية حمله سلاحاً يعتدي به عليه أو يضر به نفسه ، فيعثر معه على سلاح بدون ترخيص ، فهذا الاكتشاف يعد صحيحاً ، لأنه عمل مادي أوجبته الضرورة العملية ، ويطلق عليه التفتيش الوقائي . وأيضاً ما يقوم به مأمور الضبط القضائي أو رجل السلطة العامة عندما يقوم بالبحث في ملابس المتهم - المقبوض عليه في جريمة لا

(1) - رسالة الباحث ، سابق الإشارة إليها ، ص 80 وما بعدها.

- نقض مصري جلسة 8 / 12 / 1959 ، مجموعة أحكام النقض ، س 10 ق 206 ص 1004.

(2) - محكمة عليا جلسة 1 / 5 / 1983 ، مجلة المحكمة العليا ، س 21 ع 4 ص 254. - نقض مصري جلسة

11 / 3 / 1958 ، مجموعة أحكام النقض ، س 9 ق 77 ص 280.

(3) - محكمة عليا جلسة 27 / 1 / 1955 ، قضاء المحكمة الاتحادية ، الجزء الأول ، ص 9.

(4) - محكمة عليا جلسة 18 / 3 / 2003 ، طعن جنائي رقم 287 / 46 ق ، غير منشور.

(5) - نقض مصري جلسة 10 / 1 / 1956 مجموعة أحكام النقض ق 9 ص 21.

تتطلب التفتيش كجريمة إهانة الموظف العمومي مثلاً - قبل إيداعه غرفة الحجز فيعثر معه على شيء تعد حيازته جريمة ، فانه يعتد بهذا العمل على الرغم من كونه ليس عملاً إجرائياً ، وإنما عمل مادي قصد به البحث في ملابس المتهم خشية أن يحمل معه أشياء يضر بها نفسه أو غيره ، وهذا الإجراء أساسه الضرورة العملية ويسمى التفتيش الوقائي⁽¹⁾.

(1) - نقض مصري جلسة 9 / 5 / 1985 مجموعة أحكام النقض ، س 36 ق 113 ص 643.

- لمزيد من التفصيل في هذا الموضوع انظر : رسالة الباحث ، سابق الإشارة إليها ، ص 63 وما بعدها.

المبحث الثاني

مفهوم الشرعية الإجرائية وعلاقتها بالضرورة

نتعرض في هذا المبحث إلى مفهوم الشرعية الإجرائية في مطلب أول ، وإلى علاقة الضرورة بالشرعية الإجرائية في مطلب ثانٍ .

المطلب الأول

مفهوم الشرعية الإجرائية

تعد الشرعية الإجرائية الجنائية إحدى حلقات الشرعية التي يخضع لها القانون الجنائي ، حيث ظهرت الحلقة الأولى تحت اسم " لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون " وذلك لحماية الإنسان من خطر التجريم والعقاب بدون قانون ، ولكي يكون في مأمن من رجعية القانون الجنائي و بمنأى عن خطر القياس في مجال التجريم والعقاب .

وهذه الحلقة الأولى فقط لا تكفي لحماية حرية الإنسان وحقوقه إذا كان في الإمكان اتخاذ إجراءات من شأنها المساس بها مع افتراض إدانته ، لذلك كان لابد من ظهور الحلقة الثانية من حلقات الشرعية الجنائية ألا وهي الشرعية الإجرائية .

إن مبدأ الشرعية الإجرائية معناه أن يكون التشريع مصدر الإجراءات الجنائية، سواء كان تشريعاً دستورياً أم عادياً ؛ لأن الإجراءات الجنائية تنطوي في جانب كبير منها على قدر من القهر والإجبار إزاء المتهم ، وإزاء غيره في بعض الأحيان ، كما تتضمن مساساً بحرية الأفراد وحقوقهم الأساسية ، وقد تتخذ ضد أفراد لم تثبت إدانتهم بعد ، أو تثبت براءتهم فيما بعد ، ومن ثم تعين أن يكون

التشريع مصدرها (1).

ولا تعني الشرعية الإجرائية اشتراط أن يقرر القانون الإجراء الجنائي فقط ، بل تتطلب أن يحدد القانون الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة لاتخاذ الإجراء ، بحيث لو أغفلت أو تمت مخالفتها ، صار مآل ذلك الإجراء البطلان ، وهي على هذا النحو تضمن سيادة القانون بوصفه أساس الحكم في الدولة ، وتؤدي إلى الاستقرار القانوني الذي يؤمن الأفراد ضد المفاجآت التي تعرض مراكزهم القانونية للخطر (2).

إن قانون الإجراءات الجنائية الذي تحكمه الشرعية الإجرائية لا يهتم أساساً بتحقيق الغاية من الإجراء الجنائي بقدر ما يهتم احترام الحرية الشخصية من خلال ما يقرره من ضمانات ، فهذه الحرية هي المصلحة الأولى بالرعاية والأجدر بالحماية في نظر هذا القانون باعتباره أحد القوانين المنظمة للحرية الشخصية . ويفترض في هذا القانون أن يكون مستنداً ومتفقاً مع المبادئ التي تضمن حرية وحقوق الإنسان المنصوص عليها في المواثيق العالمية والقوانين الأساسية ، مثل الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية عام 1966 ، والوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في عصر الجماهير عام 1988 ، والقانون رقم 20 لسنة 1991 بشأن تعزيز الحرية.

(1) - د. محمود نجيب حسني ، الدستور والقانون الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة د. ط . سنة 1992 ، ص 7.

(2) - د. أحمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ، سابق الإشارة إليه ، ص 119 .

- د. محمد علي السالم عياد الحلبي ، ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحري والاستدلال في القانون المقارن ، جامعة الكويت ، د. ط ، سنة 1981 ، ص 7 .
- د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، د. ط ، سنة 1973 ، ص 5.

ولذلك لا يجوز الوصول إلى الحقيقة وإقرار سلطة الدولة في العقاب إلا من خلال إجراءات جنائية تحترم الحريات والضمانات تحت إشراف ورقابة القضاء.

ومن ثم يقتضي مبدأ الشرعية الإجرائية احترام الحرية الشخصية للمتهمين وذلك باشتراط أن يكون القانون هو مصدر الإجراءات الجنائية - كما أسلفنا القول - وأن تفترض براءة المتهم في كل إجراء من الإجراءات التي تتخذ ضده ، وأن يخضع تقدير تلك الإجراءات ورقابة سلامة تطبيقها للقضاء⁽¹⁾.

المطلب الثاني

علاقة الضرورة بالشرعية الإجرائية

تعد الضرورة من النظم القانونية المستقرة في جميع فروع القانون وهي استثناء على الأصل ، وتمثل الخروج على النصوص القانونية ، بغية التوفيق والتنسيق بين المصالح المتنازعة التي تثور في الظروف الحرجة التي تعجز النصوص عن معالجتها . لذا فقد حرصت فروع القانون على النص على حالة الضرورة ، وكيفية التعامل معها والإجراءات التي تتخذ في ظلها ، ومن بينها قانون الإجراءات الجنائية . إلا أن الأمر في هذا القانون الأخير يختلف عن غيره من فروع القانون

(1) - أحمد فتحي سرور ، سابق الإشارة إليه ، ص 78 .

- د. حسن شلبي يوسف ، الضمانات الدستورية للحرية الشخصية في النظامين الإنجليزي والأمريكي بالمقارنة بالنظام المصري " التفتيش والضبط " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، د.ط ، سنة 1992 ، ص 3.

- أ. حسين جميل ، حقوق الإنسان والقانون الجنائي ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1972 ، ص 77.

- د. جميل عبد الباقي الصغير ، الشرعية الجنائية (دراسة تاريخية وفلسفية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 ، ص 47.

الأخرى، حيث تضمنت تلك القوانين نصوصاً تحوي في طياتها مبادئ النظرية العامة للضرورة، وبالتالي يجوز العمل بها كنظرية عامة متى توافرت شروطها، ومن ثم فإنه لا إشكالية في تطبيقها.

أما في الإجراءات الجنائية فتطبيق الضرورة يثير إشكالية لا تزال محل خلاف في الفقه بين مؤيد ومعارض⁽¹⁾. وتتمثل هذه الإشكالية في مدى إعمال الضرورة في الإجراءات الجنائية كنظرية عامة أو مدى تعارضها مع مبدأ الشرعية الإجرائية، ويمكن رد هذا الخلاف إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول :

يرى العمل بالضرورة بناءً على نص في قانون الإجراءات الجنائية :

في هذه الحالة ينص المشرع على بعض تطبيقات الضرورة في الإجراءات الجنائية. ولا خلاف بين الفقهاء في العمل بالضرورة في هذا الشأن سواء كان من شأن تطبيقها المساس بحرية الأفراد؛ أي الإنقاص من ضمانتهم لمصلحة الحياة الاجتماعية، أو زادت من ضمانتهم الإجرائية على حساب مصلحة المجتمع. فمادام التشريع مصدرها، فإنه من المفترض أن يكون المشرع قد وازن بين مصلحة الدولة في العقاب ومصلحة الأفراد في الحرية، ورأى أن من شأن إعمال الضرورة إنهاء النزاع بين المصلحتين وترجيح المصلحة الأجدر بالرعاية.

ومن ثم فلا يوجد تصادم بين الضرورة والشرعية الإجرائية في هذه الحالة لأن الضرورة وجدت مصدرها في التشريع الإجرائي.

(1) - انظر في الآراء المعارضة لأعمال الضرورة كمبدأ عام في الإجراءات الجنائية :

- د. أحمد فتحي سرور، مقال اتجاهات محكمة النقض، سابق الإشارة إليه، ص 149.

- د. إبراهيم زكي اخنوخ، سابق الإشارة إليه، ص 10.

الاتجاه الثاني :

يرى العمل بالضرورة كنظرية عامة في الإجراءات الجنائية :

في هذه الحالة يعمل فيها بأحكام الضرورة كنظرية عامة من قبل الجهة القائمة بتطبيق قانون الإجراءات الجنائية وهي ما أطلقنا عليها الضرورة العملية ، للتفرقة بينها وبين الضرورة التشريعية التي تم تناولها في الحالة الأولى .

إذ قد تواجه الشخص الإجرائي ظروف ملجئة يضطر فيها إلى مخالفة التنظيم الإجرائي ، لحماية مصلحة أجدد بالرعاية أو لدرء مفسدة أولى بالاعتبار .

وفي سبيل توضيح هذا الاتجاه ينبغي التمييز بين ثلاثة فروض :

الفرض الأول :

إذا كان من شأن العمل بالضرورة دعم حرية المتهم وزيادة ضماناته الإجرائية بالمخالفة للتنظيم الإجرائي ؛ ففي هذه المسألة لا يتعارض العمل بالضرورة كمبدأ عام في الإجراءات الجنائية مع الشرعية الإجرائية، لأن إعمالها على هذا النحو من شأنه التأكيد على قاعدة أساسية تحكم التنظيم الإجرائي برمته، وهي أن الأصل في المتهم البراءة. والأمثلة على ذلك كثيرة : منها إجراء المحاكمة في غير علانية خلافاً للأصل الإجرائي ؛ إذا كان من شأن ذلك تحقيق مصلحة للمتهم أولى بالرعاية من المصلحة التي رأى المشرع حمايتها. وامتداد مواعيد الطعن بالنسبة للمحكوم عليه المريض الذي لم يستطيع الطعن في الميعاد⁽¹⁾.

الفرض الثاني :

إذا كان من شأن العمل بالضرورة في الإجراءات الجنائية كنظرية عامة ، الافتئات على حريات الأفراد والمساس بحقوقهم الأساسية الواردة في التنظيم

(1) - انظر في ذلك : رسالة الباحث ، سابق الإشارة إليها ، ص 175 وما بعدها.

الإجرائي ، التي كفلها لهم المشرع - الدستوري أو العادي - وأضفى عليها حماية خاصة . ففي هذه الحالة يجب ألا تكون حريات الأفراد وحقوقهم الأساسية التي أعلاها المشرع وأحاطها بسياج من الحماية والحصانة ، محلاً للتقدير من قبل الجهات المناط بها تطبيق قانون الإجراءات الجنائية . وبالتالي لا يجوز إعمال الضرورة في هذا الشأن كنظرية عامة ؛ ذلك لأن الإجراءات الماسة بحريات الأفراد أوردها المشرع على سبيل الحصر والتحديد ، وهي استثناء اقتضته ضرورة المحافظة على كيان الحياة الاجتماعية، ومن ثم فإنه من هذا المنطلق لا يجوز إعمال الاستثناء على الاستثناء ، وأنه وفقاً للقاعدة الفقهية يجب ألا يزال الضرر بالضرر⁽¹⁾.

بالإضافة إلى أن العمل بالضرورة في الإجراءات الجنائية بالنسبة للإجراءات التي تمس حريات الأفراد وضمانتهم الإجرائية ، يعكس صفو الاستقرار القانوني الذي ينشده المشرع - ويطلق يد الجهات المناط بها تطبيق قانون الإجراءات في المساس بالضمانات المقررة لحماية حريات الأفراد تحت ستار الضرورة الإجرائية⁽²⁾.

لذا فإنه يتعين عدم المساس بحريات الأفراد وحقوقهم الأساسية التي كفلها لهم المشرع إلا بالقدر الذي مُست به بموجب القواعد الواردة حصراً في التنظيم الإجرائي .

وعليه فإنه لا يجوز تفتيش الأنثى من قبل رجل في حالة عدم وجود أنثى حتى لو قامت الضرورة وتوافرت شروطها ، لأن المشرع أوجب تفتيش الأنثى من قبل أنثى مثلها ، وبالتالي يجب ألا يكون هذا الحق وتلك الضمانة محلاً للتقدير⁽³⁾.

(1) - د. يوسف قاسم ، سابق الإشارة إليه ، ص114.

(2) - . أحمد فتحي سرور ، مقال اتجاهات محكمة النقض ، سابق الإشارة إليه ، ص149 .

- د. إبراهيم زكي اخنوخ ، سابق الإشارة إليه ، ص10.

(3) - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية ، سابق الإشارة إليه ، ص293.

كما أنه لا يجوز حرمان الفرد من قاضيه الطبيعي ، أو اختصار درجات التقاضي بحجة ضرورة سرعة الفصل في الدعاوى ، أو منع الطعن في بعض الأحكام ، أو حرمان المتهم من بعض الضمانات الإجرائية ، لأن ذلك لا يكون إلا على حساب الحقوق والحريات الفردية التي كفلتها القوانين الأساسية وتشريعات الإجراءات الجنائية⁽¹⁾ .

الفرض الثالث :

يفترض في هذه الحالة أنه يعمل بأحكام الضرورة.مناسبة الخروج على بعض الإجراءات التنظيمية الواردة في الإجراءات الجنائية ؛ وخاصة تلك التي لا يترتب على أعمال الضرورة بشأنها المساس بحريات الأفراد وحقوقهم الأساسية والأمثلة على ذلك كثيرة ، منها على سبيل المثال لا الحصر ، انتداب كاتب غير مختص لتدوين التحقيق الابتدائي ، وتجاوز مأمور الضبط القضائي لحدود الاختصاص المكاني للضرورة .

ففي هذه الحالات يتعين أن تمنح الجهات المخولة بتطبيق قانون الإجراءات الجنائية سلطة تقديرية لإعمال نظرية الضرورة في الإجراءات الجنائية متى توافرت شروطها . ذلك لأن جوهر الإجراءات الجنائية هو الكشف عن الحقيقة⁽²⁾ . ومن ثم يجب أن تكون للجهات السابقة سلطة التقدير الذي يتيح لها التعامل مع الحالات الواقعية بالأسلوب الملائم ، حيث قد تلبس تلك الحالات بظروف مفاجئة ، تقتضي حينئذ العمل بأحكام الضرورة ، للوصول إلى الحقيقة لأن المجتمع بقدر ما يهتم براءة البريء ، يهتم في الوقت ذاته إثبات إدانة المذنب والقصاص منه ، وبالتالي تحقيق

(1) - انظر في هذا المعنى : د. وجدي ثابت غريال ، سابق الإشارة إليه ، ص 47 - 48 .

(2) - د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، سابق الإشارة إليه ، ص 19 .

وبناء عليه ، فإن أعمال الضرورة الإجرائية كمبدأ عام في هذا الفرض ، ورغم مخالفته الشكل الإجرائي المقرر قانوناً ، لا يتناقض مع الشرعية الإجرائية ، لأنه مستند إلى شرعية الضرورة التي تعد مبدأ عاماً في القانون ولا تحتاج إلى نص⁽¹⁾ ، فهي مشروعية ضد مشروعية⁽²⁾ . أي أن الإجراء الذي يتخذ في ظل الضرورة يكون مشروعاً ، متى تحققت شروط الضرورة التي اقتضت ذلك ، ويخضع تقدير شروط الضرورة ومدى توافرها لرقابة القضاء بدرجاته المتعددة .

وفى سبيل التفريق بين الإجراءات الجنائية التي يجوز أعمال الضرورة بشأنها وتلك التي لا يجوز فيها ذلك . يتعين الرجوع إلى علة التشريع ، فإذا كانت إرادة المشرع قد ابتغت من وراء تنظيم الإجراء إعلاء حق من حقوق الفرد وإضفاء الحماية الخاصة عليه ، فإنه لا يجوز أعمال الضرورة في هذا الشأن ، أما إذا كان اتجاه إرادة المشرع غير ذلك ؛ كأن تكون علة التشريع من وراء الإجراء غاية تنظيمية ليس من شأنها المساس بحرية الفرد وحقوقه الأساسية في الدفاع ، فإنه لا ضير من أعمال الضرورة بشأنه متى توافرت شروطها ، ويخضع ذلك لرقابة القضاء .

(1) - د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، الطبعة الرابعة ، سابق الإشارة إليه ، ص 1196 .

- د. عوض محمد عوض ، قانون العقوبات ، القسم العام ، سابق الإشارة إليه ، ص 497 .

- د. أدوار غالي الذهبي ، سابق الإشارة إليه ، ص 738 .

(2) - د. إبراهيم زكي اخنوخ ، سابق الإشارة إليه ، ص 164 .

الخاتمة

بعد أن انتهينا من كتابة هذا البحث المتواضع ، فإننا نخلص إلى نتيجة مؤداها، أن الضرورة الإجرائية - وفقاً للعرض السابق - والشرعية الإجرائية أمران غير متناقضين ، بل يتفقان في سبيل تحقيق الهدف المنشود من النظام الجنائي بأكمله؛ وهو مكافحة ظاهرة الإجرام مع احترام حقوق الإنسان وحرياته في آن واحد .

وفي سبيل اكتمال حلقات الشرعية الإجرائية في القانون الليبي ، نقترح في نهاية هذه الدراسة على الجهة المختصة بالتشريع ؛ وهي المؤتمرات الشعبية الأساسية، إعادة النظر في قانون الإجراءات الجنائية وتعديله بحيث يتضمن المتفق عليه من المبادئ التي تضمن حرية وحقوق الإنسان المنصوص عليها في المواثيق العالمية والقوانين الأساسية ، مثل الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية عام 1966 ، وأيضاً ما ورد في الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في عصر الجماهير عام 1988 ، والقانون رقم 20 لسنة 1991 بشأن تعزيز الحرية.

تمَّ بحمد الله .

قائمة المراجع

- 1 - د. إبراهيم زكي اخنوخ ، حالة الضرورة في قانون العقوبات ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1969م .
- 2 - د. أحمد فتحي سرور ، اتجاهات محكمة النقض المصرية في تطبيق نظرية الضرورة على الإجراءات الجنائية ، المجلة الجنائية القومية ، العدد الثاني ، يوليو 1960م .
- 3 - د. أحمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية ، حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ، طبعة معدلة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995م .
- 4 - د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط7 ، 1993م .
- 5 - أدوار غالي الذهبي ، الإجراءات الجنائية ، مكتبة غريب ، القاهرة ، ط2 ، 1990م .
- 6 - د. جميل عبدالباقي الصغير ، الشرعية الجنائية (دراسة تاريخية وفلسفية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993م .
- 7 - د. حسن شلبي يوسف ، الضمانات الدستورية للحرية الشخصية في النظامين الإنجليزي والأمريكي بالمقارنة بالنظام المصري (التفتيش والضبط) دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992م .
- 8 - أ. حسين جميل ، حقوق الإنسان والقانون الجنائي ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1972م .

- 9 - الطاهر أحمد الزاوي ، مختار القاموس ، الدار العربية للكتاب ، ليبيا - تونس ، ط2 ، 1977م .
- 10 - د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ، مكتبة القاهرة الحديثة ، 1973م .
- 11 - علي حيدر ، دور الحكام في شرح مجلة الأحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، المجلد الأول ، دار الجيل ، بيروت ، ط1 ، 1991م .
- 12 - د. عوض محمد عوض ، قانون العقوبات - القسم العام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1996م .
- 13 - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1999م .
- 14 - أ. مبروك عبدالله الفاخري ، حالة الضرورة وتطبيقاتها في الإجراءات الجنائية، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية القانون - جامعة قاريونس ، 2000م .
- 15 - د. محمد علي عياد الحلبي ، ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحري والاستدلال في القانون المقارن ، جامعة الكويت ، 1981م .
- 16 - د. محمود نجيب حسني ، الدستور والقانون الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1992م .
- 17 - د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط2 ، 1988م .
- 18 - مجلة المحكمة العليا ، تصدر دورياً عن المكتب الفني ، مطبعة المحكمة العليا ، طرابلس .

- 19) - مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجنائية والهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض المصرية ، تصدر دورياً عن المكتب الفني .
- 20) - د. مصطفى أحمد فؤاد ، فكرة الضرورة في القانون الدولي العام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1987م .
- 21) - د. يوسف فاسم ، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993م .

توصيات الندوة العلمية حول المسؤولية عن حوادث المرور المنعقدة بمدينة سبها سنة 2006م

في الفترة من 19 - 20 / الطير (إبريل) 1374 و.ر (2006 مسيحي)
نظمت كلية القانون بجامعة سبها بالتعاون مع اللجنة الشعبية العامة للعدل والشركة
المتحدة للتأمين الندوة العلمية حول :

((المسؤولية عن حوادث المرور))

وقد شارك في أعمال هذه الندوة عدد كبير من الخبراء والمختصين من
الأساتذة بجامعة سبها وقاريونس والفتاح وبعض رجال القضاء والشرطة . كما
حضرها الأخ أمين المؤتمر الشعبي لشعبية سبها ، والأخ أمين اللجنة الشعبية العامة
للعدل ، والأمين المساعد لشؤون الشرطة القضائية ، ولقيف من المهتمين والطلاب .
وتمّ خلال أعمال هذه الندوة عرض ما يربو على عشرين ورقة علمية على
مدار يومين اثنين في جلسات صباحية ومساءية تخللتها مناقشات علمية جادة
وموضوعية في إطار المحاور الرئيسة للندوة ، وهي :

- 1 (- وضع مشكلة حوادث المرور (حجم المشكلة وآثارها الاقتصادية
والاجتماعية) .
- 2 (- السياسة الجنائية للمشرع الليبي في مجال حوادث المرور .
- 3 (- المشكلات العملية لتعويض المتضررين من حوادث المرور (المسؤولية المدنية
والتأمين) .

وقد خلّص الحاضرون إلى جملة من التوصيات ، أهمها :

- 1 (- نشر التوعية المرورية من خلال وسائل الإعلام المختلفة والمناشط المدرسية ،
مع إدخال مادة السلامة المرورية ضمن المقررات الدراسية بمراحل التعليم

المختلفة ، والتأكيد على أهمية الوعظ والإرشاد .

(2) - إجراء المزيد من الدراسات والبحوث حول مشكلات المرور ، والعمل على إنشاء مراكز أبحاث ودراسات مرورية تتبع اللجنة الشعبية العامة للأمن العام تنهض بدراسة مشكلات المرور من النواحي الاقتصادية والاجتماعية والنفسية .

(3) - الإعداد الجيد لرجال المرور والعمل على رفع كفاءتهم باستمرار أثناء الخدمة بإقامة الدورات التدريبية والتنشيطية لهم في الداخل والخارج لمتابعة أحدث التطورات التقنية في مجال المرور ، وتمكينهم من استخدامها الاستخدام الأمثل .

(4) - تشديد الحملات المرورية ، وعدم التهاون مع المخالفين .

(5) - العمل على صيانة الطرق العامة وإدامتها بشكل دوري من قبل فرق متخصصة ، مع التوسع في تشييد الجسور والأنفاق لتخفيف حدة الازدحام لاسيما في المدن الكبيرة ، وتزويدها بالإشارات والعلامات المرورية الدالة ، ورصد أماكن تكرار الحوادث المرورية (النقاط السوداء) ، ودراسة أسبابها وإيجاد الحلول لها .

(6) - الاهتمام بالنقل الجماعي وتشجيع استخدامه للحد من استعمال المركبات الخاصة .

(7) - التوسع في استخدام التقنيات الحديثة المتمثلة في أجهزة كشف وضبط جرائم المرور مثل : الرادارات والصندوق الأسود وأجهزة قياس نسبة الكحول في الدم ، وسائر وسائل المراقبة الإلكترونية بجميع أنواعها ، وتوظيف تقنيات الرصد الجوي والاستشعار عن بعد لتأمين السلامة المرورية .

(8) - العمل على تفعيل قانون المرور بما يكفل تطبيقه بحزم وصرامة ودون محاباة .

- 9) - إقامة مراكز خدمات متكاملة على طول الطرق السريعة بحيث تكون مجهزة بوسائل الاتصال الحديثة وعيادات للإسعاف والطوارئ .
- 10) - إعادة النظر في عقوبة جريمة القتل الخطأ بمركبة آلية بحيث تكون من جرائم الجرح .
- 11) - التوسع في أنظمة العدالة التصالحية في جرائم المرور بما يكفل تيسير توقيع العقوبات المالية على المخالفين لأحكام قانون المرور ؛ لتخفيف الأعباء عن كاهل القضاء .
- 12) - إعادة النظر في شروط الترخيص لقيادة المركبات الآلية برفع السن ، وبالذات فيما يتعلق بسيارات الركوبة العامة .
- 13) - التوسع في بدائل العقوبة السالبة للحرية .
- 14) - تطوير التغطية التأمينية التي يقرها قانون التأمين بما يحقق التعويض العادل للمتضررين من حوادث المركبات الآلية ، مع إعادة النظر في الأحكام الخاصة بالتأمين الإلزامي بعدم التقيد بسقف معين للتعويض ورفع صفة المال العام عن أموال شركة ليبيا للتأمين .

Journal of Legal Studies

*Published by the Faculty of Law,
Garyounis University*

General Supervisor :
Prof. Abd El - Kader Shehab

Editor - in - Chief :
Prof. Mussa Massoud Irhouma

Editorial Board :
Tarek El - Jamaly
Abdullah El - Obedi
Nouria El - Magrif
Salma Algazwy
Rafa El - Fakry
El - Salheen Elaish

**Vol. 16 - No. 16 - Oct. 2007
Garyounis University Press.**

Journal of Legal Studies

Published By the Faculty Of LAW , Garyounis University



Vol. 16

No . 16

Oct. 2007



Garyounis University Press.