

مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها

كلية القانون بالخميس

جامعة المرقب

العدد الثاني لسنة 2015

مجلة العلوم الشرعية والقانونية مجلة محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة

المرقب

رقم الإيداع المحلي 2015/379م.

دار الكتب الوطنية بينغازي - ليبيا

هاتف:

9090509 _ 9096379 _ 9097074

بريد مصور:

9097073

البريد الإلكتروني:

Nat-Liba@h0tmail.com

ملاحظة /

الآراء الواردة في هذه البحوث لا تعبر إلا عن وجهة نظر أصحابها، وهم وحدهم المسؤولون عن صحة المعلومات وأصالتها، وإدارة المجلة لا تتحمل أية مسؤولية في ذلك.

لاتصال برئيس التحرير: 091-1431325 / 092-7233083

شروط النشر بالمجلة :

الأخوة الأفاضل حرصاً على حسن إخراج المجلة نرجو التكرم بالالتزام بالآتي:

1. أن لا يكون قد تمّ نشر البحث من قبل في أي مجلة أو كتاب أو رسالة علمية أو وسيلة نشر أخرى.
2. أن لا تزيد صفحات البحث عن (35) صفحة تقريباً بما فيها قائمة المراجع.
3. هوامش الصفحة من اليمين ، على ورق A4 . وحجم الخط (14) ونوعه (Traditional Arabic). وللهاوش (12) وبين السطور (1).
4. العناوين الوسطية تكتب مسودة وبحجم خط (16) Bold.
- العناوين الجانبية: تكتب من أول السطر مسودة وبحجم (14) Bold ، وتوضع بعدها نقطتان رأسيّتان.
5. تبدأ الفقرات بعد خمس فراغات.
6. يجب الاهتمام بوضع علامات الترقيم في أماكنها المعروفة الصحيحة، وبرموز أسمائها بالخط العربي .
7. ضرورة استخدام رمز القوسان المزهران للآيات القرآنية (﴿ ﴾) ، والرمز (« ») للنصوص النبوية، والرمز: (" ") علامة التنصيص.
8. تكتب في الهوامش أسماء الشهرة للمؤلفين كالبخاري، الترمذي، أبو داود، ابن أبي شيبة، ولا يكتب الاسم الكامل للمؤلفين في الهوامش.
9. الإحالات للمصادر والمراجع تكون في هوامش صفحات البحث وليس في آخره.

10. لا تكتب بيانات النشر للمصادر والمراجع في الهامش، وإنما يكتب ذلك في قائمة المصادر والمراجع في آخر البحث.

مثل : ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 2، ص 332

11. عند الإحالة إلى كتب الحديث المرتبة على الأبواب الفقهية والموضوعات العلمية تكتب أسماء الكتب والأبواب، مع كتابة الجزء، والصفحة، ورقم الحديث إن وجد. هكذا: أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب. الإيمان، باب الإيمان وقول النبي « بني الإسلام على خمس » : ج 1، ص 12 ، رقم 1.

12. تخرّج الآيات القرآنية في المتن بعد الآية مباشرة بحجم 12.

مثل: قال الله تعالى: ﴿ سَيَقُولُ السُّفَهَاءُ مِنَ النَّاسِ مَا وَلَّيْتَهُمْ أَلَّتِي كَانُوا عَلَيْهَا قُلْ لِلَّهِ الْمَشْرِقُ وَالْمَغْرِبُ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ ﴾ [البقرة: 142].

13. في الهوامش، يترك بعد أرقام الهوامش أسبيس واحد ثم تبدأ كتابة المعلومات التي يراد كتابتها، وهوامش كل صفحة تبدأ بالرقم واحد.

14. قائمة المصادر ترتب على أسماء الشهرة للمؤلفين، كالاتي:

ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: علي محمد البجاوي، بيروت: دار الجيل، ط 1، سنة 1112 هـ / 1992م.

15. يرفق الباحث ملخصاً لسيرته الذاتية في حدود صفحة واحدة، ويرفق صورة شخصية له.

16. ترسل البحوث، والسير الذاتية المختصرة مطبوعة على ورق وقرص مدمج لرئيس التحرير مباشرة أو عبر البريد الإلكتروني الآتي.

iaelfared@elmergib.edu.ly

-
-
17. للمجلة الحق في رفض نشر أي بحث بدون إيداء الأسباب والبحوث التي لا تقبل للنشر لا ترد إلى أصحابها.
18. لصاحب البحث المنشور الحق في الحصول على عدد (5) نسخ من عدد المجلة المعني مجاناً.
19. ترتيب ورود الأبحاث في المجلة لا يدل على أهمية البحث أو الباحث، إنما لكل التقدير والاحترام .
20. لإدارة المجلة حرية تغيير الخطوط والتنسيق بما يناسب إخراج المجلة بالصورة التي تراها.
- نأمل من السادة الباحث والقراء المعذرة عن إي خطأ قد يحدث مقدماً ، فله الكمال وحده سبحانه وتعالى.

ملاحظة /

الآراء الواردة في هذه البحوث لا تعبر إلا عن وجهة نظر أصحابها، وهم وحدهم المسؤولون عن صحة المعلومات وأصالتها، وإدارة المجلة لا تتحمل أية مسؤولية في ذلك.

للاتصال برئيس التحرير: 091-1431325 / 092-7233083

مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها
كلية القانون بالخمسة - جامعة المرقب

رئيس التحرير

د. إبراهيم عبد السلام الفرد

هيئة التحرير:

د. مصطفى إبراهيم العربي

د. عبد المنعم أحمد الصراعي

د. أحمد عثمان حميدة

اللجنة الاستشارية:

- | | |
|------------------------------|---------------------------|
| أ. د. محمد عبد السلام ابشيش. | أ. د. عبد السلام أبوناجي. |
| أ. د. سالم محمد من شان. | أ. د. محمد رمضان بارة. |
| د. أحمد علي أبو سطاتش. | د. عمس رمضان العييد. |
| د. عبد الحفيظ ديكنم. | د. علي أحمد اشكور فو. |

فهرس الموضوعات

- 6 كلمة رئيس التحرير
الطلاق وأثره على الحياة الزوجية
- 7 د. المبروك عون سالم
نظرة في تعليل الأحكام الشرعية
- 48 د. جمال محمد عز الدين الغرياني
وظائف الاعتمادات المستندية ومخاطرها على أطراف عقد البيع
الدولي (دراسة تحليلية)
- 73 د. جمال عمر ان المبروك اغنية
تطور القانون الدولي الإنساني
- 122 د. محمد سعد ابوالقاسم عس
دعوى المنافسة غير المشروعة كوجه من أوجه حماية حرية المنافسة في
النشاط الاقتصادي في اطار القانون الليبي
- 154 د. كريمة حسين المدني
ضمانات حسن أداء العدالة في التحكيم الدولي
- 188 أ. محمد ونيس أبو سنالتة
مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية أمام
محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي
- 211 د. مصطفى أحمد الدراجي
مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية أمام
محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

كلمة رئيس التحرير

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي علم الإنسان ما لم يعلم، وجعله خليفة في الأرض، وكرمه وفضله على كل الخلائق، والصلاة والسلام على نبينا محمد - ﷺ - وعلى آله وأصحابه الكرام الأخيار، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

إنه ليسرني أن أقدم إليكم هذا العدد من مجلتكم على أمل أن تنال رضاكم. وإذ نشكر السادة أعضاء هيئة التدريس في الجامعات الليبية على مساعدتهم لنا في مراجعة البحوث من الناحية اللغوية والعلمية، وكل ذلك بدون أي مقابل مادي إلا ما كان من أجر وثواب من عند الله تعالى.

ونفيدكم بأننا على استعداد لتقبل ملاحظاتكم الكريمة.

والله ولي التوفيق.

الطلاق وأثره على

الحياة الزوجية

إعداد الدكتور: المبروك عون سالم

عضو هيئة التدريس بكلية الآداب والعلوم - بدر

جامعة الجبل الغربي

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، حمداً يوافي نعمه ويكافئ مزيده، والصلاة والسلام الأتمان الأكملان على رسول الرحمة ومعلم الأمة، محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد،،

فقد شرع الطلاق لضرورة اجتماعية، لذلك حفته الشريعة الإسلامية بالزواج الدينية، لأجل عدم استعماله إلا عند الضرورة الموجبة له، والشريعة الإسلامية حينما أباحت الطلاق عند تعذر استمرار الرابطة الزوجية لم يكن ذلك منها استهانة بعقد الزواج ولا خطأ من شأنه، كما يدعي أعداء الإسلام، بل جاءت بهذا التشريع الذي تفق مع الحياة الواقعية التي تضطرب فيها أحوال الإنسان.

وقد يتنافر الزوجان بعد الألفة، ويتنازعان بعد المحبة، ويستحكم الشقاق والخلاف، فتصبح الحياة الزوجية جحيماً لا يطاق، ويصير أفراد الأسرة جميعاً مهددين بأسوأ النتائج، وأشر الكوارث والنكبات في

مختلف جوانب حياتهم المادية والمعنوية، وقد تفسد أخلاق أحد الزوجين ويضرب بالحقوق الزوجية عرض الحائط، وتعجز جميع وسائل التقويم عن إصلاحه، ولهذه الأسباب وغيرها كان تشريع الطلاق ضرورة اجتماعية، غير أن التشريع الإسلامي قد وضع من التوجيهات والأحكام ما يكفل عدم إيقاع الطلاق إلا في حالات الضرورة القصوى، وسعى الإسلام لمنع حدوثه، ودعا لمحاولة إنقاذ الحياة الزوجية بكل الوسائل الممكنة، ولا ينبغي أن يصر إلى الطلاق؛ لأنه أشبه ما يكون بالعملية الجراحية التي يجريها الطبيب للمرضى بعد عجز العقاقير عن معالجة المرض.

أسباب اختيار الموضوع:

- حدوث عملية الطلاق بين الزوجين لأنفه الأسباب.
 - تفكك الأسر بسبب الطلاق وبالتالي يساعد على تفكك المجتمع بأسره مما يؤدي إلى تخلفه وانهاره.
 - حرمان الأولاد من العيش في ظل أسرة كريمة يشعرون من خلالها بحنان الأم وعطف الأب.
- ولهذه الأسباب وغيرها دفعتني للبحث في هذا الموضوع واخترت له عنواناً "الطلاق وأثره على الحياة الزوجية" دراسة فقهية.
- وحصرت الموضوع في مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة حيث جاءت خطة البحث على النحو التالي:
- المقدمة: تحدثت فيها عن أهمية الموضوع والأسباب التي دفعني لذلك.
- المبحث الأول: تعريف الطلاق وأقسامه ويحتوي على ستة مطالب وهي على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف الطلاق لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: الحكم الشرعي للطلاق.

المطلب الثالث: أقسام الطلاق.

المطلب الرابع: الطلاق الرجعي.

المطلب الخامس: الطلاق البائن بينونة صغرى وآثاره.

المطلب السادس: الطلاق البائن بينونة كبرى وآثاره.

المبحث الثاني: ما يشترط في المطلق والمطلقة والصيغة ويحتوي على ستة مطالب هي على النحو التالي:

المطلب الأول: سبق اللسان بالطلاق.

المطلب الثاني: ما يشترط في المطلق والمطلقة.

المطلب الثالث: ما يشترط في الطلاق المعلق والصيغة.

المطلب الرابع: حكم الطلاق الثلاث بلفظ واحد.

المطلب الخامس: طلاق الهازل.

المطلب السادس: ما يشترط في الحكمين.

المبحث الثالث: نفقة المطلقة ومتعة الطلاق ويحتوي على ستة مطالب هي على النحو التالي:

المطلب الأول: نفقة المطلقة أثناء العدة.

المطلب الثاني: نفقة الأولاد.

المطلب الثالث: إرضاع الأم ولدها.

المطلب الرابع: ميراث المطلقة في مرض الموت وميراث زوجها منها.

المطلب الخامس: متعة الطلاق.

المطلب السادس: آثار الطلاق على الفرد والأسرة والمجتمع.

الخاتمة: نتحدث فيها عن أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث.

المبحث الأول:

تعريف الطلاق وأقسامه

ويحتوي على ستة مطالب وهي على النحو التالي:

المطلب الأول:

تعريف الطلاق لغة واصطلاحاً

أولاً: تعريف الطلاق في اللغة:

طلاق المرأة بينونها عن زوجها، وامرأة طالق من نسوة طلق، وطالقة من نسوة طواقت، وطلقت الرجل امرأته، وأطلقها بعلمها وطلّقها، فهي طالق وطالقة، ورجل مطلق، أي كثير الطلاق للنساء، وناق طالق ونعجة طالق، أي مرسلّة ترعى حيث شاءت، والطاق من الإبل: التي يتركها الراعي لنفسه لا يحتلبها على الماء⁽¹⁾.

ثانياً: المراد بالطلاق في الاصطلاح الفقهي:

هو رفع قيد النكاح في الزوجية الصحيحة، ورفع القيد يعنى حل رباط الزوجية في الحال أو في المآل بلفظ عبارة مشتقة من الطلاق تصدر من الزوج، أو بقرار من القاضي بناءً على طلب من الزوج أو الزوجة⁽²⁾.

وقيل هو حل العصمة المنعقدة بين الزوجين وهو خلاف الأولى، فليس بمكروه، ولكنه قريب من المكروه، غير أنه يحرم إذا خش الزوج الزنا بالمطلقة أو بغيرها بعد طلاقها⁽³⁾.

وقيل هو رفع قيد الزواج الصحيح في الحال أو المآل بصريح لفظ، أو كتابة ظاهرة، أو بلفظ ما مع نية، وقيل هو إزالة ملك النكاح⁽⁴⁾.

(1) الصحاح، للجوهري، 205/5، كتاب العين، للفراهيدي، 101/5، لسان العرب، لابن منظور، باب طلق، 225/10.

(2) المرأة في القرآن، لعبد السلام التونسي، ص 241.

(3) فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك، للمطاوي، ص 44.

(4) الزواج والطلاق في القانون الليبي، لعبد السلام العالم، ص 218.

مما سبق عرضه في تعريف الطلاق في اللغة والاصطلاح الفقهي نجد أن التعريف اللغوي لا يختلف عن التعريف الفقهي كثيراً، وكذلك عبارات الفقهاء كلها تدل على إزالة ملك النكاح بألفاظ مخصوصة.

المطلب الثاني:

الحكم الشرعي للطلاق

الأصل في الطلاق الإباحة، أي أن الطلاق من حيث هو جائز، والأولى عدم ارتكابه، لما فيه من قطع الألفة، وجفاء، وعداوة وقطعية، وتفريق لما جمع بكلمة الله، ولكنه شرع لدفع ضرر أعظم منه، حتى أن الفقهاء ذكروا في بيان وضعه الشرعي أنه يختلف بحسب الحاجة الداعية إليه، وتعتبره الأحكام الخمسة وهي على النحو التالي:

1. يكون واجب إذا كان بقاء الزوجة في العصمة يوقع الزوج في الحرام مثل: الإضرار بها، أو النفقة عليها من حرام، أو هجرها من غير سبب؛ لأن الله تعالى يقول: ﴿فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ﴾ (1).

ومن هنا وجب طلاق المولى من زوجته إذا أبي الرجوع إليها بعد أربعة أشهر يقال للزوج: إما أن ترجع وتجامع، أو تطلق وجوباً لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ فَاءُ وَإِنْ أَلَّاهُ عَفْوَرٌ رَّحِيمٌ﴾ (2)، وقوله: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ (3).

ووجوب فراق الملعن وهو الذي يتهم زوجته بالزنا بعد حلفه أيمن اللعان، وكذلك التفريق بين الزوجين في النكاح الفاسد؛ لأن استمرار الزواج في هذه الحالة يؤدي إلى الحرام، وكذلك لو كان الزوج خصياً أو محبوب الذكر أو مربوطاً عن الجماع، فيجب عليه أن يطلق (4).

(1) سورة البقرة: الآية: 229.

(2) سورة البقرة: الآية: 226.

(3) سورة البقرة: الآية: 225.

(4) ينظر: الأسرة أحكام وأدلة، للصادق الغرياني، ص: 18، موسوعة الفقه الميسر، لحامد أحمد الطاهر 290/2.

2. يكون الطلاق مكروهاً إذا طلق الزوج زوجته من غير سبب صحيح يدعوا إلى الطلاق، قال - صلى الله عليه وسلم: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق»⁽¹⁾.
فقد سماه النبي - صلى الله عليه وسلم - حلالاً، ولكنه مبغض ومكروه وكفى بذلك تنفيراً.

3. يكون الطلاق مباحاً عندما تدعوا الحاجة إليه، وهناك أسباب توجبه مثل: سوء معاشرة الزوجة لزوجها، سوء خلق الزوجة، وتضرر الزوج منها.

4. ويكون مندوباً: إذا كانت المرأة شرسة، بذية اللسان، يخاف منها الوقوع في الحرام لو استمرت عنده، أو كانت تهمل واجبات الدين من صلاة وصيام، أو كانت غير عفيفة أو مشبوهة، أو توقع في الشقاق والأذى والضرر⁽²⁾، قال: عبدالله بن سعود⁽³⁾، «لأن ألقى الله تعالى وصادقها بدمتي خير من أعاشر امرأة لا تصلي»⁽⁴⁾.

5. ويكون حراماً بحيث إن طلقها وقع في الزنا، لتعلقه بها، أو لعدم قدرته على زواج غيرها⁽⁵⁾.

وكذلك إذا طلقها وهي حائض، وهو ما يعرف بطلاق البدعة، أو في طهر حصل فيه جماع لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾⁽⁶⁾، أي مستقبلات لعدتهن، وهو أن يطلق الرجل زوجته في طهر لم يمسه فيها، لقول

(1) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، باب كراهية الطلاق، رقم: 14671، 322/7.

(2) ينظر: الزواج والطلاق، لوهبه الزحيلي، ص140.

(3) هو: عبدالله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي، صحابي من أكابرهم فضلاً وعقلاً، وقرباً من رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهو من أهل مكة ومن السابقين إلى الإسلام، وأول من جهر بالقرآن بمكة، وكان خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم، وصاحب سره، نظر إليه عمر يوماً وقال: "وعاء ملئ علماً" ولي بيت مال الكوفة، وتوفى في خلافة عثمان عن نحو ستين عاماً سنة 2هـ الأعلام، للزركلي، 137/4.

(4) موطأ الإمام مالك، 257/5.

(5) ينظر: الفقه المالكي وأدلته، الحبيب بن طاهر، 26/4.

(6) سورة الطلاق، الآية: 1.

الرسول - صلى الله عليه وسلم - لعبدالله بن عمر رضى الله عنهما «فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء»⁽¹⁾.

وقد أجمع العلماء على مشروعية الطلاق لفعله - صلى الله عليه وسلم - حيث طلق حفصة لا لريبة ولا كبر، وكذلك فعل الصحابة رض الله عنهم أجمعين، والحسن بن علي⁽²⁾، رضى الله عنهما استكثر من النكاح والطلاق⁽³⁾.

قال عمر رضى الله عنه: « طلق النبي - صلى الله عليه وسلم - حفصة ثم راجعها»⁽⁴⁾، وكذلك أيدهم الواقع والمعقول حيث تصبح الحياة الزوجية جحيماً لا يطاق، ومصدر شرور وآثام وفساد وخصومات ومنازعات، فيكون الطلاق شيء لا بد منه، وضرورة لا يستغني عنها لحل مشكلات الأسر وتعقيداتها عملاً بالقاعدة الشرعية "يختار أهون الشرين" و"يختار أخف الضررين"⁽⁵⁾.

المطلب الثالث:

أقسام الطلاق أو توصيف الطلاق

للطلاق تقسيمات باعتبارات متعددة ومن جوانب متنوعة، فهو ينقسم من حيث الصيغة إلى صريح وكناية، وينقسم من حيث إمكان الرجعة إلى رجعى وبائن، ومن حيث المطابقة للسنة إلى سني ويدعي، ومن ناحية الزمن والصيغة إلى منجز ومعلق، ومضاف إلى المستقبل.

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، رقم 4953، 2011/5.

(2) هو: الحسن بن علي بن أبي طالب الهاشمي القرشي، أبو محمد، خامس الخلفاء الراشدين، وآخرهم، وثاني الأئمة الأثني عشرية عند الإمامية، ولد في المدينة، وأمّه فاطمة الزهراء بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهو أكبر أولادها وأولهم، كان عاقلاً حليماً محباً للخير، فصيحاً، بايعه أهل العراق بالخلافة بعد مقتل أبيه سنة 40 هـ واشترط شروطاً للصلح مع معاوية فقبل معاوية الصلح وخلع الحسين نفسه من الخلافة حقناً لدماء المسلمين، ورجع إلى المدينة حيث مات بها مسموماً سنة 50 هـ الاستيعاب، 113/1، الإصابة، 223/1، الإعلام، 199/2.

(3) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، لوهبه الزحيلي، 340/9.

(4) أخرجه أبو داود في سننه، باب الرجعة، رقم 2285، 253/2.

(5) ينظر: الزواج والطلاق، للزحيلي، ص 139.

لاشك أن الأصل في الطلاق أنه شرعه الله سبحانه وتعالى بنص صريح في القرآن الكريم، ولكن هل ورد على أنه طلاق بائن أم طلاق رجعي، ومتى يكون هذا أو ذاك؟ بل وكيف يتحدد هذا الوصف؟

يرى الإمام أبو حنيفة⁽¹⁾، أن الأصل في الطلاق أنه رجعي، ولكن للمطلق أن يعطيه وصف البينونة فيكون بائناً، فإن وصفه بالبينونة أو الشدة والانفصال كان بائناً؛ لأن له أن يجعله كذلك، وقيل إن وصف الطلاق إنما هو من عمل الشارع، فما وصفه الشارع بأنه بائن وما لم يصفه بذلك فهو رجعي، والحجة في ذلك كله قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾⁽²⁾، ومن خلال هذه الآية يتضح قول الأحناف بأن النص القرآني في الطلاق جاء مطلقاً ولم يقمده، وعلى هذا رأي الأئمة الأربعة أن الزوج إذ يملك البينونة الكبرى بالتطليق ثلاثاً دفعة واحدة، فمن باب أولى أن يملك وصف الطلاق بالبينونة الصغرى؛ لأن من يملك الأقوى يملك الأضعف⁽³⁾.

ألفاظ الطلاق:

يشترط في اللفظ الذي يقع به الطلاق أن يكون دالاً على رفع قيد الزوجية، وأن يسند إلى الزوجة مثل أن يقول الزوج لزوجته، أنت طالق، أو طلقتك، أو زوجتي مطلقة، وهذه الألفاظ صريحة في الطلاق لا تحتل معنى غيره، وهناك ألفاظ كناية تحتل الطلاق وغيره، مثل أن يقول الزوج لزوجته: إذهبي إلى أهلك، أو أن يقول لها أنت حرة، والألفاظ الكنائية يقع بها الطلاق بالنية أو بدلالة الحال عند الحنيفة،

(1) هو: أبو حنيفة النعمان بن ثابت التيمي بالولاء، إمام الحنيفة أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة أصله من أبناء فارس، ولد ونشأ بالكوفة، كان يبيع الخبز، ثم انقطع للتدريس والإفتاء، كان قوي الحجة قال مالك: الناس عيال في الفقه على أبي حنيفة، له تصانيف عدة، توفي سنة 105 هـ الإعلام، 193/8.

(2) سورة البقرة، الآية: 228.

(3) المرأة في القرآن، للتونجي، ص 294، الأحوال الشخصية، لمحمد أبي زهرة، ص 363.

خلافاً للمالكية والشافعية فلا يقع الطلاق بها عندهم إلا بالنية، والمشهور عند الإمام مالك أن الطلاق لا يقع إلا باللفظ والنية، وبه قال أبو حنيفة، وقد روي عنه أنه يقع باللفظ دون النية وعند الشافعي أن لفظ الطلاق الصريح لا يحتاج إلى نية، فمن اكتفى بالنية احتج بقوله صلى الله عليه وسلم: «إنما الأعمال بالنيات»⁽¹⁾، ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله صلى الله عليه وسلم: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»⁽²⁾، والنية دون قول حديث النفس، وليس يلزم من اشتراط النية في العمل في الحديث السابق أن تكون النية كافية بنفسها⁽³⁾.

قال الإمام مالك⁽⁴⁾، «الصريح هو لفظ الطلاق فقط، وما عدا ذلك كناية وهي عنده على ضربين: ظاهرة ومحملة، وقال الشافعي»⁽⁵⁾، ألفاظ الطلاق ثلاثة: الطلاق والفراق والسراح وهي المذكورة في القرآن الكريم⁽⁶⁾، ويقع الطلاق من العاجز عن الكلام بالكتابة المستبينه التي تقوم مقام الكلام الصريح، وكما يقع الطلاق باللفظ وبالكتابة يقع من العاجز عنهما كالأخرس الأمي، أو معتقل اللسان بالإشارة المفهومة المعهودة عرفاً، فهي تقوم مقام العبارة الصريحة في حل العصمة بينه وبين زوجته، إذ هي أقصى ما يستطيع التعبير به عن مقصودة⁽⁷⁾.

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، حديث رقم 1، باب كيف بدء الوحي، 3/1.

(2) أخرجه السيوطي في الفتح الكبير، رقم 6619، 2/129.

(3) ينظر: المرأة في القرآن، للتونجي، ص 269.

(4) هو: مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري، أبو عبدالله، إمام دار الهجرة، وأحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، وإليه تنسب المالكية، مولده ووفاته بالمدينة، كان صلباً في دينه، بعيداً عن الأمراء والملوك، وشيء به فضربه سباطاً انخلعت لها كتفه، وطلبه الرشيد العباسي لبأتيه فيحدثه، فقال: العلم يؤتي، فقصد الرشيد منزله، وسأله المنصور أن يضع كتاباً للناس يحملهم على العمل به، فصنف الموطأ، وله رسالة في الوعظ والمسائل وغيرها، توفي سنة 179هـ، الإعلام، 5/257، الديباج المذهب، لابن فرحون، 6/1.

(5) هو: محمد بن إدريس بن العباس بن شافع الهاشمي القرشي المطلبي، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، وإليه تنسب الشافعية، وُلد في غزة بفلسطين، وحُمِل إلى مكة وهو ابن سنتين، وكان من أحذق قريش بالرمي، برع في الشعر واللغة وأيام العرب، له تصانيف كثيرة أشهرها كتاب الأم في الفقه، توفي سنة 204هـ، الإعلام، 26/6، الأنساب للسمعاني، 3/378.

(6) ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقصد، لابن رشد، 2/74.

(7) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، لوهبه الزحيلي، 9/360، 362، موسوعة الفقه الميسر، لحامد الطاهر، 2/300.

موقف القانون:

وبهذا أخذ القانون الليبي بشأن الزواج والطلاق رقم (10) لسنة 1984م وتعديلاته ما نصه:

وقد أخذ القانون بالاجتهاد المالكي والشافعي في المادة (31) فقرة أ- "يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة فيه عرفاً ولا يقع بألفاظ الكناية إلا إذا نوى المتكلم بها الطلاق ولا تثبت النية إلا باعترافه"⁽¹⁾.

المطلب الرابع:

الطلاق الرجعي

الطلاق الرجعي هو الذي يملك الزوج بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد ما دامت في العدة، ولو لم ترض، وذلك بعد الطلاق الأول والثاني غير البائن إذا تمت المراجعة قبل انقضاء العدة، فإذا انتهت العدة صار الطلاق الرجعي بائناً، فلا يملك الزوج إرجاع زوجته المطلقة إلا بعقد جديد⁽²⁾.

متى يكون الطلاق رجعياً؟

الطلاق يكون رجعياً إذا اجتمعت فيه الشروط التالية:

1. إذا كان في نكاح صحيح لا نكاح فاسد، أو مختلف فيه؛ لأن الطلاق في النكاح الفاسد طلاق بائن.
2. أن يكون بعد الدخول بالزوجة، لا قبل الدخول.
3. أن لا يكون مقابل مالي يأخذه الزوج عوضاً عن الطلاق؛ لأن الطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال، لا يكون إلا بائناً.
4. أن تكون صيغة الطلاق من الصيغ التي تدل عرفاً على أن الطلاق بائناً.
5. أن لا ينوي الزوج بالصيغة الطلاق البائن.

(1) ينظر: الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، لعبد السلام الشريف العالم، ص225.

(2) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، 407/9، بداية المجتهد، لابن رشد، 442/1.

6. أن لا تكون الطلقة هي الثالثة؛ لأن الطلقة الثالثة لا تحل معها المرأة إلا بعد نكاح زوج آخر.

7. أن يكون الطلاق بحكم القضاء؛ لأن الطلاق بحكم القاضي كله بائن ما عدا التطلق بالإعسار بالنفقة والإيلاء وهو حلف الزوج أن لا يطاء زوجته⁽¹⁾.

آثار الطلاق الرجعي:

اتفق الفقهاء على أن الطلاق الرجعي له آثار هي:

1. يترتب على الطلاق الرجعي أنه ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج، فإذا طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعياً بقي له طلقتان، وإذا طلقها طلاقاً آخر بقي له طلقه واحدة.
2. إذا طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعياً وانقضت العدة من غير مراجعة انتهت الرابطة الزوجية بانتهاء العدة وبانت منه وحينئذ يحل مؤخر الصداق.
3. يملك المطلق مراجعة مطلقته بالقول اتفاقاً، وكذلك بالفعل ما دامت في العدة، فإذا انقضت العدة بانت منه، فلم يملك رجعتها إلا بإذنها.
4. المرأة الرجعية زوجة يلحقها طلاق الرجل وظهاره وإيلاؤه ولعانه، ويرث أحدهما صاحبه بالاتفاق، وإن خالها صح خلعه؛ لأنها زوجته صح طلاقها فصح خلعهما كما قبل الطلاق، وليس مقصود الخلع التحريم، بل الخلاص من مضرة الزوج ونكاحه الذي هو سببها، والنكاح باق ولا نأمن رجعته.
5. يحرم الاستمتاع بالمرأة المطلقة طلاقاً رجعياً بوطء وغيره حتى بالنظر ولو بلا شهوة؛ لأنها مفارقة كالبائن؛ ولأن النكاح يبيح الاستمتاع فيحرمه الطلاق؛ لأنه ضده، فإن وطئ الزوج المطلقة فلا حد عليه، ولا يعزر وهذا رأي المالكية والشافعية⁽²⁾، أما الحنفية والحنابلة فإن الطلاق الرجعي لا يحرم الوطئ⁽³⁾، فيجوز الاستمتاع بالرجعية ولو وطئها لاحد عليه؛ لأنه مباح، لكن تكره

(1) ينظر: الأسرة أحكام وأدلة، للغرياني، ص: 206.

(2) ينظر: الشرح الكبير، للدردير، 426/2، كتاب الحاوي، للماوري، 47/10.

(3) ينظر: الاختيار لتعليل المختار، للموصلي، 162/3، المغني، لابن قدامة، 478/8.

الخلوة بها تنزيها، ومن عبارات الأحناف: الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل ما دامت في العدة، والمقصود بالملك: حل الاستمتاع ووسائل حقوق الزواج، والمقصود بالحل: بقاء المطلقة حلالاً لمن طلقها ولا تحرم عليه بسبب من أسباب التحريم⁽¹⁾.

المطلب الخامس:

الطلاق البائن بينونة صغرى وأثاره

الطلاق البائن بينونة صغرى: هو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعقد ومهر جديدين⁽²⁾.

أحوال وقوعه: يقع الطلاق البائن بينونة صغرى في الحالات

الآتية:

1. الطلاق قبل الدخول الحقيقي، ولو كان بعد الخلوة، لقول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾⁽³⁾.
2. الطلاق على مال وفي ذلك يقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾⁽⁴⁾.
3. الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب المرأة، سواء أكان السبب هو الشقاق، أم لعيب في الزوج، أم لغيبة وخوف فتنة؛ لأن هذه الأسباب لا يعالجها إلا الطلاق البائن الذي تملك فيه المرأة أمر نفسها⁽⁵⁾.

(1) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، 414/5.

(2) ينظر: الزواج والطلاق، للزحيلي، ص 160، المرأة في القرآن، للتونجي، ص 297.

(3) سورة الأحزاب، الآية رقم: 49.

(4) سورة البقرة، الآية رقم: 229.

(5) ينظر: الزواج والطلاق في القانون الليبي، للعالم، ص: 222.

آثار الطلاق البائن بينونة صغرى:

يظهر أثر الطلاق البائن بينونة صغرى فيما يأتي بالاتفاق بين المذاهب:

1. زوال الملك لا الحل بمجرد الطلاق: بحيث يحرم الاستمتاع مطلقاً والخلوة بعد ساعة الطلاق، ولا يحق مراجعة المرأة إلا بعقد جديد.
2. نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج.
3. يحل الصداق المؤجل بمجرد وقوع الطلاق.
4. منع التوارث بين الزوجين بحيث إذا مات أحدهما لا يرثه الآخر، لأن الطلاق البائن ينهي الزوجية، إلا إذا كان الطلاق في مرض الموت وكان القصد حرمان الزوجة من الميراث، فإنها ترث منه إذا مات في العدة، معاملة له بنقيض مقصودة⁽¹⁾.

المطلب السادس:

الطلاق البائن بينونة كبرى وآثاره

وهو الطلاق الذي لا يمكن ولا يملك الزوج بعده أن يعيد إليه زوجته إلا برضاها وعقد ومهر جديدين إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً، ويدخل بها ثم يفارقها بسبب من أسباب الفرقة، أو يموت عنها، وتنقضي عدتها⁽²⁾. وهذا الطلاق يزيل الملك والحل معاً، ولا يبقى للزوجية أثر سوى العدة وما يتبعها، فيحل به الصداق المؤجل إلى الطلاق أو الوفاة، ويمنع التوارث بين الزوجين، إلا إذا كان الطلاق فراراً من الإرث، فيعامل بنقض مقصوده، وتحرم به المطلقة على الزوج تحريماً مؤقتاً، ولا تحل له حتى تتزوج بزواج آخر، ويدخل

(1) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، 415/9.

(2) ينظر: تعريفات ومصطلحات فقهية، لعبدالعزیز عزت، 45/1.

بها دخولاً حقيقياً لقوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁽¹⁾، ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقضي عدتها منه⁽²⁾.

ويرى ابن حزم: أن الطلاق البائن: هو الطلاق المكمل للثلاث، أو الطلاق قبل الدخول لا غير، قال: وما وجدنا، قط، في دين الإسلام عن الله تعالى ولا عن رسوله صلى الله عليه وسلم طلاقاً بائناً لا رجعة فيه إلا الثلاث مجموعة، أو مفردة، أو التي لم يطأها، ولا مزيد، وأما ما عدا ذلك فأراء لا حجة فيها⁽³⁾.

والبينونة الكبرى كالصغرى إلا في أمرين:

1. أن البينونة الكبرى لا محل بعدها بالانفراق لوقوع طلاق آخر.
2. أن المرأة في البينونة الكبرى لا يمكن أن ترجع إلى زوجها الأول حتى تتزوج بزوج آخر غيره.

أما تقسيم الطلاق من حيث السنة والبدعة:

ينقسم الطلاق من حيث موافقته للسنة ومعارضتها، أي البدعة، إلى سني وبدعي، والسنة: ما أذن الشارع فيه، والبدعة: ما نهى الشرع عنه، وأصل البدعة: الحدث في الشيء بعد الإكمال⁽⁴⁾.

والأصل في هذا التقسيم قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾⁽⁵⁾.

قال ابن مسعود وابن عباس: طاهرات من غير جماع، وحديث ابن عمر لما طلق امرأته وهي حائض، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر: «امرء فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض فتطهر، ثم إن شاء طلقها قبل أن يمس»⁽⁶⁾.

(1) سورة البقرة، الآية رقم: 228.

(2) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، 415/9.

(3) ينظر: المحلي، لابن حزم، 240/10.

(4) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، 401/9.

(5) سورة الطلاق، الآية رقم: 1.

(6) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، رقم 4953، 2011/5.

وذهب فقهاء المالكية بالقول إلى أن الطلاق السني هو ما توافرت فيه أربعة شروط:

- وهي أن تكون المرأة طاهراً من الحيض والنفاس حين الطلاق.
- وأن يكون زوجها لم يمسه في ذلك الطهر.
- وأن تكون الطلقة واحدة.
- وألا يتبعها الزوج طلاقاً آخر حتى تنقضي عدتها، فإن أتبعها كان بدعة؛ لأن الأصل في الطلاق هو الحظر⁽¹⁾.

والطلاق البدعي: هو ما نقص منه أحد هذه الشروط أو كلها، وهو إما حرام وإما مكروه، فيحرم الطلاق في الحيض والنفاس، ويكره وقوعه بغير حيض ونفاس، لو أوقع ثلاثاً أو في طهر جامعها فيه، ويقع في الحيض وغيره، ويمنع إن طلبته المرأة من زوجها في حيضها أو نفسها⁽²⁾.

المبحث الثاني:

ما يشترط في المطلق والمطلقة والصيغة

ويحتوى على ستة مطالب هي على النحو التالي:

المطلب الأول:

سبق اللسان بالطلاق

تعريف سبق اللسان:

السبق لغة: القُدْمةُ في الجري وفي كلِّ شيءٍ؛ تقول: له في كلِّ أمرٍ سَبْقُهُ وسابِقُهُ وسَبَقْتُ، والجمع الأسباق والسوابق. والسَّبَقُ: مصدر سَبَقَ. وقد سَبَقَهُ يَسْبِقُهُ ويسبِقُهُ سَبْقاً: تقدمه⁽³⁾.

(1) ينظر: القوانين الفقهية، لابن جزي، ص150.

(2) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، 403/9.

(3) لسان العرب: لابن منظور، مادة سبق، 151/10.

اللسان لغة: من لَسَنَ، جارحة الكلام والجمع ألسنة⁽¹⁾.

وفي الاصطلاح: عرف الفقهاء سبق اللسان بتعريفات عديدة منها:

- جريان اللفظ على لسان المرء غير الذي نواه بقلبه.
- التلفظ بنية غير التي انعقد عليها القلب.
- النطق بكلام لا يريد البوح به.
- التكلم بالشيء من غير إرادة⁽²⁾.

من خلال التعريفات السابقة تبين أن سبق اللسان في الطلاق هو أن يجري على لسان الزوج التلفظ بكلمة الطلاق من غير قصد لها وإنما قصد لفظاً آخر، كأن يريد أن يقول لزوجته يا فلانه فإذا به يقول لها خطأ: يا طالق، حيث ذهب فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة بالقول إلى أن الزوج إذا قصد التكلم بغير لفظ الطلاق فزل لسانه فتكلم به فلا يلزمه شيء مطلقاً إن ثبت سبق لسانه، لعدم قصد النطق باللفظ الدال على حل العصمة الذي هو ركن في الطلاق⁽³⁾.

المطلب الثاني:

ما يشترط في المطلق والمطلقة

أولاً: ما يشترط في المطلق:

يشترط في الزوج، لكي يقع طلاقه، أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً مدركاً مكلفاً واعياً قاصداً اللفظ الذي يقع به الطلاق غير مكره عليه، فلا يقع طلاق الصبي؛ لأن الطلاق من التصرفات الضارة بحسب الأصل. ولا يقع طلاق المجنون؛ لأنه فاقد الأهلية وليس له قصد أصلاً لانعدام الإرادة، ولا خلاف بين الفقهاء في عدم وقوع

(1) لسان العرب: لابن منظور، مادة لسن، 385/13.

(2) معجم لغة الفقهاء، لمحمد رواسي قلعجي، 240/1.

(3) الشرح الكبير، للدردير، 366/2، شرح الخرشي علي خليل، 32/4، مغني المحتاج، للشرييني، 468/4.

المعني، لابن قدامة، 399/7.

طلاق المجنون. ويقع طلاق المحجور عليه لسفه، ولا يقع طلاق المعتوه لفقدان الأهلية وانعدام الإرادة ولو أجازته وليه أو الوصي عليه⁽¹⁾.

ولا يقع طلاق المكره عند جمهور الفقهاء، لقوله صلى الله عليه وسلم «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»⁽²⁾.

ولكن لا بد من ثبوت كون الإكراه ملجئاً؛ لأن المكره غير راضٍ بالطلاق وإنما أجبر عليه⁽³⁾.

ولا يقع طلاق الغضبان إذا وصل به الغضب الشديد إلى درجة لا يدري فيها ما يقول ويفعل ولا يقصده، وصار في حالة هذيان، وهذا أمر نادر، فإن كان يعي ما يقول، ويقصد بما يتكلم، وإن كان في حالة عصبية، فيقع طلاقه، فليس كل غضبان كما يظن البعض لا يقع طلاقه⁽⁴⁾.

وحكم طلاق السكران قال بعدم وقوعه أغلب الفقهاء؛ لأن السكر يذهب العقل وتنعدم به الإرادة والقصد، ومن قال بوقوع طلاق السكران فإنما قال بذلك زجراً له وعقوبة إذا كان سكره بحرام⁽⁵⁾.

والهازل بالطلاق؛ وهو الذي ينطق به على سبيل اللعب واللغو دون أن يقصد إيقاعه، فإن طلاقه واقع؛ لأن الهازل قد اختار اللفظ الذي أوقع به الطلاق لقوله صلى الله عليه وسلم: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة»⁽⁶⁾.

فالهازل أتى بالسبب، وهو لفظ الطلاق، وترتيب الأحكام على أسبابها إنما هو للشارع لا للعاقد⁽⁷⁾.

(1) ينظر: الزواج والطلاق في القانون الليبي، لعبد السلام العالم، ص 226.

(2) أخرجه ابن الملقن في البدر المنير، رقم 1095، 177/4، وهو مروى بعدة طرق عند ابن ماجه وغيره.

(3) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، 404/5.

(4) ينظر: الزواج والطلاق، للزحيلي، ص 141.

(5) ينظر: الزواج والطلاق في القانون الليبي، للعالم، ص 228.

(6) أخرجه أبو داود في سننه، رقم 2126، باب الطلاق على الهازل، 225/2.

(7) ينظر: الزواج والطلاق في القانون الليبي، ص 228.

ثانياً: ما يشترط في المطلقة:

يشترط في الزوجة أن تكون محلاً للطلاق، بأن الطلاق يقع على النساء اللاتي في عصمة أزواجهن أو قبل أن تنقضي عددهن في الطلاق الرجعي⁽¹⁾. فالزوجة الحقيقية هي التي لم يطرأ على زواجها منه ما يرفع قيده في الحال أو في المال، أما الزوجة الحكومية فهي المطلقة رجعيًا مدة العدة، وكذلك المطلقة بائناً في مدة العدة، وبناءً على ذلك فإن الطلاق لا يقع على المرأة في الحالات الآتية:

- المرأة المتزوجة في عقد زواج فاسد؛ لأن الطلاق إنهاء للزواج الصحيح.
 - المرأة المطلقة قبل الدخول والخلوة؛ لأنها تصبح أجنبية عن الزوج بمجرد الطلاق ولا تجب عليها عدة.
 - المرأة المطلقة قبل الدخول وبعد الخلوة لا يقع عليها الطلاق وإنما تجب العدة في هذه الحالة للاحتياط محافظة على الأنساب.
 - المرأة المطلقة طلاقاً مكتملاً للثلاث ولو كانت في العدة لاستيفاء عدد الطلقات في هذا الزواج، وصيرورة المرأة محرمة عليه حرمة مؤقتة⁽²⁾.
 - الطلاق على أجنبية لم يسبق للمطلق الارتباط بها بأي علاقة زوجية لا يقع، سواء أكان منجزاً أو معلقاً على شرط⁽³⁾.
- وهكذا نجد أن الطلاق لا يقع على الزوجة إلا إذا كانت في زواج صحيح أو في عدة الطلاق الرجعي.

(1) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد، 83/2.

(2) الزواج والطلاق في القانون الليبي، ص 228.

(3) ينظر: المرأة في القرآن، للتونجي، ص 268.

المطلب الثالث:

ما يشترط في الطلاق المعلق والصيغة

التعليق: ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى، وتكون الجملة الأولى جملة الجزاء، والثانية جملة الشرط⁽¹⁾، كما لو قال الزوج لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق، سواء تقدم الشرط على الجزاء أو تأخر عنه، ولا فرق في استعمال أدوات الشرط "إن"، "إذا" وغيرهما⁽²⁾.

وجاء في القوانين الفقهية: وأما الطلاق المعلق فهو الذي يعلق إلى زمن مستقبل أو وقوع صفة أو شرط وهو على سبعة أقسام:

1. أن يعلق بأمر ممكن أن يكون ويمكن ألا يكون كقوله إن دخلت الدار فأنت طالق، أو إن كلمت زيدا، أو إن قدم فلان من سفره فهذا إن وقع الشرط وقع الطلاق وإلا لم يقع اتفاقاً.
2. أن يعلقه بأجل يبلغه العمر عادة، أو بأمر لا بد أن يقع كقوله إن دخل الشهر، أو إذا مات فلان فأنت طالق فهذا يلزمه الطلاق في الحين ولا ينتظر به أجل الشرط.
3. أن يعلقه بأمر يغلب وقوعه ويمكن أن لا يقع كقوله أنت طالق إن حضنت، قيل يعجل عليه الطلاق، وقيل يؤخر إلى حصول شرطه.
4. أن يعلقه بشرط يجهل وقوعه، فإن كان لا سبيل إلى علمه طلقت في الحال، كقوله إن خلق الله في البحر حوتاً على صفة كذا، وإن كان يوصل إلى علمه كقوله إن ولدت أنثى توقف الطلاق على وجوده.
5. أن يعلقه بمشيئة الله تعالى، فيقول أنت طالق إن شاء الله تعالى فيقع الطلاق ولا ينفع هذا الاستثناء.

(1) القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، لسعدي أبو جيب، حرف العين، 260/1.

(2) ينظر: الزواج والطلاق في القانون الليبي، ص 230.

6. أن يعلقه بمشيئة إنسان كقوله أنت طالق إن شاء زيد فيتوقف وقوع الطلاق على مشيئته، فإن علقه بمشيئة له كالبهائم والجمادات فيقع الطلاق في الحين؛ لأنه بعد هازلاً.

7. في تعليق الطلاق بشرط التزوج وذلك ينقسم إلى قسمين:
أولاً: يلزم الطلاق وهو أن يخص بعض النساء، دون بعض كقوله أن تزوجت فلانه فهي طالق، فإذا تزوجها لزمه طلاقها، وكذلك إن ضرب لذلك أجلاً.

ثانياً: لا يلزم الطلاق وهو أن يعم جميع النساء، كقوله كل امرأة أتزوجها فهي طالق، فهذا لا يلزمه الطلاق عند الإمام مالك، وقال الشافعي، وأحمد بن حنبل: لا يلزمه طلاق سواء عم أو خص، وقال أبو حنيفة يلزمه عم أو خص⁽¹⁾.

ويشترط لوقوع الطلاق المعلق على شرط إذا تحقق الشرط أن الطلاق في الملك أو مضافاً إليه، وأن تكون الزوجة سالحة لوقوع الطلاق عليها وقت حصول المعلق عليه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا طلاق لابن آدم فيما لا يملك»⁽²⁾.

ويرى جمهور الفقهاء وقوع الطلاق المعلق عند حصول الأمر المعلق عليه مطلقاً، بينما يفرق ابن تيمية وابن القيم بي التعليق على الصفة والتعليق بمعنى اليمين، فإذا كان التعليق على الصفة يقع الطلاق متى حصل الشرط الذي علق عليه الطلاق، وإذا كان التعليق فيه بمعنى اليمين لمجرد التأكيد والحث على فعل شيء أو تركه لا يقع فيه الطلاق وإنما تجب الكفارة إذا حصل المعلق عليه الطلاق بسبب حنثه في اليمين، والكفارة إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم وفي حالة عدم الاستطاعة صيام ثلاثة أيام، لأن الطلاق لم يشرع يميناً يحلف به، والرسول صلى الله عليه وسلم يقول: «من كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله»⁽³⁾.

(1) ينظر: فوائن فقهية، لابن جزى، 153/1، الفقه الإسلامي وأدلته، لوهبه الزحيلي، 352/9.

(2) أخرجه ابن الأثير في جامع الأصول، رقم 5771، باب في الطلاق قبل: 611/7.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، رقم 4348، باب النهي عن الحلف بغير، 116/11.

وكذلك في عهد الصحابة رضى الله عنهم وحينما بدأ الناس يحلفون بالطلاق أفتى بعض المتأخرين بأنه لا يقع به بشيء، فقد روي عن طاووس أنه قال: ليس الحلف بالطلاق شيء، وكذلك شريح قوله: لا يلزم بإيمان الطلاق بشيء ويرى ابن حزم أن الطلاق المعلق بنوعيه لا يقع به شيء؛ لأن المرأة تكون مهددة بالطلاق في أي وقت، بحيث لا تدري المرأة، أو الحالف متى يحصل الطلاق إذا ارتبطت الحياة الزوجية بعمل من الأعمال الخارجة عن إرادة الزوجين⁽¹⁾.

المطلب الرابع:

حكم الطلاق الثلاث بلفظ واحد

أنه محرم وهو مذهب الحنيفية والمالكية وأحد الرواتين عن أحمد، وقول ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، أما المذهب الحنفي فقال الكاساني: في الكلام على طلاق البدعة: وأما الذي يرجع فيه إلى العدد فهو إيقاع الثلاث أو الاثنین في طهر واحد لا جماع فيه، سواء أكان على الجمع: بأن أوقع الثلاثة جملة واحدة، أو على التفريق واحدة واحدة بعد أن كان الكل في طهر واحدة⁽²⁾، والدليل عليه:

من الكتاب - قال الله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾⁽³⁾، أي في أطهار عدتهن وهو الثلاث في ثلاثة أطهار، هكذا فسره رسول الله صلى الله عليه وسلم. وأما السنة - فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهتز له عرش الرحمن» وفي رواية أخرى: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق»⁽⁴⁾، وحيث أن النكاح عقد مصلحة لكونه وسيلة إلى مصالح الدين والدنيا، والطلاق إبطال له، وإبطال المصلحة مفسدة، وقال الله عز وجل: ﴿وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ

(1) ينظر: الدرر السنية في الأجوبة النجدية، 332/7، المرأة في القرآن، ص 274.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، 93/3.

(3) سورة الطلاق، الآية: 1.

(4) سبق تخريجه.

أَفْسَادٌ ﴿١﴾، وهذا معنى الكراهة وبأن النكاح عقد مسنون، بل هو واجب، فكان الطلاق قطعاً للسنة، وتفويتاً للواجب، فكان الأصل في الطلاق هو الحظر أو الكراهة، إلا أنه رخص للتأديب، أو للتخلص، والتأديب يحصل بالطلقة الواحدة الرجعية^(٢).

وفي حديث محمد بن لبيد: أن رجلاً طلق امرأته ثلاثاً بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقام النبي مغضباً فقال: «أتلعبون بكتاب الله وأنا بين أظهركم»^(٣)، ولنا إجماع الصحابة رضى الله عنهم، فقد روي عن علي وعمر وابن سعود وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة وعمران بن حصين كراهة إيقاع الثلاث بألفاظ مختلفة، وعن قتادة الأنصاري^(٤)، رضى الله عنه قال: «لو أن الناس طلقوا نساءهم لما أمروا لما فارق الرجل امرأته وله إليها حاجة، إن أحدكم يذهب فيطلق امرأته ثلاثاً ثم يقعد فيعصر عينيه، مهلاً مهلاً برك الله فيكم، فيكم كتاب الله وسنة نبيكم، فماذا بعد الحق إلا الضلال»^(٥)، وقال ابن قدامة في المغني: والرواية الثالثة أن جمع الثلاث طلاق بدعة محرمة^(٦).

هذا من حيث الحكم، أما الطلاق الثلاث بلفظ واحد المتكرر في مجلس واحد، حيث اختلف أهل العلم في إرسال الثلاث دفعة واحدة هل يقع ثلاثاً أو واحدة فقط:

(١) سورة البقرة، الآية، 205.

(٢) ينظر: مجلة البحوث الإسلامية، 31/3.

(٣) أخرجه النسائي في سننه، رقم 3301، باب: الثلاث جملة، 142/6.

(٤) هو: قتادة بن النعمان الأنصاري الأوسي، كان من الرماة المشهورين، شهد المشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، توفى بالمدينة سنة 23هـ - الأعلام، 189/5.

(٥) مجلة البحوث الإسلامية، 32/9.

(٦) المغني، لابن قدامة، 34/3.

القول الأول: يقع ثلاثاً وبه قال الأئمة الأربعة واستدلوا بما يلي:

- أن للزوج على زوجته ثلاث تطليقات - فيما أن يجمعها أو يفرقها، والإسلام قد أرشده إلى ما هو أفضل وأصلح، فإذا جاوز هذا إلى ما فيه تضيق عليه أخذ بجريرة نفسه.
- الإجماع حيث قضى به عمر رضى الله عنه لما رأى الناس تساهلوا في أمر الطلاق، رأى أن يضع حداً لذلك، فاعتبر الطلاق الثلاث بلفظ واحد بينونة كبرى، ولو لم يكن في حالة غضب، فأقره جميع الصحابة، ولم ينكر عليه أحد منهم.

القول الثاني: يقع واحدة وبه قال بعض أهل الظاهر وبن تيمية

وتلميذه واستدلوا بما يلي:

- ثبت في صحيح مسلم عن ابن عباس أنه قال: «كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافه عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر: إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم»⁽¹⁾.
- أن الطلاق كما شرعه الله، لا يكون إلا مرة بعد مرة، قال تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَمَا سَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁽²⁾، فإذا طلق الرجل زوجته مرتين بلفظ واحدة تقع بها طلقة واحدة.
- أن أحد الصحابة طلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد، فحزن عليها حزناً شديداً فسأله النبي صلى الله عليه وسلم: كيف طلقتهما؟ فقال طلقتهما ثلاثاً في مجلس واحد، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: «إنما تلك واحدة...»⁽³⁾، فراجعها.

(1) أخرجه مسلم في صحيحه، رقم 2689، باب الطلاق الثلاث، 423/7.

(2) سورة البقرة، الآية: 226.

(3) أخرجه أحمد في مسنده، 265/1.

الترجيح:

بعد عرض آراء الفقهاء في مسألة الطلاق الثلاث بلفظ واحد تبين أن القول الثاني أرجح للأسباب التالية:

- لاستناده إلى الحديث الثابت في صحيح مسلم وغيره.
- قد أفتى بعض المتأخرين من العلماء بذلك كابن تيمية وابن القيم ولم يزل في الناس من يفتي بمثل ذلك قرناً بعد قرن إلى يوم الناس هذا.
- حماية الأسرة من التشرذم وحفاظاً على مصلحة الأولاد، ونحن في وقت قلّ فيه الورع والاحتياط، وتساهل الناس في التلفظ بالطلاق بهذه الصفة⁽¹⁾.

المطلب الخامس:

طلاق الهازل

الهازل: هو من قصد اللفظ دون معناه، واللاعب: هو من لم يقصد شيئاً، كأن تقول الزوجة في معرض دلال، أو ملاءمة، أو استهزاء طلقني، فيقول لها لاعباً أو مستهزئاً طلقتك، ومثله من خاطبها بطلاق وهو يظن أنها أجنبية عنه، وليست زوجته، بسبب ظلمة أو من وراء حجاب، والحكم أن يقع طلاق هؤلاء جميعاً؛ لأن كلاً من الهازل واللاعب أتى باللفظ عن قصد واختيار، وأن لم يرض بوقوعه، فعدم رضاه بوقوعه، لظنه أنه لا يقع: لا أثر له للخطأ في ظنه، والدليل حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: «ثلاث جدهن جدّ، وهزلن جدّ: النكاح والطلاق والرجعة»⁽²⁾، وفي رواية "والعتاق" وفي رواية "واليمين" وقال علي كرم الله وجهه: «ثلاثة لا لعب فيهن: الطلاق والعتاق والنكاح»؛ ولأن الهازل أتى بالسبب وهو لفظ الطلاق، وترتيب الأحكام على أسبابها إنما هو للشارع لا للعاقد⁽³⁾.

(1) مجموع فتاوى ابن باز، 132/19، مجلة البحوث الإسلامية، 393/3، الزواج والطلاق في القانون الليبي، ص 236.

(2) أخرجه ابن الأثير في جامع الأصول، رقم 5795، 627/7.

(3) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، 346/9، الروضة الندية شرح الدرر البهية، لأبي الطيب محمد صديق خان، 47/2.

المطلب السادس:

ما يشترط في الحكمين

اشترط الفقهاء شروطاً في الحكمين هي:

- كمال الأهلية، وهي العقل والبلوغ والرشد، وعليه فلا يجوز تحكيم الصغير والمجنون والسفيه.
 - الإسلام، فلا يحكم غير المسلم في المسلم، لما فيه من الاستعلاء عليه.
 - الحرية، فلا يحكم عبد على حر.
 - العدالة، وهي: ملازمة التقوى.
 - الفقه بأحكام هذا التحكيم.
 - أن يكونا من أهل الزوجين إن أمكن على سبيل الندب لا الوجوب.
- ويشترط كذلك في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين خبيرين بما يطلب منهما في هذه المهمة، ويستحب أن يكونا من أهل الزوجين حكماً من أهله وحكماً من أهلها لقوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا﴾⁽¹⁾.
- فإن لم يكونا من أهلها بعث القاضي رجلين أجنيين، ويستحسن أن يكونا من جيران الزوجين ممن لهما خبرة بحال الزوجين، وقدرة على الإصلاح بينهما⁽²⁾.

(1) سورة النساء، الآية: 35.

(2) ينظر: الموسوعة الكويتية، 55/29، الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، 496/9.

المبحث الثالث:

نفقة المطلقة ومتعة الطلاق

ويحتوى على ستة مطالب هي على النحو التالي:

المطلب الأول:

نفقة المطلقة أثناء العدة

وهي ثلاثة أقسام على النحو التالي:

1. المطلقة الرجعية، وهي من يمكن لزوجها إرجاعها وإمسакها فلها النفقة والسكنى والكسوة كالزوجة سواء؛ لأنها زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه، فكانت لها النفقة كغير المطلقة.

2. المطلقة في الطلاق البائن وفي فسخ أو طلاق، فإن لم تكن حاملاً، فلا سكنى لها بحال ولا نفقة، وهو قول علي وابن عباس وجابر، ودليلهم حديث فاطمة بنت قيس؛ ولأنها محرمة عليه أشبهت بالأجنبية، وإن كانت حاملاً فلها النفقة والسكنى بإجماع أهل العلم لقوله تعالى: ﴿أَسْكُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمُ مِنْ وُجَدِكُمْ﴾⁽¹⁾، إلى قوله: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾⁽²⁾، وفي بعض الألفاظ من حديث فاطمة: «لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً؛ ولأن الحمل ولده فيلزمه الإنفاق عليه، ولا يمكنه الإنفاق عليه إلا بالإنفاق عليها فوجبت كما وجبت أجرة الرضاع».

3. المتوفى عنها زوجها، فلا نفقة لها ولا سكنى إن كانت غير حامل، وإن كانت حاملاً ففيه روايتان:

- لها النفقة والسكنى؛ لأنها حامل أشبهت المفارقة في الحياة.

(1) سورة الطلاق، الآية: 6.

(2) سورة الطلاق، الآية: 6.

- لا نفقة لها ولا سكني؛ لأن المال قد صار للورثة، ونفقة الحامل إنما هي للحمل أو من أجله، ونفقة الحمل من نصيبه من الميراث كما بعد الولادة⁽¹⁾.

المطلب الثاني:

نفقة الأولاد

أن الأب لا يشاركه أحد في نفقة أولاده؛ لأن الأولاد جزء منه، فالإنفاق عليهم كالإنفاق على نفسه، وإحياءهم كإحياء نفسه؛ ولأن الشرع أوجب النفقة على الأب لانتساب الولد إليه، ولما لم يشاركه أحد في هذه النسبة فلا يشاركه أحد فيما ينبغي عليها وهو النفقة؛ لأن من له غنم النسب يكون عليه غرم النفقة⁽²⁾.

كما اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الأب موجوداً وموسر وقادراً على الكسب، فعليه وحده نفقة أولاده لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ...﴾⁽³⁾، أما إذا لم يكن الأب موجوداً أو كان فقيراً عاجزاً عن الكسب لمرض أو كبر سن، كانت نفقتهم في رأي الحنفية على الموجود من الأصول ذكراً كان أو أنثى إذا كان موسراً، فتجب على الجد وحده إذا كان موسراً، أو على الأم وحدها إذا كانت موسرة وللجد أو الأم إذا كان الأب موجوداً معسراً غير مريض مرضاً مزمنياً الرجوع على الأب في حال يساره، ويكون ما أنفقه ذيناً على والدهم، كما يجوز الرجوع عليه إذا أمر القاضي بالإنفاق⁽⁴⁾.

وذهب فقهاء المالكية إلى القول بأنه تجب النفقة على الأب وحده دون غيره؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل سأله، عندي دينار؟ قال: «أنفقه على نفسك، قال: عندي آخر؟ قال: أنفقه على ولدك، قال عندي آخر، أنفقه على

(1) ينظر: العدة شرح العمدة، للمقدسي، 65/2، المدونة الكبرى، 48/5، الحاوي، 464/11.

(2) ينظر: الأحكام الشرعية، للأحوال الشخصية، لزكي الدين شعبان، ص 676.

(3) سورة البقرة الآية، 233.

(4) ينظر: حاشية ابن عابدين على الدر المختار، 926/2.

خادمك، قال عند آخر؟ قال: أنت أعلم به»⁽¹⁾، ولم يأمره بإنفاقه على غير هؤلاء⁽²⁾.

والمراد بالنفقة ما يحتاج إليه الإنسان من طعام وكسوة وسكني "خدمة" وكل ما يلزم بحسب العرف، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة⁽³⁾، عندما قالت له إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني أنا وولدي، فقال لها صلى الله عليه وسلم: «خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدي بالمعروف»⁽⁴⁾، وقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾⁽⁵⁾، حيث أوجب الله رزق النساء لأجل الأولاد فلأن يجب لنفس الأولاد يكون أولى، وفي هذا الوجوب حرص ظاهر على الإحسان إلى هذه القرابة وصلة الرحم لسد حاجتهم الضرورية من الطعام والملبس والسكن⁽⁶⁾.

وكذلك تكون نفقة الولد وولد الولد مقدرة بقدر الكفاية من الخير والأدم والمشرب والكسوة والسكني والرضاع إن كان رضيعاً على قدر حال المنفق وعوائد البلاد؛ لأنها وجبت للحاجة، فتقدر بقدر الحاجة كما قال الرسول صلى الله عليه وسلم لهند في الحديث السابق، تقدر نفقتها ونفقة ولدها بالكفاية⁽⁷⁾.

(1) أخرجه أبو داود في سننه، رقم 1693، باب في صلة الرحم، 59/5.

(2) ينظر: القوانين الفقهية، لابن جزي، ص: 223.

(3) هي: هند بنت عتبة بن عبد شمس بن عبد مناف، صحابية قرشية عالية الشهرة، أم الخليفة الأموي معاوية، وكانت فصيحة جريئة، صاحبة رأي وحزم وتقى وأنفة، تقول الشعر الجيد، أسلمت في الفتح بعد إسلام زوجها أبي سفيان، وأقرها رسول الله صلى الله عليه وسلم على نكاحها، وكانت لها تجارة في خلافة عمر، وشهدت اليرموك وحرضت على قتال الروم، وأخبارها كثيرة، توفيت سنة 14هـ، الإصابة، 155/8، الأعلام، 98/8.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، رقم 5049، باب إذا لم ينفق الرجل، 2052/5.

(5) سورة البقرة، الآية: 223.

(6) ينظر: الزواج والطلاق في القانون الليبي، ص366، الفقه الإسلامي، وأدلته، للزحيلي، 141/10.

(7) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، 143/10.

المطلب الثالث:

إرضاع الأمر ولدها

الأم أقرب الناس إلى ولدها، وأكثرهم شفقة وحناناً به، ولبنها أفضل للطفل مما عدها باتفاق الأطباء؛ لأنه يلائم حال الطفل بحسب درجات سنه، لذلك قال المولى عز وجل: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾⁽¹⁾، وهذا النص القرآني وإن كان في صدره الخبر، إلا أنه خبر في معنى الأمر وهو يدل على الوجوب دلالة مؤكدة، ومن ثم اتفق فقهاء المسلمين على أن الرضاع واجب على الأم ديانة سواء كانت متزوجة بأبي الرضيع أم كانت مطلقة منه وانتهت عدتها، فإن امتنعت عنه مع القدرة عليه كانت مسئولة عن ذلك أمام الله، وجاء في تفسير القرطبي⁽²⁾، والأصل أن كل أم يلزمها رضاع ولدها كما أخبر الله عز وجل فأمر الزوجات بإرضاع أولادهن، وأوجب لهن على الأزواج النفقة والكسوة والزوجية قائمة، فلو كان الرضاع على الأب لذكره مع ما ذكره مما رزقهن وكسوتهن، إلا أن مالكا رحمه الله دون فقهاء الأمصار استثنى المرأة الحسيبة فقال: لا يلزمها رضاعة فأخرجها من الآية، وخصصها بأصل من أصول الفقه وهو العمل بالعادة، وهذا أصل لم يتفطن له إلا مالك والأصل البديع فيه أن هذا أمر كان في الجاهلية في ذوي الحسب وجاء الإسلام فلم يغيره، وتمادى ذوو الثروة والأحساب على تفرغ الأمهات للمتعة بدفع الرضعاء للمراضع إلى زمانه فقال به⁽³⁾.

(1) سورة البقرة، الآية: 233.

(2) هو: محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي الأندلسي القرطبي، من كبار المفسرين، صالح متعبد من أهل قرطبة، رحل إلى المشرق واستقر في شمال أسبوط بمصر، من كتبه، الجامع لأحكام القرآن، التذكرة بأحوال الموتى وأحوال الآخرة، توفي سنة 671، الأعلام، 322/5.

(3) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، 152/3.

وتتعين الأم للإرضاع إذا وجدت حالة من الحالات الآتية:

- أن يكون الأب فقيراً لا يجد مالاً يستأجر به من ترضع ولده، ولم يكن للصغير مال، وكذلك لم يوجد من يقوم بإرضاعه بدون أجر.
 - ألاّ يؤجر من يرضع الولد أصلاً لا بأجر ولا بدون أجر.
 - أن يمتنع الولد عن الرضاع من غير الأم فإذا وجدت حالة من هذه الحالات أجبرت الأم على إرضاع ولدها صيانة له من الهلاك⁽¹⁾.
- وإذا أرضعت الأم ولدها بنفسها أو بإجبارها قضاءً، فهل تستحق أجره على الرضاع؟ في الأمر تفصيل على النحو التالي:
- لا تستحق الأم أجره رضاع في حال الزوجية، أو أثناء العدة من الطلاق الرجعي؛ لأن الزوج مكلف بالنفقة عليها، وعليه فلا تستحق نفقة أخرى مقابل الرضاع، حتى لا يجتمع على الزوج واجبان: النفقة والأجرة في آن واحد، وهو غير جائز لكفاية النفقة الواجبة عليه.
 - تستحق الأم الأجرة على الرضاع بالاتفاق بعد انتهاء الزوجية والعدة، أو في عدة الوفاة لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾⁽²⁾، فهي واردة في المطلقات؛ ولأنه لا نفقة للأم بعد الزوجية وفي عدة الوفاة.
 - تستحق الأم الأجرة على الرضاع في عدة الطلاق البائن للآية السابقة، فقد أوجب الله للمطلقات بائناً الأجرة على الرضاع، حتى لو كانت حاملاً ولها النفقة؛ لأن كلا من النفقة وأجرة الرضاع وجب بدليل خاص، فوجب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر؛ لأنها صارت كالأجنبية في الطلاق البائن⁽³⁾.
- وأن مدة استحقاق الأجرة على الرضاع هي سنتان فقط فمتى أتم الطفل حولين كاملين، لم يكن للمرضع الحق في المطالبة بأجرة الرضاع لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ

(1) ينظر: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، لزكي الدين شعبان، ص 601.

(2) سورة الطلاق، الآية: 6.

(3) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، 27/10.

يُرْضِعَنَّ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴿١﴾، فدلّت هذه الآية على أن الأب ملزم بنفقة الرضاع في هذه المدة⁽²⁾، وهذه الأجرة لا تعد نفقة حتى تسقط بما تسقط به النفقات، فلا تسقط بموت الأب، بل تجب للأم في تركته وتشارك غرماءه، فإن لم يكن للرضيع أب وجبت الأجرة على من يلي الأب في وجوب الإنفاق عليه⁽³⁾.

المطلب الرابع:

ميراث المطلقة في مرض الموت وميراث زوجها منها

المقصود بمرض الموت: كل من غالب حاله الهلاك بمرضٍ أو غيره، له حكم مرض الموت، ويسمى طلاقه طلاق الفارّ أو الفرار لفراره من إرث زوجته فيرد عليه قصده وترث منه، حيث استدل جمهور الفقهاء على ذلك بالأثر والمعقول:

- أما الأثر: فإن عثمان رضى الله عنه ورث تماضر بنت الأصبع الكلبية من عبدالرحمن بن عون الذي كان قد طلقها في مرضه فبثها، وكان ذلك بمحض من الصحابة، فلم ينكر عليه أحد، فكان إجماع منهم.
- أما المعقول: فهو أن تطليقها ضرار محض، وهو يدل على قصده حرمانها من الإرث فيعاقب ينقبض قصده، كما يرد قصد القاتل إذا قتل مورثه بحرمانه من الإرث، فترث الزوجة حينئذ بسبب الزوجية دفعاً للضرر عنها، ويشترط لثبوت ميراث المرأة المطلقة في مرض الموت شروطاً هي:
- ألا يصح الزوج من ذلك المرض؛ وإن مات منه بعد مدة.
- أن يكون المرض مخوفاً يحجر عليه فيه.

(1) سورة البقرة، الآية: 233.

(2) ينظر: حاشية بن عابدين، 931/2، أحكام القرآن، للجصاص، 404/1.

(3) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، 28/10، الأحكام الشرعية، لزكي الدين شعبان، ص 612.

- أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول الحقيقي، فلو كان الطلاق قبل الدخول ولو بعد الخلوة الصحيحة لا يعتبر المطلق فارقاً ولا تستحق الزوجة الميراث؛ لأن العدة لا تجب بهذا الطلاق، والميراث حق مالي لا يثبت للاحتياط.
- أن يكون الطلاق بدون رضا الزوجة: أي منه لا منها ولا بسببها فلو كان برضاها لا يثبت لها الميراث.
- أن تكون الزوجة أهلاً للميراث من زوجها وقت الطلاق، وأن تستمر هذه الأهلية إلى وقت المرض الذي طلقها فيه، هذا بالنسبة للزوج، أما إذا حدثت الفرقة من جهة الزوجة وهي مريضة مرض الموت مما يغلب فيه الهلاك، فإنها تعد فارة من ميراث زوجها، فتعامل ينقض مقصودها، ويرثها الزوج إذا ماتت وهي في العدة، وخاصة إذا قصدت الزوجة إبطال حق الزوج، رد عليها قصدها ويثبت له الميراث، كأن يكون لها خيار الفسخ، أو ترتكب مع أحد أصول الزوج أو فروعه في مرض موتها ما يوجب حرمة المصاهرة، أو ترتد عن الإسلام وهي في مرض موتها؛ فإنها تعتبر فارة من الميراث، فيرثها زوجها إذا ماتت قبل انقضاء عدتها؛ لأن الفرقة جاءت بسبب من جهتها⁽¹⁾.

المطلب الخامس:

متعة الطلاق

- عرفها الفقهاء بعبارات متقاربة المعنى على النحو الآتي:
- ما يعطيه الزوج من المال لزوجته المطلقة زيادة على الصداق لجبر خاطرها.
 - مال يجب على الزوج دفعه لامرأته، لمفارقتها إياها، بشروط.
 - ما يعطى للمرأة بعد طلاقها⁽²⁾.
- حيث لم يرد نص في تحديد مقدار المتعة ونوعها، والوارد إنما هو اعتبار حال الزوج من الإعسار واليسار، والأخذ بالمعروف، لقوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى

(1) ينظر: الفقه المالكي وأدلته، للحبيب بن طاهر، 84/4، والفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، 429/9.

(2) القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، لسعدي ابوجيب، 335/1.

أَلْمُوسِعَ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ وَمَتَعًا بِالْمَعْرُوفِ ﴿١﴾، أنها غير مقدرة ولا محدودة ولا معلوم مبلغها، ولا معروف قدرها معرفة وجوب لا يتجاوزها بل هي على قدرة الزوج في العطاء، وهذا لا يختلف عليه العلماء، وإنما اختلفوا في وجوبها وهل تجب على كل مطلق أو على بعض المطلقين حيث جاء في الاستذكار:

- أن عبدالرحمن بن عوف متع بجارية سوداء ثمنها ثمانون ديناراً.
- عن ابن سرين قال: كان يمتع بالخادم أو النفقة أو الكسوة.
- متع الحسن بن علي امرأتين بعشرين ألفاً وزقين من عسل، فقالت إحداهما أراها الجعفية: "متاع قليل من حبيب مفارق".
- متع شريح بخمسائة درهم، ومتع الأسود بن يزيد بثلاثمائة درهم.
- متع عروة بن الزبير بخادم، وقال قتادة: المتعة: جلبات ودرع وخمار.
- قال الزهري بلغني أن المطلق كان يمتع بالخادم والحلة والنفقة.
- عن ابن عمر قال: أدنى ما أرى أنه يجزئ من متعة النساء ثلاثون درهماً.
- متع ابن عمر بوليدة، وقال الإمام مالك⁽²⁾، في هذا الباب: لا يجبر أحد على المتعة سمي لها أم لم يسم، دخل بها أم لم يدخل، وإنما هي مما ينبغي أن يفعلها وليس يجبر عليها⁽³⁾.
- قال ابن عباس⁽⁴⁾: أعلى المتعة خادم ثم دون ذلك النفقة ثم دون ذلك الكسوة، وقيدت الكسوة بما يجزئها في صلاتها؛ لأن ذلك أقل الكسوة⁽⁵⁾، وقيل يرجع

(1) سورة البقرة، الآية، 234.

(2) سبقت الترجمة له.

(3) ينظر: الاستذكار، لابن عبدالبر، 118/6.

(4) هو: عبدالله بن عباس بن عبدالمطلب بن هاشم بن عبد مناف الهاشمي القرشي، ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم، كنى بابنه العباس، وهو أكبر ولده، كان يسمى البحر لسعة علمه ويسمى حبر الأمة وكان عالماً بالحديث والفقه والتأويل والشعر والمغازي، توفي سنة 68هـ بالطائف، وقيل غير ذلك، أسد الغابة، لابن الأثير، 130/2.

(5) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 425/2.

في تقديرها إلى الحاكم وهو القاضي؛ لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره، وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر المجتهدين⁽¹⁾.

المطلب السادس:

آثار الطلاق على الفرد والأسرة والمجتمع

كثيراً ما يقع الطلاق من الرجل بناءً على التصرف الخاطئ وعدم تقدير العواقب مما يترتب عليه كثير من الندم والحسرة والاكتئاب الشديد الذي يؤثر في حياة الزوجين ليس بالفترة القصيرة من الزمن بل ربما يؤدي إلى أمراض نفسية طول العمر، ومن تلك الآثار:

- تفكك الأسرة وانهيارها، وتشرد الذرية وضياعها، الأمر الذي قد يترتب عليه فشلهم في مستقبل حياتهم التربوية والدراسية والعلمية والعملية.
- انقطاع النسل الذي يعد العامل الأساسي في نمو المجتمعات الإنسانية.
- بتفكك الأسرة يتفكك المجتمع بأسره، مما يؤدي إلى تخلفه وانهياره، مما يفتح الباب واسعاً أمام انتشار الفاحشة واختلاط الأنساب.
- انقطاع أواصر المحبة والمصاهرة بين أفراد المجتمع.
- حرمان الأبناء من عاطفة الأبوة والأمومة.
- من آثار الطلاق: أنه يحمل الزوج تبعات مالية كالمهر المؤجل ونفقة العدة وأجرة الرضاع والحضانة إن كان له أولاد من مطلقته، الأمر الذي قد يدفعه إلى الاستدانة إن كان فقيراً إن وجد من يقرضه، فإن لم يجد من يقرضه، فقد يسعى إلى الحصول على هذه الأموال بطرق غير مشروعة، مما يتسبب في انحرافه وبالتالي خسارة المجتمع له.
- في الطلاق إيذاء للمرأة ولأهلها ولأولادها⁽²⁾.

(1) ينظر: المغني، لابن قدامة، 53/8.

(2) ينظر: مجلة التبيان، العدد 1، 2009.

– الطلاق بدون موجب شرعي مخالفة صريحة بدليل قوله صلى الله عليه وسلم
«أبغض الحلال إلى الله الطلاق»⁽¹⁾.

الخاتمة:

- في نهاية هذا البحث أوجز ما ظهر لي من نتائج وذلك على النحو التالي:
- الطلاق هو رفع قيد الزواج الصحيح في الحال أو المآل بصريح لفظ، أو كناية ظاهرة، أو بلفظ ما مع نية فيه.
 - يختلف الحكم الشرعي للطلاق بحسب الحاجة الداعية إليه.
 - يكون الطلاق حراماً بحيث إن طلقها وقع في الزنا.
 - يكون الطلاق في طهر، بحيث يطلق الرجل زوجته في طهر لم يمسه فيها.
 - يشترط في اللفظ الذي يقع به الطلاق أن يكون دالاً على رفع قيد الزوجية، وأن يسند إلى الزوجة نفسها.
 - يقع الطلاق من العاجز عن الكلام بالكتابة التي تقوم مقام الكلام الصريح.
 - يملك المطلق مراجعة مطلقته بالقول اتفاقاً، وكذلك بالفعل ما دامات في العدة.
 - منع التوارث بين الزوجين في الطلاق البائن؛ لأن الطلاق البائن ينهي الزوجية.
 - المرأة في البينونة الكبرى لا يمكن أن ترجع إلى زوجها الأول حتى تتزوج بزوج آخر غيره.
 - الطلاق السني: أن يطلق الزوج زوجته، ولا يتبعها بطلاق آخر حتى تنقضي عدتها، فإن أتبعها كان بدعياً.
 - إذا قصد الزوج التكلم بغير لفظ الطلاق فزل لسانه فتكلم به فلا يلزمه شيء مطلقاً، لعدم قصد النطق باللفظ الدال على حل العصمة الزوجية.
 - يشترط في الزوج الذي يقع طلاقه أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً مدركاً مكلفاً واعياً قاصداً اللفظ الذي يقع به الطلاق غير مكره عليه.

(1) سبق تخرجه.

- لا يقع طلاق الغضبان إذا وصل به الغضب الشديد إلى درجة لا يدري فيها ما يقول ويفعل، ولا يقصده، وصار في حالة هذيان، وهذا أمر نادر.
 - لا يقع طلاق السكران، لأن السكر يذهب العقل وتنعدم به الإرادة والقصد ومن قال بوقوعه كان بذلك زجراً له وعقوبة إذا كان سكره بحرام.
 - الطلاق الثلاث يقع طليقة واحدة في مجلس واحد.
 - يقع طلاق الهازل؛ لأنه اختار اللفظ الذي يقع به الطلاق.
 - يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين خبيرين وأن يكونا من أهل الزوجين إن أمكن ذلك.
 - المطلقة طلاقاً رجعيّاً لها النفقة والكسوة والسكنى، لأنها زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه.
 - إذا كان الأب موجوداً وموسراً وقادراً على الكسب، فعليه وحده نفقه أولاده؛ لأنهم جزء منه، فالإنفاق عليهم كالإنفاق على نفسه.
 - يجب على الأم إرضاع ولدها؛ لأنها أكثر إشفاقاً عليه وعظفاً وحناناً وبراً به دون غيرها.
 - تستحق الأم أجره الرضاع بالاتفاق بعد انتهاء الزوجية والعدة لأنها صارت كالأجنبية.
 - إذا طلق الزوج زوجته وهو في مرض الموت ويقصد بذلك حرمانها من الإرث، فيتعامل بنقيض مقصودة، وثمرت نصيبها منه.
 - تستحق الزوجة متعة الطلاق لقول ابن عباس: أعلى المتعة خادم ثم دون ذلك النفقة ثم دون ذلك الكسوة.
 - إذا اختلف الزوجان في تقدير المتعة فيوكل الأمر إلى القاضي بتقدير المتعة.
- وختاماً فإني ابتهل إلى الله العليّ القدير أن يجعل أعمالنا خالصة لوجهه الكريم، ويعلمنا ما جهلنا، ويزدنا علماً إنه صاحب الفضل والمنة، وصلى اللهم وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والحمد لله أولاً وآخراً.

المصادر والمراجع:

- القرآن الكريم برواية الإمام قالون عن نافع المدني.
- أحكام القرآن، لأحمد بن علي الرازي الجصاص أبوبكر، تح: محمد الصادق قمحاوي، ط، 1405هـ دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- أسد الغابة في معرفة الصحابة، لعزالدين بن الأثير أبي الحسن علي بن محمد الجزري، (ت: 630) هـ تح: عادل أحمد الرفاعي، ط، 1996م، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، لزكي الدين شعبان ط(4) 1978، منشورات جامعة قارونس.
- الأحوال الشخصية، لمحمد أبي زهرة. د. ط، د. ت
- الاختيار لتحليل المختار، لأبي عبدالله بن محمود بن مودود الموصللي الحنفي، تح: عبداللطيف محمد عبدالرحمن، ط(3) 2005م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- الاستذكار، لأبي عمر يوسف بن عبدالله بن عبدالبر النمري، تح: سالم محمد عطا وآخرون، ط(1) 2000م، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لأبي يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر، (ت: 463هـ)، تح: علي محمد البجاوي، ط، 1412هـ، دار الجيل، بيروت.
- الأسرة أحكام وأدلة، للصادق عبدالرحمن الغرياني، ط(6) 2007م، مكتبة بن احمودة، زليتن، ليبيا.
- الإصابة في تمييز الصحابة، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تح: علي محمد البجاوي، ط(1) 1412هـ دار الجيل، بيروت.
- الأعلام، لخير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس الزركلي (ت: 1396هـ) ط(15) مايو 2002م، دار العلم للملايين.
- الأنساب، لأبي سعيد عبدالكريم بن محمد السمعاني (ت: 562هـ) تح: عبدالله عمر البارودي، ط، 1998م، دار الفكر، بيروت.

- الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي القرطبي، (ت: 671هـ) تح: هشام سمير البخاري، ط، 2003م، دار عالم الكتب، الرياض.
- الحاوي في فقه الشافعي، للماوردي، ط(1) 1994م، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الدرر السنية في الأجوبة النجدية، لعلماء نجد الأعلام، تح عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، ط(6)، 1996م.
- الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، لإبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الروضة الندية شرح الدرر البهية، لأبي الطيب محمد صديق خان، (ت: 1307هـ)، دار المعرفة، بيروت.
- الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، لعبدالسلام محمد الشريف العالم، ط(2)، 1995، طبعة خاصة بالجامعة المفتوحة.
- الزواج والطلاق، الجزء الثاني، لوهبه الزحيلي، ط(2) 1998م، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس.
- الصحاح؛ تاج اللغة وصحاح العربية، لإسماعيل بن حماد الجوهري، (ت: 393هـ)، تح: محمد زكريا يوسف، ط(4) 1990م، دار العلم للملايين، بيروت.
- العدة شرح العمدة، لعبدالرحمن بن إبراهيم بن أحمد المقدسي، (ت: 624هـ) تح: صلاح بن محمد عويضة، ط(2)، 2005م، دار الكتب العلمية.
- الفتح الكبير في ضم الزيادة إلى الجامع الصغير، لجلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، تح: يوسف النبهاني، ط(1)، 2003م، دار الفكر، بيروت- لبنان.
- الفقه الإسلامي وأدلته، الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها، لوهبه الزحيلي، ط(4) دار الفكر، دمشق، سوريا.
- الفقه المالكي وأدلته، للحبيب بن طاهر، ط(2) 2005م، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان.

- القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، لسعدي أبو حبيب، ط (2) 1988م، دار الفكر، دمشق، سوريا.
- المحلى، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، (ت: 456هـ)، دار الفكر، بيروت.
- المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت: 179هـ) تح: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت.
- المرأة في القرآن حقوقها والتزاماتها، لعبد السلام التونجي ط (1) 1999م، منشورات جمعية الدعوة الإسلامية، طرابلس.
- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لابن قدامة، ط (1) 1405هـ، دار الفكر، بيروت.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين الكاساني، (ت: 587هـ) ط، 1982م، دار الكتاب العربي، بيروت.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، الشيهري بابن رشد الحفيد، (ت: 595هـ) ط (4)، 1975م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر.
- تعريفات ومصطلحات فقهية في لغة معاصرة، لعبد العزيز عزت عبدالعزيز حسن، عضو لجنة الفتوى بالأزهر الشريف.
- جامع الأصول في أحاديث الرسول، لمحمد الجزري ابن الأثير، تح: عبدالقادر الأرناؤوط، ط (1)، دار الفكر، بيروت.
- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، لابن عابدين، ط، 2000م، دار الفكر، بيروت.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد عرفة الدسوقي، تح: محمد عيش، دار الفكر، بيروت.
- خلاصة البدر المنير في تخريج كتاب الشرح الكبير، لعمر بن علي بن الملقن الأنصاري، (ت: 804هـ) تح: حمدي عبدالمجيد إسماعيل، ط، 1410هـ، مكتبة الرشد، الرياض.

- سنن أبي داود، لسليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، تح: محمد محي الدين عبدالمجيد، مع تعليقات كمال يوسف الحوت، دار الفكر.
- سنن البيهقي، لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، تح: عبدالمعطي أمين قلعجي، ط(1) 1989م، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان.
- سنن النسائي، لأحمد بن شعيب أبي عبدالرحمن النسائي، تح: عبدالفتاح أبوغدة، ط(2) 1986م، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب.
- شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت.
- صحيح البخاري، الجامع الصحيح المختصر، لمحمد بن إسماعيل ابو عبدالله البخاري الجعفي، تح: مصطفى ديب البغا، ط(3) 1987م، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت.
- صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج أبي الحسين القشيري النيسابوري، تح: محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك لحسن كامل الملطايوي، ط، 1972م، مطبعة الإسراء، مكتبة النهضة، القاهرة.
- قوانين الأحكام الشرعية ومائل الفروع الفقهية، لمحمد بن أحمد بن جزي الغرناطي المالكي، (ت: 741هـ) طبعة جديدة منقحة، دار العلم للملايين، بيروت.
- كتاب العين، لأبي عبدالرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، تح: مهدي المخزومي وآخرون، دار ومكتبة الهلال.
- لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، ط(1) دار صادر- بيروت.
- مجلة البحوث الإسلامية، تصدر عن الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، عدد الأجزاء 73، السعودية.
- مجلة التبيان، العدد (1) كلية الآداب، قسم الدراسات الإسلامية، جامعة طرابلس.
- مجموع فتاوى ومقالات ابن باز، لعبدالعزیز بن عبدالله بن باز، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء - السعودية.

- مسند أحمد، لأحمد بن حنبل، تح: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ط(2) 1999م، مؤسسة الرسالة.
- معجم لغة الفقهاء، مع كشف انجليزي - عربي - بالمصطلحات في المعجم، لمحمد رواس قلعجي وآخرون، ط(1) 1985م، دار النفائس، بيروت.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت.
- موسوعة الفقه الميسر، لحامد أحمد طاهر، ط(1) 2008م، دار الفجر للتراث القاهرة.
- موطأ مالك، لمالك بن أنس أبو عبدالله الأصبحي، (ت: 179هـ)، تح: تقي الدين الندوي، ط(1) 1991م، دار القلم، دمشق.

نظرة في تعليل الأحكام الشرعية

إعداد الدكتور: جمال محمد عزالدين الغرياني

عضو هيئة التدريس بكلية القانون / ترهونة
جامعة الزيتونة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله

وبعد،،

فقد أنزل الله - تعالى - الشرائع لإصلاح الخلق وتحقيق مقاصد لهم في الدنيا والآخرة ، وقد اهتم العلماء بتعليل الأحكام وَعُدَّ هذا التعليل الأساس للقول بالمقاصد ، بل كان السبب لنشأته ، فلا يمكن القول بوجود مقاصد للشارع إلا بالقول بكون أحكامه معللة .

وافتح الشاطبي الجزء المخصص للمقاصد في كتابه "الموافقات" بالحديث عن مسألة تعليل الأحكام ، وأنه جار في جميع تفاصيل الشريعة ، وقرر ذلك بشكل صارم وقاطع ، ولم يعطها مساحة كبيرة ، لا لعلمه بعدم ضرورتها وارتباطها بما سيذكر ، بل ليشير إلى ابتناء جملة المقاصد والأحكام عليها .

وتعليل المسائل لا ينفي أمر التعبد فيها ، بل قد يجتمعان في بعض المسائل على اختلاف في نسبة التعبد فيها .
ومسألة التعليل ينبغي دراستها وإلقاء الضوء على المساحة التي تشغلها في الأحكام .

وقصدت في هذا البحث إلقاء الضوء على بعض ما يتعلق بها ، في النقاط الآتية:

- تعليل الأحكام .
- الدليل على أن الشارع وضع الشريعة لإصلاح العباد .
- أنواع التعليل .
- الحاجة إلى التعليل .
- الأحكام الشرعية بحسب تعليلها .
- التعليل المنفي في العبادات .
- الخاتمة .

تعليل الأحكام :

العلة التي عليها مدار التعليل هي مصدر علّ ، وتطلق لغة على المعنى يحل بالمحل فيتغير به حال المحل ، ومنه سمي المرض علة ؛ لأنه بحلوله يتغير الحال من القوة إلى الضعف .

وقيل : إنها مأخوذة من العلل بعد النهل ، وهو معاودة الشرب مرة بعد مرة ؛ لأن المجتهد في استخراجها يعاود النظر مرة بعد مرة .
وقيل بمعنى الداعي إلى فعل الشيء ، تقول : علة حرارة الماء تأثير النار⁽¹⁾ .

(1) انظر : تاج العروس ج 8 ص 32 ، مختار الصحاح ص 451 ، ميزان الأصول ج 2 ص 822 ، 823 ، الحاصل من المحصول ج 2 ص 864 ، إرشاد الفحول ج 2 ص 157 .

وهي في اصطلاح الفقهاء : "ما ثبت الحكم لأجله"⁽¹⁾ ، أو " ما شرع الحكم عنده تحصيلاً للمصلحة من جلب نفع أو دفع مفسدة "⁽²⁾ .

وسمي المعنى الذي شرع له الحكم بالعلة ؛ لأنه يؤثر في الحكم ، فينقله من الأصل إلى الفرع المتحقق وجوده فيه⁽³⁾ .

وفي اصطلاح الأصوليين يطلق ويراد به :

أولاً : أن أحكام الله - تعالى - معللة برعاية المصالح ، وذلك لنفي العبث في

وضع الشريعة .

ثانياً : بيان علل الأحكام الشرعية وكيفية استنباطها ، وذلك لعدة أمور :

- معرفة حكم الحادثة غير المنصوص على حكمها بردها إلى أصل منصوص عليه ؛ لمساواته في علة الحكم .
 - البحث عن مطلق معنى يصلح متعلقاً ومناطقاً لحكم شرعي يحكم به ، وهو ما يدخل في باب المصالح المرسلة .
 - معرفة حكمة الحكم المنصوص عليه لمعرفة مقصد الشارع منه ، وهو ما يسمى تعليلاً بالعلة القاصرة⁽⁴⁾ .
- قال الشاطبي : "العلة هي الحكمُ والمصالح التي تعلق بها الأوامر أو الإباحة ، والمفاسد التي تعلق بها النواهي ، فالمشقة علة في إباحة القصر والفطر في السفر، والسفر هو السبب الموضوع سبباً للإباحة ، فالعلة هي المصلحة نفسها أو المفسدة لا مظنتها"⁽⁵⁾ .

(1) انظر : نفائس الأصول ج 7 ص 3359 .

(2) فواتح الرحموت ج 2 ص 310 .

(3) انظر : التعليل الفقهي ص 62 بتصرف ، روضة الناظر ص 248 .

(4) انظر : أصول البزدوي وكشف الأسرار عنها ج 3 ص 344 ، 345 ، الاجتهاد بالرأي في مدرسة الحجاز الفقهية ص 371 .

(5) الموافقات ج 1 ص 265 .

وقيل: "هي الباعث على التشريع، أي مشتملة على حكمة صالحة أن تكون مقصودة للشارع من شرع الحكم، أي من تحصيل مصلحة أو تكميلها، أو دفع مفسدة أو تقليلها"⁽¹⁾.

فالباعث على التشريع إنما هو الحكمة التي شرع الحكم عندها، دون ما يشعر به لفظ "الباعث" من مصلحة تعود على الشارع.

وقد ذكر الإمام ابن النجار أن معنى قول الفقهاء "الباعث على الحكم بكذا هو كذا" أنهم يريدون بعث المكلف على الامتثال، فحفظ النفوس باعث على تعاطي فعل القصاص الذي هو من فعل المكلف، فإذا انقاد المكلف لامتثال أمر الله - تعالى - في القصاص، وكونه وسيلة لحفظ النفوس، كان له أجران: أجر على الانقياد، وأجر على قصد حفظ النفس، وكلاهما أمر الله تعالى⁽²⁾.

وقد تطابقت أقوال الفقهاء⁽³⁾ على أن كل ما جاء به الإسلام من أحكام وما وضع من شرائع، فهي تعود على العباد بالخير والصلاح، وتدفع عنهم الشر والفساد، إما وجوباً، كما يقول المعتزلة، وإما تفضلاً وإحساناً، كما يقول أهل السنة؛ لقوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَكُمْ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَشِقَاءٌ لِمَا فِي الصُّدُورِ وَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِّلْمُؤْمِنِينَ ﴿٥٧﴾ قُلْ بِفَضْلِ اللَّهِ وَبِرَحْمَتِهِ فَبِذَلِكَ فَلْيَفْرَحُوا هُوَ خَيْرٌ مِّمَّا يَجْمَعُونَ ﴿٥٨﴾﴾⁽⁴⁾.

(1) انظر: الإحكام في أصول الأحكام ج3 ص289، مختصر المنتهى مع شرح العضد ج2 ص213.

(2) انظر شرح الكوكب المنير ج4 ص40، 41.

(3) انظر: الإحكام في أصول الأحكام ج3 ص411، المختصر الأصلي ج2 ص238، الجامع لأحكام القرآن ج2 ص63، 64.

(4) سورة يونس الآية (57، 58).

قال الشاطبي: والإجماع على أن الشارع يقصد بالتكليف المصالح على الجملة⁽¹⁾.

وقال الدهلوي : " وقد يظن أن الأحكام الشرعية غير متضمنة لشيء من المصالح ، وأنه ليس بين الأعمال وبين ما جعل الله جزاء لها مناسبة ، وأن مثل التكليف بالشرائع كمثل سيد أراد أن يختبر طاعة عبده فأمره برفع حجر أو لمس شجرة مما لا فائدة فيه غير الاختبار ، فلما أطاع أو عصي جوزي بعمله ، وهذا ظن فاسد تكذبه السنة وإجماع القرون المشهود لها بالخير"⁽²⁾.

الدليل على أن الشارع

لم يضع شرعه إلا لمصالح عباده :

1. استقراء⁽³⁾ الأدلة التي تعرضت لبيان المصالح المترتبة على الأحكام ، وهي نوعان :

أولاً : النصوص العامة التي أشارت إلى جماع المصالح المأمور بها أو المفاسد المنهي عنها ، ومنها :

• قال الله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾⁽⁴⁾.

(1) الموافقات ج2 ص126، وقوله "على الجملة" أي أن متعلق الإجماع هو أنها وضعت لأجل مصالح الخلق على العموم والإطلاق ، وهذا القدر مجمع عليه ، أي دون ذكر تفاصيل المصلحة وأنواعها التي قد يقع فيها الاختلاف ، وأيضاً فهي مصالح لا يقدر فيها وجود مشقة غير معتبرة اقتضاها العمل ، ولذلك قال "على الجملة" ، ولا يعني بهذا اللفظ التعبير عن شيء من التحفظ في موقفه من هذا الإجماع ، كما فهم أحمد الريسوني في نظرية المقاصد عند الشاطبي ص184، بدليل تصريحه باعتبار المصالح باتفاق ، حيث قال : " إن الشارع وضع الشريعة على اعتبار المصالح باتفاق " الموافقات ج1 ص139.

(2) حجة الله البالغة ج1 ص9.

(3) انظر في ذلك الموافقات ج2 ص6 ، 305 ، مقاصد الشريعة الإسلامية ص129 ، 130 .

(4) سورة النحل الآية (90) .

فقد تناول النص المصالح العامة التي يعود إليها امتثال كل أمر ، كالعدل بإعطاء الحق إلى صاحبه ، والإحسان بالمعاملة بالحسنى ممن لا يلزمه إلى من هو أهلها .

ولعظم الفائدة الحاصلة من الأمرين ، خص الله بالذكر من جنس أنواعهما نوعاً مهماً ، يكثر أن يغفل الناس عنه ويتهاونوا بحقه أو بفضله ، وهو إيتاء ذي القربى⁽¹⁾

• قال رسول الله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »⁽²⁾ والضرر : إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً ، والضرار : إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة ، أي أن كلا منهما يقصد ضرر صاحبه بغير جهة الاعتداء بالمثل . وفيه تحريم جميع أنواع الضرر إلا بدليل ؛ لأن النكرة في سياق النفي تعم⁽³⁾ .

ثانياً : ما جاء منها في معرض التعليل لبعض الأحكام الجزئية ، وهي أكثر من أن تحصى - كما قال الشاطبي⁽⁴⁾ ، مثل قوله - تعالى - في الصلاة : ﴿ إِرَاتِ الصَّلَاةِ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ ﴾⁽⁵⁾ ، وقوله - تعالى - بعد ذكر رخصة التيمم : ﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ ﴾⁽⁶⁾ ، وقوله - تعالى : ﴿ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيُصَدِّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ ﴾⁽⁷⁾ ، وغير ذلك كثير .

إن استقرار مثل هذا يوجب لنا اليقين بأن أحكام الشريعة منوطة بحكم وعلل ، راجعة للصالح العام للمجتمع والأفراد⁽⁸⁾ .

(1) انظر : التحرير والتنوير ج 14 ص 254 - 256 .

(2) الموطأ ، كتاب الأفضية ، باب القضاء في المرفق ، حديث رقم 1424

(3) انظر : شرح الزرقاني على الموطأ ج 4 ص 66 ، 67 .

(4) انظر : الموافقات ج 2 ص 7 .

(5) سورة العنكبوت الآية (45) .

(6) سورة المائدة الآية (6) .

(7) سورة المائدة الآية (91) .

(8) انظر : مقاصد الشريعة الإسلامية ص 130 .

والتعميم الحاصل من ذلك يفيد القطع ؛ لتكرره في مواطن كثيرة ، وتأكيده فلم يجز عليه الاستثناء ولا التخصيص⁽¹⁾ .

وأما ما لا يلوح فيه للمستنبط معنى أصليا ، ولا مقتضى من ضرورة أو حاجة أو استحثات على مكرومة فيندر تصويره جدا⁽²⁾ .

2. إجماع الفقهاء على أن الشارع وضع شرعه لمصالح عباده⁽³⁾ .

3. دليل العقل : فما صدر عن الشارع الحكيم إما أن يكون لمصلحة راجعة إلى

الله ، وإما إلى العبد ، وإما إليهما ، وإما لغير مصلحة ، ولا خارج عن هذا

التقسيم . وهذا الأخير باطل ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَمَا خَلَقْنَا السَّمَاءَ وَالْأَرْضَ وَمَا

بَيْنَهُمَا لِعِبَادٍ ﴾⁽⁴⁾ ، والأول باطل أيضا ؛ لاستغنائه تعالى عما سواه ، قال

تعالى : ﴿ فَإِنَّ اللَّهَ عَنِّي عَنِ الْعَالَمِينَ ﴾⁽⁵⁾ ، فتعين أن يكون لمصلحة العباد.

4. ما ثبت في الشرع⁽⁶⁾ من تفاوت رتب الأعمال بتفاوت رتب المصالح والمفاسد

بحسب ما يفضي إليه كل عمل ، فالصدقة بدرهم ليست كالصدقة بدرهمين ،

وسرقة رغيف ليس كسرقة دابة .

5. شواهد الحس والعقل والواقع تدل على أن الأحكام مشروعة لمصالح العباد ؛

إذ بقاء الشريعة وصلاحيتها للتطبيق رغم اختلاف الأزمنة والأمكنة والأمصار

يدل على أن أحكامها منسجمة مع فطر الناس وحاجاتهم ، وهو دليل على

انطوائها على مقاصد هي مصالح الناس ، إذ لو لم تكن كذلك لتركها الناس

واستبدلوها بما يحقق لهم ذلك ؛ مما يعني أن الأحكام لم تشرع :

(1) انظر : الموافقات ج 3 ص 306 ، 307 .

(2) انظر : البرهان ج 2 ص 80 .

(3) انظر : الإحكام في أصول الأحكام ج 3 ص 411 ، المختصر الأصلي ج 2 ص 238 . الموافقات ج 1 ص

139 .

(4) سورة الدخان الآية (38) .

(5) سورة آل عمران الآية (97) .

(6) انظر قواعد الأحكام ج 1 ص 22 ، 23 .

- اتفاقاً : أي دون أن تكون معنية بمصالح اقتضتها ؛ لقوله تعالى : ﴿لِتُخْرِجَ النَّاسَ مِنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ﴾⁽¹⁾ .
- ولا تحكما ، أي لمجرد الإخضاع لسلطان الشرع ؛ لأنه يتنافى وعدل الله ورحمته ، وتُرُدُّه - مع ما بعده - رخص الشارع وتخفيفاته المنتشرة في فروع التكاليف كلها ، ولا لمجرد إثقال كاهل المكلفين وتحميلهم الإصر والمشاق .

أنواع التعليل :

هناك مستويات مختلفة للتعليل تنبغي معرفتها والتفريق بينها ، حتى لا يبقى للقول بالتناقض وجه⁽²⁾ ، عندما نثبتته لكل الأحكام وننفيه عن بعضها:

النوع الأول : التعليل بمعناه الفلسفي الذي اشتهر بين الفلاسفة بالعلة الغائية، وهي التي يكون وجود الشيء من أجلها⁽³⁾ ، وقد اتفق علماء المسلمين على رفضه، ولم يقصدوه بقولهم بالتعليل ، ومن أوجب عليه - تعالى - فعل الأصلح كالمعتزلة فقد رفضه أيضا ؛ لأنه يسلب عنه - تعالى - الإرادة ، وينفي عنه الكمال ، وقد اتفق المسلمون على أن أفعال الله - تعالى - ناشئة عن إرادة واختيار .

النوع الثاني : التعليل بالمعنى العام الذي يعني أن الشريعة وضعت لمصالح العباد وأن ذلك جار في تفاصيل الشريعة كلها ، سواء كان ذلك في بعثة الرسل وأصل التكليف أو في تفاصيل الأحكام .

وقد اتفق على هذا النوع من التعليل ؛ لأنه ينفي عنه تعالى العبث في فعله وحكمه ، قال القرطبي : "لاخلاف بين العقلاء أن شرائع الأنبياء قصد بها مصالح الخلق الدينية والدينية"⁽⁴⁾ .

(1) سورة إبراهيم الآية (1) .

(2) لاختلاف ظروف النفي مع ظروف الإثبات ، كما سيوضح ؛ لأن التناقض إنما يكون بين النفي والإثبات الموحدين في ظروفهما ، فإذا اختلفت ظروف النفي مع ظروف الإثبات لم يكن الإثبات والنفي متناقضين ، وإنما يتناقض الإثبات مع نفيه بالذات ، لا مع نفي إثبات آخر . انظر : فلسفتنا لمحمد باقر ص 259 .

(3) انظر : كتاب التعريفات ص 176 ، المعجم الفلسفي ج 2 ص 96 .

(4) الجامع لأحكام القرآن ج 2 ص 64 .

وللتنصيص عليه أجازته نفاة القياس أيضا ؛ لعدم التلازم بينه وبين القياس ، فيلزم من القياس التعليل ، دون العكس ، وعليه فما ذكر من إجماع⁽¹⁾ حول التعليل ينبغي أن يحمل علي هذا النوع .

النوع الثالث : التعليل بمعنى وجود علة صالحة لأن تكون أساسا للقياس، وهو التعليل المشهور بين الأصوليين ، باعتباره آلية من الآليات التي يتم بها بسط الشريعة وهيمنتها على حوادث الناس وقضاياهم ونوازلهم ، وهذا النوع معناه أخص من سابقه ، ويفترق عنه بشيئين :

أولا : يقع التفريق فيه بين العبادات والعادات باعتبار :

أ - أن العبادات يقتصر فيها على ما ورد تعبدا وامثالا ، دون العادات الجارية على معان تدركها العقول .

ب - وهو أصل ما سبقه ، فالعبادات خفيت عنا حكمتها الخاصة المنضبطة التي هي بمعنى العلة ، دون العادات .

ثانيا : وقع الخلاف فيه ، فالظاهرية والشيعة لم يقراه ، بخلاف ما قبله الذي وقع الإجماع عليه .

الحاجة إلى التعليل :

هناك ضرورة شرعية للقول بالتعليل ، يمكن تلخيصها في النقاط الآتية :

1. كونه وسيلة لتحقيق سعة الشريعة وهيمنتها على الحوادث المختلفة ؛ لمحدودية النصوص وتجدد الحوادث والقضايا ، وذلك ليس تزايدا عليها ، ولكنه تفسير لها ، وهو ليس بدعا من القول والتصرف ، بل هو حمل على النص ، أي أنه يتحرى معاني النص ومقاصده .

(1) كقول الأمدي : " إن أئمة الفقه مجمعة على أن أحكام الله تعالى لا تخلو عن حكمة ومقصود " . الإحكام في أصول الأحكام ج3 ص411 .

والتوسع في النص لا تنحصر آليته في القياس على النص المعين ، فهناك الاستصلاح⁽¹⁾ الذي يعتمد فيه على القواعد الكلية العامة ، والمقاصد الشرعية الثابتة بالاستقراء ، والأصول التي نص فيها على جنس المصلحة .

2. في تعليل الأحكام ضبط وتقدير يؤمن معه الخطأ في الاستنباط والتخريج .
3. تكثير الأجر ، فإذا فعل المكلف الفعل قصدَ تحصيل المصلحة وقصد الامتثال ، كان له أجران .

4. سرعة الإذعان والتصديق ، وزيادة الاطمئنان بالاطلاع على حكمة الشارع في التشريع⁽²⁾ .

ولا يقال إن نفس الاعتقاد بوجود حكم ومقاصد للأحكام يعد كافيا في المراد من تمام الانقياد ، فإن فهم الأسرار مما يوجب زيادة الأنوار ويشرح الصدر في الإيراد للأعمال⁽³⁾ .

وما ذكر من إبداء الحكمة من مشروعية الحكم والاطلاع على مقصود الشارع منه ، هو أيضا الثمرة الحاصلة من التعليل بالعلة القاصرة⁽⁴⁾ التي وقع الخلاف في جواز التعليل بها ، وقد منع البعض ذلك باعتبار أن فائدة التعليل حصول التعدية ، والذي عليه الجمهور أن ذلك ليس شرطا في صحة التعليل⁽⁵⁾ .

(1) والتوسع بالاستصلاح يظهر في حالتين :

الأولى : فيما إذا لم يجد المجتهد حكما بالنص .

الثانية : فيما إذا كان للمسألة حكم ثبت بنقل أو قياس ، ويخشى من تطبيقه عليها مآل فاسد ، فيقع الاستثناء بالمصلحة ؛ لدفع ذلك .

(2) انظر : المستصفي ص339 ، شرح تنقيح الفصول للقرافي ص362 ، شرح العضد على المختصر الأصلي ج2 ص238 ، شرح التلويح على التوضيح ج2 ص191 ، شرح الكوكب المنير ج4 ص54 ، التوضيح في شرح التنقيح ص361 .

(3) انظر : مراصد الصلاة في مقاصد الصلاة ص30 .

(4) هي التي قصرت في محل النص ، ولم توجد في غيره ليقاس عليه . التوضيح في شرح التنقيح ص361 .

(5) شرح تنقيح الفصول للقرافي ص362 ، يقول الشافعي : إن التعليل بالعلة المتعدية يكون قياسا ، وبالعلة القاصرة لا يكون قياسا ، بل يكون بيان علة شرعية للحكم . شرح التلويح على التوضيح ج2 ص211 .

4. الاقتداء بالرسول ﷺ ، والسير على مناهجه ، فقد علل الرسول ﷺ كثيرا من الأحكام ، والتعليل موجب لاتباع العلة أين كانت (1) .
5. في إنكار التعليل وصم للشرعية بالجمود وعدم القدرة على ملاحظة المستجدات ، بعجزها عن إعطاء أحكام تنضوي بها أفعال المكلفين تحت مظلتها ، وأنها لا تفي بمصالح العباد ، وذلك مناف تمام المنافاة لما اقتضته الحكمة الإلهية من خلود الشريعة الإسلامية وكمالها وشمولها (2) .
6. وتكمن الضرورة الشرعية للتعليل أيضا في تصديقه لجملة ما جاء عن الشرع من بيان حكم بعض الأحكام (3) والأصول (4) ، ولذا فإن من أنكر التعليل فقد أنكر النبوة ؛ لأن تعليل بعثة النبي ﷺ باهتداء الخلق لازم لها ، وكذا تعليل إظهار المعجزات على يد النبي ﷺ بتصديق الخلق ، وإنكار اللازم إنكار للملزوم ؛ لانتفاء الملزوم بانتفاء اللازم (5) .
7. إضافة إلى أنه مظهرٌ لمحاسن الشريعة ، مفيدٌ لتعظيمها وتقديمها ، مبيدٌ لما يعترضُ به عليها (6) .

(1) انظر : الإحكام في أصول الأحكام ج 4 ص 43 ، 44 .

(2) انظر : أصول الفقه للبرديسي ص 25 .

(3) كما في قوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ سورة البقرة الآية (183) .

(4) كما في قوله تعالى : ﴿ أَلَمْ أَنْزَلْهُ إِلَيْكَ لِنُخْرِجَ النَّاسَ مِنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ ﴾ سورة إبراهيم الآية (1)

(5) انظر : شرح التلويح على التوضيح ج 2 ص 179 .

(6) انظر : مراصد الصلاة في مقاصد الصلاة ص 30 .

الأحكام الشرعية بحسب تعليلها :

أنزلت الشرائع وأمر المكلفون بامتثال ما ورد فيها من أحكام ، وهي كثيرة لا تكاد تحصى : فمنها المعاملات التي تنظم المعاملة بين الخلق ، والعبادات التي تنظم المعاملة بين المخلوق والخالق ، وهذه أشرف من الأولى وأعلى قدرا ، وقد خوطب بها الكل واعتبرت الأساس الذي لا يقوم الدين إلا به ، أما المعاملات فهي دونها ؛ لأنه يمكن أن لا يتزلف أحد بأحكامها ؛ لعدم احتياجه إليها⁽¹⁾ .

ومجمل هذه الأحكام تنقسم بحسب تعليلها إلى قسمين⁽²⁾ :

القسم الأول : ما ظهر لنا أنها جالبة لمصلحة أو دارئة لمفسدة ، ويعبر عنها بأنها أحكام معقولة المعنى ، وهي ما كانت علتها منصوصة أو مومثا إليها ، كتحرير الخمر والميسر ، وأحكام البيع والشراء .

وحكم هذا القسم أنه يجري فيه القياس ، ويقع فيه التفرع ، وهو - قياسا بالقسم الثاني - أصل ، كما قال الجويني⁽³⁾ .

والأصل فيه الالتفات إلى المعاني وعدم التحكم ، وإن كان لا يخلو من التعبد. والدليل على أن الشارع اعتمد فيه الالتفات إلى المعاني ، ما يأتي :

1. الاستقراء : وهو أعظمها في الدلالة على المقصود ، فمن خلال مراجعة

النصوص الخاصة بالعادات يظهر بوضوح قصد الشارع لمصالح العباد ، مثل قوله تعالى : ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ﴾⁽⁴⁾ .

والأمر كذلك في الأحكام ، فالشيء الواحد يمنع في حال ؛ لوجود مفسدة فيه ، فإذا كان فيه مصلحة جاز كالدرهم بالدرهم إلى أجل ، يمتنع بيعا ويكون ربا ،

(1) انظر شرح التلطين ج 1 ص 356 ، 357 .

(2) انظر قواعد الأحكام ج 1 ص 22 ، مقاصد الشريعة الإسلامية ص 175 ، أصول الفقه لمحمد أبو زهرة ص 213 .

(3) انظر : البرهان ج 2 ص 79 . واختلف هل التعبد هو الأصل أم التعليل ، فمن رأى أن التعبد في الأحكام هو

الأصل كالشافعي غلب احتمال التعبد وبنى مسأله في الفروع عليه ، ومن رأى أن التعليل هو الأصل كأبي

حنيفة بنى مسأله في الفروع عليه . انظر : تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص 49 .

(4) سورة البقرة الآية (179) .

ويجوز إذا كان قرضاً ، بل ويؤجر عليه ، ويبيع الرطب باليابس يمتنع بحكم الأصل، ويجوز إذا كان فيه مصلحة⁽¹⁾ .

2. توسع الشارع في بيان العلل والحكم في تشريع العادات يشعر بقصد الشارع إلى اتباع المعاني ، دون الوقوف مع النصوص .

3. أقرت الشريعة كثيراً من الأحكام الراجعة إلى محاسن العادات ومكارم الأخلاق كالدية ، والقسامة ، والقراض .

وأحكام هذا القسم لا تخلو من شائبة التعبد ، للآتي :

1. إن معرفة مقصد للحكم الشرعي لا يحكم معه بالقطع بانفراده بكونه المقصد الوحيد من تشريعه ، فالقول بإمكانية وجود حكمة أخرى غائبة عنا شرع لها الحكم ، يعني أنا لم نعقل المعنى في المسألة موضع النظر تعقلاً كاملاً ، وهذا التوقف نوع من التعبد .

2. إذا ورد الخطاب الشرعي باقتضائه وتخييره ، فإنه لازم للمكلف ولا خيرة فيه، فلا يخلص منه إلا بالامتنال ، عرف المعنى الذي لأجله شرع الحكم أو لا ، وأما قصد المصلحة واعتبارها فغير لازم ، وفيه الخيرة .

3. تعيين المصلحة أو المفسدة من الحكم مما يختص بالشارع ولا مجال للعقل فيه ، فإذا شرع الشارع الحكم لتحصيل مصلحة أو لدفع مفسدة ، فهو الواضع لها مصلحة ، دون المكلف ، فقد آل النظر فيها إلى أنها تعبديات .

4. جواز الالتفات إلى الأمرين : المعنى والتعبد في تعليل الشيء الواحد يدل على عدم تنافيهما ، وجواز التوجه إلى التعبد والقصد إليه دليل على وجوده ؛ إذ قصد المعدوم لا يصح .

فإذا سئل الحاكم : لم لا تحكم بين الناس ، وأنت غضبان ؟ فأجاب بأني نهيت عن ذلك ، أو لأن الغضب يشوش عقلي ؛ لأنه مظنة عدم الثبوت في الحكم ، كان مصيباً في الإجابتين .

(1) انظر الموافقات ج 2 ص 305 .

5. لما كان المقصود بالأوامر والنواهي انقياد المكلفين إلى الأمر الشرعي تحقيقاً لمصالحهم ، كانت الاستجابة لذلك امتثالا يستحق الثواب ، وهو مفتقر في حصوله إلى نية ، والنية شرط في كون العمل عبادة ، فثبت أن في الأعمال المكلف بها طلباً تعبدياً على الجملة .

ودرجة التعبد التي تعكسها هذه الوجوه ليست على وزن واحد ، بل إن قوة ذلك تختلف من وجه لآخر بحسب المحال ، ومع ذلك فمقدار التعبد الموجود فيها لا يجعلها محلاً لدخول الابتداع فيها على قول الأكثر ، وذلك خلافاً للبعض⁽¹⁾ الذي ذهب إلى أن العادات كالعبادات ، فكما أنا مأمورون في العبادات بالأنا نحدث فيها ، فكذلك العادات ، وظاهر النقل عن السلف الأولين أن المسألة مختلف فيها .

ومع ذلك فلا بد من التقرير بأن الإذعان الحاصل من هذا التعبد لا يصل إلى ذلك الحاصل من التعبد في العبادات التي لم تظهر علتها ولم تفهم حكمتها ؛ لأن ملابسه قد يفعله لأجل تحصيل حكمته وفائدته ، والمتعبد لا يفعل ما تعبد به إلا إجلالاً للرب وانقياداً لأمره⁽²⁾ .

وأى اعتبار للتعبد في العادات لا يؤثر في جعلها أصلاً يتعدى الحكم منها إلى الفرع ؛ لأن القياس قد صح كونه دليلاً شرعياً ، ولا يكون شرعياً إلا على وجه نقدر على الوفاء به عادة⁽³⁾ .

وما ذكر من اشتراك القسمين في التعبد لا يعني تساوي مقداره فيهما ، ولا ترتب آثار متجانسة عليهما ، وإلا ما وجد مسوغ لهذا التقسيم ، فالتشريعات – بصفة عامة – ليست على وزن واحد في هذا الشأن ، ولا يقع عليها اسم التعبد بالتواطؤ ، بل هو بالمشكك أقرب ، فهي في التعبد قرباً وبعداً على تفاوت .

(1) لمعرفة الآراء في ذلك انظر : الاعتصام ص 333 .

(2) انظر : قواعد الأحكام في مصالح الأنام ج 1 ص 22 .

(3) الموافقات ج 2 ص 313 .

على أنه ينبغي ألا يتجاوز المكلف بقصده هذه المعاني ، ولا يزيد في تعبديتها مقدارا زائدا على ذلك المقدار الذي حدد لها ، فالمقصود وجود حق لله فيه، شأن كل تشريع نزل من السماء يكون فيه - زيادة على ما ذكره الشاطبي - حرمة المخالفة واستحقاق العقاب عليه .

القسم الثاني : ما لم يظهر لنا جلبه لمصلحة أو درؤه لمفسدة ، ويعبر عن هذا النوع من الأحكام بالأحكام التعبدية ، وهي غير معقولة المعنى كالأذكار المتنوعة، وأحكام الصلاة ، والصوم ، وغيرها .

والأصل في هذا القسم التحكم وعدم الالتفات إلى المعاني ، وفي التعبد من الإذعان مما لم تعرف حكمته ما ليس في غيره ، وحكمه أنه يجب الوقوف عند ما حد الشارع فيه من غير زيادة ولا نقصان⁽¹⁾ .

والدليل على أن الشارع اعتمد فيه التعبد ، ما يأتي⁽²⁾ :

1. الاستقراء ، فإنه من خلال مراجعة أحكام العبادات يظهر بجلاء إجراؤها على التحكم المحض الذي لا يجري على المناسبات المعقولة ، فطهارة الحدث تتعدى محل موجبها ، وأنها - مع الحدث - واجبة مع نظافة الأعضاء ، غير واجبة - مع قذارتها بالأوساخ والأدران - مع عدمه .
والتراب الذي شأنه التلوّث يقوم مقام الماء المطهر الذي من شأنه التنظيف ، بل ويقدم على الماء الطاهر غير المطهر الذي هو أقوى منه في التنقية من كل أثر ، وهكذا الأمر في سائر العبادات .

2. لم يهتد العقلاء إلى وجوه العبادات في أزمنة الفترات اهتداهم لوجوه معاني العادات ، والتي أقر الشرع منها كثيرا ، أما هذه فقد عذرهم في عدم اهتدائهم ، قال الله تعالى: ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾⁽³⁾ ، فلم يكن بد إذا من الرجوع إلى ما حده الشارع والوقوف عنده ، وهو معنى التعبد .

(1) انظر المرجع السابق ج 2 ص 314 ، وقواعد الأحكام ج 1 ص 22 .

(2) انظر الموافقات ج 2 ص 300 - 304 ، والاعتصام ص 375 .

(3) سورة الإسراء الآية (15).

3. نصب الشارع على التوسعة في وجوه العادات أدلة لا يتوقف معها على المنصوص عليه دون ما شابهه في المعنى المفهوم منه ، ولما لم نجد ذلك في العبادات دل على أن المقصود بها الوقوف عندما حد الشارع فيها .

وهذا لا ينفي وجود علة معقولة المعنى في العبادات⁽¹⁾ ، إلا أنها مع قلتها نجد أن بعضها هو من قسم ما عدل به عن سنن القياس ، وهي معدودة عندهم فيما لا نظير له ، كالمشقة⁽²⁾ في السفر ، فهي مفهومة الجنس غير مفهومة الخصوص ، سائر أكثر العلال في أبواب العبادات ، إذ لو كانت مفهومة الخصوص لتعدى حكم الفطر والقصر إلى سائر ما كان فيه مشقة ، إلا أنه لم يتعد بها ولو عظمت عن تلك الحاصلة في السفر، مما يجعل الوقوف عند ما حد هو الركن الوثيق الذي ينبغي الالتجاء إليه .

والعبادات ، وإن كانت في مجملها غير معقولة المعنى ، بحيث إنه لا يجوز لنا أن نضع منها ولا أن نشرع فيها ما لم يشرعه الله سبحانه وتعالى ، فإن ذلك لا يعني خلوها عن المعنى المعقول ، ومن ثمَّ جواز النظر فيها ؛ لأن إبداء ذلك المعنى من شأنه إظهار محاسن الشريعة والدقة في أحكامها .

وهذه بعض الأمثلة للتعليل في فروع العبادات :

• الأصل في العبادات المؤقتة أنها تجب عند وقت وتصح به ، بمعنى أنه لا يجوز تقديمها عليه ، ونجد خلاف ذلك في بعضها ، فالزكاة قبل الحول تجزئ إذا كان زمن التقدمة يسيرا عند المالكية ، وعند البعض الآخر وإن كان الزمن كثيرا⁽³⁾ ؛ لوجود معناها في تلك الحال وهو التوسعة على المحتاج ، مع أن التعبد في هذا الركن يظهر من خلال عده من جملة الأركان ، وفي

(1) فقد ظهر في بعض مسائلها معنى فهمناه من الشرع ، فاعتبرنا به ، أو شهدنا في بعضها بعدم الفرق بين المنصوص عليه والمسكوت عنه . انظر : الاعتصام ص 376 .

(2) انظر الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ج 3 ص 282 .

(3) انظر شرح التلقين ج 1 ص 383 .

جملة أحكامه المرتبطة بالعدد ، مثل تحديد النصاب والحول وباقي الأحكام الأخرى التي لا نعقل لبعضها معنى .

- مريد التيمم لا يخلو حاله ، إما أن يكون آيساً من وجود الماء وإما راجياً له وإما شاكاً فيه ، والحكم في كل منها متوقف على معرفة المعنى الحاصل من النظر في الطهارة بصفة عامة ، وأفضلية الصلاة في أول الوقت ، فقد تقرر في الشرع شيئان⁽¹⁾ في هذا المقام على تفاوت بينهما في الفضل بنظر الشرع :
الأول : أفضلية الماء على التراب .

الثاني : أفضلية الصلاة في أول الوقت على آخره ، وقد اتفق على أفضلية الأولى دون الثانية.

فلو أمر الآيس من وجود الماء بالتأخير ؛ لحرم من الفضيلة الثانية بعد أن حرم من الأولى ، ولا شك أن تحصيل إحدى الفضيلتين أولى من تركهما جميعاً . وقد أمر الراجي بالتأخير إلى آخر الوقت ؛ لأجل أن يتحصل على فضيلة الماء المتفق عليها دون فضيلة أول الوقت التي هي ليست محل اتفاق .

- وأما الشاك فكان وسط الوقت عدلاً بين الفضيلتين ، كما لا يخفى .
- في التيمم يجوز الجمع بين النوافل ؛ لانخفاض رتبتهما عن الفرائض ، ولأن النافلة الثانية غير مؤقتة بوقت حتى يعد التيمم لها متيمماً للصلاة قبل وقتها ، ولما كانت النوافل غير مؤقتة ولا منحصرة في تكرارها جعلت كالصلاة الواحدة⁽²⁾ .

- الميتة حتف أنفها نجسة ؛ لاشتمالها على الفضلات المستقدرة ، وميتة ما ليس له نفس سائلة طاهرة ؛ لعدم الدم منه الذي هو علة الاستقذار⁽³⁾ .

(1) انظر : المرجع السابق ج 1 ص 298 .

(2) انظر : المرجع السابق ج 1 ص 294 .

(3) انظر : الذخيرة ج 1 ص 179 .

- من حكم بنجاسة العظم والقرن والظلف والسن بعد الموت علل ذلك بحلول الحياة فيها وانحصار فضلاتها فيها بعد الموت ، ومن لم يحكم بنجاستها فلقلة فضلاتها⁽¹⁾ .
- الذكاة سبب لطهارة جميع أجزاء الحيوان ؛ لإزالة الذكاة الفضلات المستقدرة الموجبة للتنجيس ، واستثني الخنزير من ذلك ؛ إذ قد سوى الله بينه وبين ما لا يقبل التطهير من الدم ولحم الميتة في قوله تعالى : ﴿ قُلْ لَا أُجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ ﴾⁽²⁾ ، ولم تكن الذكاة سببا في إباحة أكله⁽³⁾ .
- الدباغ سبب للتطهير ، وهو مطهر لجملة الجلود إلا الخنزير ؛ إذ إن نجاسته نجاسة عين ، وهي لا تقبل التطهير ، ولأن الذكاة - التي هي أقوى من الدباغ ؛ لنزعها الفضلات من معادنها - سقط اعتبارها في التطهير⁽⁴⁾ .
- من أحكام نواقض الوضوء : سقوط حكم الحدث إذا تكرر ؛ لشيئين :
الأول : الحرج والمشقة اللاحقة فيه متى أوجبنا الوضوء لكل صلاة .
الثاني : خروج ذلك عن حد الناقض باعتباره خاصا بما خرج على جهة العادة⁽⁵⁾ .
- التفريق في كثير من الأحكام في العبادات وغيرها بين الحرة والأمة ، وتعليل ذلك بانخفاض رتبها عن الحرة⁽⁶⁾ .

(1) انظر : المرجع السابق ج 1 ص 183 .

(2) سورة الأنعام الآية (145) .

(3) لأن الذكاة في الشرع سبب لحكمين : إباحة الأكل ، والطهارة . انظر الذخيرة ج 1 ص 165 .

(4) انظر الذخيرة ج 1 ص 166 .

(5) انظر شرح التلقين ج 1 ص 174 .

(6) انظر شرح التلقين للمازري ج 2 ص 471 .

- يتنفل المسافر على دابته ، ويومئ للركوع والسجود ؛ للمشقة الحاصلة من أن الدابة قد تتحرك إلى غير قصده وتنحرف به عن وجهته ، وعمم البعض جواز ذلك في طویل السفر وقصيره ، والعلة عنده حسم الأسباب المقللة للنافلة⁽¹⁾ .
- يطلق الاستنجاء على إزالة البول والغائط دون غيرهما من النجاسات ، وأنه مختص بإزالتها عن مخرجيهما أو ما في حكمهما مما قاربهما⁽²⁾ دون ما تعداهما فذلك من باب إزالة النجاسة المطلقة التي يشترط فيها الماء المطلق ، لا من باب الاستنجاء الذي رخص في إزالته بغير الماء فالاستنجاء أخص ، وقد صار لقباً لما ذكر .

والسبب في هذا التمييز هو الرجوع إلى أصل مقرر ، وهو التفريق في أمر النجاسة بين ما ينذر ويمكن الاحتراز منه كالبول والغائط في الثوب ، والجسد في غير المخرجين ، وكسائر النجاسات في الثوب والجسد ، وبين المتكرر الذي لا يمكن الاحتراز منه كالبول والغائط في مخرجيهما ، وما تطاير من بعض النجاسات في الطرقات على الثوب والجسد والخف و نجاسة الدم على السيف⁽³⁾ ، وعليه فلا يجوز تطهير النجاسة بغير الماء إلا من المخرج خاصة .

ورخص الشارع في ذلك ؛ لأن الحاجة خاصة بهما ، فهي تصرف بشري لا وقت في العادة له ، وقد يعرض للإنسان ولا ماء عنده ، فجوز الشارع له التطهير بغير الماء من الأحجار وما في حكمهما مما لا يعجز الإنسان عادة عن إيجادها ، بخلاف غير المخرجين ، فإن توقي النجاسة فيها أمر ممكن ؛ لعدم تكرار التعرض له ، ولذلك اختصت الرخصة بما يبعد المشقة ويدفع الحرج ، فإذا تعدت النجاسة المخرجَ فحكمها حكم سائر الجسد ، ولا مدخل للأحجار فيها ، بدليل عدم شمول حكم الاستجمار لبول المرأة⁽⁴⁾ بسبب الانتشار .

(1) انظر شرح التلحين ج 2 ص 489 ، والأم ج 1 ص 196 .

(2) انظر : المنتقى ج 1 ص 82 .

(3) انظر : المرجع السابق .

(4) أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ج 1 ص 40 .

التعليل المنفي في العبادات :

فالتعليل المنفي في العبادات هو ما كان منه بالمعنى الخاص ، أي ما صلح أساسا للتعدي ، باعتبار أنه يلزم الاقتصار فيها على ما ورد دون زيادة ولا نقصان ، ولذلك نسبت لعدم التعليل ؛ لأن ما عقل هو مقدار لا يفي وحاجات القياس والتفريع⁽¹⁾ ، ومن هنا كانت توقيفية ، فلا يقدم عليها إلا بإذن من الشارع ، ولا مدخل للقائس لا بالزيادة عليها ، بحجة تكثير المصلحة المترتبة عليها ، ولا بالتنقيص منها أو إلغائها بحجة انعدام الحكمة فيها⁽²⁾ .

فالصلاة عبادة غير معقول معناها ، ولا تبلغ أفهام البشر مدارك وجوه اختصاصاتها كتعيين التكبير وقراءة أم القرآن⁽³⁾ .

قال الشاطبي - عن هذا النوع من التكاليف : " إن قصد الشارع أن توقف عنده ، و يعزل عنه النظر الاجتهادي جملة ، وأن يوكل إلى واضعه ويسلم له فيه ، سواء علينا أقلنا : إن التكاليف معللة بمصالح العباد أم لم نقله " ⁽⁴⁾ .

ولا يعني ذلك عدم صحة إجراء القياس فيها على الإطلاق⁽⁵⁾ ، فما سبق نفيه إنما هو بحسب الأصل لا على ما ندر منه ، فالحكم للأصل ، والأصل ما عم في الباب و غلب في الموضوع ، ولذلك قال الشاطبي : "وأن يعزل عنها النظر الاجتهادي جملة" أي في مجمل الأمر حتى يكون ذلك السمة البارزة في الباب .

(1) انظر الموافقات ج2 ص310 ، و مالك لأبي زهرة ص213 .

(2) كالعدة فلا وجه لإلغائها في حق من توفي عنها زوجها و هي كبيرة أو في حق من استؤصل رحمها مثلا .

(3) انظر شرح التلقين للمازري ج 2 ص501 .

(4) الاعتصام ص376 .

(5) فإن نظرة في أبواب العبادات في مؤلفات الفقه المقارن كبداية المجتهد ، والمجموع ، والمغني ، يضعنا أمام مسائل كثيرة سكت عنها الشارع فأخضعها العلماء للنظر ، وتعارضت قياساتها فاختلغوا في أحكامها ، مثل : إمامة الفاسق ، و بعض الصفات المشتركة في الإمام ، ووقت قيام المأمومين إلى الصلاة ، وزمان الإقامة الذي يقطع حكم السفر ، وفرض القيام في الصلاة ، هل يسقط مع المشقة أو مع عدم القدرة ؟ وغير ذلك . انظر : بداية المجتهد ج1 ص113 ، 114 ، 117 ، 133 ، 140 .

ثم إن الحكم بجريانها على التعبد وعدم ابتائها على معان ، إنما هو بالنسبة للمكلف ، ولذلك جاءت عبارة الشاطبي لتعبر عن المعنى المقصود تعبيراً صحيحاً، إذ قال : "الأصل في العبادات بالنسبة إلى المكلف التعبد ، دون الالتفات إلى المعاني"⁽¹⁾.

فتعريفهم التعبد بما لا يعقل معناه ، إنما هو على الخصوص والتعيين ، دون المعنى الأعم الأشمل في كونها شرعت لحكم ومقاصد ، أرادها الشارع من تعظيم الرب ، والانقياد لأمره ، وإفراجه بالعبادة .

،،، والله من وراء القصد ،،،

الخاتمة :

1. تنقسم الأحكام بحسب تعليلها إلى قسمين : أحكام تعبدية وأخرى عادية ، ولكل قسم حكمه وخصائصه .
2. الأصل في العبادات بالنسبة إلى المكلف التعبد ، دون الالتفات إلى المعاني.
3. قام الإجماع على أن الشارع وضع شرعه لمصالح عباده .
4. التعليل مظهر لمحاسن الشريعة ، مفيد لتعظيمها ، مبيد لما يعترض به عليها.
5. توسعُ الشارع في بيان العلل والحكم في تشريع العادات يُشعر بقصد الشارع إلى اتباع المعاني ، دون الوقوف مع النصوص .
6. في إنكار التعليل وصم للشريعة بالجمود وعدم القدرة على ملاحظة المستجدات ، وأنها لا تفي بمصالح العباد ، وذلك مناف لما اقتضته الحكمة الإلهية من خلود الشريعة الإسلامية وشمولها .
7. في تعليل الأحكام ضبط وتقدير يؤمن معه الخطأ في الاستنباط والتخريج .

المصادر:

1. الاجتهاد بالرأي في مدرسة الحجاز الفقهية ، أ- د. خليفة بابكر الحسن ، مكتبة الزهراء للطبع والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى 1997م.
2. الإحكام في أصول الأحكام ، لسيف الدين أبي الحسن الآمدي ، مراجعة : جماعة العلماء ، دار الكتب العلمية ببيروت - لبنان 1980م .
3. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، للإمام محمد بن علي الشوكاني ، تحقيق : د.شعبان محمد إسماعيل ، دار الكتبي القاهرة .
4. أصول البزدوي ، للإمام فخر الإسلام أبي الحسن علي بن محمد بن حسين البزدوي ، مع كشف الأسرار ، لعلاء الدين البخاري ، دار الكتاب العربي ، بيروت - لبنان 1974 م .
5. أصول الفقه ، للشيخ محمد زكريا البرديسي ، دار النهضة العربية القاهرة ، الطبعة الرابعة 1397 هـ .
6. أصول الفقه ، لمحمد أبي زهرة ، دار الفكر العربي ، سنة 2004 م .
7. أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للشيخ الدردير. مع بلغة السالك . مطبعة مصطفى البابي الحلبي . الطبعة الأخيرة 1952 .
8. الاعتصام ، للإمام أبي إسحاق الشاطبي ، تحقيق : سيد إبراهيم ، دار الحديث، القاهرة ، سنة 2003 م .
9. الأم ، للإمام الشافعي ، تعليق : محمود مطرجي ، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى 1993 م .
10. بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، للإمام أبي الوليد محمد بن رشد الحفيد ، تصحيح : الشيخ محمد شاكر ، الناشر مكتبة الخانجي بالقاهرة ، الطبعة الرابعة 1997م .
11. البرهان في أصول الفقه ، لإمام الحرميين عبد الملك الجويني ، تعليق : صلاح بن عويضة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى 1997م .
12. تاج العروس من جواهر القاموس ، لمحمد مرتضي الزبيدي ، منشورات دار مكتبة الحياة ، بيروت - لبنان .

13. التحرير والتنوير ، للإمام الشيخ محمد الطاهر بن عاشور . الدار التونسية للنشر ، 1976 م .
14. تخرّيج الفروع على الأصول ، للإمام شهاب الدين محمود الزنجاني ، تحقيق: د. محمد الصالح ، مكتبة العبيكان ، الطبعة الأولى 1999م .
15. التعريفات ، لعلي بن محمد السيد الشريف الجرجاني ، تحقيق : د.عبد المنعم الحفني ، دار الرشاد - القاهرة .
16. التعليل الفقهي حفريات المعرفة العربية الإسلامية ، د.سالم يفوت ، دار الطليعة للطباعة والنشر ، الطبعة الأولى 1990 م .
17. التوضيح في شرح التنقيح ، لأبي العباس أحمد بن عبد الرحمن الشهير بابن حلول ، مع شرح تنقيح الفصول للقرافي ، المطبعة التونسية ، تونس 1910م .
18. الجامع لأحكام القرآن ، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، دار الشام للتراث ، بيروت - لبنان ، الطبعة الثانية .
19. الحاصل من المحصول في أصول الفقه ، لتاج الدين أبي عبد الله الأرموي ، تحقيق : د . عبد السلام محمود أبو ناجي ، منشورات جامعة قار يونس بنغازي 1994 م .
20. حجة الله البالغة ، للإمام أحمد شاه ولي الله الدهلوي ، ضبط ووضع الحواشي: محمد سالم هاشم ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان 2001 م .
21. الذخيرة ، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي . تحقيق : د . محمد حجي . دار الغرب الإسلامي . الطبعة الأولى 1994 .
22. شرح التلقين ، للإمام أبي عبد الله محمد بن علي المازري ، تحقيق : الشيخ محمد مختار السلامي ، دار الغرب الإسلامي - تونس ، الطبعة الثانية 2008 م .
23. شرح التلويح على التوضيح ، للإمام سعد الدين التفتازاني ، مع التنقيح وشرحه المسمى بالتوضيح ، لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود ، ضبط : خيرى سعيد ، المكتبة التوفيقية .
24. شرح تنقيح الفصول ، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي مع التوضيح في شرح التنقيح ، لابن حلول ، المطبعة التونسية . تونس 1910م .

25. شرح الزرقاني على الموطأ ، للإمام محمد بن عبد الباقي الزرقاني ، تحقيق : الشيخ طه عبد الرؤوف سعد ، مكتبة الثقافة الدينية القاهرة ، الطبعة الأولى 2003م
26. شرح عضد الملة والدين لمختصر ابن الحاجب مع حاشيتي التفتازاني والشريف الجرجاني عليه ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، الطبعة الثانية 1983 .
27. شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير ، للعلامة محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي المعروف بابن النجار، تحقيق : د. محمد الزحيلي ، د. نزيه حماد ، مكتبة العبيكان ، الرياض ، الطبعة الثانية 1997 م .
28. فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ، للعلامة عبد العلي محمد بن نظام الدين اللكنوي ، ضبط : عبد الله محمود عمر ، دار الكتب العلمية بيروت ، الطبعة الأولى 2002 م .
29. فلسفتنا ، لمحمد باقر الصدر ، دار الكتاب الإسلامي ، الطبعة العاشرة ، 1981م .
30. قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، للإمام سلطان العلماء أبي محمد عزالدين عبد العزيز بن عبد السلام ، راجعه : طه عبد الرؤوف سعد ، دار الشرق للطباعة - القاهرة 1968م .
31. مالك حياته وعصره وآراؤه وفقهه ، للإمام محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي ، القاهرة.
32. مختار الصحاح ، للإمام محمد بن أبي بكر الرازي ، رتبه : محمود خاطر بك، الناشر دار الفكر ، 1972م .
33. مختصر المنتهى الأصولي ، للإمام أبي عمرو عثمان بن عمر ابن الحاجب مع شرح عضد الملة والدين وحواشي التفتازاني والجرجاني والهروي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الثانية 1983م .

34. مرصد الصلاة في مقاصد الصلاة ، للحافظ قطب الدين القسطلاني ، تعليق: محمد صديق المنشاوي ، مراجعة : د . محمود عبد الرحمن ، دار الفضيلة بالقاهرة .

35. المعجم الفلسفي ، للدكتور جميل صليبا ، دار الكتاب اللبناني ، 1982 م .

36. مقاصد الشريعة الإسلامية ، للشيخ محمد الطاهر بن عاشور ، تحقيق ودراسة: محمد الطاهر الميساوي ، دار الفجر ودار النفائس ، الأردن ، الطبعة الأولى 1999م .

37. المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ، للإمام الباجي ، راجعه وخرج أحاديثه : د . محمد محمد تامر ، الناشر مكتبة الثقافة الدينية - القاهرة 2004 م .

38. الموافقات في أصول الشريعة ، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي ، شرح : الشيخ عبد الله دراز ، دار المعرفة ، بيروت - لبنان .

39. الموطأ للإمام مالك بن أنس مع شرح الزرقاني عليه ، تحقيق : الشيخ طه عبد الرؤوف سعد ، مكتبة الثقافة الدينية القاهرة ، الطبعة الأولى 2003 .

40. نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي ، أحمد الريسوني ، سلسلة المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى 1992م .

41. نفائس الأصول في شرح المحصول ، للإمام شهاب الدين القرافي ، تحقيق : عادل عبد الموجود وعلي معوض ، المكتبة العصرية ، بيروت الطبعة 1999م .

،، تمت بحمد الله ،،

وظائف الإعتمادات المستندية

ومخاطرها على أطراف

عقد البيع الدولي

(دراسة تحليلية)

إعداد الدكتور: جمال عمران المبروك اغنية

عضو هيئة التدريس بقسم القانون الخاص

كلية القانون جامعة طرابلس

تقديم

أدى تطور قطاع تمويل التجارة الدولية إلى ازدياد أهمية هذا القطاع، وتوسعه وازدهاره، بل وتعاضم دوره، كل ذلك كان سبباً كافياً لمحاولة إيجاد القواعد القانونية الرصينة التي من شأنها تنظيم هذا القطاع وتطويره بما يخدم الاقتصاد المحلي، والدولي على حد سواء، وهو ما تسعى العديد من المؤسسات المالية المصرفية إلى تحقيقه، حيث إنه لا يكاد يخلو أي عقد من عقود البيع الدولي وخصوصاً البيوع البحرية من شرطٍ يقضي بالتزام المشتري (المستورد) بفتح اعتماد مستندي لصالح (المورد)، وهو ما دفع غرفة التجارة الدولية للاهتمام بالتنظيم القانوني المتعلق بتعامل المصارف في قطاع التجارة الدولية ومحاولة وضع القواعد القانونية الناظمة لأهم العمليات المصرفية؛ ألا وهو الاعتماد المستندي الذي ابتكره المصرفي لخدمة التجارة الدولية عن طريق

تسوية المشتريات الدولية بضمان مستندات تمثل البضاعة، أو السلعة المستوردة ؛ لذا سمي الاعتماد المستندي بهذا الاسم نسبة للمستندات المرافقة له، والتي تعد أساسية لإتمام عملية الاعتماد المستندية.

لذا حظي نظام الاعتماد المستندي بالتنظيم القانوني في معظم دول العالم هذا مع كون الاعتماد المستندي محكوماً أساساً بمجموعة من الأصول، والأعراف الدولية المستقرة في العمل المصرفي الدولي. ومن هنا كان اهتمام غرفة التجارة الدولية بضرورة توحيد هذه الأصول والأعراف المصرفية وذلك منذ العام 1933، حيث أقرت أول نسخة من هذه الأصول والأعراف بموجب مؤتمر فيينا، ثم في فترة لاحقة تم تنقيح هذه الأعراف الدولية في العام 1962م، ثم في عام 1971م، وعام 1983م وعام 1993م. وأخيراً النشرة (600) لسنة 2007م وهي النسخة المعمول بها حالياً والتي روعي فيها آخر التطورات والمستجدات في مجال العمل المصرفي الدولي، وتلاني كافة أوجه القصور والنقص في النشرات السابقة التي كان معمولاً بها، وخصوصاً النشرة (500) لسنة 1994م.

وتجدر الإشارة إلى أن الغرض من التنظيم القانوني لهذه الأصول والأعراف الدولية المصرفية هو : محاولة جادة من غرفة التجارة الدولية لتوحيد النظام القانوني للاعتمادات المستندية في كافة دول العالم ؛ للوصول إلى الانسجام المأمول بين مختلف التشريعات الوطنية بخصوص نظام الاعتماد المستندي، مما يؤدي إلى تقوية التجارة الدولية عن طريق رفع الاختلاف والالتباس بشأن هذه الآلية القانونية، التي أضحت من أهم وسائل تسوية مدفوعات عقد البيع الدولي نظراً لوظيفتها كأداة وفاء وأداة ائتمان في ذات الوقت، وباعتبارها قليلة المخاطر إذا ما قورنت بوسائل الدفع التقليدية المعروفة.

هذا وقد قام المشرع الليبي بتنظيم فكرة الاعتماد المستندي تنظيمياً تشريعياً، وذلك بموجب قانون النشاط التجاري الليبي⁽¹⁾ رقم (23) لسنة 2010 في مواد الباب السادس من المادة (740) حتى المادة (751).

(1) المنشور في مدونه التشريعات بتاريخ 21-8-2010، ع 12، ص 726.

وبناء على ما تقدم ارتأى الباحث دراسة نظام الاعتماد المستندي للوقوف على الوظائف الحيوية التي يؤديها، وخصوصاً مع عدم كفاية التنظيم التشريعي للاعتمادات المستندية، وقلة المراجع الفقهية في هذا الموضوع، مقارنة بالأنظمة القانونية الأخرى التي لاقت الدراسة القانونية الكافية والوافية وهو ما واجهه الباحث حقيقة عند إعداد هذه الدراسة. فمع انعدام المراجع القانونية الليبية في هذا الشأن نجد قلة في المراجع القانونية في المكتبة العربية التي تتناول نظام الاعتماد المستندي، وحتى تلك الموجودة فإنها تعد قاصرة عن تحقيق المطلوب نظراً لعدم مواكبتها للتطورات القانونية التي شهدتها هذا النظام على المستوى الدولي. فنجد هذه المراجع تتناول بالشرح والتفصيل فكرة الاعتماد المستندي بموجب النشرة (500) لسنة 1994م من الأصول والأعراف الدولية الموحدة والتي أُلغيت منذ العام 2007م بأن حلت محلها النشرة (600) الصادر في العام 2007م.

لذا سنحاول من خلال هذه الدراسة إلقاء الضوء على نظام الاعتماد المستندي من زاوية وظائف ومخاطر هذا النظام في مجال التجارة الدولية عموماً، وعقد البيع الدولي خصوصاً، وذلك لسد النقص الكبير في بعض الجوانب القانونية لنظام الاعتماد المستندي من خلال الإجابة عن التساؤلات الآتية :-

- ما هي الوظائف التي يؤديها نظام الاعتماد المستندي كأداة لتسوية مدفوعات عقد البيع الدولي والتي جعلت منه وسيلة بالغة الفعالية بالمقارنة بغيره من وسائل الدفع التقليدية؟
- هل تعتبر عملية الاعتماد المستندي عملية ذات مخاطر على الأطراف المختلفة؟ وهل توفر وظائف الاعتماد المستندي الملاذ الآمن لأطرافه من هذه المخاطر المحتملة؟
- ما هي المخاطر التي قد تلحق بالبائع أو المشتري أو المصرف من جراء استخدام نظام الاعتماد المستندي والتي تعيق استخدام هذا النظام كأداة وفاء وائتمان مضمونة ومقبولة من كافة أطراف التجارة الدولية؟ وهل من الممكن استبعاد هذه المخاطر مطلقاً أو على الأقل التخفيف من حدتها من خلال نظام الاعتماد المستندي ذاته؟

هذا وسنحاول بعون الله تعالى الإجابة عن كافة التساؤلات التي تمثل الإشكالية القانونية لهذه الدراسة من خلال خطة علمية منهجية نقسمها إلى مطلبين أساسيين نتناول في المطلب الأول الحديث عن ماهية وظائف الاعتماد المستندي التي جعلت منه أداة متميزة لتسوية المدفوعات في نطاق التجارة الدولية. أما المطلب الثاني فقد خصصناه للحديث عن مخاطر التعامل بالاعتمادات المستندية على كافة الأطراف في عقد الاعتماد، والوسائل الواجب اتخاذها لدرء هذه المخاطر أو التقليل من آثارها وحدتها.

المطلب الأول :

وظائف الاعتماد المستندي

للاعتدال المستندي دور بالغ الأهمية باعتباره أهم وسائل تمويل التجارة الدولية، كما أنه في ذات الوقت يكتسي أهمية قصوى بالنسبة للمصارف لاعتماد نشاطها التجاري عليه لأنه يمثل عماد العمليات المصرفية التي تجريها هذه المصارف، وذلك كله بفضل الوظائف التي يقدمها الاعتماد المستندي لمختلف أطرافه مقارنة بأساليب الوفاء التقليدية الأخرى، حيث إنه يبيث روح الطمأنينة والثقة بين البائع والمشتري ؛ لأن أطراف التجارة الدولية قد لا يرتبطون بعلاقة تعارف شخصية مع بعضهم البعض مما يعني عدم وجود سابق تعامل ومعرفة بينهم. فعقد الاعتماد المستندي يربط أطرافاً ينتمون إلى دول مختلفة، الأمر الذي دعا إلى ضرورة وجود آلية قانونية ترسخ الثقة بين المستورد والمورد على حد سواء، لإتمام الصفقات التجارية وطمأنتهم بأن كلا منهما سوف يستوفي حقوقه في مواجهة الآخر.

لهذا؛ وتلبية لكافة هذه المتطلبات ودرء لهذه المخاوف، نجد أن الاعتماد المستندي يقوم بدوره كأداة وفاء مضمونة في التجارة الدولية (الفرع الأول)، كما أنه وفي الوقت ذاته يعد أداة ائتمان مقبولة من كافة الأطراف (الفرع الثاني).

الفرع الأول :

وظيفة الاعتماد المستندي كأداة وفاء

تأتي هذه الوظيفة للاعتماد المستندي على رأس الوظائف الأساسية التي تقوم بها الاعتمادات المستندية، حيث إن ظهور هذه الاعتمادات ابتداءً قد كان كوسيلة وفاء في مجال التجارة الدولية عموماً وعقود البيع الدولي خصوصاً، نظراً لعدم كفاية وفعالية وسائل الوفاء التقليدية وعدم قدرتها على درء المخاطر المحتملة التي قد يتعرض لها أطراف عقد البيع الدولي، والذي كما نعلم يبرم بين عدة أشخاص، ينتمون إلى دول مختلفة، كما أنه يتطلب نقل سلع وبضائع من دولة إلى أخرى، وهذه عملية تستغرق وقتاً ليس بالقليل، وخصوصاً في البيوع البحرية.

وفي هذا الصدد يذهب البعض⁽¹⁾ إلى أن ظهور وظيفة الاعتماد المستندي باعتباره أداة وفاء - مضمونة المخاطر - إنما ترجع بالأساس إلى طبيعة تنفيذ عقد البيع الدولي؛ لأنه في هذا العقد يتراخى التنفيذ إلى فترة زمنية طويلة نسبياً تمتد من وقت إبرام العقد حتى تمام تنفيذه. وخلال هذه الفترة قد تطرأ العديد من الظروف التي قد تؤدي إلى إخلال أحد أطراف عقد البيع الدولي بالتزاماته، مما يشجع جواً من الشك وعدم الطمأنينة بين الأطراف بسبب عدم المعرفة المسبقة والتعامل المسبق بين البائع (المورد) والمشتري (المستورد).

ولإيضاح الصورة أكثر حول آلية وفكرة عمل الاعتماد المستندي باعتباره أداة وفاء، فإننا نضرب مثلاً على ذلك: فلو أن تاجراً من ليبيا أراد أن يشتري سلعة معينة من تاجر في إيطاليا واتفق الطرفان على شحن البضاعة شحناً بحرياً على متن باخرة على أن يتم الوفاء بثمن هذه البضاعة بواسطة اعتماد مستندي، فإنه وإلتزام هذه الصفقة بين الطرفين: المشتري والبائع، فإنه على التاجر الليبي

(1) أحمد نوري الزيادات، تغليب مصلحة البائع على مصلحة المشتري في عملية الاعتماد المستندي، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد (29)، ع 1، 2002، ص 58، كامل الوادي، الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان، مطابع الدوحة الحديثة، ط1، 2001، ص 17.

(ويسمى العميل الأمر) أن يتقدم إلى مصرفه الذي يتعامل معه ليفتح له اعتماداً مستندياً لتغطية هذه الصفقة، وهنا يقوم المصرف (ويسمى المصرف المصدر) بتقديم نموذج فتح الاعتماد إلى المشتري والذي يحتوي على شروط الاعتماد المستندي حيث يتضمن مبلغ الاعتماد ونوعه ومدته ومدى خضوع عقد الاعتماد للأصول والأعراف الدولية الموحدة، بالإضافة إلى نوع المستندات التي يرغب المشتري في تقديمها للبائع لإمكانية الوفاء بقيمة الاعتماد، ومن ثم يقوم المشتري بالتوقيع على عقد الاعتماد، وبعدها يبدأ المصرف المصدر بمخاطبة البائع وهو المستفيد من عقد الاعتماد المستندي لإبلاغه بالاعتماد وشروطه، والذي بدوره يبدي موافقته على شروط عقد الاعتماد ويبلغ المصرف المصدر بذلك فينعد عقد الاعتماد المستندي.

وهنا تجدر الإشارة إلى أن المادة (2) من الأصول والأعراف الموحدة قد عرفت المصرف المصدر للاعتماد بأنه ((المصرف الذي يصدر اعتماداً بناء على طالب الإصدار أو بالأصالة عن المصرف نفسه)).

هذه هي الصورة البسيطة لعقد الاعتماد المستندي. إلا أنه في كثير من الأحيان قد تنشأ علاقات تعاقدية أخرى بموجب عقد الاعتماد، وذلك متى كان المصرف المصدر للاعتماد محتاجاً لخدمات بعض المصارف الوسيطة لإتمام عملية الاعتماد على أكمل وجه، ومن هذه المصارف المصرف المبلغ الذي يقوم بإبلاغ المستفيد بشروط الاعتماد المستندي، والذي عرفته المادة (2) من الأصول والأعراف الدولية الموحدة بأنه ((المصرف الذي يقوم بتبليغ الاعتماد بناء على طلب المصرف المصدر))، كما قد تكون هناك حاجة إلى خدمات المصرف المعزز الذي يقوم بتعزيز الاعتماد المستندي والالتزام بالوفاء به في حالة إخلال المصرف المصدر بالتزامه، والذي عرفته المادة (2) من الأصول والأعراف الدولية الموحدة بأنه ((المصرف المعزز (المؤكد) يعني المصرف الذي يضيف تعزيزه (تأكيده) على الاعتماد بناء على طلب أو تفويض من المصرف المصدر))، كما أن هناك المصرف المسمى، والذي عرفته المادة (2) من الأصول والأعراف الدولية الموحدة بأنه ((يعني المصرف الذي يكون الاعتماد متاحاً لديه أو أي مصرف في حال كان

الاعتماد متاحاً لدى المصرف)) أي أنه المصرف الذي يتم تسميته من قبل المصرف المصدر ليقوم بالوفاء بقيمة الاعتماد للمستفيد بدلاً عن المصرف المصدر.

ومما تقدم يتضح أن عقد الاعتماد المستندي يقوم في حده الأدنى على ثلاثة علاقات تعاقدية وهي: عقد البيع المبرم بين العميل الأمر والمستفيد والذي يسمى (عقد الأساس)، وبموجبه تم الاتفاق بين البائع والمشتري على تسوية مدفوعات عقد البيع الدولي بواسطة الاعتماد المستندي والاتفاق على شروط الاعتماد.

أما العلاقة التعاقدية الثانية فهي عقد الاعتماد المستندي المبرم بين العميل الأمر من جهة والمصرف المصدر من جهة أخرى، وبموجبه يلتزم المصرف المصدر بفتح الاعتماد المطلوب لصالح المستفيد وفقاً للشروط المحددة بناء على طلب فتح الاعتماد من قبل العميل الأمر.

أما العلاقة التعاقدية الثالثة فهي عقد الاعتماد المستندي المبرم بين البنك المصدر للاعتماد والمستفيد بموجب هذا العقد يلتزم المصرف المصدر بالوفاء بقيمة الاعتماد المستندي للمستفيد مقابل أن يقوم هذا الأخير بتقديم المستندات المطلوبة بموجب عقد الاعتماد وأن تكون مطابقة ظاهرياً لشروط عقد الاعتماد.

أما في حالة استعانة المصرف المصدر بخدمات البنوك الوسيطة فإن العلاقات التعاقدية في إطار عقد الاعتماد المستندي تتجاوز الثلاث علاقات كتلك العلاقات التعاقدية التي تنشأ بين المصرف المصدر من جهة والمصرف المعزز أو المبلغ أو المسمى من جهة أخرى، هذا بالإضافة إلى العلاقات التعاقدية التي قد تنشأ بين المستفيد والبنوك الوسيطة كالبنك المبلغ أو البنك المعزز في حالة ما طلب المستفيد من هذه البنوك تبليغ المستندات أو إيصالها أو تعزيز الاعتماد.

وبعد هذا الإيضاح الموجز لفكرة الاعتماد المستندي وآلية استخدامه كأداة وفاء لعقد البيع الدولي، فإن الباحث يرى ضرورة توضيحه لاستكمال الصورة الكاملة لوظيفة الاعتماد المستندي في مجال التجارة الدولية لأن هذه الوظيفة هي التي كانت وراء إمكانية تسوية مدفوعات عقد البيع الدولي، فبدونها لن تتحقق الثقة والطمأنينة اللازمة لإبرام عقد الاعتماد لأن البائع لن يكون على استعداد لشحن

البضائع وتسليمها للمشتري إلا بعد حصوله على ثمنها أو على ضمانه كافية وأكيدة بأنه سيحصل على الثمن بسبب خوفه من إفلاس المشتري مثلاً أو رفضه التعسفي للوفاء بهدف الاحتيال على البائع.⁽¹⁾

وكذلك الحال بالنسبة للمشتري الذي لن يكون على استعداد لدفع ثمن بضاعة مقدماً لأنه لم يتسلمها بعد، ولأنه يرى حماية مصلحته من خلال استلامه للبضاعة أولاً، ومعاينتها للتحقق من مدى مطابقتها لشروط البيع (عقد الأساس) بينه وبين البائع، ومن ثم دفع الثمن وذلك لتفادي المخاطر المترتبة على عدم الثقة في البائع الذي لا يعرفه أصلاً، كأن يمتنع عن شحن البضاعة احتياطياً منه على المشتري أو إفلاسه أو سوء نيته بأن يشحن بضائع مخالفة لشروط عقد الأساس بينه وبين المشتري.⁽²⁾

ولتفادي كل هذه المعوقات في عملية تنفيذ عقد البيع الدولي كان الاعتماد المستندي الوسيلة الأمثل للوفاء، حيث إن البائع سيقوم بشحن البضاعة للمشتري دون استلام الثمن، ودون خشية إفلاس المشتري، أو سوء نيته وذلك لوجود وسيط موثوق به يضمن الوفاء للبائع، ألا وهو المصرف المصدر للاعتماد. هذا بالإضافة إلى وجود أهم المبادئ التي يقوم عليها عقد الاعتماد ألا وهو مبدأ استقلال الاعتماد المستندي عن عقد الأساس المبرم بين الطرفين. فوفقاً لهذا المبدأ يكون المصرف المصدر ملتزماً بشكل مباشر في مواجهة البائع بدفع قيمة الاعتماد إليه نظير أن يقوم البائع بتقديم المستندات المطلوبة بموجب عقد الاعتماد وكونها مطابقة ظاهرياً لشروط الاعتماد الممنوح.⁽³⁾

(1) انظر، كامل الوادي، المرجع السابق، ص 20، أحمد نوري الزيادات، دراسات في الاعتماد المستندي، محاضرات غير منشورة إقيت على طلبة الدراسات العليا، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، 2001، ص 39.

(2) انظر، أحمد نوري الزيادات، تغليب مصلحة البائع على مصلحة المشتري، مرجع سابق، ص 50.

(3) انظر، أكرم إبراهيم حمدان، مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندي، دار وائل للنشر، ط 1، 2000، ص 18 وما بعدها.

حيث إن مبدأ استقلال الاعتماد المستندي لا يعطي الحق للمصرف المصدر في إثارة أي دفع من الدفع المستمدة من علاقته بالعميل الأمر (المشتري) كإفلاسه أو رفضه التعسفي للوفاء بالتزامه تجاه المصرف المصدر. وفي الوقت ذاته لا يحق للمصرف المصدر إثارة أي دفع من الدفع المستمدة من علاقة العميل الأمر مع المستفيد (البائع)، كعدم تنفيذ عقد البيع طالما أن المستفيد قد قدم للمصرف المصدر مستندات مطابقة لشروط الاعتماد بغض النظر عن مطابقتها لعقد الأساس (عقد البيع) المبرم بين البائع والمشتري ؛ ذلك لأن تعهد المصرف المصدر تجاه المستفيد تعهد قطعي غير مرتبط بعقد الأساس ومستقل عنه بذاته.⁽¹⁾

وهو ما أكدته نصوص الأصول والأعراف الدولية الموحدة الاعتمادات المستندية نشرة (600) لسنة 2007م والتي نصت بموجب المادة الرابعة منها على أنه ((أ- الاعتماد بطبيعته عملية مستقلة عن عقد البيع أو غيره من العقود التي قد يستند إليها، المصارف بأي حال غير معنية أو ملزمة بمثل ذلك العقد حتى ولو تضمن الاعتماد أي إشارة بأي شكل إلى ذلك العقد. وبناء عليه، فإن تعهد المصرف بالوفاء أو بالتداول أو بأداء أي التزام آخر بموجب الاعتماد، لا يكون خاضعاً لأي ادعاء أو حجج من طالب الإصدار ناتجة عن علاقته بالمصرف المصدر أو بالمستفيد، لا يحق للمستفيد بأي حال من الأحوال أن ينتفع من العلاقات التعاقدية القائمة بين المصارف أو بين طالب الإصدار والمصرف المصدر...)).

و ذات المبدأ نص عليه قانون النشاط التجاري الليبي بموجب المادة (740) والتي جاء فيها ((... يعتبر عقد الاعتماد المستندي مستقلاً عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه، ويبقى المصرف أجنبياً عن هذا العقد)).

(1) لمزيد من التفصيل انظر، عماد أبو الصد، أحكام الاعتمادات المستندية المصرفية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1995، ص 83، تيسير عفاكي، الأسس القانونية في الأعراف الموحدة، مجلة المحامون السورية، ع2، 1998، ص 212.

وهو ما أكده أيضاً في هذا الصدد القضاء الأمريكي⁽¹⁾ في قضية (CCF.Inc(VS)National bank) - حيث قرر ((أن الاعتماد المستندي منفصل ومستقل عن إلتزامات المدين في عقد الأساس)).

ويتبين مما تقدم أن مبدأ استقلال الاعتماد المستندي هو الذي يقوي ويدعم وظيفته كأداة وفاء مضمونة في عقد البيع الدولي، لأن وجود هذا المبدأ إنما يخدم مصالح كل من المصرف والعميل الأمر والمستفيد على حد سواء .

حيث يذهب البعض في معرض التعليق على هذا المبدأ⁽²⁾ إلى أن وجود هذا المبدأ يجنب المصرف الدخول في منازعات قانونية قد تنشأ بين العميل الأمر والمستفيد نتيجة عدم تنفيذ عقد الأساس بينهما، كما أنه في ذات الوقت يحمي مصلحة المستفيد من الاعتماد ويضمن له عدم ضياع حقوقه لأن المصرف المصدر ملتزمٌ أمامه كمدين أصلي وليس وكياً عن العميل الأمر ذلك كله متى كان الاعتماد المستندي قطعياً وغير قابل للإلغاء.

كما أن وظيفة الاعتماد المستندي باعتباره أداة وفاء وبالإضافة إلى كونها تحمي مصالح البائع (المستفيد) من الاعتماد فإنها تحمي وتطمئن المشتري بأنه سيحصل على البضاعة في الوقت المحدد من خلال شروط فتح الاعتماد المستندي التي تلزم البائع بتقديم مستندات تفيد بشحن البضاعة بالفعل والتي يأتي على رأسها ما يعرف بسند أو بوليصة الشحن، حيث إن المصرف المصدر لن يقوم بوفاء قيمة الاعتماد للمستفيد إلا بعد أن يقدم هذا الأخير المستندات المطلوبة تحديداً وأن تكون مطابقة لشروط الاعتماد، فالمصارف في إطار منح الاعتمادات المستندية إنما تتعامل بالمستندات لا بالبضائع.

(1) مشار إليه لدى، أكرم إبراهيم حمدان، المرجع السابق، ص19.

(2) محمد أبو هزيم، أهمية الاعتماد المستندي، مجلة البنوك في الأردن، المجلد الواحد والعشرين ، ع5، 2002، ص9، أكرم إبراهيم حمدان، المرجع السابق، ص19 وما بعدها.

وهو ما أكدته الأصول والأعراف الدولية الموحدة في المادة (5) بقولها ((تتعامل المصارف بمستندات ولا تتعامل ببضائع أو خدمات التي من الممكن أن تتعلق بها المستندات)).

وفي معرض التعليق على هذه المادة يرى باحثون⁽¹⁾ أنه من خلال مبدأ تعامل المصارف بالمستندات وليس بالبضائع متى قدم المستفيد من الاعتماد المستندات المطلوبة وكانت مطابقة ظاهرياً لشروط الاعتماد فإن المصرف المصدر يكون ملزماً بالوفاء للمستفيد ودون النظر إلى الحالة الحقيقية للبضائع التي تمثلها المستندات المقدمة، كما أنه ووفقاً لهذا المبدأ لا يستطيع العميل الأمر أن يرفض استلام المستندات من المصرف المصدر بحجة أن البضائع لم تكن مطابقة لشروط ومواصفات عقد البيع (عقد الأساس) بينه وبين البائع.

أما في حال كون المستندات المقدمة ليست المتفق عليها بموجب عقد الاعتماد فإن من حق المصرف رفضها حتى وإن كانت تؤدي نفس وظيفة المستندات المحددة في الاعتماد وهو ما أكده القضاء الانجليزي⁽²⁾ في قضية J.H.Rayner and Co.Ltd and Oil Seeds Trading Co.) Ltd(VS) Hambros Bank حيث قررت المحكمة بأنه ((يجب علي البائع تقديم المستندات المحددة تماماً في عقد الاعتماد وإذا لم يفعل ذلك فإنه يجب على المصرف عدم الوفاء بقيمة الاعتماد، والسبب في ذلك يعود إلى أن كل مستند في الاعتماد إنما يخدم غاية معينة لدى العميل الأمر وليس للمصرف الاجتهاد على تعليماته، كأن يقبل مستندات مشابهة للمستندات التي نص عليها الاعتماد بل يجب أن تكون المستندات ذاتها التي نص عليها الاعتماد حيث إنه لا مجال لقبول المستندات المشابهة لشروط الاعتماد أو التي تؤدي الغرض ذاته...))

(1) انظر، أحمد نوري الزيادات، تغليب مصلحة البائع على مصلحة المشتري، مرجع سابق، ص 57، كامل الوادي، مرجع سابق، ص 20.

(2) مشار إليه لدى، أكرم إبراهيم حمدان، المرجع السابق، ص 57 .

وهو ما رسخه أيضاً القضاء الأمريكي⁽¹⁾ في قضية (Insurance Co. Of North America (VS) Heritage Bank) حيث قررت محكمة التمييز الأمريكية بأنه ((عقد الاعتماد المستندي عقد قائم على المستندات، وكل مستند يخدم غاية معينة، وإذا ما أخفق المستفيد في تقديم مستند معين فإن المصرف غير ملزم بالوفاء بقيمة الاعتماد...)).

كما أنه وما يعزز وظيفة الاعتماد المستندي كوسيلة وفاء مضمونة من خلال هذا المبدأ، هو أن التزام المصرف المصدر بمطابقة المستندات لشروط الاعتماد إنما هي مطابقة ظاهرية فقط، وبالتالي لا يرهق البنك المصدر في تتبع حقيقة المستندات، وإنما عليه أن يطابقها بشكل ظاهري- إن جاز التعبير - يدعمه في ذلك مبدأ الكفاية الذاتية للمستندات المقدمة. فمتى كانت مطابقة في ظاهرها لشروط الاعتماد يلتزم المصرف بالوفاء للمستفيد مع احتفاظه بحقه في مواجهة العميل الأمر حتى ولو تبين فيما بعد أن المستندات كانت مزورة أو أن البضائع غير مطابقة لشروط عقد الأساس.

لذا يتضح لنا جلياً أن هذا المبدأ يقلل من حجم المخاطر التي يتعرض لها المصرف المصدر في هذا الشأن، ويجعله يتقدم دون أي تردد لمنح الاعتمادات المستندية لطالبيها من العملاء مما يدعم وظيفة هذه الاعتمادات كأداة وفاء في عقد البيع الدولي.

وهو ما نصت عليه وأكدته في هذا الصدد المادة (14) من الأصول والأعراف الموحدة بقولها ((أ- يجب على المصرف المسمى الذي يتصرف بناء على تسميته والمصرف المعزز إن وجد والمصرف المصدر أن يفحصوا التقديم استناداً إلى المستندات وحدها بتحديد ما إذا كانت المستندات تشكل في ظاهرها تقديماً مطابقاً أم لا)).

وذاً المبدأ أعادت تأكيده المادة (34) من الأصول والأعراف الدولية الموحدة والتي جاءت معنونة بعبارة (عدم المسؤولية عن فعالية المستندات) والتي جاء فيها

(1) مشار إليه لدى، أحمد نوري الزيات، دراسات في الاعتماد المستندي، المرجع السابق، ص 40 .

((لا يتحمل المصرف أي التزام أو مسؤولية عن الشكل أو الكفاية أو الدقة أو الصحة أو الزيف أو الأثر القانوني لأي مستند أو عن الشروط العامة أو الخاصة المنصوص عليها في المستند أو المضافة إليه، كما لا يتحمل المصرف أي التزام أو مسؤولية عن الوصف، أو الكمية، أو الوزن، أو النوعية، أو الحالة، أو التغليف، أو التسليم، أو القيمة، أو وجود البضائع، أو الخدمات، أو أي أداء آخر يمثله أي مستند...))

هذا وقد تم ترسيخ مبدأ المطابقة الظاهرية بموجب المادة (747) من قانون النشاط التجاري الليبي بقولها ((على المصرف أن يتحقق من مطابقة المستندات للشروط المنصوص عليها في الاعتماد...)) كما أن المادة (748) من ذات القانون قد أكدت على هذا المبدأ بقولها ((لا يسأل المصرف إذا كانت المستندات المقدمة مطابقة في ظاهرها للتعليمات التي تلقاها من الأمر، كما لا يتحمل المصرف أية مسؤولية فيما يتعلق بتعيين البضاعة التي فتح بسببها الاعتماد، أو بكميتها، أو بوزنها، أو حالتها الخارجية، أو تغليفها، أو قيمتها، لا فيما يتعلق بتنفيذ المرسلين أو المؤمنين لالتزاماتهم)).

كما أرست المحكمة العليا الليبية⁽¹⁾ هذا المبدأ بقولها ((من المقرر أن فتح الاعتماد المستندي يرتب على المصرف وعلى ما جرى به العرف التجاري التزاما بفحص المستندات والتحقق من مطابقة البيانات الواردة بها للشروط الواردة في خطاب الاعتماد وأن يرفض المستندات إذا وجدها غير مطابقة لهذه الشروط ويمتنع عن دفع قيمة البضاعة وإلا كان المصرف مسؤولاً قبل العميل)).

وهو ما أكده في هذا الصدد القضاء المصري⁽²⁾ في حكم محكمة النقض المصرية بقولها ((الاعتماد المستندي غير قابل للإلغاء يلزم بمقتضاه البنك الذي فتح الاعتماد بالوفاء بقيمته متى كانت المستندات المقدمة إليه مطابقة تماماً بما

(1) طعن تجاري رقم (40/90) ق بتاريخ 1994/5/1.

(2) قضاء النقض المصري، طعن رقم (372) لسنة 90 ق جلسة 18-2-1990.

تضمنه خطاب الاعتماد دون أن يكون له في ذلك أدنى سلطة في التقرير أو التفسير أو الاستنتاج...)).

ومن ثم ومن خلال نصوص الأعراف الدولية الموحدة وكذلك نصوص القانون الليبي وما جرى عليه العمل القضائي، يتبين لنا بأن مبدأ المطابقة الظاهرية قد رسخ وبشكل عميق دور الاعتمادات المستندية كأداة وفاء مرغوبة ومقبولة من قبل أشخاص التجارة الدولية، حيث إنه وبفضل هذا المبدأ يتم تفعيل عنصر السرعة في إتمام الصفقات التجارية وتشجيع المصارف على الإقدام بثقة كبيرة على منح الاعتمادات المستندية لزبائنها دون التخوف من أية مخاطرة أو تبعات؛ لأن المصارف وبموجب هذا المبدأ لا تتحمل أية مسؤولية قانونية قد تترتب علي تزوير المستندات المطلوب تقديمها بموجب عقد الاعتماد أو متى اتضح بأن هذه المستندات غير مطابقة للبضاعة. وإنما يقع علي المصارف التزام بالمطابقة الظاهرية لهذه المستندات مع شروط عقد الاعتماد وفي إطار الكفاية الذاتية للمستند المقدم دون البحث في أية حقائق موضوعية خارجة عن نطاق هذه المستندات.

الفرع الثاني :

وظيفة الاعتماد المستندي كأداة ائتمان

يقوم الاعتماد المستندي بدور مهم للغاية في تمويل أطراف عقد البيع الدولي، حيث أوجد التعامل بالاعتمادات المستندية نوعاً من الثقة بين البائع والمشتري نتيجة لوجود وسيط محايد يتمتع بالمصداقية والثقة التجارية المأمولة ألا وهو المصرف المصدر للاعتماد المستندي.

وفي هذا الصدد يري البعض⁽¹⁾ بأن وظيفة الاعتماد المستندي باعتباره أداة ائتمان تبرز في كونه يوفر الثقة اللازمة بين أطرافه، ويحل مشكلة ارتفاع تكاليف

(1) انظر، أحمد نوري الزيادات، تغليب مصلحة البائع على مصلحة المشتري، مرجع سابق، ص 60 وما بعدها،

أكرم إبراهيم حمدان، مرجع سابق، ص 7 وما بعدها.

إنتاج السلع، وشحنها والتي عادة ما ترهق البائع (المستفيد) لأنه قد لا يكون قادراً على تغطية هذه النفقات ابتداءً. ومن ثمَّ يبرز دور الاعتماد المستندي باعتباره أداة ائتمان تمكن البائع من تمويل الصفقة من خلال عقد الاعتماد.

حيث يذهب هذا الجانب من الفقه إلى أن ذات الإشكالية والمخاوف تواجه المشتري فقد لا يكون قادراً على دفع ثمن البضاعة مقدماً في الوقت الحالي، أو أنه لو فعل ذلك فإنه سيحرم من استغلال جزء من رأس ماله خلال الفترة الممتدة من تاريخ إبرام عقد الاعتماد حتى تاريخ وصول البضاعة إليه واستلامها ومن ثم بيعها، وهي مدة زمنية كما سبق وبيننا طويلة نسبياً وخاصة في عقود البيوع البحرية.

إلا أنه وعن طريق استخدام الاعتماد المستندي فإنه يستطيع تمويل الصفقة دون إثارة هذه المخاوف. حيث إنه سيتم تقاسم تكاليف تمويل الصفقة بين الطرفين وبشكل متوازن وعادل؛ لأن دفع الثمن في الاعتماد المستندي لا يتم إلا بعد أن يتم شحن البضاعة وتقديم مستندات مطابقة لشروط الاعتماد، فتكون تكاليف تمويل الصفقة خلال الفترة من إبرام العقد إلى تقديم المستندات على البائع، أما تكاليف تمويل الصفقة خلال الفترة من استلام المستندات ووصول البضاعة فتكون على المشتري.

إلا أنه وعلى الرغم مما تقدم فإن وظيفة الاعتماد المستندي باعتباره أداة ائتمان بالنسبة لطرفي عقد البيع الدولي، إنما تظهر جلياً في بعض أنواع الاعتمادات المستندية التي تمنح الائتمان للبايع والمشتري على حدٍ سواء.

حيث يذهب جانب من الفقه⁽¹⁾ إلى أنه بالنسبة للبايع في عقد البيع الدولي قد لا يكون هو منتج البضاعة وإنما يتحصل عليها من طرف ثانٍ خارجي يصر على أن يتم الوفاء بواسطة اعتماد مستندي فيصبح البائع في هذه الحالة مجرد وسيط في هذه العملية بين هذا الطرف الخارج عن علاقة الاعتماد المستندي والمشتري ولكنه وعن طريق الاعتماد المستندي الممنوح للبايع من قبل المشتري يستطيع البائع

(1) انظر، أحمد نوري الزيادات، تغليب مصلحة البائع على مصلحة المشتري، مرجع سابق، ص 60، كامل الوادي،

المستفيد تمويل الصفقة مع الطرف الخارجي من خلال الاتفاق المسبق بين البائع والمشتري، على أن يكون الاعتماد الذي سيمنح قابلاً للتحويل، وبالتالي يستطيع البائع أن يقوم بتحويل جزء من قيمة هذا الاعتماد إلى الطرف الخارجي، والحصول على الائتمان المطلوب لتمويل هذه الصفقة.

وهو ما أكدته المادة (38) من الأصول والأعراف الدولية الموحدة والتي جاءت معنونة بعبارة ((الاعتمادات القابلة للتحويل)). حيث نصت على أنه ((ب) - لغايات هذه المادة: الاعتماد القابل للتحويل هو الاعتماد الذي ينص صراحة على أنه قابل للتحويل والذي يمكن أن يكون متاحاً إما كلياً أو جزئياً لمستفيد آخر (المستفيد الثاني) بناء على طلب المستفيد (المستفيد الأول)...)).

حيث تتم إجراءات تحويل الاعتماد عن طريق قيام البائع بإعادة الاعتماد الأصلي إلى البنك المصدر مصحوباً بطلب تحويل جزء من هذا الاعتماد لصالح الطرف الخارجي. فيقوم المصرف المصدر بإصدار اعتماد جديد يكون المستفيد منه هو الطرف الخارجي، وبضمانة الاعتماد الأصلي، وبنفس شروط الاعتماد الأصلي، باستثناء بعض التعديلات التي تهدف إلى حماية البائع. حيث لا يذكر فيه اسم المشتري (العميل الأول) وإنما اسم البائع باعتباره هنا العميل الأمر، كما أن قيمة الاعتماد الجديد تكون أقل من قيمة الاعتماد الأصلي والفرق في القيمة هو هامش ربح البائع.

وهو ما أكدته الفقرة (ز) من المادة (38) المشار إليها آنفاً بقولها ((ز) - يجب أن يعكس الاعتماد المحول بشكل دقيق شروط وأزمة الاعتماد، بالإضافة إلى التعزيز إن وجد باستثناء ما يلي : مبلغ الاعتماد، أي سعر وحدة مذکور في الاعتماد، تاريخ الانتهاء، فترة التقديم أو آخر موعد للشحن أو الفترة المعطاة للشحن...)).

وبعد قيام البنك بدفع قيمة الاعتماد المحول للطرف الخارجي، يتم استبدال الفواتير والمستندات باسم البائع، ويتم دفع بقية مبلغ الاعتماد الأصلي إلى البائع،

حيث إنه بموجب الاعتماد القابل للتحويل استطاع البائع الحصول على الائتمان اللازم لتمويل الصفقة مع الطرف الخارجي على حساب المشتري.⁽¹⁾

وهو ما نصت عليه الفقرة (ز) والفقرة (ح) من المادة (38) بقولها ((يمكن استبدال اسم طالب الإصدار باسم المستفيد الأول، إذا اشترط الاعتماد الأصلي أن يظهر اسم طالب الإصدار بالتحديد على أي مستند من المستندات خلاف الفاتورة، فيتوجب أن يظهر ذلك الشرط في الاعتماد المحول... (ح) يحق للمستفيد الأول أن يستبدل فاتورته وسحوباته أن وجدت، بفاتورة وسحوبات المستفيد الثاني، وذلك في حدود مبالغ لا تتجاوز المبلغ الأصلي المنصوص عليه في الاعتماد بهذا الاستبدال يمكن للمستفيد الأول أن يسحب بموجب الاعتماد الفرق إن وجد بين فاتورته وفاتورة المستفيد الثاني...))

كما أن هناك وجهاً آخر لمنح الائتمان للبائع وذلك عن طريق نوع آخر من الاعتمادات المستندية، هو المعروف بالاعتماد الظهيري. فعن طريق هذا الاعتماد يستطيع البائع الحصول على الائتمان اللازم لتحويل الصفقة عن طريق حوالة حقه في الاعتماد الأصلي الممنوح له من قبل المشتري إلى الطرف الخارجي، فيتم إصدار اعتماد جديد لمصلحة هذا الأخير وبضمانة الاعتماد الأصلي.

أما بالنسبة للحالة التي يصر فيها الطرف الخارجي على ضرورة الوفاء له نقداً ومقدماً وليس عن طريق أي نوع من أنواع الاعتمادات المستندية، ففي هذه الأحوال يستطيع البائع وبفضل الوظيفة الائتمانية للاعتماد المستندي من الحصول على الائتمان اللازم لتمويل صفقته مع الطرف الخارجي عن طريق نوع ثالث من الاعتمادات المستندية يسمى بالاعتماد ذي الشرط الأحمر. حيث يتم الاتفاق بين البائع والمشتري ابتداءً على فتح اعتماد مستندي ذي الشرط الأحمر لمصلحة البائع، ففي هذا الاعتماد يتعهد البنك بأن يدفع للمستفيد مبلغ الاعتماد كاملاً أو جزءاً منه حتى قبل قيام البائع بتقديم المستندات التي تدل على شحن البضاعة. فبموجب هذا

(1) انظر، كامل الوادي، مرجع سابق، ص 40 - 41، أحمد نوري الزيدات، تغليب مصلحة البائع على مصلحة

المشتري، مرجع سابق، ص 60 .

الاعتماد يحصل البائع على السيولة اللازمة لتمويل صفقته مع الطرف الخارجي وذلك كله على حساب المشتري⁽¹⁾.

أما إذا رفض المشتري فتح الاعتماد ذي الشرط الأحمر لمصلحة البائع فإن هذا الأخير باستطاعته الحصول على الائتمان اللازم لتمويل صفقته عن طريق حوالة حقوقه بموجب الاعتماد الأصلي إلى البنك الذي يتعامل معه البائع، ويحصل مقابل ذلك على قرض مالي من هذا البنك، ويقوم بتمويل الصفقة مع الطرف الخارجي بإنتاج السلعة وشحنها والتأمين عليها وغيرها من المسائل اللازمة لإتمام الصفقة مع المشتري.

ومن جهة أخرى، وإن كان باستطاعة البائع الحصول على الائتمان بموجب عقد الاعتماد المستندي، فإن المشتري هو الآخر بإمكانه الحصول على ذات الائتمان اللازم لتمويل صفقته مع البائع مستفيداً من الميزة الائتمانية لنظام الاعتماد. حيث إنه في بعض الأحيان قد لا يستطيع المشتري أو لا يرغب في دفع ثمن البضاعة إلا بعد استلامها وبيعها، ومن ثم تسديد قيمة الاعتماد للمصرف المصدر. ففي هذه الحالة يستطيع المشتري أن يحصل على الائتمان اللازم من خلال نوع معين من أنواع الاعتمادات المستندية وهو اعتماد القبول.

فعن طريق هذا النوع من الاعتماد يتم الاتفاق بين البائع والمشتري على أن يقوم البائع بسحب سفتجة بقيمة البضاعة تكون مستحقة الوفاء بعد فترة معينة من تقديم المستندات يتعهد البنك المصدر بقبولها ووفاء قيمتها في ميعاد الاستحقاق مقابل تقديم مستندات مطابقة لشروط الاعتماد، ومن ثم يقوم المصرف المصدر بتسليم هذه المستندات إلى المشتري، والذي بدوره يستلم البضاعة ويقوم ببيعها وإيداع ثمنها لدى المصرف المصدر قبل ميعاد استحقاق السفتجة⁽²⁾.

(1) انظر، أحمد نوري الزيادات، تغليب مصلحة البائع على مصلحة المشتري، مرجع سابق، ص 61 .

(2) لمزيد من التفصيل انظر، أحمد نوري الزيادات، تغليب مصلحة البائع على مصلحة المشتري في الاعتمادات

المستندية، مرجع سابق، ص 61 .

كما أن المشتري في إطار عقد الاعتماد المستندي بإمكانه الحصول على الائتمان بطريقة أخرى وذلك عن طريق نوع ثان من الاعتمادات المستندية يسمى اعتماد الدفع المؤجل. فبموجب هذا النوع من الاعتمادات يلتزم المصرف المصدر بأن يدفع ثمن البضاعة في ميعاد محدد بعد تسلم المستندات من البائع متى كانت مطابقة لشروط الاعتماد.⁽¹⁾

وهذا النوع من الاعتمادات لا يختلف عن اعتماد القبول المشار إليه آنفاً والفرق بينهما يكمن في أنه في اعتماد القبول توجد سفتجة يقبلها المصرف المصدر مقابل حصوله على مستندات مطابقة، بحيث يتمكن البائع إذا احتاج إلى السيولة قبل موعد استحقاق السفتجة أن يقوم بخصمها لدى أي مصرف ويحصل على مبلغها الذي هو مبلغ الاعتماد وهذا ما لا يوجد في اعتماد الدفع المؤجل نظراً لعدم وجود أية سفتجة.

وفي نهاية هذا المطلب نود التأكيد على أن تميّز نظام الاعتماد المستندي عن غيره من وسائل الدفع الأخرى إنما يكمن في كونه أداة متميزة للدفع والائتمان مما يشجع كافة أطراف التجارة الدولية على قبوله لتسوية مدفوعاتهم المترتبة عن عقد البيع الدولي نظراً لما يوفره من ثقة بين المتعاملين من أطراف التجارة الدولية، وما يميز به من سرعة في تسوية المدفوعات.

هذا بالإضافة إلى السعة التي يمنحها لأطرافه في الحصول على الائتمان المطلوب في الوقت المناسب عن طريق الاعتماد ذاته وعلى النحو السالف بيانه مما يجعله وسيلة آمنة للوفاء والائتمان على حد سواء.

إلا أنه وعلى الرغم مما تقدم فإنه يوجد هامش من المخاطر الائتمانية وخصوصاً على البنك المصدر للاعتماد، والتي يمكن الحد منها أو التغلب عليها متى ما أحسن فهم واستيعاب القواعد القانونية الحاكمة لنظام الاعتماد وهو ما سنتناوله من المطلب الثاني.

(1) لمزيد من التفصيل انظر، أحمد نوري الزيدات، تغليب مصلحة البائع على مصلحة المشتري في الاعتمادات المستندية، مرجع سابق، ص 61.

المطلب الثاني :

مخاطر الاعتماد المستندي ووسائل الحد منها

إن عملية منح الاعتمادات المستندية باعتبارها من العمليات المصرفية التي تقوم بها المصارف تتعرض لمخاطر مختلفة، شأنها في ذلك شأن العمليات المصرفية الأخرى، وإن كانت عملية الاعتماد أكثر مخاطر من غيرها، وذلك لأنها تستعمل في تمويل وتسوية الصفقات التجارية على المستوى الدولي مما يؤدي إلى مخاطر أوسع وأكثر تعقيداً بالنسبة لأطراف عقد البيع الدولي سواء المورد أو المستورد أو المصرف المصدر للاعتماد. وسنحاول من خلال هذا المطلب الحديث عن المخاطر الناتجة عن استخدام الاعتماد المستندي كأداة لتسوية عقد البيع الدولي (الفرع الأول) وكذلك الحديث عن الوسائل التي يمكن اتخاذها للحد من هذه المخاطر (الفرع الثاني).

الفرع الأول :

ماهية المخاطر الناجمة عن استخدام الاعتماد المستندي

على الرغم من المميزات الكبيرة لنظام الاعتمادات المستندية في مجال التجارة الدولية عموماً، وعقد البيع الدولي خصوصاً باعتباره أداة وفاء وأداة ائتمان مضمونة المخاطر، إلا إن هذه المميزات الفريدة لم تشفع للاعتماد المستندي بأن يكون الأداة المثالية في تسوية المدفوعات الدولية، حيث لا تزال عملية الاعتماد المستندي تعاني من بعض المخاطر التي تعاني منها وسائل الوفاء التقليدية الأخرى، وذلك باعتباره من العمليات المصرفية الدولية الأوسع انتشاراً واستعمالاً، لأن عقد الاعتماد المستندي إذا لم يحسن فهمه والتعامل معه على درجة من الحرفية القانونية فإنه قد يعرض أطرافه إلى بعض المخاطر سواء منهم المشتري (أولاً) أو البائع (ثانياً) أو المصرف المصدر (ثالثاً).

أولاً : المخاطر التي يتعرض لها المشتري (العميل الأمر)

على الرغم من الوظائف المهمة التي يقوم بها الاعتماد المستندي باعتباره أداة وفاء وأداة ائتمان في الوقت ذاته، والتي أعطته أفضلية عن وسائل الوفاء التقليدية

الأخرى نظراً للمبادئ التي يقوم عليها الاعتماد المستندي، والممثلة في كونه مستقلاً عن عقد الأساس المبرم بين البائع والمشتري وكونه يتعامل من خلال المستندات دون البضائع، وكذلك مبدأ الفحص الظاهري لهذه المستندات. هذه المبادئ مجتمعة كانت وراء فعالية وظيفته الاعتماد المستندي المتميزة في مجال التجارة الدولية، إلا أنه بموجب آلية عمل الاعتماد المستندي فإن المشتري وهو العميل الأمر في معادلة الاعتماد المستندي قد يتعرض إلى مخاطر كثيرة بسبب آلية العمل هذه. حيث إنه و بمجرد إبرام عقد الاعتماد فإن المشتري وتنفيذاً لالتزامه بموجب هذا العقد سيقوم بالوفاء مقدماً بقيمة الاعتماد إلى البنك المصدر، وهذا الأخير يقوم بدوره باستلام المستندات المطلوبة من قبل البائع والوفاء بقيمة الاعتماد. متى كانت هذه المستندات مطابقة في ظاهرها لشروط الاعتماد وليس بالضرورة لشروط عقد الأساس المبرم بين البائع والمشتري.

ووفقاً لهذه الآلية المتبعة يذهب جانب من الفقه⁽¹⁾ إلى أن المشتري قد يتعرض لخطر قيام البائع بشحن بضائع و سلع غير مطابقة لمواصفات وشروط عقد الأساس المبرم بينه وبين البائع، وأحياناً قد لا يقوم بشحن أية بضائع أصلاً فيكون المشتري قد خسر حقوقه بموجب نظام الاعتماد المستندي، وذلك لأنه قام بالوفاء للمصرف المصدر ولكنه استلم بضائع و سلعاً غير مطابقة.

وفي ذات الوقت لا يحق للمشتري الرجوع على المصرف المصدر الذي قام بتنفيذ التزامه باستلام مستندات مطابقة لشروط الاعتماد المستندي، لأنه وكما نعلم بأن المصارف تتعامل في إطار عقد الاعتماد بالمستندات، وليس بالبضائع والسلع التي تمثلها هذه المستندات. وبالتالي لا يبقى أمام المشتري إلا الرجوع على البائع

(1) لمزيد من التفصيل انظر، عبد الله حسين الخشروم، مؤيد أحمد عبيدات، المخاطر المترتبة على الاعتماد المستندي دراسة تحليلية، بحث منشور في مجلة المنارة، المجلد الخامس عشر، ع2، 2009، ص159، ممدوح محمد الرشيدان، التشريعات المالية والمصرفية في الأردن، دار وائل للنشر، ط2، 2005، ص172 وما بعدها، أحمد خليل جلال، مدى مسؤولية البنك في عقد الاعتماد المستندي، بحث منشور في مجلة المحاماة، ع5، 1998، ص76.

(المستفيد) بموجب القواعد العامة، وليس بموجب عقد الاعتماد المستندي مما يتطلب إقامة دعوى قضائية أمام المحاكم المختصة؛ الأمر الذي قد يستغرق وقتاً طويلاً، هذا بالإضافة إلى الوقوع في إشكالية تنازع القوانين بين دولة المشتري ودولة البائع، مما يجعل المسألة أكثر تعقيداً الأمر الذي قد يعرض المشتري لضياح حقوقه حتى بموجب القواعد العامة أحياناً.

وهذه المخاطر قد أكدتها إحدى القضايا الشهيرة التي عرضت على القضاء العراقي⁽¹⁾ وهي قضية تتعلق بفتح ثلاث اعتمادات مستندية من قبل أحد المصارف العراقية لحساب تاجر عراقي لتغطية قيمة صفقة استيراد كميات من الأخشاب والحديد من شركة نمساوية وبعد قيام المصرف بفتح الاعتمادات الثلاثة ودفع ما قيمته 25% من مبالغ هذه الاعتمادات إلى الطرف النمساوي علي أن يدفع الباقي بسحوبات آجلة وذلك بحسب الاتفاق، إلا أنه وفي فترة لاحقة تبين أن المجهز الأجنبي لم يقيم بشحن أية بضاعة وأن المستندات التي قدمت للمصرف كانت مزورة، وكانت نتيجة الحكم عدم مسؤولية المصرف لأن التزامه هو المطابقة الظاهرية للمستندات وغير مسؤول عن سلامة هذه المستندات من الغش متى كان ظاهرها لا يوحي بذلك، مما أدى إلى خسارة المشتري حقوقه بموجب عقد الاعتماد.

كما أنه ومن المخاطر التي قد يتعرض لها المشتري بموجب التعامل بعقد الاعتماد المستندي كأداة لتسوية عقد البيع الدولي عدم التزام المصرف المصدر بتعليمات العميل الأمر (المشتري) بخصوص شروط فتح الاعتماد المستندي، حيث إنه في بعض الأحيان قد يتجاوز البنك المصدر صلاحياته بموجب عقد الاعتماد كنوع الاعتماد الواجب منحه للبائع أو صلاحيته أو نوع العملة أو بتعزيز الاعتماد أو زيادة مبلغ الاعتماد على المتفق عليه، أو التغاضي عن بعض المستندات التي

(1) حكم محكمة التمييز العراقية، رقم (627) في 1986/11/28، مشار إليه لدى، نسيبة إبراهيم حمو، بختيار صابر بايز، مخاطر الاعتماد المستندي ووسائل الحد منها، دراسة منشورة في مجلة الرافدين للحقوق، ع48، لسنة 2011، ص 12 - 13.

طلبها العميل عند فتح عقد الاعتماد أو قبول مستندات غير مطابقة.⁽¹⁾ لذا وجب على المصرف المصدر لدرء هذه المخاطر ضرورة الالتزام الحرفي بتعليمات العميل الأمر. حيث يقع عليه التزام بقبول المستندات المقدمة متى كانت مطابقة ظاهرياً لشروط فتح الاعتماد المتفق عليها مع المشتري (العميل). وهو ما أكدته محكمة التمييز الأردنية⁽²⁾ في أحد أحكامها بالقول ((... إن البنك الذي ينشئ الاعتماد لا يقبل المستندات المقدمة من المستفيد إلا إذا كان بينها وبين شروط الاعتماد تطابق تام...)).

حيث إنه وكما نعلم بأن شروط منح الاعتماد المستندي في حقيقتها ما هي إلا انعكاسٌ لشروط عقد الأساس المبرم بين البائع والمشتري. لذا يجب على المصرف المصدر الالتزام بتعليمات العميل الأمر بخصوص شروط فتح الاعتماد وعدم التجاوز بشأنها، ولو كان لمصلحة العميل الأمر متى كانت هذه التعليمات واضحة ومحددة ومفصلة لا لبس فيها.

وفي هذا الصدد ذهب بعض الفقه⁽³⁾ إلى أن تجاوز البنك المصدر وعدم التزامه بتعليمات العميل الأمر، كأن يفتح اعتماداً بشروط ذات أفضلية للمستفيد أو فتح اعتماد بشروط أضيق بكثير مما طلبه العميل الأمر، فإن البنك يكون قد أخل بالتزامه بموجب عقد الاعتماد مما يعرضه للمسؤولية القانونية في مواجهة عميله الأمر، لأن هذا التجاوز يلحق ضرراً بمصالح المشتري بموجب عقد الاعتماد المستندي كما أنه يعطى للمستفيد مميزات غير متفق عليها بموجب عقد الأساس مما قد يلحق ضرراً بحقوق المشتري ويطيل أمد استيفاء حقوقه.

(1) انظر، علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، ط1، 1993، ص8، عبد الله حسين

الخشروم، مؤيد أحمد عبيدات، المرجع سابق، ص166، ممدوح محمد الرشيدان، مرجع سابق، ص176.

(2) تمييز حقوق قرار رقم (316)، مجلة المحامين ع 5، لسنة 1990، ص2092 وما بعدها.

(3) انظر، عبد الله حسين الخشروم، مؤيد أحمد عبيدات، مرجع سابق، ص167، علي جمال الدين عوض،

المرجع السابق، ص144، عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، ج2، دار

الثقافة للنشر، عمان، 2005، ص430 وما بعدها، هاني محمد أدويدر، الوحيز في العقود والعمليات

المصرفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2008، ص303.

ويرى آخرون⁽¹⁾ بأن ذات المخاطر قد تواجه المشتري في حالة إهمال المصرف المصدر أو تقصيره في تنفيذ عقد الاعتماد المستندي كإهمال المصرف المصدر فتح الاعتماد ابتداءً أو تقصيره في تبليغ المستفيد من الاعتماد في الموعد المحدد والمتفق عليه مع المشتري بموجب شروط فتح الاعتماد المستندي، حيث إن المصرف لا يكون ملزماً بعقد الاعتماد إلا من تاريخ وصول خطاب الاعتماد إلى المستفيد في الموعد المتفق عليه، أو في أقرب وقت ممكن، وأن يبذل المصرف المصدر في ذلك العناية التي يقدرها قاضي الموضوع؛ لأن إهماله أو تقصيره يقيم مسؤوليته القانونية أمام العميل الأمر، ويطيل أمد النزاع أمام المحاكم المختصة.

ثانياً : المخاطر التي يتعرض لها البائع (المستفيد)

إن استخدام الاعتماد المستندي لتسوية مدفوعات عقد البيع الدولي وكما قد يرتب مخاطر على المشتري فإنه في الوقت ذاته قد يرتب مخاطر على البائع بسبب آلية عمل الاعتماد المستندي. حيث إنه وكما نعلم يجب على البائع (المستفيد) أن يقدم إلى البنك المصدر ما يفيد قيامه بشحن البضاعة وبقية المستندات الأخرى التي يشترطها عقد الاعتماد، ومن ثم يقوم المصرف المصدر - بعد استلامه لهذه المستندات ومطابقتها ظاهرياً - بالوفاء للمستفيد. ففي الحالات التي يقوم فيها البائع بشحن البضاعة قبل الحصول على ثمنها فقد يتعرض لبعض المخاطر كضياع المستندات التي تمثل البضاعة أثناء إرسالها للبنك المصدر الأمر الذي يعرضه لفقدان حقوقه بموجب عقد الاعتماد.⁽²⁾

(1) انظر، عبد الله حسين الخشروم، مؤيد أحمد عبيدات، المرجع السابق، ص 162 وما بعدها، زينب السيد سلامه، دور البنوك في الاعتمادات المستندية، اطروحة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، 1990، ص 259، محمد الشحات الجندي، فقه التعامل

المالي والمصرفي، دار النهضة العربية، ط1، 1989م، ص144.

(2) انظر، حسن شحادة الحسين، موقف البنوك من المستندات المخالفة في الاعتماد المستندي، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة،

2001، ص138، عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص341.

هذا لأن البنك المصدر وبموجب الأصول والأعراف الدولية الموحدة لا يتحمل أية مسؤولية قانونية في حالة ضياع أو فقدان المستندات وهي في طريقها إليه وهو ما أكدته المادة (35) من هذه الأعراف والتي نقرأ فيها ((لا يتحمل المصرف أي التزام أو مسؤولية عن النتائج الناجمة عن التأخير أو الفقدان خلال الإرسال أو التشويه... ناجمة عن إرسال أية ... مستندات عندما تكون هذه المستندات قد تم إرسالها أو نقلها طبقاً لمتطلبات الاعتماد)).

حيث إن المصرف المصدر لن يقوم بالوفاء ما لم تقدم إليه هذه المستندات في فترة صلاحية الاعتماد. فهنا لن يحصل البائع على ثمن البضاعة على الرغم من كونه قد قام بشحنها فعلياً وهي في طريقها إلى المشتري.

وفي هذا الصدد ذهب جانب من الفقه⁽¹⁾ إلى أنه وعلى الرغم من ذلك فإن باستطاعة المستفيد (البائع) أن يقوم بتقديم مستندات جديدة تمثل البضاعة بدلاً من تلك التي ضاعت وأن كان ذلك قد يستغرق وقتاً، وبالتالي ولضمان حقوقه بموجب الاعتماد المستندي الممنوح له يجب على البائع (المورد) أن يقوم بتقديم هذه المستندات البديلة أثناء صلاحية الاعتماد وإلا كان من حق المصرف المصدر رفض المستندات المقدمة خارج تاريخ الصلاحية حتى وإن كانت مطابقة لشروط الاعتماد، وبالتالي عدم الوفاء للمستفيد فلا يكون أمام هذه الأخير إلا الرجوع على المشتري بموجب القواعد العامة، وليس بموجب عقد الاعتماد المستندي الأمر الذي يتطلب رفع دعوى قضائية قد تأخذ وقتاً طويلاً أمام المحاكم هذا بالإضافة إلى إشكالية تنازع القوانين بين دولة المشتري ودولة البائع مما يهدد هذا الأخير بخسارة حقوقه.

(1) لمزيد من التفصيل انظر، عبد الله حسين الخشروم، مؤيد أحمد عبيدات، مرجع سابق، ص 165، عزيز العكيلى، المرجع السابق، ص 440، وما بعدها.

وهو ما أكدته في هذا الصدد محكمة التمييز الأمريكية⁽¹⁾ أن من حق المصرف المصدر للاعتماد رفض الوفاء للمستفيد لتقديمه المستندات بعد انتهاء مدة صلاحية الاعتماد الممنوح لصالحه وذلك في قضية (Zenith Electronics Crop (VS) (PanalPina, LNC) حيث تتلخص وقائع هذه القضية في قيام مصرف (Hamilton) بمنح اعتماد مستندي لمصلحة أحد المستفيدين واشترط من خلال الاعتماد ضرورة أن يقوم المستفيد بتقديم المستندات وعلى رأسها سند الشحن قبل تاريخ 1991/9/30م. إلا أن المستفيد قام بتقديم بعض المستندات في الموعد المحدد في حين أنه تأخر في تقديم سند الشحن بعد الموعد المحدد بثلاثة أيام أي في تاريخ 1991/10/3. فقرر المصرف المصدر رفض الوفاء بقيمة الاعتماد لتقديم المستندات خارج مدة صلاحية الاعتماد، وهذا الموقف أيده القضاء من خلال محكمة التمييز الأمريكية.

من المخاطر التي تواجه البائع كذلك بموجب عقد الاعتماد المستندي أن يقوم البائع بتسليم مستندات الاعتماد وعلى رأسها وثيقة الشحن إلى بنك وسيط ليقوم هذا الأخير بدوره بتسليمها إلى المصرف المصدر. إلا أنه يهمل في إرسال المستندات أصلاً أو يقوم بإرسالها إلى البنك المصدر بعد فوات صلاحية الاعتماد مما يؤدي إلى ضياع حقوق المستفيد بموجب عقد الاعتماد لأن المصرف المصدر وكما سبق وأسلفنا لن يقوم بالوفاء للمستفيد ما لم يتم تقديم مستندات مطابقة لشروط الاعتماد وخلال صلاحية الاعتماد المحددة بموجب عقد الاعتماد، لأن ذلك يعد التزاماً أساسياً يقع على المستفيد لإمكانية استيفاء حقوقه بموجب عقد الاعتماد وإمكانية حصوله على ثمن البضاعة التي تمثلها هذه المستندات.⁽²⁾

(1) قرار محكمة التمييز الأمريكية، الصادر في 1995، مشار إليه لدى، أكرم إبراهيم حمدان، المرجع السابق، ص 61.

(2) انظر، علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 67 وما بعدها، أحمد خليل جلال، مرجع سابق، ص 77، عبد الله حسين الخشروم، مؤيد أحمد عبيدات، المرجع السابق، ص 166 وما بعدها.

فهنا وعلى الرغم من قيام المستفيد (البائع) بشحن البضاعة إلى المشتري، إلا أنه لن يحصل على ثمنها بسبب إهمال أو تقصير البنك الوسيط الذي اختاره المستفيد لتسليم المستندات إلى المصرف المصدر في موعدٍ معين، وبالتالي لا يكون أمام المستفيد إلا الرجوع بالمسئولية المدنية على البنك الوسيط بموجب القواعد العامة للمسئولية المدنية وليس على أساس عقد الاعتماد المستندي الأمر الذي قد يأخذ وقتاً طويلاً أمام المحاكم.

ثالثاً : المخاطر التي يتعرض لها المصرف المصدر للاعتماد

المستندي

إن قيام المصارف بالعمليات المصرفية الدولية ينطوي عادة على العديد من المخاطر، وخصوصاً إذا كنا نتحدث عن الاعتماد المستندي الذي ينتمي أطرافه إلى دول مختلفة ويغطي صفقات تجارية دولية. هذا الأمر يتطلب من المصارف المصدرة للاعتمادات المستندية أخذ الاحتياطات اللازمة عند منحها الائتمانات المصرفية، حتى تحافظ على حقوقها ومدخراتها المالية أثناء تنفيذ عقد الاعتماد المستندي . ففي هذا الإطار قد تتعرض بعض المصارف، نتيجة عدم اتخاذ الإجراءات الاحترازية، إلى العديد من المخاطر كتلك الناجمة عن إهمال أو تقصير المصرف المصدر في تعامله مع المستندات المقدمة من المستفيد متى كانت غير مطابقة لشروط الاعتماد المستندي، أو وجود نقص في المستندات المشروطة. حيث يقع على المصرف المصدر في هذه الحالة واجب رفض المستندات غير المطابقة لشروط الاعتماد أو الناقصة وإبلاغ المستفيد في أقرب وقت ممكن ودون أي تأخير، وإرجاع المستندات غير المطابقة أو الناقصة.⁽¹⁾

(1) انظر، محي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، دار النهضة العربية، ط1، 1999، ص157 وما بعدها، ماهر شكري، العمليات المصرفية الخارجية، دار الحامد للنشر، ط1، 2004، ص 273 وما بعدها.

وهو ما أكدته الأصول والأعراف الموحدة بموجب المواد (14 / ب) والمادة (16) حيث نصت المادة (14) على أنه ((أ- يجب علي المصرف المسمى الذي يتصرف بناء على تسميته، والمصرف المعزز إن وجد، والمصرف المصدر، أن يفحصوا التقديم استناداً إلى المستندات وحدها لتحديد ما إذا كانت المستندات تشكل في ظاهرها تقديماً مطابقاً أم لا.

ب- يكون لكل من المصرف المسمى الذي يتصرف بناء على تسميته، والمصرف المعزز إن وجد، والمصرف المصدر، مدة أقصاها خمسة أيام عمل مصرفية تلي يوم التقديم، لتحديد ما إذا كان التقديم مطابقاً، إن هذه المدة لا تختصر أو لا تتأثر بوقوعها في أو بعد تاريخ التقديم بأي تاريخ انتهاء أو بآخر يوم التقديم ...))

هذا وقد نصت المادة (16) من الأصول والأعراف الدولية الموحدة على أنه ((أ- عندما يقرر المصرف المسمى الذي يتصرف بناء على تسميته، أو المصرف المعزز إن وجد، أو المصرف المصدر، بأن التقديم غير مطابق يمكن أن يرفض الوفاء أو التداول ... (ج) إذا قرر ... المصرف ... رفض الوفاء أو التداول يجب عليه أن يرسل إشعاراً واحداً بذلك إلى المقدم ... يجب أن يرسل الإشعار المذكور في الفقرة (ج) من المادة (6) بوسائل الاتصال عن بعد، وإن تعذر ذلك بوسائل سريعة أخرى، وعلى أن لا يتجاوز ذلك وقت إغلاق اليوم المصرفي الخامس الذي يلي يوم التقديم ... (و) إذا أخفق المصرف المصدر أو المصرف المعزز في العمل وفقاً لأحكام هذه المادة يمتنع عليه أن يدعي بأن المستندات لا تشكل تقديماً مطابقاً ...)).

وهذا ما أكدته كذلك قانون النشاط الاقتصادي الليبي في المادة (747) والتي جاء فيها ((علي المصرف أن يتحقق من مطابقة المستندات للشروط المنصوص عليها في الاعتماد وإذا رفض المصرف المستندات فعليه أن يخطر الأمر فوراً بالرفض مبيناً له أسبابه)).

وفي معرض التعليق على هذه المسألة يرى جانب من الفقه⁽¹⁾ أنه إذا ما قبل المصرف المصدر المستندات غير مطابقة لشروط الاعتماد أو الناقضة فإنه سيتعرض إلى خسارة حقوقه في مواجهة العميل الأمر الذي لن يقوم بوفاء قيمة الاعتماد المستندي إلى المصرف المخل بالتزامه الأساسي وهو فحص المستندات وتحديد موفقه منها في وقت قصير وإبلاغ المستفيد بذلك دون تأخير، لكي يستطيع تدبير أمره بتصحيح المستندات غير المطابقة أو استكمال المستندات الناقضة على وجه السرعة، ومن ثم إعادة تقديمها للمصرف المصدر قبل انتهاء صلاحية الاعتماد.

ومما تقدم يتضح بأنه إذا أهمل المصرف المصدر أو قصر في تنفيذ التزاماته بموجب عقد الاعتماد وعلى رأسها فحص المستندات، فلا يقبل منه بعد ذلك الدفع بكون المستندات غير مطابقة، وبالتالي فإنه سيضطر لقبول مستندات غير مطابقة لشروط الاعتماد أو مستندات ناقصة ثم وفاء قيمة الاعتماد للمستفيد وفي المقابل فإنه لن يحصل على حقوقه في مواجهة العميل الأمر الذي سيرفض استلام هذه المستندات لمخالفتها شروط منح الاعتماد، مما يعرض المصرف كما سبق وذكرنا إلى خسارة حقوقه بموجب عقد الاعتماد المستندي.

كما أنه ومن المخاطر التي تتعرض لها المصارف المصدرة للا اعتمادات المستندية تلك المتعلقة بكون سند الشحن - وهو من أهم مستندات الاعتماد - اسمياً، أي أن يصدر سند الشحن الذي يثبت واقعة شحن البضاعة باسم العميل الأمر وليس باسم المصرف المصدر. ففي مثل هذه الحالة يكون المخول قانوناً باستلام البضاعة المرسله هو المشتري وليس المصرف المصدر، وبالتالي في حالة امتناع العميل الأمر أو عدم قدرته على سداد قيمة الاعتماد للمصرف المصدر فإن

(1) انظر، هاني محمد ادويدر، الوجيز في العقود التجارية والعلميات المصرفية، دار الجامعة الجديدة، ط1، 2003، ص 135، علي الأمير إبراهيم، كيفية فحص المستندات في الاعتماد المستندي، دار النهضة العربية، ط1، 1998، ص 12 وما بعدها.

هذا الأخير يتعرض لخسارة حقوقه في مواجهة العميل، لأن الاعتماد أصبح غير مضمون بالبضاعة.

حيث يرى البعض⁽¹⁾ تعليقاً على هذه المخاطر بأن المصرف قد قام بالوفاء للمستفيد بقيمة الاعتماد ولم يتلقَّ حقه من العميل الأمر، ذلك راجع إلى كون وثيقة الشحن اسمية، الأمر الذي لا يعطي للمصرف المصدر الحق في استلامها وممارسة حق الرهن على البضاعة لكونها ليست باسمه. وحتى لو حاول المصرف المصدر في هذه الحالة ممارسة حقه في حبس المستندات بما فيها سند الشحن عن العميل الأمر، فإن باستطاعة هذا الأخير استصدار نسخة جديدة من وثيقة الشحن والقيام باستلام البضاعة والتصرف فيها بالبيع من دون سداد قيمة الاعتماد للمصرف المصدر.

كما يرى آخرون⁽²⁾ بأنه من المخاطر الشائعة الأخرى التي قد يتعرض لها المصرف المصدر تعدد نسخ سند الشحن حتى ولو لم يكن اسمياً. حيث إنه قد يعتمد المشتري إلى الحصول على إحدى نسخ وثيقة الشحن والإسراع لاستلام البضاعة وبيعها، ثم الامتناع عن الوفاء للمصرف المصدر الذي كان قد دفع قيمة الاعتماد للمستفيد بمجرد تقديم هذا الأخير للمستندات المطلوبة والمطابقة لشروط الاعتماد، وبالتالي فإن المصرف المصدر سيتعرض لخسارة حقوقه بسبب عدم قدرته على ممارسة حقه في رهن البضاعة، لأن الاعتماد أصبح غير مضمون، مما يلحق الضرر بالمصرف المصدر.

هذا وقد يتعرض المصرف المصدر لذات المخاطر حالة ما إذا كان سند الشحن يشتمل على بيانات غير مطابقة للواقع، فإن ذلك قد يعرض المصرف لأخطار غير متوقعة، حيث إنه قد يدون في وثيقة الشحن - التي يصدرها الربان أو

(1) لمزيد من التفصيل انظر، نسيبة إبراهيم حمو، بختيار صابر بايز، مرجع سابق، علي الأمير إبراهيم، مرجع سابق، ص 12.

(2) لمزيد من التفصيل، أحمد غنيم، مستندات الشحن البحري في إطار الاعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، ط 2، 2003، ص 45، نسيبة إبراهيم حمو، بختيار صابر بايز، مرجع سابق ص 6.

الناقل - بأن البضاعة قد تم شحنها في حين أن الواقع خلاف ذلك، بأن كانت البضاعة قد شحنت جزئياً وليس كلياً، أو في بعض الأحيان لم تشحن أصلاً، سواء كان ذلك بهدف الاحتيال والغش من قبل الربان أو الناقل، أو كان ذلك عن طريق الخطأ. الأمر الذي يترتب عليه قيام المصرف المصدر باستلام المستندات بما فيها سند الشحن المخالف لواقع الحال وبعد فحصها والتأكد من مطابقتها لشروط الاعتماد، يقوم المصرف المصدر بوفاء قيمة الاعتماد إلى المستفيد بحيث يصبح الاعتماد غير مضمون بالبضاعة مما يؤدي إلى تعرض المصرف المصدر إلي خسارة حقوقه بموجب عقد الاعتماد في حالة رفض العميل الوفاء للمصرف بحجة أنه لم يستلم البضاعة أو استلم جزءاً منها.

كما أن بعض المخاطر التي تتعرض لها المصارف لا تكون ناجمة عن مستندات الاعتماد كسند الشحن وعلى النحو السالف بيانه، وإنما تعزى إلى طبيعة وآلية استخدام بعض أنواع الاعتمادات المستندية التي لا توفر ضماناً كافياً لحقوق المصرف المصدر في إطار عقد الاعتماد المستندي، كاعتماد الدفع المقدم والمعروف بالاعتماد (ذو الشرط الأحمر)، والذي سمي كذلك لأن السماح بالدفع المقدم يكتب باللون الأحمر للفت الانتباه إلى طبيعة التعامل بهذا النوع الخطير من الاعتمادات لتسوية عقود البيع الدولي.

وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه⁽¹⁾ أنه بموجب اعتماد الدفع المقدم يقوم المصرف المصدر بدفع قيمة الاعتماد مقدماً للمستفيد، كلياً أو جزئياً قبل أن يقوم هذا الأخير بتقديم المستندات المطلوبة والتأكد من مطابقتها ظاهرياً لشروط الاعتماد المستندي، والتي تمثل الضمانة لحقوق المصرف المصدر باعتبارها تمثل البضاعة. ففي هذا النوع من الاعتمادات يتعرض المصرف لمخاطر عدم استيفاء حقه في إطار عقد الاعتماد المستندي، وذلك في حالة كون المستفيد سيء النية

(1) انظر، رشاد العطار، وهشام شاهين، التشريعات المالية والمصرفية، دار البركة للنشر، ط2، 2001، ص127، أحمد غنيم، المرجع سابق، ص15، كامل الوادي، المرجع السابق، ص42 وما بعدها، حياة شحاته سليمان، مخاطر الائتمان في البنوك التجارية، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998، ص127.

فيتحصل على قيمة الاعتماد دون أن يقوم بشحن البضاعة. بل إنه قد لا يقوم بتصنيعها أصلاً، الأمر الذي يترتب عليه ضياع حقوق المصرف المصدر وذلك بفعل ضياع الضمان الأساسي لحق المصرف وهي المستندات التي تمثل البضاعة.

وذا ت المخاطر قد يتعرض لها المصرف المصدر في نوع آخر من أنواع الاعتمادات المستندية، وهو اعتماد القبول. فبموجب هذا الاعتماد، الذي يعد وسيلة ائتمانية للمشتري، يقوم المصرف المصدر بقبول سفتجة مسحوبة عليه من قبل المستفيد بقيمة الاعتماد الممنوح له، تكون مستحقة الوفاء بعد فترة من تسليم المستندات للمصرف المصدر، وذلك نظير قيام المستفيد بشحن البضاعة وتسليم المستندات دون أن يتم الوفاء الفوري له، وإنما ينتظر الوفاء في ميعاد استحقاق السفتجة. هنا يقوم المصرف المصدر بتسليم المستندات للمشتري الذي يستلم البضاعة ويقوم ببيعها، وإيداع مبلغ الاعتماد لدى البنك قبل حلول ميعاد استحقاق السفتجة، فإذا كان هذا المشتري مماتلاً أو مخطلاً بتنفيذ التزاماته، فبإمكانه عدم دفع قيمة الاعتماد للمصرف المصدر، والتصل من التزامه مما سيضطر المصرف المصدر إلى الوفاء بقيمة السفتجة في ميعاد الاستحقاق دون الحصول على حقوقه في مواجهة المشتري المفلس، أو الذي يرفض الوفاء تعسفياً مما يعرض حقوق المصرف للضياع، حيث لم يعد أمامه إلا اللجوء إلى القواعد العامة للمطالبة بحقوقه، وسيكون الأمر عسيراً للغاية في حالة كون المشتري مفلساً؛ لأن المصرف سيضطر إلى مزاحمة بقية الدائنين العاديين في التفليسة.⁽¹⁾

الفرع الثاني: وسائل الحد من مخاطر الاعتماد المستندي

يتعرض أطراف عقد البيع الدولي إلى العديد من المخاطر جراء استخدام الاعتمادات المستندية كأداة وفاء وائتمان لتسوية عقود التجارة الدولية وذلك على النحو السابق بيانه. حيث إن هذه المخاطر متعددة ومتنوعة نظراً لتعدد أسبابها،

(1) لمزيد من التفصيل انظر، نسيه إبراهيم حمو، بختار صابر بايز، مرجع سابق، ص 16، أحمد نوري الزيادات، إبراهيم العموش، ص 357 وما بعدها، أحمد غنيم، مرجع سابق، ص 20، خالد إبراهيم التلاحمة، التشريعات المالية والمصرفية، دار الإسراء للنشر، عمان، ط1، 2004، ص 129 وما بعدها.

وحيث يرجع بعضها إلى طبيعة وآلية استخدام الاعتماد المستندي، أو إلى طبيعة المستندات التي تمثل البضاعة، في حين يرجع بعضها الآخر إلى طبيعة بعض أنواع الاعتمادات المستندية. ولذلك فإننا لا نجد اعتماداً مستندياً يكاد يخلو من هذه المخاطر التي إذا ما استفحلت فإنها قد تهدد مستقبل التعامل بالاعتمادات المستندية على الرغم من الوظائف المهمة للغاية التي تؤديها هذه الوسيلة المميزة لمختلف أطراف عقد البيع الدولي. هذا الأمر يتطلب البحث في الكيفية التي يمكن من خلالها استبعاد هذه المخاطر أو على الأقل التخفيف من حدتها على نحو يضعف أثرها على نظام الاعتماد المستندي.

في هذا الصدد يذهب البعض⁽¹⁾ - كمحاولة للحد من هذه المخاطر - إلى القول بضرورة أن يقوم المصرف المصدر للاعتماد المستندي باتخاذ الإجراءات الاحتياطية والاحترازية اللازمة قبل الموافقة على فتح الاعتماد، وذلك للمحافظة على حقوقه بموجب عقد الاعتماد وخصوصاً في العمليات المصرفية التي تقوم المصارف بموجبها بالدفع على المكشوف، أي تدفع دون وجود غطاء مالي لعملية الاعتماد الممنوح.

ولذلك يجب على المصرف المصدر، ومن خلال إدارته المتخصصة وعلي رأسها إدارة الاعتمادات المستندية، القيام بالدراسات المستفيضة للتأكد من المركز المالي للعملاء ومدى حسن سمعتهم التجارية، وعدم الاعتماد على المعلومات التي يدلي بها العميل حول وضعه المالي، سواء أكان هذا العميل المشتري أو البائع في عقد الاعتماد؛ لأن المصرف المصدر وفي إطار هذه المخاطر قد يكون مضطراً للرجوع بحقه على المستفيد أو العميل الأمر.⁽²⁾

(1) انظر، علي البارودي، القانون التجاري، منشورات الحلبي، بيروت، ط2، 2001، ص12 وما بعدها، عبد الله حسين الخشروم، مؤيد أحمد عبيدات، المرجع السابق، ص169، حسن دياب، الاعتمادات المستندية التجارية، المؤسسة الجامعية للنشر، بيروت، ط2، 1999 م، ص65 وما بعدها.

(2) انظر، ماهر شكري، مرجع سابق، ص274، حسن دياب، المرجع السابق، ص67.

كما أن على المصرف المصدر الحريص الاتصال أو طلب المعلومات حول أطراف عقد الاعتماد من المصارف الأخرى لتزويده بالمعلومات الضرورية عن العميل أو المستفيد، استناداً إلى مبدأ المعاملة بالمثل بين المصارف والتي عادة ما تزود المصرف المصدر بالمعلومات التي توضح المركز المالي وحسن السمعة التجارية المتعلقة بالعملاء في حدود المحافظة على سرية الأسرار التجارية الخاصة بهم. كما أن للمصرف المصدر وقبل فتح الاعتماد أن يطلب من العميل تقديم بيانات أو مستندات توضح مركزه المالي وتمتعه بالملاءة قبل الدخول معه في أية علاقة تعاقدية.⁽¹⁾

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن قانون المصارف الليبي رقم (1) لسنة 2005 قد ألزم المصارف التجارية الليبية بضرورة التقيد بالقواعد المنظمة لمنح الائتمان، والتأكد من الجدارة الائتمانية للعملاء قبل منح أية تسهيلات أو عمليات ائتمانية وهو ما نصت عليه المادة (79) بقولها ((أولاً : يضع مجلس إدارة كل مصرف في إطار السياسة الائتمانية التي يقرها مصرف ليبيا المركزي القواعد المنظمة لمنح الائتمان والإجراءات الواجب أتباعها للتأكد من الجدارة الائتمانية وصحة المعلومات والبيانات المقدمة ونظام الرقابة على استخدامه في الأغراض والمجالات التي حددت في الموافقة الائتمانية...)).

وفي ذات الشأن فإن بعض المصارف تستدل على ملاءة العميل وحسن سيرته التجارية من خلال مدى انتظامه في الوفاء بالتزاماته التجارية في تعامله مع الموردين والمصدرين على الساحة التجارية الدولية. كما يجب على المصرف المصدر في سبيل ذلك أن يتحقق ويطلع على قائمة أسماء التجار الموجودة في النشرة التي تصدرها غرفة التجارة الدولية، بحق التجار الذين توقفوا عن دفع التزاماتهم، أو أولئك الذين تم إشهار إفلاسهم، فكل هذه المعطيات كفيلاً بأن تعطي

(1) انظر، نسبية إبراهيم حمو، بختيار صابر بايز، مرجع سابق، ص 23.

أطراف عقد الاعتماد سواء المصرف المصدر أو العميل الأمر أو المستفيد الصورة الواضحة والدقيقة قبل إبرام عقد الاعتماد المستندي.⁽¹⁾

كما أنه ولدراء المخاطر المتعلقة بالتعامل التجاري بالاعتمادات المستندية فإنه لا يُكفى بالبحث عن مدى حسن السيرة المالية والتجارية لأطراف عقد الاعتماد في مرحلة ما قبل إبرام عقد الاعتماد المستندي، أي الظروف الحالية للعميل، وإنما يجب أن يكون هذا الاستدلال وتدقق المعلومات مستمراً حتى تمام تنفيذ العقد.

وهو ما أكده قانون المصارف الليبي بموجب المادة (79) فقرة (ثانياً) بقولها ((ثانياً : يشترط في من يمنح ائتمناً مصرفياً أن يكون حسن السمعة، وأن يقدم ضماناً كافياً مرفق بدراسة جدوى تثبت أن التدفقات المستندية المتوقعة للنشاط الممنوح من أجله الائتمان كافية للوفاء بالتزاماته...)).

وهو ما يفهم أيضاً من نص المادة (80) من ذات القانون والتي نصت على أنه ((على كل مصرف أن ينشئ نظاماً للتسجيل الفوري والمستمر لمراكز زبائنه الذين يحصلون منه على قروض وتسهيلات ائتمانية، ويجب ربط هذا النظام بقاعدة المعلومات المجمعة بمصرف ليبيا المركزي، وإبلاغه خلال عشرة أيام من نهاية كل شهر ببيان عن مركز كل زبون يحصل على قروض أو تسهيلات ائتمانية وما يطرأ عليها من تغييرات)).

لأنه وكما نعلم بأن عقد الاعتماد المستندي يغطي صفقة تجارية تأخذ فترة زمنية طويلة يتراخى فيها تنفيذ العقد، لاسيما في البيوع البحرية التي تتعامل بالنقل البحري عن طريق السفن، والتي قد تأخذ أشهراً تمخر عباب البحر وتكون عرضة أكثر من غيرها من وسائل النقل لخطر البحر مما يتطلب تنبه أطراف عقد الاعتماد سواء المصرف المصدر أو العميل أو المستفيد إلى كل هذه المخاطر المستقبلية كنوع البضاعة المشحونة ومدى قابليتها للتلف، وهل تتمتع بمرونة كبيرة في التسويق، كما يجب البحث في حقيقة النشاط التجاري الذي سيغطيه الاعتماد،

(1) انظر، نسيبة إبراهيم حمو، بختيار صابر بايز، مرجع سابق، ص 21 وما بعدها، عباس عيسي هلال، مسؤولية البنوك في عقود الائتمان، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1993، ص 330.

ومدى مشروعيتها، وعدم مخالفته للقانون كتجارة المخدرات مثلاً مما يهدد حقوق ومصالح أطراف عقد الاعتماد عند نشوب الخلاف.⁽¹⁾

وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه⁽²⁾ ضرورة أن يقوم المصرف المصدر لضمان حقوقه بموجب عقد الاعتماد المستندي بطلب ضمانات إضافية من الأطراف في عقد الاعتماد. وأن تقدر قيمة هذه الضمانات بمدى حجم العملية المصرفية أو الصنفية التي يغطيها عقد الاعتماد لكي يستطيع المصرف المصدر فيما لو وقعت أي من المخاطر أن يضمن حقوقه من خلال التنفيذ علي هذه الضمانات في حالة إخلال أي من الأطراف بالتزاماته، هذا بالإضافة إلى الضمان العام المتمثل في جميع أموال المدين وفقاً للقواعد العامة.

لذا، يجب أن تكون هذه الضمانات قابلة للتنفيذ عليها كأن يطلب المصرف المصدر من العميل الأمر تقديم ضمانة عبارة عن غطاء نقدي بقيمة الاعتماد الممنوح، وذلك قبل فتح الاعتماد، وقد يكون الضمان غطاءً عينياً كأوراق مالية أو أوراق تجارية أو منقولات أو عقارات، وذلك ليتسنى للمصدر التنفيذ علي هذه الضمانات في حالة إخلال العميل الأمر بالتزاماته بموجب عقد الاعتماد، الأمر الذي يجنب المصرف الوقوع في المخاطر المنوه عنها.

ويذهب آخرون⁽³⁾ إلى أن من أهم وسائل مواجهة المخاطر الائتمانية من قبل المصرف المصدر هي أن يطلب المصرف من عميله تقديم ضمانات قابلة للتنفيذ عليها، ولعل مستندات الاعتماد المستندي تعد أكثر هذه الضمانات شيوعاً، حيث

(1) لمزيد من التفصيل، محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص570، محمود مختار بربري، المسؤولية التقصيرية للمصرف عند طلب فتح الاعتمادات، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1986، ص35 وما بعدها.

(2) انظر، نسبية إبراهيم حمو، بختيار صابر بايز، مرجع سابق، ص21 وما بعدها، نجوي محمد أبو الخير، مرجع سابق، ص460 وما بعدها، سرحان محمد سرحان، الاعتمادات المستندية في ضوء الأعراف الدولية الموحدة، دار الجيل للنشر، عمان، ط1، 2006، ص180 وما بعدها، محي الدين إسماعيل، المرجع السابق، ص195.

(3) انظر، نسبية إبراهيم حمو، بختيار صابر بايز، مرجع سابق، ص23، محي الدين إسماعيل علم الدين، نجوي محمد أبو الخير، مرجع سابق، ص463، المرجع السابق، ص572.

تمثل هذه المستندات البضاعة وخصوصاً سند الشحن. لذا يجب على البنك عدم التخلي لأي سببٍ كان عن هذه المستندات، وأن يطلب من عميله صراحةً ومن خلال عقد الاعتماد أن يكون للمصرف حق الرهن على البضاعة؛ لأن مجرد حيازة المصرف للمستندات لا تعد رهناً، وإن كان بإمكان المصرف استعمال حقه في حبس المستندات للضغط على العميل لتنفيذ التزامه، إلا أنه يظل ضماناً ضعيفاً. ناهيك إذا علمنا أنه في بعض الأحيان تتعدد نسخ سند الشحن، كما أن سند الشحن قد يكون اسماً مما يعطي للعميل الأمر إمكانية استصدار نسخة جديدة لسند الشحن الاسمي أو استعمال نسخة ثانية من سند الشحن والقيام باستلام البضاعة وبيعها دون الحاجة إلى النسخة المحبوسة لدى المصرف المصدر، وبالتالي يظل رهن البضاعة وسيلة البنك في استيفاء حقوقه في حالة نشوب الخلاف.⁽¹⁾

إلا أنه، وعلي الرغم من شيوع استخدام هذه الضمانة في مجال الاعتمادات المستندية، يرى البعض⁽²⁾ أن هذا الضمان قد لا يكون أحياناً قوياً بما يكفي لحفظ وصون حقوق المصرف المصدر لأنه مرتبط بالبضاعة، وهذه الأخيرة قد تتعرض للتلف أو الهلاك الذي قد لا تغطيه وثيقة التأمين عليها. كما أن البضائع باعتبارها سلعة تتعرض كغيرها من السلع إلى تقلبات الأسعار فيتعرض المصرف المصدر ولو جزئياً لخسارة حقوقه بموجب هذه الضمانة؛ لذا يري هذا الجانب من الفقه أن يتم تكملة هذه الضمانة بأن يطلب المصرف من عميله تقديم غطاء مالي يدعمها لمواجهة المخاطر المحتملة المشار إليها.

كما ذهب آخرون⁽³⁾ في محاولة لمجابهة هذه المخاطر التي يتعرض لها أطراف عقد الاعتماد المستندي المنوه عنها سواء المصرف المصدر أو العميل أو

(1) انظر، سرحان محمد سرحان، مرجع سابق، ص 193، نسيبه إبراهيم حمو، بختيار صابر بايز، مرجع سابق، ص 38.

(2) انظر، عبد الله حسين الخشروم، مؤيد أحمد عبيدات، مرجع سابق، ص 170، محي الدين اسماعيل، مرجع سابق، ص 571، نجوي محمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 300 وما بعدها.

(3) انظر، نسيبه إبراهيم حمو، بختيار صابر بايز، مرجع سابق، ص 40 وما بعدها.

المستفيد إلى ضرورة تدعيم عملية الاعتماد المستندي عن طريق تقديم كفالة شخصية متى ما أثير الشك حول ملاءة أو سمعة أي من تلك الأطراف، حيث تعد الضمانات الشخصية من الضمانات المهمة التي تصون حقوق كافة الأطراف وتدرأ عنهم المخاوف المتعلقة بالغش أو الاحتيال أو إفلاس أي من المشتري أو البائع.

هذا وقد دأبت بعض المصارف أن تطلب من عملائها تقديم كفالة شخصية من قبل أحد الأشخاص، وعادة ما يكون من التجار المرموقين ذوي السمعة والملاءة المالية الواسعة في الأوساط التجارية بحيث يكون هذا الشخص الكفيل ضامناً لوفاء العميل الأمر بالتزاماته حيال البنك، بالإضافة إلى ذمة العميل مما يزيد من فرص تحصيل المصرف لحقوقه في عقد الاعتماد نظراً لوجود ذمتين ماليتين تضمنان حق المصرف المصدر. وما يصدق على المصارف التجارية يمكن أن يصدق على المشتري وعلى البائع في عقد الاعتماد المستندي أي أن يطلب أحدهما أو كلاهما تقديم ضمانات شخصية للطرف الآخر.

ولكنه ومع رصانة هذه الضمانة بالنسبة لأطراف عقد الاعتماد المستندي إلا أنها قد لا تكون كافية على الوجه المطلوب: فقد يكون الكفيل الشخصي ذا سمعة تجارية سيئة أو شخصاً مثقلاً بالديون لا يتمتع بالملاءة المالية المرجوة فيه ناهيك إذا علمنا بأن بعضاً من أطراف التجارة الدولية سيئي السمعة يضمنون بعضهم بعضاً ككفلاء شخصين على الرغم من تأزم أوضاعهم المالية، لذا يجب علي أطراف الاعتماد المستندي المستفيدين من هذه النوع من الضمانات الاستعلام عن الكفيل الشخصي للتأكد من مدى ملاءته المالية وحسن سمعته التجارية قبل القبول بكفالاته للأطراف الأخرى في عملية الاعتماد المستندي، وبالتالي تصبح هذه الضمانة من الضمانات التي يمكن أن يعول عليها لدرء المخاطر التي تحيق بنظام الاعتماد المستندي.⁽¹⁾

هذا ولكي يتمكن المشتري (العميل الأمر) في عقد الاعتماد المستندي من درء بعض المخاطر المتعلقة بمستندات الاعتماد كعدم مطابقتها لشروط الاعتماد أو

(1) انظر، نسيه إبراهيم حمو، بختيار صابر بايز، مرجع سابق، ص 40 وما بعدها.

كونها مزورة فإنه يجب على المشتري - بعد استعلامه عن البائع، ومدى ملاءته المالية وسمعته التجارية - أن يشترط على المستفيد (البائع) تقديم شهادة معaine تثبت مطابقة البضائع المشحونة للمواصفات والشروط المتفق عليها بموجب عقد الأساس المبرم بين البائع والمشتري، وكذلك التأكد من حالة البضاعة عند شحنها على ظهر السفينة تكون صادرة من طرف ثالث مستقل عن البائع والمشتري.⁽¹⁾

حيث إن طلب المشتري من البائع ضرورة تقديم شهادة معaine صادرة من جهة معتمدة تتمتع بقوة قانونية وتجارية عالية كان له بالغ الأثر في درء بعض المخاطر التي كان سيتعرض لها المشتري. في قضية⁽²⁾ (Voest - Alpine Internations Corp . V . Chase. Manhattan Bank) اشترط في الاعتماد شحن البضاعة في أو قبل تاريخ 1981-1-31 وقد طلب المشتري من ضمن مستندات الاعتماد ضرورة تقديم شهادة معaine للبضاعة من قبل طرف ثالث أثناء عملية شحنها. قدم المستفيد سند الشحن الذي يفيد شحن البضاعة في 1981-1-31، غير أن شهادة المعaine المقدمة أثبتت أن شحن البضاعة قد تم في الفترة الواقعة بين يوم (2-6) - 1981-2. ونظراً لهذا التناقض فيما بين سند الشحن من جهة، وشهادة المعaine من جهة أخرى، رفض المصرف المصدر الوفاء للمستفيد بقيمة الاعتماد، علماً بأن السفينة التي شحنت عليها البضاعة لا تزال راسية في ميناء بوسطن ولم تبحر بسبب إضراب التجار، مما أدى إلى إنزال البضاعة وبيعها بثمن أقل من ثمن العقد بحوالي نصف مليون دولار.

ومن خلال هذه القضية تتضح أهمية حرص المشتري على ضرورة تقديم شهادة المعaine مما يدرأ عنه مخاطر أن يقوم المصرف بدفع قيمة الاعتماد

(1) انظر، أحمد نوري الزيادات، تغليب مصلحة البائع على مصلحة المشتري في الاعتماد المستندي، مرجع سابق، ص 58 وما بعدها.

(2) مشار إليه لدى، أحمد نوري الزيادات، تغليب مصلحة البائع على مصلحة المشتري في الاعتماد المستندي، مرجع سابق، ص 69.

للمستفيد الذي لم يتمكن من شحن البضاعة، ثم ممارسة حقه (أي المصرف) قبل المشتري في قبض قيمة الاعتماد، حيث كان المشتري سيتعرض إلى خسارة فادحة. وفي نهاية هذا الفرع نود التأكيد على ضرورة أن يراعي كافة أطراف عقد الاعتماد المستندي - سواء المصرف المصدر أو العميل الأمر أو المستفيد - أخذ التدابير الاحترازية اللازمة لإتمام عملية الاعتماد بشكل آمن وبعيداً عن كافة المخاطر المنوه عنها آنفاً. لأنه وكما نعلم لا توجد عملية مصرفية آمنة تماماً، ناهيك إذا كنا نتحدث عن أهم وأدق هذه العمليات ألا وهي عملية الاعتماد المستندي التي يتعدد أطرافها وأغراضها وأنواعها بحسب ما تقتضيه التجارة الدولية القائمة أساساً على السرعة والائتمان.

لذا يجب على كافة أطراف عقد الاعتماد المستندي أن يكونوا على درجة عالية من الحرفية لإمكانية الفهم العميق لهذا النظام سواء من النواحي الفنية أو القانونية عن طريق رفع المستوى التأهيلي والعلمي في هذا المجال، مع ضرورة بذل الكثير من الجهد قبل التفكير في الإقدام على إبرام عقد الاعتماد وذلك بالاستعلام عن كل طرف في هذه العملية ومدى تمتعه بالسمعة التجارية الحسنة، ومدى ملاءته المالية هذا بالإضافة إلى أن يحرص كلٌّ من المصرف المصدر من جهة والعميل من جهة أخرى على حسن صياغة شروط فتح الاعتماد ابتداءً وأن تكون واضحة ومفصلة لإمكانية استيعابها من طرف المستفيد.

كما أنه يجب على المصرف المصدر أن لا يتساهل في فتح الاعتمادات المستندية عالية المخاطر كالاعتماد ذوي الشرط الأحمر، أو اعتماد القبول مثلاً وأن يكون ذلك في حدود ضيقة ولا يتم منحها إلا لصالح العملاء الموثوق بهم تماماً دون غيرهم من عامة العملاء الذين يفضل أن تصدر لهم اعتمادات مستندية مغطاة بالكامل أو جزئياً على الأقل.

وأن يتبنى المصرف المصدر معيار المطابقة الظاهرية للمستندات وفي حدود الكفاية الذاتية للمستفيد لكي لا يضطر إلى البحث عن الحقائق الموضوعية لهذه المستندات خارج حدود عقد الاعتماد، وأن يتم فحص هذه المستندات بتركيز كبير من قبل موظفين مختصين وذوي خبرة عالية وأن يتم رفض المستندات المخالفة

وإبلاغ المستفيد بها في أقرب وقت وأن يحرص على أن يستلم من المستفيد سند شحن غير الاسمي وإذا تعددت النسخ أن يطالب المستفيد بضرورة حصوله على كافة هذه النسخ.

لأنه وكما نعلم بأن المستندات إنما تمثل البضاعة التي تعد الضمانة الأساسية لحقوق المصرف المصدر، هذا بالإضافة إلى أن يقوم المصرف المصدر بمتابعة المصارف الأخرى الوسيطة للوقوف على قيامها بدورها في عقد الاعتماد على الوجه المطلوب ودون تقصير أو إهمال.

كما يجب على المصارف التجارية إعداد البنية البشرية المؤهلة في مجال الاعتمادات المستندية من خلال الرفع من المستوي العلمي والتأهيلي لموظفيها العاملين بإدارات الاعتمادات المستندية وكذلك الأقسام والمكاتب المتخصصة في المخاطر الائتمانية عن طريق إعطاء الدورات المستمرة في المجال القانوني والفني وتوفير ميزانيات مالية للتدريب والتأهيل.

أما بالنسبة للمشتري فيقع عليه واجب التأكد من مدى ملاءمة المستفيد ومدى حسن سمعته التجارية قبل إبرام عقد الاعتماد ابتداءً، وذلك بالاستعلام عنه بواسطة الموردين والمصدرين في السوق العالمية أو عن طريق الاستعانة بمصرفه للمساعدة في الحصول على المعلومات الصحيحة.

هذا بالإضافة إلى ضرورة أن يشترط المشتري بموجب عقد الاعتماد ضرورة تقديم شهادة المعاينة للبضاعة من ضمن مستندات الاعتماد، والتي من شأنها أن تدرء المخاطر المتعلقة بعدم مطابقة البضاعة لشروط عقد البيع (عقد الأساس) المبرم بينه وبين المستفيد أو تلك المتعلقة بعدم سلامة البضاعة عند شحنها على ظهر السفينة، وأن يشترط المشتري ضرورة صدور شهادة المعاينة من جهة مشهود لها بالخبرة والمصدقية والسمعة التجارية الحسنة.

كما أنه يجب على المشتري أن يكون وثيق الصلة بمصرفه المصدر للاعتماد وأن يكون على اتصال مستمر معه لمتابعة تطورات سير عملية الاعتماد على الوجه المطلوب، وأن لا يكتفي بفتح الاعتماد وانتظار مرحلة تسلم المستندات والتي تأخذ فترة طويلة نسبياً، حيث إن المتابعة المستمرة مع المصرف المصدر من شأنها أن

تساعد هذا الأخير في الاستيضاح عن بعض المستندات المقدمة حال تقديمها. كما أن الاتصال المستمر مع المصرف المصدر من شأنه أن يتلافى أي تقصير أو إهمال في فتح الاعتماد ابتداءً أو تقصير في إبلاغه أو تجاوز للصلاحيات من قبل المصرف المصدر في فحصه للمستندات.

وهذه المتابعة المنوه عنها كما تصدق على المصرف المصدر في علاقته مع العميل الأمر فإنها تصدق على المستفيد في عقد الاعتماد، حيث يجب على المشتري الاتصال الدائم أو المستمر مع المستفيد لمعرفة أين وصلت التجهيزات المتعلقة بإنتاج السلعة أو شرائها أو إعدادها للشحن، وماهية الصعوبات التي قد تواجه المستفيد في هذا الشأن وعدم الاكتفاء بانتظار وصول البضاعة فقط لأن من شأن ذلك أن يعطي العميل الأمر الصورة الواضحة عن المستفيد ومدى جديته في تنفيذ عقد الاعتماد، والتأكد من سمعته التجارية وملاءته المالية مما يدرأ عنه مخاطر كون المستفيد جهة وهمية لا وجود لها فيعلم المشتري مبكراً بعملية الاحتيال فيقوم بإبلاغ المصرف المصدر بذلك هذا بالإضافة إلى أن المتابعة المستمرة من شأنها أن تتلافى أي إهمال أو تقصير من قبل المستفيد في إنتاج أو توفير أو شحن البضاعة.

أما بالنسبة للمستفيد ولإمكانية درء أية مخاطر يمكن أن يتعرض لها في إطار عقد الاعتماد المستندي فإنه وإن كان مطالباً بضرورة الاستعلام عن المشتري من حيث سمعته التجارية ومدى ملاءته المالية على النحو السالف بيانه، فإنه يجب عليه أيضاً الحرص على سلامة مستنداته واختيار المصرف محل الثقة والسمعة الحسنة للقيام بعملية تسليم المستندات إلى المصرف المصدر خلال الوقت المحدد أي قبل انتهاء صلاحية الاعتماد، وهذا لا يتأتى إلا من خلال المتابعة المستمرة والاتصال الوثيق بين المستفيد من جهة والمصارف والوسيط والمصرف المصدر من جهة أخرى لأن إهمال المستفيد وتقصيره في المتابعة المستمرة لعملية سير الاعتماد المستندي يعرضه إلى مخاطر لا تحمد عقبها.

كما يجب على المستفيد في إطار عملية الاعتماد أن يحتفظ دائماً بنسخ إضافية لكافة المستندات المطلوبة منه بموجب عقد الاعتماد وذلك لتلافي حالات

الضياح والسرقة وغيرها من المخاطر التي تعرض حقوقه للضياح في مواجهة المصرف المصدر للاعتماد.

هذا بالإضافة إلى وجوب أن يقوم المستفيد بالإشراف والمتابعة لسير الصفقة التجارية مع نظيره المشتري وذلك بأن يقوم بإنتاج السلعة أو شراء البضاعة محل عقد البيع (عقد الأساس) في الوقت المناسب والقيام بشحنها على ظهر السفينة بحالة جيدة وذلك لكي يضمن حصوله على مستندات نظيفة من الناقل أو الشاحن ويدراً عنه المخاطر المتعلقة بعدم القيام بشحن البضاعة أصلاً أو شحنها وهي ليست بحالة جيدة كوجود تكسير أو فاقد أو غيرها من المخاطر التي تنذر بخسارته لحقوقه بموجب عقد الاعتماد والذي قد يتطلب شهادة للمعينة أو وثيقة شحن نظيفة.

الخاتمة

نأتي إلى خاتمة هذه الدراسة التي تناولنا فيها موضوعاً بالغ الأهمية في مجال التجارة الدولية وعقود البيع الدولي ألا وهو نظام الاعتماد المستندي الذي خلصنا منه إلى العديد من النتائج والتوصيات، نأمل أن تضيف شيئاً إلى المكتبة القانونية الليبية التي تفتقر كثيراً لمثل هذه الدراسات بل والمكتبة القانونية العربية أيضاً وخصوصاً إذا ما كنا نتحدث عن أن هذه الدراسة كانت قد تناولت بالتحليل والشرح آخر النشرات الصادرة عن غرفة التجارة الدولية (ICC) وهي النشرة (600) لسنة 2007 المعمول بها حالياً .

أما بخصوص النتائج التي توصل إليها الباحث فهي على النحو التالي :-
أولاً : يعد نظام الاعتماد المستندي من الأنظمة الأكثر فعالية وأصالة في مجال تسوية مدفوعات عقد البيع الدولي، وذلك نظراً لما يتمتع به من وظائف جعلت منه الأهم دون منازع كأداة وفاء وائتمان قليلة المخاطر ومقبولة لدى كافة أطراف التجارة الدولية.

ثانياً : على الرغم من الأهمية القصوى لنظام الاعتماد المستندي في المجال الدولي إلا أنه كغيره من العمليات المصرفية الدولية ينطوي على بعض المخاطر القانونية الناجمة عن آلية استخدام هذا النظام وإلى بعض أنواع الاعتمادات

المستندية عالية المخاطر وأخص هنا الاعتماد المستندي ذا الشرط الأحمر وكذلك الاعتماد المستندي المعروف باعتماد القبول أو تلك المخاطر المتعلقة بمستندات الاعتماد وحالات تجاوز المصرف المصدر لتعليمات العميل، أو إهماله في تنفيذها، أو تلك المتعلقة بكون سند الشحن اسماً أو متعدد النسخ أو ضياع المستندات بفعل إهمال وتقصير أحد المصارف الوسيطة أو تقصير المصرف المصدر في التعامل مع المستندات.

ثالثاً: لا يمكننا العزم بأن هناك اعتماداً مستندياً خالياً كلياً من أية مخاطر مهما بذلت من جهود من قبل المصرف أو المشتري أو المستفيد وذلك راجع بالمقام الأول إلى طبيعة العمليات المصرفية الدولية عموماً وإلى عدم الفهم الكافي والوافي لأصول التعامل في الاعتمادات المستندية من الناحية القانونية والفنية.

رابعاً: بإمكان المتعاملين في مجال التجارة الدولية وعقود البيع الدولي التقليل قدر الإمكان من هذه المخاطر عن طريق توخي الحذر المطلوب عند التعامل في الاعتمادات المستندية، ومحاولة فهم الأسس القانونية والفنية لنظام الاعتماد المستندي، واتخاذ كافة الإجراءات الاحترازية قبل القيام بهذه العملية وأثناء القيام بها، ومع ذلك كله يظل الاعتماد المستندي الوسيلة المثلى لتسوية مدفوعات عقود البيع الدولي وإن مزايا ووظائف هذا النظام تملو ولا شك على احتمالية المخاطر فيه.

التوصيات

أولاً: لإمكانية قيام الاعتمادات المستندية بدورها المتميز كأداة وفاء وائتمان في مجال عقود البيع الدولي يجب علي كافة أطراف عقد الاعتماد المستندي التعامل في إطار من حسن النية والمصداقية؛ لأنها الأساس المتين لإنجاح أي نظام قانوني وخصوصاً إتمام العمليات المصرفية الدولية والتي يأتي على رأسها الاعتماد المستندي حيث إن هذا النظام لن يقوم بوظائفه على أكمل وجه ما لم ينأ أطرافه عن السلوك غير الشريف كالاحتيال والغش التجاري والرفض التعسفي للوفاء بالالتزامات لأن ذلك كله من شأنه أن يهدم بنيان نظام الاعتمادات المستندية ويفاقم من المخاطر التي ستطال كافة أطرافه دون استثناء، فالبداية الصحيحة

والأكيدة لدرء أية مخاطر يأتي في مقدمتها السلوك التجاري الحسن أو الأخلاق التجارية الشريفة.

ثانياً : ضرورة قيام كافة أطراف عقد الاعتماد المستندي - سواء المصرف المصدر أو العميل الأمر أو المستفيد بالاستعلام والاستيثاق من بعضهم البعض بمدى حسن السمعة التجارية ومدى ملاءتهم المالية، هذا بالإضافة إلى ضرورة أن يقوم أطراف عقد الاعتماد بالمتابعة المستمرة والاتصال الوثيق فيما بينهم للوقوف على حسن سير عقد الاعتماد منذ إبرام عقد الاعتماد حتى تمام تنفيذه لأن من شأن ذلك درء كافة المخاطر التي قد تطل هذه الأطراف مجتمعة أو كلاً على حدة دون الحاجة إلى أية تدابير استثنائية في هذا الشأن قد تكون مرهقة لأطرافه.

ثالثاً : أن تطلب المصارف ضمن عقد الاعتماد المستندي إصدار سندات الشحن باسمها وأن لا تتعدد سندات الشحن وذلك لدرء المخاطر المتعلقة برفض المشتري الوفاء بقيمة الاعتماد المستندي تعسفاً، لأن هذه المستندات تمثل حيازة المصرف للبضاعة، بالتالي فإنها تعد ضماناً للمصرف لاستفاء حقه عن طريق استلام البضاعة وبيعها والحصول على قيمة الاعتماد من ثمنها.

رابعاً: أن تقوم المصارف باستحداث مكاتب أو أقسام متخصصة في دراسة المخاطر الائتمانية تكون تابعة لإدارة الاعتمادات المستندية يكون من اختصاصها تجميع المعلومات الدقيقة المتعلقة بمخاطر كل عقد من عقود الاعتمادات المستندية المزمع فتحها لصالح العملاء، ومن ثم مساعدة المصرف المصدر في اتخاذ القرار الصائب في فتح الاعتماد من عدمه ابتداءً وأن يترأس هذه الأقسام أو المكاتب أحد الموظفين المشهود لهم بالخبرة العالية والتخصص العلمي والتأهيل القانوني والفني الرفيع.

خامساً: التركيز على التنمية البشرية للكوادر المصرفية العاملة في إدارات الاعتمادات المستندية من خلال إعطاء الدورات الفنية والقانونية المتخصصة في مجال الاعتمادات المستندية، وتقوية الخبرة العملية لديهم بما يمكنهم من فهم آلية عمل هذا النظام، وإمامهم الكافي بشتى أنواع المخاطر الائتمانية التي قد تعيق نظام الاعتماد المستندي كما يجب على كل من العميل الأمر والمستفيد من عقد

الاعتماد الرفع من مستواهم العلمي في هذا المجال فما يصدق على موظفي المصارف يصدق على بقية أطراف عقد الاعتماد.

سادساً: على جميع أطراف عقد الاعتماد المستندي سواء المصرف المصدر أو العميل الأمر أو المستفيد التركيز على ضرورة الحصول على ضمانات قانونية كافية قبل القيام بعملية الاعتماد المستندي، وأقصد هنا طلب الكفالة المصرفية من أحد أشخاص التجارة الدولية المرموقين وحسني السمعة والصيت التجاري وإن كان من شأن ذلك أن يعرقل عنصر السرعة في مجال العلاقات التجارية ذات الطابع الدولي إلا أنه ولا شك يظل خياراً مناسباً إذا ما قورن بالمخاطر المحتملة.

سابعاً: يجب على المصارف اللجوء إلى فتح الاعتمادات المستندية المغطاة بالكامل من قبل العميل قبل عملية فتح الاعتماد ابتداء وعلى أقل تقدير أن تقصر المصارف مثل هذا التعامل على العملاء الذين لا يتمتعون لديها بالثقة الكاملة مقارنة بالعملاء الدائمين والموثوقين من خلال التجربة العملية الطويلة معهم.

تم بعون الله وتوفيقه

قائمة المراجع والمصادر

أولاً : الكتب:

1. أحمد خليل جلال، مدى مسؤولية البنك في عقد الاعتماد المستندي، بحث منشور في مجلة المحاماة، ع5، 1998 .
2. أحمد غنيم، مستندات الشحن البحري في إطار الاعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، ط2، 2003
3. أحمد نوري الزيادات، إبراهيم العموش، الوجيز في التشريعات التجارية الأردنية، دار وائل للنشر، ط2، 2001 .
4. أحمد نوري الزيادات، دراسات في الاعتماد المستندي، محاضرات غير منشورة، أقيمت على طلبة الدراسات العليا بكلية الحقوق، الجامعة الأردنية، 2001.

5. أكرم إبراهيم حمدان، مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندي، دار وائل للنشر، عمان، ط1، 2001.
6. حسن دياب، الاعتمادات المستندية التجارية، المؤسسة الجامعية للنشر، بيروت، ط2، 1999.
7. خالد إبراهيم التلاحمة، التشريعات المالية والمصرفية، دار الإسراء للنشر، عمان، ط1، 2004.
8. رشاد العطار، وهشام شاهين، التشريعات المالية والمصرفية، دار البركة للنشر، ط2، 2001 .
9. سرحان محمد سرحان، الاعتمادات المستندية في ضوء الأعراف الدولية الموحدة، دار الجيل للطباعة والنشر، عمان، ط2، 2006 .
10. عزيز العكيلى، شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، دار الثقافة للنشر، عمان، ط2، 2005.
11. عزيز العكيلى، دور سند الشحن في تنفيذ عقد البيع سيف، دار النهضة العربية، 1990.
12. علي الأمير إبراهيم، كيفية فحص المستندات في الاعتماد المستندي، دار النهضة العربية، ط1، 1998 .
13. علي البارودي، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط2، 2001.
14. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، ط1، 1993.
15. كامل الوادي، الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان، مطابع الدوحة الحديثة، ط1، 2001.
16. ماهر شكري، العمليات المصرفية الخارجية، دار الحامد للنشر، ط1، 2004 .
17. محي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، دار النهضة العربية، ط1، 1999 .

18. محمد الشحات الجندي، فقه التعامل المالي والمصرفي، دار النهضة العربية، ط3، 1989.

19. محمود مختار بريري، المسؤولية التقصيرية للمصرف عند طلب فتح الاعتمادات، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1986

20. ممدوح محمد الرشيدان، التشريعات المالية والمصرفية في الأردن، دار وائل للنشر، 2005 .

21. نجوى محمد أبو الخير، البنك والمصالح المتعارضة في الاعتماد المستندي، دار النهضة العربية، ط2، 1993.

22. هاني محمد أويدر، الوجيز في العقود والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2008.

ثانياً : الرسائل العلمية:

1. حسن شحادة الحسين، موقف البنوك من المستندات المخالفة في الاعتماد المستندي، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2001 .

2. حياة شحاته سليمان، مخاطر الائتمان في البنوك التجارية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998 .

3. زينب السيد سلامة، دور البنوك في الاعتمادات المستندية، اطروحة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، 1990.

4. عماد أبو الصيد، أحكام الاعتمادات المستندية المصرفية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1995 .

5. عباس عيسي هلال، مسؤولية البنوك في عقود الائتمان، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1993.

ثالثاً : الدوريات العلمية:

1. أحمد نوري الزيادات، تغليب مصلحة البائع على مصلحة المشتري في عملية الاعتماد المستندي، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ع1، 2002.

2. تيسير عفاكي، الأسس القانونية في الأعراف الموحدة، مجلة المحامون السورية، ع2، 1998 .

3. عبد الله حسين الخشروم، مؤيد أحمد عبيدات، المخاطر المترتبة على الاعتماد المستندي، دراسة تحليلية، بحث منشور في مجلة المنارة، ع2، 2009 .
4. محمد أبو هزيم، أهمية الاعتماد المستندي، مجلة البنوك في الأردن، ع5، 2002.
5. نسبية إبراهيم حمو، بختيار صابر بايز، مخاطر الاعتماد المستندي ووسائل الحد منها، دراسة منشورة في مجلة الرافدين للحقوق، ع48، 2011 .

رابعاً : الوثائق القانونية:

1. قانون النشاط التجاري الليبي رقم (23) لسنة 2010.
2. الأصول والأعراف الدولية الموحدة، النشرة (600) لسنة 2007.
3. القانون رقم (1) لسنة 2005 بشأن المصارف وتعديلاته.

تطور القانون الدولي الإنساني

إعداد الباحث: محمد سعد ابوالقاسم عمر

عضو هيئة التدريس بقسم القانون الخاص
كلية القانون جامعة طرابلس

المقدمة

يرمي القانون الدولي الإنساني إلى تخفيف المعاناة الإنسانية الناجمة عن الحرب، أو إلى أنسنة الحرب، حيث يضع قيوداً على المقاتلين في وسائل استخدام القوة العسكرية وقصرها على المقاتلين دون غيرهم. وهو يشكل جزءاً رئيسياً من القانون الدولي العام، كما يشكل واحداً من أقدم الأعراف الدولية، والذي لم يبدأ الاهتمام به بظهور التنظيم الدولي، بل كان قبل ذلك بكثير، حيث تعود أصول القانون الدولي الإنساني إلى قواعد تستمد جذورها من الحضارات القديمة والديانات السماوية، التي خضعت فيها الحرب لبعض القوانين والأعراف ولوقت طويل ظل مضمون ونطاق هذه القواعد العرفية غير واضح، ويصعب تحديده على وجه اليقين، إلى أن تم تقنين هذه القواعد بصيغة متفق عليها بين الدول وتكون ملزمة دولياً، لذا يعد القانون الدولي الإنساني المعاصر نتاجاً لعملية معيارية طويلة، حيث بدأ التقنين الدائم والتطور التدريجي لأحكامه منذ نهاية القرن التاسع عشر، وذلك مع الحركة الرامية إلى تقنين قوانين الحرب وأعرافها.

ومنذ ذلك الحين والجهود الدولية تستهدف إرساء مجموعة من القواعد القانونية التي تستند إلى تجربة الحرب المريرة ، في محاولة لإيجاد توازن بين الاعتبارات الإنسانية والمتطلبات العسكرية للدول .

وبذلك أصبحت هذه القواعد القانونية تكفل حماية أولئك الذين لا يشاركون في القتال كالمدنيين ، وكذلك حماية الأشخاص الذين كفوا عن المشاركة في القتال كالمقاتلين الجرحى أو المرضى أو العرقي إضافة إلى أسرى الحرب .

ولهؤلاء الأشخاص حق احترام حياتهم وسلامتهم البدنية والمعنوية ، والتمتع بالضمانات القضائية ، وتجب حمايتهم ومعاملتهم معاملة إنسانية في جميع الأحوال ، ودون أي تمييز مجحف .

وعلى نحو أكثر تحديداً ، يحظر قتل أو جرح المدنيين والمقاتلين العاجزين عن القتال .

وعليه سوف نتعرض لدراسة تطور القانون الدولي الإنساني وفقاً للخطة

التالية:-

المبحث الأول :

ظهور القواعد المنظمة للحرب

* **المطلب الأول :** مرحلة القواعد العرفية .

* **المطلب الثاني :** مرحلة التنظيم الإتفاقي .

المبحث الثاني :

تطور القواعد المنظمة للحرب .

* **المطلب الأول :** مرحلة ما بعد الحرب العالمية الأولى .

* **المطلب الثاني :** مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية .

المبحث الأول

ظهور القواعد المنظمة للحرب

سوف نتناول ظهور القواعد المنظمة للحرب في مطلبين نخصص الأول لمرحلة القواعد العرفية بينما نخصص الثاني لمرحلة التنظيم الاتفاقي لتلك القواعد.

المطلب الأول :

مرحلة القواعد العرفية

لقد مر تاريخ البشرية وعلى مر العصور بويلات مدمرة، بسبب الحروب فقد اختلف بنو الإنسان منذ بدء الخليقة⁽¹⁾ واتسمت الحروب منذ العصور الغابرة بالقسوة والدموية، وبما أن جميع الحضارات ومختلف الشعوب عرفت الحرب ومارستها ، فقد عرفت شيئاً من القواعد التي تحكمها ، وقد كان لظهور الديانات السماوية أكبر الأثر في وضع القيود على سلوك المتحاربين، وربما كان العهد القديم هو أول وثيقة دينية تضمن تقييد الحرب، فقد منع اليهود من قتل النساء والأطفال ولكنهم لم يحترموا تلك القواعد في حروبهم⁽²⁾.

ولقد ظهرت بعض القواعد الإنسانية في حكمة الفيلسوف الصيني كونفوشيوس وقانون مانو الهندي سنة 100 ق.م وكانت تحرم قتل المسالمين⁽³⁾. كما نادى الفلاسفة القدامى أمثال شيشرون وماركوس بوجوب استقرار السلم لأطول فترة ممكنة ، وإلى مناهضة الحرب⁽⁴⁾ ، وقد بنيت هذه الدعوة على فكرة

(1) جان بكيتة ، مبادئ القانون الدولي الإنساني ، جنيف ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 1975 - ص 32 .
(2) صلاح الدين عامر ، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام ، القاهرة ، دار الفكر العربي ، 1975 ، ص 75 .

(3) انظر في ذلك: محمد طلعت الغنيمي ، الأحكام العامة في قانون الأمم (قانون السلام) ، الإسكندرية، منشأة المعارف ، 1970 - ص 43 .

(4) حامد سلطان ، الحرب في القانون الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي المجلد الخامس والعشرون السنة 1969 ف ، ص 10

التفرقة بين الحروب العادلة وغير العادلة ، ووجدت هذه الدعوة صدى لدى الإغريق والرومان⁽¹⁾ ، وقد عرف الرومان التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين فالذين أقسموا اليمين العسكرية هم من يسمح لهم بالقتال فقط ، وقد روى شيشرون قصة ابن كاتون الذي أراد المشاركة في الحرب ضد فارس وكانت وحدته العسكرية قد سرحت ، وأصبح في حل من اليمين العسكرية .⁽²⁾

وفي العصور الوسطى التي لم تختلف في بدايتها عن العصور القديمة كانت الحرب وسيلة مشروعة لحل الخلافات بين مختلف الشعوب ، على أن انتشار الدين المسيحي الذي يقوم على فكرة السلام والنهي عن القتال قد خفف من شدة الحروب وبطشها ، حيث كانت الدعوة هي أن المسيحي لا يمكن أن يكون رجلاً محارباً ، وعند ما اعتنقت الإمبراطورية الرومانية الدين المسيحي ، واجهت الكنيسة المسيحية تغيرات أساسية بالنسبة لنظرتها الإنسانية المسالمة ، وذلك في الحروب التي تقوم بها الإمبراطورية الرومانية مع الأمم الأخرى ، ومن هنا ظهرت نظرية القد يس أوغسطين التي أباحَت المساهمة في الحروب ولم تعتبره خطيئة⁽³⁾ .

ولما جاء الإسلام دين الرحمة نظر إلى الحرب على أنها مشروعة لرد الاعتداء وتأمين الدعوة ، ومن ثم تنتهي بانتهاء الغرض الذي قامت من أجله ، والحرب إذا قامت فإنها تتسم بالرحمة والفضيلة ، فلا يجوز قتل الأطفال والنساء والشيوخ ، كما لا يجوز التمثيل بجثث القتلى ، بل يجب دفنها ، وقد حرم الإسلام الحرب عدواناً ، فقامت النظرية الإسلامية في قانون الحرب على أساس إنساني فريد قائم على الأخلاق والفضيلة والإنسانية ، وجدت دعائمها في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ، وعليها تواتر العمل في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين من بعده ، وكانت الفتوح الإسلامية تسير وفق المبادئ

(1) انظر في ذلك: محمد طلعت الغنيمي ، الأحكام العامة في قانون الأمم (قانون السلام) ، مرجع سبق ذكره ، ص 44 .

(2) انظر في ذلك: صلاح الدين عامر ، مرجع سبق ذكره ، ص 79 .

(3) حامد سلطان ، مرجع سبق ذكره ، ص 10 وما بعدها .

الإنسانية⁽¹⁾ فلا يجوز أن يقتل من لا يشارك في القتال ، ومنع أتلاف الأموال ، ووجوب احترام مبادئ الإنسانية والفضيلة في ساحات المعارك ، كما أجاز الإسلام الأمان في ميدان القتال منعاً لاستمرار القتال ، وقد تناول فقهاء المسلمين نظرية الحرب في مؤلفاتهم ، ولعل أبرزهم الفقيه محمد بن الحسن الشيباني في مؤلفه (السير الكبير)⁽²⁾

وعندما بدأت رياح عصر النهضة تهب على أوروبا في القرنين الرابع عشر والخامس عشر كانت الحروب أكثر دماراً ، ولم تعرف الأطراف المتحاربة التفرقة بين المقاتلين وغيرهم ، ولم تكن الحرب تخضع إلا لإرادة الطرف المنتصر ولقد مارست القوات الغازية أبشع الجرائم في الأراضي التي كانت تحتلها، فحرب الثلاثين عاماً التي امتدت في الفترة ما بين 1618 - 1648 ف إبان عصر الملكيات المطلقة قد خلفت حوالي خمسة ملايين قتيل قبل أن تنتهي بمعاهدة وستفاليا سنة 1648⁽³⁾، التي ظهرت معها فكرة الدولة القومية .

ونتيجة لما عانته البشرية من ويلات الحروب والأعمال الوحشية التي وقع ضحيتها الأبرياء ، بدأت تظهر محاولات لتقييد سلوك المحاربين ، وبدأ الاهتمام بالعادات والقواعد التي تنظم الأوضاع في جبهات القتال ، وهذا ما ساعد على ظهور آراء الفقهاء أمثال جروسسيوس في القرن السادس عشر الذي دعى إلى نبذ الفوضى الدولية ، وتقييد سلوك المحاربين ، وبرزت آراء كل من بوفند روف وفاتيل

(1) انظر في ذلك: محمد أبو زهرة ، نظرية الحرب في الإسلام ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد الرابع عشر ، السنة 1958 م. ص 1 وما بعدها .

(2) صلاح عبد البديع شلبي ، حق الاسترداد في القانون الدولي دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي وتطبيق مبادئه في العلاقة بين الدول العربية وإسرائيل ، الطبعة الأولى ، 1983 ، ص 20 ، وانظر في موقف الأديان السماوية من الحرب د. زكريا عزمي حسين ، من نظرية الحرب إلى نظرية النزاع المسلح، رسالة دكتوراه ، القاهرة 1978 ، ص 15 وما بعدها .

(3) محيي الدين عشاوي ، الصفة الأمرة لقواعد قانون الاحتلال الحربي : المجلة المصرية للقانون الدولي المجلد التاسع والعشرون لسنة 1973 م ، ص 180 وما بعدها .

1714 - 1743 ف ، وقد كانت الحرب عند فاتيل حالة يتبع فيها المرء حقه بالقوة وسلم بعلاقة العداة الشخصية بين الأفراد الرعايا في دولتين متحاربتين⁽¹⁾

ومع ظهور فكرة الجيوش النظامية في القرنين السابع عشر والثامن عشر بدأت في الاستقرار تلك الأعراف التي تطالب بقيام هذه الجيوش وحدها بممارسة الحرب حتى يتجنب غير المقاتلين أهوالها .

وفي أواخر القرن الثامن عشر وضع جان جاك روسو في كتابه العقد الاجتماعي سنة 1762 ف أساساً قانونياً وفقهياً للتفرقة بين المقاتلين وغير المقاتلين عندما قرر أن الحرب علاقة عداة بين الدول وليست بين المواطنين إلا بصفتهم جنود ولم يحظ فقه روسو بالاهتمام حتى بداية القرن التاسع عشر عندما عبر بورتاليس عن ذلك الفقه في افتتاح محكمة الغنائم الفرنسية سنة 1801 ف عندما قرر أن الحرب علاقة دولة بدولة لا فراد بفراد ولا يكون الأفراد أعداء إلا بوصفهم جنود وكان قول بورتاليس وتاليران من بعده بداية لاستقرار مبدأ التفرقة بين المقاتلين وغير المقاتلين⁽²⁾ وهكذا بدأت القواعد العرفية لتنظيم الحرب التي استمدت جذورها من ديانات ونظم و حضارات مختلفة لعبت كلها دوراً هاماً في بلورة تلك القواعد وتجسيدها ، حيث أخذت الأفكار والمبادئ الإنسانية تتجه تدريجياً نحو قصر الحرب على المقاتلين وتقييد سلوك القوات المتحاربة من أجل توفير الحماية لضحايا الحرب وتبع ذلك ظهور بعض القواعد لتنظيم سلوك المحاربين في ساحات المعارك وفوق الأراضي المحتلة فكانت البداية بقواعد غير مكتوبة قائمة على الأعراف وبفعل الممارسات المتلاحقة بدأت تلك الأعراف في التكوين لتصبح قواعد عرفية تنظم الحرب ، وقد أدت المصالح المتبادلة للمتحاربين إلى الالتزام بها.

(1) انظر في ذلك : صلاح الدين عامر ، مرجع سبق ذكره ، ص 93 وما بعدها .

(2) ذكريا حسين عزمي ، من نظرية الحرب إلى نظرية النزاع المسلح ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، 1978 م ، ص

وقد أدرك الحكماء والفلاسفة وفقهاء القانون أن هذه القواعد لا تفي بالحاجة لأن ما ينقصها ليس البعد الأخلاقي و الإنساني ، وإنما البعد القانوني المتمثل في إلزامية هذه القواعد علي النطاق الدولي في شكل قواعد مكتوبة أو اتفاقات دولية لها صفة الإلزام ، وسوف نتناول مرحلة تقنين هذه القواعد في المطلب التالي .

المطلب الثاني : مرحلة التنظيم الاتفاقي

نتيجة لما قاسته البشرية في القرون الماضية مع فضائع ارتكبتها المتحاربون في عمليات الغزو والاحتلال و أدت إلى خسائر واسعة في صفوف المدنيين وانتهاك سافر لحقوقهم ، ونظراً لظهور الجيوش الجرارة وارتباط حق الدولة في شن الحرب بمبدأ السيادة الذي ظل حقاً مطلقاً للدولة لا ترد عليه أي قيود ، حيث اعتبرت الحرب وسيلة مشروعة لتسوية الخلافات بين الدول .

وقد ظلت القواعد المنظمة للحرب قواعد عرفية بحثه حتى منتصف القرن التاسع عشر حين بدأت الدول تدوينها في معاهدات أبرمتها خصيصاً لتنظيم حالة الحرب⁽¹⁾، وأدركت الدول حاجة الشعوب والأجيال المقبلة إلى تقنين تلك القواعد العرفية والخضوع لقوانين ومبادئ أكثر إنسانية .

وسوف نتناول مراحل التقنين المتعاقب التي مرت بها تلك القواعد على النحو التالي :-

أولاً / اتفاقية باريس 1856 ف

وتعرف بتصريح باريس البحري وقد اعتبر أول وثيقة دولية مدونة تضع بعض القواعد المكتوبة لتنظيم الحرب البحرية ، والمتفق عليها بين فرنسا وانجلترا عقب حرب القرم ، وقد وقعت عليها سبع دول⁽²⁾، وقد ألغيت بموجبها القرصنة⁽³⁾.

(1) علي صادق أبوهيف ، القانون الدولي العام ، الطبعة الثانية عشر، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1990 م ص791.

(2) زكريا حسين عزمي ، مرجع سبق ذكره ، ص 108 .

(3) جيرهارد فان غلان ، القانون بين الأمم ، الجزء الثالث ، بيروت، دار الجيل ودار الأفق الجديدة ، ص 33-34 .

ثانياً / اتفاقية جنيف الأولى لعام 1864 ف

على إثر تكوين اللجنة الدولية للصليب الأحمر سنة 1863 ف بناءً على ما اقترحه هنري دونان⁽¹⁾ تم في سنة 1864 م عقد مؤتمر دبلوماسي بدعوة من مجلس الاتحاد السويسري حضره مندوبو ست عشرة دولة واثنى عشر طبيباً من أطباء الجيوش⁽²⁾.

و تمخض عنه عقد أول اتفاقية لتحسين حال العسكريين الجرحى في الميدان، التي تعد نقطة

الانطلاق للقانون المطبق بشأن حماية ضحايا الحرب ، فهي الاتفاقية الأولى في نوعها⁽³⁾ التي تعد أول محاولة للمجتمع الدولي في اتجاه تدوين قواعد الحرب⁽⁴⁾ وكان من أهم ما اتسمت به :-

- قواعد مكتوبة ذات نطاق عالمي لحماية ضحايا الحروب .
- الطابع المتعدد الأطراف ، المفتوح أمام جميع الدول .
- الالتزام بتقديم الرعاية دون تمييز للجرحى والمرضى العسكريين.

(1) هنري دونان السويسري على إثر مشاهدته لمعركة سالفرينو بين الجيش النمساوي والفرنسي سنة 1859 وماحدث فيها من فضائع دعا في كتابه ذكرى سالفرينو إلى إنشاء مؤسسات لإغاثة ضحايا الحرب ولقد وجدت فكرته طريقها للتنفيذ وتم عقد مؤتمر دولي في جنيف 1863 ف حضره ممثلو ست عشرة دولة ونتاج عنه إنشاء جمعية في كل دولة لتقديم المساعدة في زمن الحرب انظر في ذلك د. زكريا حسين عزمي ، مرجع سبق ذكره ، ص 109 وما بعدها .

(2) عمرو سعد الله ، تطور تدوين القانون الدولي الإنساني ، الطبعة الأولى ، دار الغروب الإسلامي ، بيروت ، 1997 ، ص 14

(3) عامر الزمالي ، مدخل إلى القانون الدولي الإنساني ، الطبعة الثانية ، منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان ، تونس ، 1997 - ص 17

(4) نجد أن بعض الدول وبشكل فردي قد أصدرت تعليمات لتقييد سلوك جيوشها في الميدان ومنها التعليمات التي وضعها فرانسيس ليبير والتي أصدرتها الولايات المتحدة سنة 1863 لتحكم سلوك جيوشها في الميدان وأثناء الاحتلال و كان لها أثر كبير على جميع المحاولات التي بذلت لتدوين قواعد الحرب البرية من اتفاقية جنيف الأولى 1864 وإعلان بروكسل وقواعد لاهاي 1899 - 1807 - انظر في ذلك صلاح الدين عامر - مرجع سبق ذكره ص 118 وما بعدها

- احترام أفراد الخدمات الطبية ووسائل النقل والمعدات الطبية واعتماد إشارة مميزة⁽¹⁾ لحياد جميع العمليات المرتبطة بالخدمات الصحية المذكورة .
وقد تم تطبيق مبادئ اتفاقية جنيف إبان الحرب النمساوية البروسية سنة 1866 ف ولأول مرة يتم إخضاع سلوك المتحاربين لقواعد دولية تحكمه.⁽²⁾
وهكذا بدأت ضرورات الحرب تفسح المجال لمقتضيات الإنسانية .

ثالثاً / إعلان سان بطرسبورغ لعام 1868 ف

في محاولة أخرى لضبط سلوك المحاربين فيما يتعلق باستخدامهم للأسلحة وأنواعها صدر إعلان سان بطرسبورغ في 11 ديسمبر 1868 ف و جاء تنويجاً لأعمال المؤتمر الذي دعا إليه الكسندر الثاني قيصر روسيا⁽³⁾
وهو يعد أقدم القواعد الاتفاقية التي تضمنت تحريماً لاستخدام بعض أنواع الأسلحة وخاصة الرصاص والقذائف المتفجرة وقد جاء بمبدأ مهم ألا وهو أن الهدف المشروع للحرب هو أضعاف القوة العسكرية للعدو ويعتبر تجاوز كل استعمال للأسلحة ينتج عنه معاناة للعاجزين وإصابة المقاتلين وغير المقاتلين بطريقة عشوائية.⁽⁴⁾

رابعاً / مؤتمر لاهاي الأول 1899 ف

مؤتمر لاهاي الأول للسلام عقد بمبادرة من الحكومة الروسية 1899 ف .
وكان من أهم خطوات الاتفاق على تدوين أعراف الحرب في شكل قواعد مكتوبة جاءت نتيجة للنجاح الذي تم في سان بطرسبورغ والتقدم الذي حصل في أعمال مؤتمر بروكسل 1874 ف بشأن مشروع اتفاقية بقواعد الحرب البرية التي لم يتم التصديق عليها إلا أنها اكتسبت قيمة قانونية كبيرة ، باعتبارها أول محاولة

(1) القانون الدولي الإنساني ، إجابات على أسئلتك ، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، 2002 ف ، ص9.

(2) انظر في ذلك : عمرو سعد الله ، مرجع سبق ذكره ، ص 13 وما بعدها .

(3) صلاح الدين عامر، - مرجع سبق ذكره ، ص 116 .

(4) انظر في ذلك: عمرو سعد الله - مرجع سبق ذكره - ص 35 وما بعدها .

لتدوين القواعد العرفية المنظمة للحرب بصفة عامة ، وأساساً لأعمال مؤتمرات لاهاي للسلام⁽¹⁾

ومع انعقاد مؤتمر لاهاي الأول سنة 1899ف بدأ تدوين القواعد التي تحكم الحرب ، وقد تم في هذا المؤتمر وضع ثلاث اتفاقيات وثلاثة تصريحات⁽²⁾ هي:
* الاتفاقيات:-

1. اتفاقية لحل المنازعات سلمياً (الاتفاقية الأولى)

وذلك حتى تتمكن الدول من وضع قيود على الحرب كوسيلة شرعية للحصول على الحقوق، وقد نظمت هذه الاتفاقية الالتجاء إلى التحكيم وإنشاء المحكمة الدائمة للتحكيم⁽³⁾ بين الدول لتفادي قيام الحرب.

2. اتفاقية قوانين الحرب وأعرافها (الاتفاقية الثانية)

وتعتبر أهم اتفاقية يتم التوصل إليها في شأن تنظيم القواعد المتعلقة بالأعمال الحربية وحماية الضحايا في جميع مراحل الحرب ، حيث ورد في ديباجة الاتفاقية ما عرف بشرط مارتنز⁽⁴⁾ وذلك لحماية الحالات التي لم يتم التطرق إليها ، ومنها حماية المدنيين الذين يحملون السلاح في وجه قوات الاحتلال .

وقد ألحقت بالاتفاقية لائحة الحرب البرية التي جاءت بدورها متأثرة بنصوص مشروع بروكسل والتي دعت الدول إلى اصدار تعليمات لجيوشها تتفق

(1) انظر في ذلك: صلاح الدين عامر، - مرجع سبق ذكره ، ص 144 ومابعدا .

(2) See the text of the Treaties in Roberts & Guelff, Documents On the Laws of War, (Clarendon press, Oxford 1982), pp35-43. مشار الية: عبدالله

الحبيب عمار، العلاقة بين القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان ،مجلة الوصية ،العدد صفر السنة الأولي يناير 2008ف،ص78 ،

(3) جعفر عبد السلام ، دور المعاهدات الشارعة في العلاقات الدولية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد السابع والعشرون ، السنة 1971 ف ، ص 72 .

(4) شرط مارتنز: أساس هذا الشرط هو اقتراح لدبلوماسي روسي ، تم إدراجه بالإجماع في مقدمة اتفاقيات لاهاي لعام 1899 ولقد أدرج في أكثر اتفاقيات القانون الدولي الإنساني فيما بعد و نصه (يرى الأطراف السامية المتعاقلة أنه من المناسب أن يبقى المدنيين والمقاتلون في الحالات غير الواردة في نصوص الاتفاقية تحت حماية وسلطان مبادئ القانون الدولي كما استقر بها العرف ومبادئ الإنسانية وما يميله الضمير العام) .

وأحكام هذه اللائحة، وقد احتوت اللائحة على قواعد تتعلق بالحرب البرية جاءت في ثلاثة أقسام :-

القسم الأول بعنوان (المحاربون) وفيه قواعد تحديد الأشخاص الذين يدخلون في فئة المقاتلين، وأخرى بشأن معاملة أسرى الحرب .

أما القسم الثاني فوردت به القيود على اختيار وسائل الحرب وأساليبها والقواعد الأساسية بشأن حماية السكان المدنيين .

أما القسم الثالث الذي جاء لوضع قيود يخضع لها سلوك دولة الاحتلال وبيان الحقوق والواجبات التي تنشأ عقب الاحتلال⁽¹⁾ وهو ما اعتبر تقدماً في اتجاه وضع قواعد قانونية مكتوبة تحكم تلك المرحلة المعقدة من مراحل الحرب.

3- اتفاقية تطويع المبادئ الإنسانية لتلائم مع الحرب البحرية

وهي مجموعة قواعد تقضي باحترام الفرد الإنساني في ظروف الحرب البحرية ، وأوجب الالتزام بالمبادئ الإنسانية أثناء تلك الحروب⁽²⁾، وهي المبادئ الواردة في اتفاقية جنيف الأولى .

* التصريحات :

1. التصريح الخاص برصاص الدمدم .

2. التصريح الخاص بالقذائف المتفجرة من البالونات .

3. التصريح الثالث الخاص بالغازات السامة .

وقد كان مضمون هذه التصريحات وضع قواعد تحرم استخدام بعض أنواع الأسلحة وذلك لخطورتها ، وهو ما يؤكد خضوع التطورات الجديدة في الأسلحة لقواعد تعمل على تقييدها انطلقت بدايتها في سان بترسبورغ سنة 1868 ف وقد جاءت هذه المرة من رغبة المجتمع الدولي في دعم السلام العالمي والالتزام بالقيود المفروضة على استعمال الأسلحة .

(1) انظر : عمرو سعد الله ، المرجع نفسه ، ص 42 وما بعدها .

(2) انظر في ذلك: عمرو سعد الله ، المرجع نفسه ، ص 46 .

خامساً / اتفاقية جنيف سنة 1906 ف

وهي الاتفاقية الخاصة بتحسين حال الجرحى والمرضى العسكريين في الميدان و تم عرض مشروعها من قبل اللجنة الدولية للصليب الأحمر خلال مؤتمر دبلوماسي تم عقده بجنيف بمبادرة من مجلس الاتحاد السويسري ، وتتكون الاتفاقية الجديدة من ثلاث وثلاثين مادة ، وقد جاءت قواعدها مكتملة ومطورة لأحكام اتفاقية جنيف الأولى 1864 ف .

وقد وسعت من نطاق الحماية الممنوحة للضحايا بموجب الاتفاقية الأولى، فشملت المرضى⁽¹⁾، وجاءت بإضافات جديدة تمثلت في امتداد الحماية لتشمل الأشخاص الذين يعهد إليهم بالبحث عن الجرحى والمرضى وعلاجهم ، وأفراد القوات المسلحة الذين يعملون ممرضين مع وجود قواعد تتعلق بقمع الانتهاكات المخالفة لأحكام الاتفاقية⁽²⁾

- مؤتمر لاهاي الثاني سنة 1907 ف⁽³⁾

بدعوة من الحكومة الروسية تم عقد مؤتمر السلام الثاني بمدينة لاهاي سنة 1907 ف كان الغرض منه استكمال عملية تدوين القواعد المنظمة لبعض جوانب الحرب وذلك بمراجعة اتفاقيات لاهاي لسنة 1899 ف واعتماد اتفاقيات جديدة . وهكذا أكملت أعمال مؤتمر السلام الأول لسنة 1899 ف بمؤتمر لاهاي الثاني لسنة 1907 ف الذي طور اتفاقيات سنة 1899 ف وأضاف إليها غيرها بحيث تم تدوين أغلب قواعد الحرب والحياد⁽⁴⁾

(1) عامر الزمالي ، مرجع سبق ذكره ، ص 18 .

(2) انظر حول هذه الاتفاقية : عمرو سعد الله ، مرجع سبق ذكره ، ص 55 وما بعدها .

(3) See the text of sush Treaties in Roberts & guelff ,Documents On

the Laws of War, (Clarendon press,Oxford1982),pp35-43. مشارالية: عبدالله

الحبيب عمار ، العلاقة بين القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان مرجع سبق ذكره ، ص 78 .

(4) علي ضوي، القانون الدولي العام ، الشركة العامة للورق والطباعة ، الطبعة الثانية ، 2005 ص 40 .

وتوصل المشاركون⁽¹⁾ في أعمال المؤتمر الثاني للسلام إلى وضع ثلاث عشرة اتفاقية وهي :-

1. اتفاقية التسوية السلمية للمنازعات الدولية .
2. اتفاقية تقييد استخدام القوة لتحصيل الديون التعاقدية.
3. اتفاقية إعلان بدء حالة الحرب .
4. اتفاقية قوانين وأعراف الحرب البرية واللائحة الملحقة بها .
5. اتفاقية حقوق وواجبات المحايدين في الحرب البرية .
6. اتفاقية خاصة بوضع سفن العدو عند بدء العمليات العدائية .
7. اتفاقية خاصة بتحويل السفن التجارية إلى سفن حربية .
8. اتفاقية وضع الألغام تحت سطح الماء.
9. اتفاقية خاصة بالقذف بالقنابل بواسطة القوات البحرية وقت الحرب.
10. الاتفاقية الخاصة بتطبيق مبادئ اتفاقية جنيف على الحرب البحرية .
11. اتفاقية الحق في الأسر أثناء الحرب البحرية .
12. اتفاقية خاصة بإنشاء محكمة دولية للغنائم .
13. اتفاقية حقوق وواجبات المحايدين في الحرب البحرية.
14. إعلان تحريم إطلاق القذائف والمتفجرات من البالونات .
15. مشروع اتفاقية بإنشاء محكمة لتحكيم القضائي⁽²⁾

ومن خلال أعمال هذا المؤتمر تم التقدم في عملية التدوين الجماعي لقواعد الحرب حيث تنوعت القواعد الواردة بالاتفاقيات السابقة فجاءت لحل المنازعات بالطريقة السلمية وأكثر تقدماً لتنظيم الحرب - البرية والبحرية - والحياد وتحريم بعض الأسلحة ، وقد اعتبرت الاتفاقية الرابعة واللائحة الملحقة بها بمثابة

(1) لقد اكتسبت الاتفاقيات المنبثقة عن مؤتمر لاهاي الثاني أهمية كبيرة بسبب تضاعف عدد المشاركين فقد ضم

دول أمريكا اللاتينية إلى جانب دول أوروبا . انظر : صلاح الدين عامر ، مرجع سبق ذكره ، ص 180

(2) صلاح الدين عامر ، المرجع السابق ص 172 وحول محتوى هذه الاتفاقيات انظر عمرو سعد الله ،

مرجع سبق ذكره ص 64

ثورة في تنظيم جوانب الحرب ، وذلك بما احتوت عليه من مبادئ ذات طبيعة إنسانية ، كما جاء باللائحة التي ألحقت بها قواعد متقدمة لحماية ضحايا النزاعات المسلحة من العسكريين والمدنيين ، ورسخت مبدأ التمييز بينهم ، وذلك لحماية الفئة الأخيرة باعتبارها الأشد ضعفاً في مختلف مراحل الحرب .

المبحث الثاني :

تطور القواعد المنظمة للحرب

رغم النجاح الذي حققته الجماعة الدولية في عملية تدوين قواعد الحرب وذلك من خلال المؤتمرات السابقة، إلا أن ممارسات الدول في خوض الحروب أظهرت الحاجة إلى ضرورة تطوير القواعد الأولى والمزيد من القواعد الإضافية. وهكذا.. ارتبطت عملية تطور تلك القواعد بممارسات الدول في خوض الحروب وخاصة الحربين العالميتين حيث تم عقب كل حرب عقد اتفاقيات لاستكمال قواعد الحرب وتطويرها ، وذلك لمعالجة القصور الذي يطرأ عليها . وسنفرد المطلب الأول للتطورات التي ظهرت بعد الحرب الأولى والمطلب الثاني للتطورات التي تلت الحرب الثانية.

المطلب الأول :

مرحلة ما بعد الحرب العالمية الأولى

كان للحرب العالمية الأولى أثرها المباشر على مسألة تطوير القواعد المنظمة لسير العمليات الحربية، وتوسيع الحماية الممنوحة للضحايا فقد نتج عن تلك الحرب دمار شامل بسبب اتساع العمليات العسكرية التي مورست خلالها والتي جاءت نتيجة لاشتراك أغلب دول العالم فيها.

فقد كانت الخسائر فادحة بين مختلف الصفوف وبخاصة السكان المدنيين حيث تم استعمال أنواع جديدة من الأسلحة وكانت الهجمات في تلك الحرب برأً وبحراً وجواً.

وقد أدركت دول العالم أن وضع قواعد للتخفيف من ويلات الحرب لا يجدي نفعاً مع وجود الحرب كظاهرة مشروعة⁽¹⁾

ومن هنا برزت الحاجة إلى المزيد من التقدم والتنوع في القواعد المنظمة للحرب ، وكان الاهتمام بتطوير تلك القواعد يسير في اتجاهين مختلفين وإن كانا مكملين لبعضهما حيث تم الاتجاه إلى وضع قيود تحد من اللجوء إلى الحرب ، ولما كانت الحرب شراً لا بد منه تم العمل على زيادة تطوير القواعد المطبقة أثناء حدوثها .

وسوف يتم تناول الاتجاهين وفق الآتي :-

أولاً / زيادة تطوير القواعد التي تقيد من حق الدولة في شن

الحرب

لقد عرف العالم على إثر الخسائر التي لحقت بأفراده عند نهاية الحرب العالمية الأولى اتجاهاً جديداً في تنظيم قواعد الحرب ، فتم الالتجاء إلى التقييد من حق الدولة المطلق في شن الحرب ، وقد ظهرت هذه القيود من قبل في شكل اتفاقيات خاصة كانت تقيد من حرية الأطراف المرتبطة بها من الدخول في حرب مع بعضها⁽²⁾ ثم تم فرض قيود على الحرب من أجل تحصيل الديون التعاقدية وتنظيم وسائل حل المنازعات سلمياً في اتفاقيات لاهاي عام 1899 ف عام 1907 ف.

وفي أعقاب الحرب العالمية الأولى ، ومع بزوغ فجر التنظيم الدولي بدأت المحاولات تدريجياً لزيادة فرض قيود تحد من حق الدولة في الالتجاء إلى الحرب وجعله في أضيق نطاق.

(1) ، عبد الرحمن أبو النصر، اتفاقية جنيف الرابعة لحماية المدنيين 1949 م وتطبيقها في الأراضي الفلسطينية المحتلة ، رسالة دكتوراه القاهرة ، 2000 ف ، ص 68 .

(2) ومنها اتفاقية الحياد الدائم التي عقدت خلال مؤتمر فيينا 1815 ف واتفاقية إنشاء سلم دائم كمعاهدة زيورخ 1859 ف بين النمسا والمجر وفرنسا انظر في ذلك : زكريا حسين عزمي ، - مرجع سبق ذكره ، ص 75 .

وتتمثل أهم المحاولات فيما يلي :-

1. تقييد اللجوء للحرب في عهد عصبة الأمم

لم يكن اللجوء إلى القوة المسلحة يعتبر حتى نهاية الحرب العالمية الأولى عملاً غير مشروع، حيث كان ينظر إليها وسيلة مقبولة لتسوية الخلافات حيث تم تنظيم قواعدها فيما بات يعرف بقانون الحرب .

ونظراً لتحول الحرب إلى حرب شاملة بحيث أصبحت تضم المدنيين والعسكريين وتطال حتى المحايدين ، فقد كان إنشاء عصبة الأمم وبداية عصر التنظيم الدولي هو أهم ما أدت إليه هذه الحرب⁽¹⁾، وتم إقرار مشروع العصبة في مؤتمر فرساي 1919 ف الذي كان جزءاً من معاهدات الصلح التي أبرمت عقب انتهاء الحرب ، ويعتبر إنشاء العصبة خطوة مهمة في سبيل الحفاظ على السلام وتحريم استخدام القوة⁽²⁾ ، فقد وضع ميثاقها قيوداً على حق الدولة في اللجوء إلى الحرب و اعتبر ذلك تطوراً بارزاً في هذا المجال .

وتمثلت هذه القيود في الآتي :-

(أ) - التأكيد على أن الحرب تهم أعضاء العصبة المادة (11) من عهد العصبة.

(ب) - وجوب الامتناع عن اللجوء إلى الحرب وذلك بعرض النزاع على التحكيم والتسوية القضائية أو التحقيق بواسطة مجلس العصبة ، وعلى الدول عدم الالتجاء للحرب قبل انقضاء ثلاثة أشهر عن صدور قرار التحكيم أو الحكم القضائي أو تقرير العصبة ، المادة (12) من عهد العصبة.

(ج) - نصت المادة (16) من ميثاق العصبة على فرض عقوبات ضد أي دولة عضو تلجأ إلى الحرب خلافاً لالتزاماتها السابقة..⁽³⁾ ، وهكذا جاء عهد العصبة ليؤكد الالتزام بواجب حل المنازعات بالطرق السلمية ، وبفرض قيود على إعلان

(1) علي ضوي ، مرجع سبق ذكره ، ص 40 .

(2) مفيد محمود شهاب، المنظمات الدولية ، دار النهضة العربية ، الطبعة العاشرة ، 1990 ، ص 59 .

(3) تيسير النابلسي ، - الاحتلال الإسرائيلي للأراضي العربية ، دراسة لواقع الاحتلال الإسرائيلي في ضوء القانون الدولي العام ، مركز الأبحاث بمنظمة التحرير الفلسطينية ، الطبعة الأولى ، 1975 ، ص 20 .

الحرب إلا بعد مرور مدة معينة تحاول خلالها العصبة حل النزاع ودياً ، إذ إن العصبة لم تحرم الحرب بين الدول الأعضاء ، وإنما قيدت استخدامها وأجلتها⁽¹⁾ وقد استمرت الجهود المبذولة لتحريم الحرب ، وحث الدول على حل منازعاتها بالوسائل السلمية من خلال عدة مشاريع نستعرضها على النحو التالي:

- مشروع المعونة المتبادلة 1923 ف

وضعت هذا المشروع عصبة الأمم ، وقد نص على اعتبار حرب الاعتداء جريمة دولية ، وعلى تعهد الدول الموقعة بالامتناع عنها، ولكن هذا المشروع لم يحدد ماهية حرب الاعتداء ، وأحال في ذلك لمجلس العصبة على أن هذا المشروع لم يتم إقراره⁽²⁾ .

- بروتوكول جنيف (خاص بالحل السلمي للمنازعات الدولية) 1924 ف

لقد وضع هذا البروتوكول نظاماً لفض المنازعات بين دول العصبة ووصف حرب العدوان بأنها جريمة دولية ، وهى الحرب التي تلجأ إليها الدول دون استخدام الوسائل المنصوص عليها بالبروتوكول⁽³⁾ ، ولم يتم التصديق على هذا البروتوكول مما أدى إلى سقوطه بعد فترة وجيزة من إقراره⁽⁴⁾ .

- اتفاق لوكارنو 1926 ف

إكمالاً لعهد عصبة الأمم ، وبهدف تشجيع وتوسيع دور التسوية السلمية للمنازعات تم التوقيع على معاهدة لوكارنو و تعهدت الدول المشتركة فيها بعدم اللجوء إلى الحرب⁽⁵⁾ في العلاقات المتبادلة ، والالتزام بحل المنازعات سلمياً .

(1) مفيد محمود شهاب ، المرجع سبق ذكره ، ص 19 .

(2) انظر حول هذا المشروع ، زكريا حسين عزمي ، مرجع سبق ذكره ، ص 81 وما بعدها .

(3) عبد الرحمن أبو النصر ، مرجع سبق ذكره ، ص 85 .

(4) زكريا حسين عزمي ، مرجع سبق ذكره ، ص 82 .

(5) أحمد سرحال ، قانون العلاقات الدولية ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، الطبعة

2. تقييد اللجوء للحرب في ميثاق باريس (بريان كيلوج) 1928 ف

في إطار استمرار المساعي للتضييق من حق الدولة في شن الحرب وصولاً إلى تحريمها، جاءت المعاهدة العامة لنبذ الحروب التي وقعها في باريس سنة 1928 ف ممثلو خمس عشرة دولة ثم انضم إليها فيما بعد عدد كبير من الدول بلغ خمساً وستين دولة⁽¹⁾ لتقرر ولأول مرة تحريم الحرب ليس فقط باعتبارها وسيلة من وسائل فض المنازعات بل وأداة لتنفيذ السياسات الوطنية ، أي أنها حرمت الحرب باعتبارها وسيلة لحل المنازعات وعملاً من أعمال السيادة تباشره الدولة لتحقيق مصالحها⁽²⁾

وقد أخذت هذه الاتفاقية طابع الأهمية لما تمثله من تطور بالنسبة للالتزام الدول بالامتناع عن اللجوء للحرب وفي إدانتها للجوء إلى الحرب⁽³⁾ غير أن ميثاق باريس لم يحظر جميع أنواع الحروب وسمح بالحروب ضد الدول غير الموقعة عليها⁽⁴⁾

ثانياً / تشجيع وتوسيع القواعد المطبقة أثناء الحرب

شهدت الحرب العالمية الأولى 1914 - 1918 ف استخدام وسائل للقتال إما جديدة أو تستخدم على نطاق لم يسبق له مثيل كالغازات السامة ، وشن الغارات الجوية الأولى ، واحتجاز مئات الآلاف من أسرى الحرب ، وقد جاءت معاهدات 1925 و 1929 استجابة لتلك التطورات⁽⁵⁾

(1) جيار هارد فان غلان ، مرجع سبق ذكره ، ص 9 .

(2) مفيد محمود شهاب ، مرجع سبق ذكره ، ص 19 .

(3) تيسير النابلسي ، مرجع سبق ذكره ، ص 21 .

(4) جيار هارد فان غلان ، مرجع سبق ذكره ، نفس الصفحة .

(5) القانون الدولي الإنساني ، إجابات على أسئلتك ، منشورات اللجنة للصليب الأحمر ، 202 ف ، ص 11 .

1. بروتوكول جنيف 1925 ف

تم عقد مؤتمر لإخضاع تجارة السلاح للرقابة في جنيف 1925 ، واعتمد اتفاقية بشأن الرقابة على التجارة الدولية للأسلحة ، ولكن هذه الاتفاقية ظلت دون تصديق.

وقد حقق ذلك المؤتمر نجاحاً أكبر باعتماده البروتوكول الخاص بحظر الغازات الخائفة والسامة وغيرها من الغازات والوسائل الجرثومية للحرب. ولعل الإضافة الجديدة التي جاء بها البروتوكول هي حظر وسائل الحرب الجرثومية⁽¹⁾

2. اتفاقية جنيف لسنة 1929 ف

نتيجة لما أظهرته الحرب العالمية الأولى من قصور في القواعد التي توفر الحماية للضحايا عقد في جنيف مؤتمر دبلوماسي بمبادرة من اللجنة الدولية للصليب الأحمر وبدعوة من الحكومة السويسرية بهدف تحقيق المزيد من التقدم في ميدان توسيع الحماية الممنوحة لضحايا الحرب ، واعتمد ذلك المؤتمر اتفاقيتين:

أ- اتفاقية جنيف المتعلقة بتحسين حال الجرحى والمرضى العسكريين

في الميدان 1929 ف .

جاءت هذه الاتفاقية مراجعة وتطويراً لاتفاقية جنيف لعام 1906 ف، والجديد الذي أوردته هذه الاتفاقية هو إلغاء شرط المشاركة الجماعية، أي أن الاتفاقية تبقى سارية المفعول حتى وإن كان بعض المتحاربين ليسوا طرفاً فيها.

هذا بالإضافة إلى الاهتمام بالطيران الصحي ، وإقرار استخدام شارة الهلال الأحمر وشارة الأسد والشمس الأحمرين⁽²⁾

(1) فريتس كالمهوفن وليزابيث ستغفلد ، ضوابط تحكم خوض الحرب ، مدخل للقانون الدولي الإنساني ، ترجمة أحمد عبد العليم ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، 2004 ، ص 28 - 29 .

(2) عامر الزمالي ، مرجع سبق ذكره ، ص 19 .

ب) - اتفاقية جنيف المتعلقة بمعاملة أسرى الحرب 1929 ف

كانت القواعد التي تنظم حال أسرى الحرب قواعد عرفية لم يتم تدوينها بصورة متكاملة إلا من خلال هذه الاتفاقية .

حيث توسعت بهذه الاتفاقية فئات الأشخاص المحميين بمقتضى قانون الحرب ، حيث إن الحرب العالمية الأولى بمدتها الطويلة وبالعدد الهائل من الأسرى أبرزت ضرورة وضع تنظيم أكثر شمولاً لحماية الأسرى، وباتفاقية 1929 ف تم تحقيق قدراً أكبر من الوضوح والاكتمال في القواعد المتعلقة بعملية الأسر ومعاملة الأسرى⁽¹⁾ كفلت له التمتع بحماية الدول الحامية⁽²⁾ ، على أن جميع المحاولات السابقة لم تحل دون قيام الحرب العالمية الثانية التي جلبت خراباً ودماراً يعجز عنه الوصف.

المطلب الثاني :

مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية

جاءت الأحداث الأليمة باشتعال نيران الحرب العالمية الثانية⁽³⁾ 1939-1945 ف كانت ذروة البربرية في معاملة الضحايا، فقد انهارت كل القواعد والمبادئ القانونية ، و لم تستطع إيقاف الحرب أو التخفيف من شدتها حيث كانت أعداد القتلى المدنيين مساويةً لأعداد القتلى العسكريين - مقابل (10-1) في الحرب العالمية الأولى⁽⁴⁾

ولقد تصدى المجتمع الدولي لهذا الوضع المأساوي الذي تعرضت له الأجيال المتعاقبة ، وذلك بمراجعة أشمل للقواعد الموجودة والمضي في تطويرها ، واعتماد قواعد جديدة بهدف انقاذ الأجيال المقبلة من ويلات الحرب.

(1) فريتس كالسهوفن وليزابيت تسفغلد ، مرجع سبق ذكره ، ص 33 .

(2) عامر الزمالي ، مرجع سبق ذكره ، ص 19 .

(3) لقد اتسعت دائرة الدمار والخراب خلال هذه الحرب نتيجة إلقاء القنبلة الذرية على هيروشيما وناجازاكي في 1945 .

(4) القانون الدولي الإنساني ، إجابات على أسئلتك ، مرجع سبق ذكره ، ص 11 .

وهكذا جرى العمل على تحريم الحرب تحريماً مطلقاً كخطوة أولى ، ثم تم وضع نظام قانوني متكامل للقانون الدولي الإنساني .⁽¹⁾

أولاً / تحريم الحرب في ميثاق الأمم المتحدة 1945 ف

أدرك المجتمع الدولي أن وجود الحرب كحالة مشروعة يشكل عقبة أمام إرساء قواعد تحكم خوض الحرب .

وجاء عهد التنظيم الدولي الشامل بقيام الأمم المتحدة سنة 1945 ف⁽²⁾ التي جاءت بأحكام وقواعد تكمل ماشاب عهد العصبة من قصور .

حيث أكد ميثاقها على تحريم الحرب تحريماً مطلقاً ، ولم يفرق في هذا بين الحرب العدوانية وغيرها فكل حرب في حكمه محظورة⁽³⁾ (يتمتع أعضاء الهيئة جميعاً في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة...) ⁽⁴⁾ وقبل المنع الشامل والمطلق لاستخدام القوة فرض الميثاق فض المنازعات بين الدول بالوسائل السلمية .⁽⁵⁾

وقد أبقى الميثاق على بعض صور استخدام القوة وذلك استثناء من الأصل العام، حيث اعترف بحق الدول فرادى أو جماعات في الدفاع عن النفس لدى تعرضها للهجوم من جانب دولة أخرى أو مجموعة من الدول ، ويجوز عندئذ لمجلس الأمن أن يقرر استناداً إلى الفصل السابع من الميثاق اللجوء إلى استخدام

(1) اعتبار تعبيرات القانون الدولي الإنساني وقانون النزاعات المسلحة وقانون الحرب مترادفة في المعنى فالمنظمات الدولية والجامعات وحتى الدول تميل إلى استخدام تعبير (القانون الدولي الإنساني) بينما يشيع استخدام المصطلحين الآخرين في القوات المسلحة . انظر القانون الدولي الإنساني ، إجابات على أسئلتك ، مرجع سبق ذكره ، ص 5 .

(2) لمزيد من التفاصيل حول إنشاء الأمم المتحدة وخصائصها انظر: مفيد محمود شهاب، - مرجع سبق ذكره - ص 67 وما بعدها.

(3) علي صادق أبوهيف ، - مرجع سبق ذكره ، ص 785 .

(4) المادة 2 فقرة 4 من ميثاق الأمم المتحدة .

(5) م 2 فقرة 3 من الميثاق وحول الطرق المتبعة لحل المنازعات سلمياً انظر الفصل السادس من ميثاق الأمم المتحدة.

القوة الجماعية عن طريق قسرية - تستهدف استعادة السلم - ضد الدولة التي تهدد الأمن الدولي .

ولقد نشأت مرحلة أخرى في إطار حق الشعوب في تقرير المصير ففي القرار 2105 بتاريخ 1965 ف تعترف الجمعية العامة للأمم المتحدة بمشروعية الكفاح الذي تخوضه الشعوب الخاضعة للسيطرة الاستعمارية لممارسة حقها في تقرير المصير والاستقلال⁽¹⁾

وبذلك تم تصفية الاستعمار وإنهاء الاحتلال إعمالاً لمبدأ حق تقرير المصير⁽²⁾ فكان من أهم نتائجه حصول الكثير من الدول على استقلالها ، وتوسيع دائرة الأعضاء المكونين للجماعة الدولية⁽³⁾

ومما تجدر الإشارة إليه هو تطور فكرة الحرب في القانون الدولي المعاصر عنه في القانون التقليدي ، حيث اتسعت لتشمل أي صورة من استعمال القوة المسلحة في أي نزاع مسلح سواء كان أطرافها دولاً أم لا ، ويعد هذا الاتجاه دفعة مهمة لنظرية النزاع المسلح⁽⁴⁾.

ثانياً / وضع نظام قانوني متكامل للقانون الدولي الإنساني

نتيجة لتجاهل قوانين الحرب من قبل الأطراف المتحاربة خلال الحرب العالمية الثانية، وتطور وسائل القتال وأساليبه باستعمال السلاح النووي ، واستناداً

(1) القانون الدولي الإنساني - إجابات على أسئلتك - مرجع سبق ذكره ، ص 15 .

(2) حول حق تقرير المصير انظر : علي ضوي ، مرجع سبق ذكره ، ص 286 وما بعده .

(3) لقد أدى هذا التطور إلى توسيع دائرة أعضاء الجماعة الدولية نتيجة استقلال الكثير منها ممن كان يوجد في علاقة خضوع وتبعية لدولة أخرى ، وقد ترتب على ذلك نتيجة مزدوجة هي زيادة عدد الأشخاص التي تملك إبرام المعاهدات من ناحية واتساع دائرة النظام الدولي بدخول هيئات وحضارات جديدة بعد أن كان قاصراً على الحضارات الغربية المسيحية . انظر جعفر عبد السلام ، دور المعاهدات الشارعة في العلاقات الدولية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد السابع والعشرون لسنة 1971 ف ، ص 75 .

(4) انظر زكريا حسين عزمي ، مرجع سبق ذكره ، ص 94 .

إلى عدم مشروعية الحرب⁽¹⁾ قررت الجماعة الدولية ضرورة العمل على زيادة القواعد الموجودة وتطويرها بهدف أنسنة الحرب ، حيث تم تدوين قواعد جديدة لتشمل المنازعات الدولية وغير الدولية ، وتضمن الحماية الكافية لضحايا الحرب فتم توسيع وتمديد الحماية لتشمل المدنيين الذين يقعون تحت سلطة العدو ، وحماية ضحايا الحروب الأهلية وتزويد الاتفاقيات بآليات للرقابة⁽²⁾ ، وهكذا تم تطوير وتحسين الاتفاقيات الموجودة بهدف إرساء وترسيخ قواعد لحماية ضحايا النزاعات المسلحة والتي احتوت على اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 م وبروتوكولين إضافيين عام 1977 م .

1. اتفاقيات جنيف الأربع 1949 ف⁽³⁾

جاءت الأحداث الأليمة للحرب العالمية الثانية ومن بعدها تحريم استخدام القوة في ميثاق الأمم المتحدة⁽⁴⁾ لتعطي حافزاً جديداً للقيام بمراجعة أشمل للقواعد التي تحمي ضحايا الحرب ، وللمضي في تطويرها نشطت اللجنة الدولية للصليب الأحمر ودعت إلى عقد مؤتمرات متتابعة حتى تم اعتماد الاتفاقيات الأربع في مؤتمر جنيف الدبلوماسي الذي عقد سنة 1949 ف وهي تهدف بالدرجة الأولى إلى حماية الأشخاص الذين لا يشتركون في القتال بصورة

(1) قررت لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة في 20 إبريل سنة 1949 عدم إدراج قانون الحرب ضمن المسائل المراد دراستها وتطويرها بدعوى أن الحرب قد أصبحت عملاً غير مشروع ، وفي اليوم التالي 21 إبريل انعقد مؤتمر جنيف الذي انتهى بإقرار اتفاقيات جنيف لعام 1949 م . انظر : زكريا حسين عزمي ، - مرجع سبق ذكره ، ص 118 - 119 .

(2) انظر عمرو سعدالله - مرجع سبق ذكره ، ص 118 .

(3) انظر نصوص الاتفاقيات باللغة العربية في كتاب اللجنة الدولية للصليب الأحمر، اتفاقيات جنيف الأربع المؤرخة في 12-أغسطس 1949 ف ، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، جنيف ، 1987 ف .

(4) شهدت هذه الفترة ثورة في تدوين القانون الدولي فقد أبرمت معاهدات شارعة عالمية كميثاق الأمم المتحدة ، وتم تدوين أغلب فروع القانون الدولي العام : القانون الدولي الإنساني في سنتي 1949 ، 1977 ف ، وقانون المعاهدات سنة 1969 ف، قانون حقوق الإنسان سنتي 1948 ، 1966 ، إلخ . انظر : علي ضوي ، مرجع سبق ذكره ، ص 12 .

مباشرة وكذلك للأفراد الذين يتم إبعادهم عن جبهات القتال بسبب المرض والجرح والأسر⁽¹⁾ وهذه الاتفاقيات هي :-

1. اتفاقية جنيف لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان.
2. اتفاقية جنيف لتحسين حال الجرحى والمرضى والغرقى بالقوات المسلحة في البحار.

3. اتفاقية جنيف الخاصة بمعاملة أسرى الحرب .

4. اتفاقية جنيف الخاصة بمعاملة المدنيين وقت الحرب .

وقد أدخلت تحسينات على كثير من القواعد القائمة⁽²⁾ وسدت كثير من الثغرات التي كشفت عنها الممارسة العملية ، ومنها الاعتراف الصريح بحق أفراد المقاومة المسلحة إذا ما استوفوا جملة من الشروط⁽³⁾ في التمتع بوضع أسرى الحرب.⁽⁴⁾ وتكمن أهمية اتفاقية جنيف الرابعة باعتبارها أول اتفاقية من نوعها من حيث موضوعها ونطاق تطبيقها⁽⁵⁾

وقد تولد عنها تطور معتبر في توفير الحماية لضحايا الحرب من المدنيين ، وتحمى هذه الاتفاقية فئتين من المدنيين هما: رعايا العدو المدنيون المقيمون في إقليم طرف محارب ، وسكان الأراضي المحتلة أي أنها تحمي المدنيين الذين يجدون أنفسهم نتيجة للنزاع المسلح تحت سلطة العدو⁽⁶⁾

(1) جمعة سعيد سرير ، نظام حماية الأعيان المدنية وقت الحرب في القانون الدولي الإنساني ، مجلة إدارة القضايا ، العدد السادس ، السنة الثالثة ، 2004 ، ص 147 .

(2) لقد كانت الاتفاقية الأولى 1864 نقطة البداية لحماية ضحايا الحرب إلا أنه تم تعديلها مرات عديدة في عام 1906 - 1929 كانت تعني بحماية الجرحى والمرضى العسكريين في الميدان قبل أن تشمل فيما بعد أسرى الحرب إلى أن تم اعتماد اتفاقيات جنيف الأربع عام 1949 ف لتمد من نطاق الحماية إلى جميع فئات ضحايا المنازعات المسلحة ، وقد أثر على هذا ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان .

(3) حول هذه الشروط انظر: صلاح الدين عامر- مرجع سبق ذكره ، ص 305 وما بعدها .

(4) فريستن كالسهورن وإليزابيت تسغفلد ، مرجع سبق ذكره ، ص 33 .

(5) عامر الزمالي ، مرجع سبق ذكره ، ص 21

(6) فريستن كالسهورن وإليزابيت تسغفلد ، مرجع سبق ذكره ، ص 33 .

وعلى خلاف الاتفاقيات السابقة التي كانت تطبق أثناء الحروب بين الدول امتد نطاق تطبيق الاتفاقيات الأربع إلى النزاعات المسلحة الداخلية ، وتم إدراج المادة الثالثة المشتركة التي أوردت مجموعة من القواعد الأساسية التي تتصدى صراحة لأوضاع النزاعات المسلحة الداخلية⁽¹⁾

وتم تضمين المعاهدات الأربع بأحكام توجب على الدول المتعاقدة اتخاذ الإجراءات العقابية والتأديبية اللازمة للتصدي للانتهاكات الجسيمة⁽²⁾

2. البرتوكولان الإضافيان لعام 1977 ف⁽³⁾

لما كانت مراجعة اتفاقيات جنيف تنطوي على خطر المساس ببعض المكتسبات التي تحققت عام 1949 ف فقد تقرر تعزيز حماية ضحايا النزاعات المسلحة باعتماد نصوص جديدة في صورة بروتوكولين إضافيين لاتفاقيات جنيف، وكان ذلك استجابة للمشكلات الإنسانية الناجمة عن حروب التحرر الوطني ، التي برزت عقب اعتماد اتفاقيات جنيف والتي لم تغطها إلا بصورة جزئية، حيث ثبتت صعوبة تعزيز نظام الحماية في النزاعات المسلحة غير الدولية بسبب الاصطدام بمبدأ سيادة الدولة ، وتم عقد المؤتمر الخاص بإنهاء وتطوير القانون الدولي الإنساني⁽⁴⁾

(1) وهناك جانب آخر يدعو للاهتمام في المادة الثالثة المشتركة وهو الأثر الواضح لمفاهيم حقوق الإنسان ، الحديثة النشأة في ذلك الحين ، على ما تضمنته هذه المادة من أحكام ، انظر فريتس كالهوفن وليزابيت تسغفلد ، المرجع السابق ، ص 34 .

(2) فريتس كالهوفن وليزابيت تسغفلد ، المرجع نفسه ، نفس الصفحة .

(3) انظر نصوص البروتوكولين الإضافيين إلى اتفاقيات جنيف الأربع 1949 ف والمتعلقين بحماية ضحايا المنازعات الدولية (البروتوكول الأول لسنة 1977 ف) والمنازعات غير الدولية (البروتوكول الثاني لسنة 1977 ف) في كتاب اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، البروتوكولين الإضافيين لسنة 1977 ف ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، جنيف، 1987 ف

(4) ابتكر تعبير (القانون الدولي الإنساني) القانون المشهور ماكس هبر الرئيس السابق للجنة الدولية للصليب الأحمر ولم يلبث أن تبناه معظم الفقهاء ، وورد هذا التعبير في المؤتمر الدبلوماسي جنيف 1974 - 1977 ف لتأكيد وتطوير القانون الدولي الإنساني المطبق في النزاعات المسلحة ، انظر: زيدان مريبوط ، مدخل إلى

في الفترة من 1974-1977 ف وتمخض عنه البروتوكولان الإضافيان لسنة 1977 ف.

أ)- البروتوكول الأول : حماية ضحايا المنازعات المسلحة الدولية:

وهو متمم لاتفاقيات جنيف الأربع⁽¹⁾ وقد وسع من فكرة المنازعات المسلحة الدولية لتغطي أعمال المقاومة التي تقوم بها حركات التحرر الوطني ضد الاحتلال الأجنبي دفاعاً عن حقها في تقرير المصير.

وقد عمل هذا البروتوكول على توسيع نطاق الحماية الواردة باتفاقيات جنيف الأربع لتشمل جميع الضحايا ولاسيما الفئات الأشد ضعفاً كالنساء والأطفال ، كما أكد على احترام الآثار التاريخية وحماية البيئة الطبيعية .

ب)- البروتوكول الثاني: حماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية:

بالإضافة إلى المادة الثالثة المشتركة في اتفاقيات جنيف فإن البروتوكول الثاني حدد ودعم حماية ضحايا النزاعات غير الدولية .⁽²⁾

وهو ما اعتبر إضافة هامة في مجال توفير الحماية اللازمة لكافة الضحايا . وقد احتوى البروتوكولان على مزيج من قانون لاهاي وجنيف⁽³⁾ إضافة إلى عناصر مهمة تتعلق بحقوق الإنسان⁽⁴⁾

=

القانون الدولي الإنساني ، حقوق الإنسان ، المجلد الثاني ، إعداد محمود شريف بسيوني وآخرين ، دار العلم للملايين ، بيروت ، 1989 ف ، ص 100 .

(1) عامر الزمالي ، مرجع سبق ذكره ، ص 22 .

(2) زيدان مريبوط ، مرجع سبق ذكره ، ص 104 .

(3) يستهدف قانون الحرب في معناه الواسع ، تنظيم الأعمال العدائية وتخفيف المعاناة الناتجة عنها بالقدر الذي تسمح به الضرورة الحربية ، ويقسم قانون الحرب بدوره إلى فرعين - قانون لاهاي ويبين حقوق وواجبات المحاربين في إدارة العمليات كما يحد من اختيار وسائل الإيذاء ويشمل اتفاقيات لاهاي 1899 المعدلة في 1907 ويضم إعلان سان بطرسبورغ 1868 وبرتوكول جنيف 1925 ف .

- قانون جنيف ويهدف على حماية الضحايا ويشمل اتفاقيات جنيف لعام 1864 المعدلة 1906 و 1929 ف إلى أن تم اعتماد اتفاقيات جنيف 1949 ف انظر في ذلك : جان بكتيه ، مرجع سبق ذكره ، ص 6 وما بعدها ، وراجع: زيدان مريبوط ، مرجع سبق ذكره ، ص 102 .

(4) فريتس كالسهورن وليزابيت تسغفلد ، مرجع سبق ذكره ، ص 40 .

ثالثاً / تعزيز القانون الدولي الإنساني المعاصر – التوجه الجديد-

لقد تم اعتماد اتفاقيات دولية ذات علاقة بالقانون الدولي الإنساني ولم تكن لفرض ضوابط على وسائل القتال ومعاملة الضحايا ، بل لحماية الأعيان وتحديد الأسلحة وسوف نلخصها في الآتي :-

1. اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح 1954 ف .
2. اتفاقية حظر الأسلحة البيولوجية والسامة سنة 1972 ف .
3. اتفاقية حظر وتقييد أسلحة تقليدية معينة 1980 ف .
4. اتفاقية حظر الأسلحة الكيميائية 1993 ف .
5. بروتوكول بشأن أسلحة الليزر المسببة للعمى 1995 ف .
6. بروتوكول بشأن الحد من استخدام الألغام المضادة للأفراد 1996 ف .
7. اتفاقية حظر استخدام الألغام المضادة للأفراد 1997 ف .
8. نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998 ف .
9. بروتوكول الاتفاقية 1954 بشأن الممتلكات الثقافية 1999 ف⁽¹⁾

وخلاصة القول إن بعض النزاعات المسلحة كان لها أثر مباشر إلى حد ما على تطور قواعد القانون الدولي الإنساني الذي تطور من خلال ممارسات الدول والتدوين ، فكانت الأحداث غالباً ما تسبق القانون .

وممارسات الدول أدت إلى تبلور القواعد العرفية وكانت هذه الممارسات مصحوبة بنشاط المنظمات غير الحكومية⁽²⁾ التي أسهمت في تدوين قواعد القانون

(1) انظر في ذلك القانون الدولي الإنساني ، إجابات على أسئلتك ، مرجع سبق ذكره ، ص 10-11 .

(2) لا يمكن إغفال دور المنظمات الدولية التي أسهمت في تطوير القانون الدولي الإنساني ، ومنها تقارير الأمين العام للأمم المتحدة حول احترام حقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة وتوصية الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2444 لسنة 1968 .

ولكن تجدر الإشارة إلى الدور التي تطلع به اللجنة الدولية للصليب الأحمر في تطوير القانون الدولي الإنساني حيث إنها تقوم برصد التغيرات في طبيعة النزاعات ثم تنظيم المشاورات للاتفاق على قواعد جديدة وتقوم بإعداد مشاريعها لتقدم إلى المؤتمرات الدبلوماسية المعنية بحماية ضحايا النزاعات المسلحة .

المذكور الذي أخذ شكل معاهدات ومواثيق وبروتوكولات ، ويوفر القانون الدولي الإنساني نظامين للحماية :-

1. المنازعات المسلحة الدولية

وهي التي تطبق خلالها اتفاقيات جنيف 1949 ف والبروتوكول الأول 1977 ف وبما أن القانون الإنساني يخاطب أطراف النزاع فهو يحمي جميع فئات الأشخاص الذين لا يشاركون مباشرة أو يكفون عن الاشتراك في الأعمال الحربية وهم :-

(أ) - أفراد القوات المسلحة الجرحى والمرضى في الحرب البرية .

(ب) - أفراد القوات المسلحة الجرحى والمرضى العرقي في الحرب البحرية.

(ج) - أسرى الحرب .

(د) - السكان المدنيون ومنهم :-

- المدنيون الأجانب في أراضي أطراف النزاع بما فيهم اللاجئين.

- المدنيون في الأراضي المحتلة .

- المحتجزون والمعتقلون المدنيون .

بالإضافة إلى أفراد الخدمات الطبية والدينية من العسكريين والمدنيين ووحدات الدفاع المدني ، وقد اعتبرت حروب التحرر الوطني كما جاء بالمادة الأولى من البروتوكول الأول نزاعات مسلحة دولية.

1. النزاعات المسلحة غير الدولية

وهي التي ينطبق عليها نص المادة الثالثة المشتركة بين الاتفاقيات الأربع

1949 ف بالإضافة إلى أحكام البروتوكول الإضافي الثاني 1977 ف.

وفي هذه المنازعات يخاطب القانون الإنساني أفراد القوات المسلحة المشاركة في النزاع نظامية كانت أو غير نظامية ، ويحمي جميع فئات الأشخاص الذين لا يشاركون أو كفوا عن المشاركة في الأعمال العدائية ويشمل :-

(أ) - المقاتلين الجرحى والمرضى .

(ب) - الأشخاص المقيدة حريتهم بسبب النزاع .

(ج) - السكان المدنيين⁽¹⁾

بالإضافة إلى أفراد الخدمات الطبية والدينية.

وأخيراً... يجب ملاحظة أن القانون الدولي الإنساني⁽²⁾ يستمد الكثير من أحكامه مما جاء في الشرائع السماوية ، باعتباره يسعى إلى حماية الإنسان واحترامه في شخصه ، وهو ذات المبدأ الأساسي الذي نادى به سائر الأديان السماوية ومختلف الحضارات الإنسانية.

الخاتمة:

بعد ان انتهينا من دراسة موضوع تطور القانون الدولي الانساني وذلك في محاولة لإيضاح محتوى القانون الدولي الانساني.

وذلك من خلال عرض استغرق مبحثين ، وقد انتهينا إلى دراسة تطور القواعد المنظمة للحرب عبر العصور المختلفة ومنذ أن كانت أعرافاً رسختها التجارب الدولية وحتى صارت قواعد اتفاقية بين الدول .

وقد بدا واضحاً من خلال هذه الدراسة القانونية حول تطور القانون الدولي الانساني ان القواعد العرفية هي الركيزة الأولى لنشأة القواعد المنظمة للحرب وتطورها، ثم أسهمت القواعد الدولية الاتفاقية وبشكل تدريجي في إرساء ما سمي بالقانون الدولي الإنساني .

وتجب الإشارة إلى انسجام قواعد القانون الدولي الإنساني مع مختلف الأديان السماوية ، لأنه يهدف إلى حصانة وحماية الشخص الإنساني ، وهو ذات المبدأ الذي نادى به مختلف الأديان السماوية ، حيث جاءت بالعديد من القواعد الإنسانية. ولعل أكثرها اكتمالاً في هذا الشأن ما جاءت به الشريعة الإسلامية خاتم الرسالات ، والتي قدمت نظاماً إنسانياً مكتمل الجوانب يتناسب مع ما تتسم به أحكام الشريعة الغراء من تقدم وثناء ، خصوصاً فيما يتعلق بصيانة الإنسان وحفظ

(1) انظر في ذلك القانون الدولي الإنساني ، إجابات على أسئلتك ، مرجع سبق ذكره ، ص 7 .

(2) ويستوي في ذلك كل النظريات الإنسانية التي تتابع وتصلت من خلال التطور المتلاحق لأحكامها ولعل أهمها نظرية حقوق الإنسان .

كرامته ،وردت في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، حيث أسهمت النظرية الإسلامية في أئسنة الحرب وأتت بقواعد صالحه لكل زمان ومكان .
والآن تعكس هذه القواعد أكثر تطورات القانون الدولي المعاصر أهمية ،وهو ما يتسم بظهور القواعد الإنسانية الجوهرية ، المصممة لحماية قيم عالمية ، من خلال ما بات يعرف اليوم بالقانون الدولي الإنساني .

قائمة المراجع :

1. علي صادق أبوهيف ، القانون الدولي العام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1990 ف .
2. عامر الزمالي ، مدخل إلى القانون الدولي الإنساني ، الطبعة الثانية ، منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان ، تونس ، 1997 ف .
3. محمد طلعت الغنيمي ، الأحكام العامة في قانون الأمم (قانون السلام) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1970 ف .
4. القانون الدولي الإنساني ، إجابات على أسئلتك ، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، 2002 ف.
5. تيسير النابلسي ،- الاحتلال الإسرائيلي للأراضي العربية ، دراسة لواقع الاحتلال الإسرائيلي في ضوء القانون الدولي العام ، الطبعة الأولى ، مركز الأبحاث بمنظمة التحرير الفلسطينية، بيروت، 1975 ف.
6. جان بكتية ، مبادئ القانون الدولي الإنساني ، جنيف ، اللجنة الدولية للصليب الاحمر، 1975 ف.
7. أحمد سرحال ، قانون العلاقات الدولية ، الطبعة الثانية ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1993.
8. عمرو سعد الله ، تطور تدوين القانون الدولي الإنساني ، الطبعة الأولى ، دار الغروب الإسلامي ، بيروت ، 1997 ف .
9. صلاح عبد البديع شلبي ، حق الاسترداد في القانون الدولي دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي وتطبيق مبادئه في العلاقة بين الدول العربية وإسرائيل ، الطبعة الأولى ، 1983 ف.

10. مفيد محمود شهاب ، المنظمات الدولية ، الطبعة العاشرة ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990 ف .
11. علي ضوي ، القانون الدولي العام ، الطبعة الثانية ، طبع بالشركة العامة للورق والطباعة ، 2005 ف .
12. صلاح الدين عامر ، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1975 ف.
13. جيرهارد فان غلان، القانون بين الأمم، دار الجيل ودار الأفاق الجديدة، بيروت، "بدون سنة نشر".
14. فريتس كالهوفن و ليزايت ستغفلد ، ضوابط تحكم خوض الحرب ، مدخل للقانون الدولي الإنساني ، ترجمة أحمد عبد العليم ، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، 2004 ف .
15. عبد الرحمن أبو النصر ، اتفاقية جنيف الرابعة لحماية المدنيين لعام 1949 م وتطبيقها في الأراضي الفلسطينية المحتلة ، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة ، 2000 ف.
16. زكريا حسين عزمي ، من نظرية الحرب إلى نظرية النزاع المسلح مع دراسة خاصة بحماية المدنيين في النزاع المسلح، رسالة الدكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، 1978 ف .
17. د.حامد سلطان، الحرب في القانون الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي المجلد الخامس والعشرون السنة 1969 ف.
18. د . زيدان مريبوط ، مدخل إلى القانون الدولي الإنساني ، مجلدات حقوق الإنسان ، المجلد الثاني ، إعداد د. محمود شريف بسيوني وآخرين ، الطبعة الأولى، دار العلم للملايين ، بيروت ، 1989 ف
19. د. محيي الدين عشاوي ، الصفة الآمرة لقواعد قانون الاحتلال الحربي ، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد التاسع والعشرون لسنة 1973 ف .
20. الأستاذ .محمد أبو زهرة ، نظرية الحرب في الإسلام ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد الرابع عشر ، السنة 1958 ف .

21. د. جعفر عبد السلام ، دور المعاهدات الشارعة في العلاقات الدولية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد السابع والعشرون ، السنة 1971
22. أعمال لجنة القانون الدولي ، المجلد الأول ، الطبعة السادسة ، منشورات الأمم المتحدة ، نيويورك ، 2005 ، ف ، وثيقة رقم (4-633007-1-92 ISBN) .
23. حولية لجنة القانون الدولي : المجلد الثاني - الجزء الثاني - 2001 ف ، الأمم المتحدة .
24. موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية من سنة 1948 - 1991 ف ، الأمم المتحدة ، نيويورك ، 1992 ف ، وثيقة رقم (ST/LEG/SER .F/1) .

دعوى المنافسة غير المشروعة كوجه من أوجه حماية حرية المنافسة في النشاط الاقتصادي في إطار القانون الليبي

إعداد الدكتورة: كريمة حسين المدني

عضو هيئة التدريس بكلية القانون / جامعة طرابلس

المقدمة :

يعد قانون المنافسة فرع من فروع "قانون الاعمال" ، وهذا الأخير هو القانون التجاري في ثوبه الجديد الذي هو مجموعة من القواعد القانونية المنظمة للأنشطة التجارية، التي في جوهرها أنشطة تتعلق بصفة أساسية بالصناعة والخدمات . ولقد قيل بحق أن المنافسة هي قانون التجارة الجديد ، إذ أن أحكامها عبارة عن مزيج من قانون النشاط الاقتصادي والقانون الجنائي، كما تحمل في طياتها خصوصية أنها أحكام لا تطبق إلا على الأفراد الممارسين للنشاط الاقتصادي، ومع ذلك فهي لا تحمي فقط الممارسين للنشاط الصناعي والتجاري والخدمي بل أيضا تحمي المستهلك ، إذ تضمن هذه الأحكام احترام القواعد الخاصة بالدعاية بما يتضمن تجريم الدعاية الخادعة أو الكاذبة وتحمي البيانات التجارية المدونة على المنتج... الخ ، بما يضمن سهولة انسياب البضائع وتعدد الممارسين للنشاط، بما يمنع الاحتكار، ويحرر الاسعار، ويمنح للمستهلك حق الاختيار بين بضائع وموزعين مختلفين بما يضمن تعدد

دعوى المنافسة غير المشروعة كوجه من أوجه حماية 155 حرية المنافسة في النشاط الاقتصادي في إطار القانون الليبي

وتنوع الخيارات وانخفاض الاسعار لغرض جذب المستهلك
وبالتأكيد هذا هو الهدف الذي يصبو إليه كل اقتصاد.

القانون التجاري الليبي لم يقدم تعريفاً لأحكام المنافسة بالشكل الذي ظهر في اتفاقية باريس للملكية الصناعية⁽¹⁾، التي انضمت إليها ليبيا منذ 28 سبتمبر 1976 (وكما عرفها القانون والفقهاء الفرنسي ، وتبعه في ذلك القانون والفقهاء في أغلب البلاد العربية كمصر والجزائر والأردن والمغرب ...) ذلك لأن القانون التجاري الليبي الصادر في 1953 م لم يتضمن أية أحكام خاصة بتنظيم المنافسة ، وترك الأمر للإجتهد القضائي ومع دخول البلاد إلى حقبة تطبيق التشريعات الاشتراكية وتحريم التجارة ساد نظام الاحتكار الذي مارسته الدولة ، نظام ألغى حرية الاقتصاد بكل أشكالها ، إلا أن عودة البلاد مع بداية التسعينيات إلى إباحة التجارة وتحرير السوق (على احتشام في بداية الامر) أعاد المشرع الليبي إلى التفكير في تطوير نصوص قانون النشاط الاقتصادي بما يضمن تنظيم السوق، وحماية التاجر والمستهلك على حدّ سواء ، ونتج عن ذلك صدور القانون رقم 23 لسنة 2010 م ودخوله حيز التنفيذ !! منذ يولييه 2010م ، وقد تضمن هذا القانون نصوصاً خاصة بتنظيم المنافسة وتحريم المنافسة غير المشروعة، بما يضمن شفافية الممارسات التجارية ونزاهتها ، وتحرير الاسعار، والسؤال المطروح هنا ،

(1) نصت اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية لعام 1883 حيث جاء في المادة 10 مكررة - ثانياً منها:

تلتزم دول الاتحاد بأن تكفل لرعايا دول الاتحاد الأخرى حماية فعالة ضد المنافسة غير المشروعة.

يعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة كل منافسة تتعارض مع العادات الشريفة في الشؤون الصناعية والتجارية. ويكون محظوراً بصفة خاصة ما يلي:

أ- كافة الأعمال التي من طبيعتها أن توجد بأية وسيلة كانت لبسا مع منشأة أحد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري.

ب- الادعاءات المخالفة للحقيقة في مزاوله التجارة والتي من طبيعتها نزع الثقة عن منشأة أحد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري.

ج- البيانات أو الادعاءات التي يكون استعمالها في التجارة من شأنه تضليل الجمهور بالنسبة لطبيعة السلع أو طريقة تصنيعها أو خصائصها أو صلاحيتها للاستعمال أو كميتها.

دعوى المنافسة غير المشروعة كوجه من أوجه حماية 156
حرية المنافسة في النشاط الاقتصادي في إطار القانون الليبي

ما المقصود بالمؤسسات التجارية المعنية بأحكام تجريم المنافسة غير المشروعة المنصوص عليها في القانون 23 لسنة 2010م؟ وهل كان المشرع الليبي موفقا في ضمان حماية المنافسة وحرية العمل التجاري بما نظمه من وسائل حماية؟ وما هي الاسس التي تقوم عليها دعوى المنافسة غير المشروعة؟ ومتي تتوفر شروطها؟ وهل نضمها المشرع الليبي بما يكفل دورا فاعلا للقضاء في مواجهة أعمال المنافسة غير المشروعة؟

المطلب الأول:

ماهية المنافسة غير المشروعة، وصورها

أولا: مفهوم المؤسسة التجارية وتحديد ماهية المنافسة غير المشروعة:

1. المؤسسة التجارية : هي " أداة المشروع التجاري أو الصناعي أو الخدمي تتألف أصلا من عناصر مادية وعناصر غير مادية يرمي جمعها وتنظيمها لممارسة نشاط اقتصادي يهدف لتحقيق الربح (لا تتسم بطابع عام)"⁽¹⁾. فالمؤسسة التجارية وفقا لهذا التعريف هي الأداة التي من خلالها يحقق المشروع التجاري غايته وأهدافه. وتتمثل هذه الأهداف أساسا في زيادة عدد زبائن المشروع. وتختلف المؤسسة التجارية عن المشروع التجاري إذ يعتمد هذا الأخير على الشخص الذي يستثمره بينما يعتمد الركن الأساسي في المؤسسة التجارية على الأموال التي تتكون منها، فقد يستثمر مشروع واحد عدة مؤسسات تجارية .

وتقوم المؤسسة التجارية بالأعمال التجارية (نشاط تجاري ، صناعي ، خدمي ...الخ) ، أما إذا كانت المؤسسة مخصصة لممارسة نشاطات مدنية كما هي الحال

(1) / 1 / ميمون خيرة وا / بوشعور محمد حريري - بحث بعنوان "المنافسة والية حمايتها من الاعمال المنافية لها" - مقدم في الملتقى الدولي الرابع حول : المنافسة والاستراتيجيات التنافسية للمؤسسات الصناعية خارج قطاع المحروقات في البلاد العربية - تنظيم جامعة الدول العربية - الدار البيضاء -المغرب - ص 2.

عند ممارسة مهن مثل الطب والمحاماة ، فتنتفي عنها صفة التجارية حتى مع توفر عنصر الزبائن... بعد تحديد مفهوم المؤسسة التجارية لابد من ضبط مصطلحات أخرى ذات صلة وثيقة بالموضوع وهي: السوق ، وضعية الهيمنة الاقتصادية (الاحتكار):

i. السوق ... للسوق عدّة مفاهيم إلا أنه وبشكل عام يعرف مصطلح السوق بأنه: " منطقة جغرافية تجمع المشترين بالبائعين" ويعرفه علم الاقتصاد بأنه العلاقة بين العرض والطلب لسلعة ما.

وحسب تعريف برايد وفريل⁽¹⁾ فإنّ السوق يجمع بين شركات وأشخاص هم بحاجة لسلعة ما ولديهم أو لديها المقدرة والرغبة والسلطة لشراء تلك السلعة. السوق إذا " هو مجموعة من المشترين سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم معنويين ويعتبر هؤلاء هدف كلّ الجهود التسويقية للمنشآت الاقتصادية إذ تبحث عن الحاجات والرغبات غير المشبعة التي تمثل فرصاً تسويقية جيّدة. والسوق لا يقتصر على المشترين الحاليين فقط، ولكن يمتدّ إلى المشترين المرتقبين أو المحتملين باعتبار أنّ الجهود التسويقية تنفّذ في الفترة المستقبلية.

وللسوق عدة أنواع منها: السوق الاستهلاكي⁽²⁾ ، السوق الاصطناعي⁽³⁾ والسوق الحكومي⁽⁴⁾.

(1) ورد ذكره في بحث بعنوان "المنافسة والية حمايتها من الاعمال المنافية لها" - / ميمون خيرة و/ بوشعور محمد حريري — مقدم في الملتقى الدولي الرابع حول : المنافسة والاستراتيجيات التنافسية للمؤسسات الصناعية خارج قطاع المحروقات في البلاد العربية - تنظيم جامعة الدول العربية - الدار البيضاء - المغرب - ص 4.

(2) السوق الاستهلاكي: وهو عبارة عن مجموعة من المشترين الذين يرغبون في شراء السلع التي ستشبع حاجاتهم الشخصية والعائلية، ويقادرون على شرائها ولا يشترونها بقصد تحقيق الأرباح.

(3) السوق الاصطناعي: هو سوق يحوي مجموعة من المشترين الذين يشترون السلع والمواد من أجل استخدامها في عملية الإنتاج.

(4) السوق الحكومي: وهو السوق الذي تتوافر فيه السلع ليس لاستهلاكها وإنما لتسهيل انتاج سلع وخدمات أخرى.

كما يمكن تقسيم الأسواق حسب توافر حرية المنافسة فيها إلى: أسواق المنافسة الكاملة، وهي أسواق يتحكم فيها العرض والطلب في الأسعار وتغل فيها يد الدولة. فيما تنحسر حرية المنافسة في سوق الاحتكار الكامل الذي تسيطر عليه الدولة وتتحكم في تحديد أسعار المنتجات والخدمات المتداولة فيه ولا يكون للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين أي دور، وهي المرحلة التي عاشتها بلادنا طوال فترة الثمانينيات وجزء كبير من فترة التسعينيات من القرن الماضي . واخيرا توجد كذلك الأسواق التي تقوم على المنافسة الاحتكارية وأسواق إحتكار القلّة، وكما هو واضح فإن الأنواع الثلاث الأخيرة تنعدم فيها المنافسة الحرة، ولا يطرح فيها أي تساؤل حول مشروعية المنافسة.

- ii. الهيمنة الاقتصادية: هي الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني "المستهدف" من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها.
- iii. وضعية التبعية الاقتصادية : هي العلاقة التجارية التي لا يكون فيها لمؤسسة ما حل بديل بالتعامل مع مؤسسات مختلفة إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة تجارية ما سواء أكانت زبونا أو ممولا.

2. ماهية المنافسة غير المشروعة :

يقصد بالتنافس عموما تزامم التجار أو الصناع على ترويج أكبر قدر من منتجاتهم أو خدماتهم من خلال جذب أكبر عدد من العملاء. ويحقق التجار هذه الغاية إستنادا إلى حرية المنافسة فيما بينهم و حرية الاختيار لدى جمهور المستهلكين ، وإذا تحقق هذا التنافس بشرف وأمانة أي وفقا لأحكام القانون والعادات التجارية والاتفاقات الخاصة أدى ذلك إلى تحقيق مزايا اقتصادية عديدة أبرزها انخفاض الأثمان وارتفاع القيمة الحقيقية للنقود مع تحقيق جودة عالية للسلع والخدمات الأمر الذي يؤدي إلى ازدهار التجارة و رفاهية واضحة للجمهور. ولما كان التجار أو الصناع المتماثلين في مهمتهم يعرضون بضائعهم وخدماتهم لذات الجمهور ، فإن الزيادة في عدد عملاء أحدهم لا بد أن يقابلها

نقص في عدد عملاء الآخرين ، وحتى يكون جذب عملاء الآخرين مشروعاً بالرغم من أن ذلك يقابله ضرر بالنسبة للتجار المنافسين ، فإنه يتعين تنظيم هذا التنافس بحيث لا يسمح للتجار بتج أوز حدود حرية المنافسة بأفعال مخالفة للقانون بمعناه الواسع . وتظهر مخالفة أعمال المنافسة للقانون من خلال استخدام الشخص المنافس لوسائل تؤثر على حرية اختيار الجمهور. ولمزيد من التوضيح لا بد لنا أو لا من تحديد مفهوم المنافسة في مجال النشاط الاقتصادي.

يتميز البعض في مجال الأعمال بين نوعين من المنافسة:

- i. المنافسة غير المباشرة : تتمثل في المنافسة والصراع القائم بين المؤسسات في بلد ما من أجل كسب الموارد المتاحة ، فالمؤسسات من خلال بحثها عن العائد المادي والتفوق في تحقيق أكبر قدر من الأرباح تسعى للحصول على الموارد عالية الجودة بأقل تكلفة ممكنة .
- ii. المنافسة المباشرة : يتمثل هذا النوع من المنافسة بين الشركات والمؤسسات العاملة في ذات القطاع ، كالتنافس بين شركات تصنيع أو ترويج المواد الغذائية أو مواد البناء أو الخدمات الفندقية ... الخ ، وهنا تظهر الممارسات المختلفة كالاحتكار والتكتلات الاقتصادية التي تهدف إلى السيطرة على خدمة ما في قطاع بعينه ، و يظهر هذا النوع من المنافسة واضحاً في ليبيا من خلال احتكار شركتي المدار وليبيانا لقطاع الاتصالات . كما نجد في الأدبيات المعاصرة

دعوى المنافسة غير المشروعة كوجه من أوجه حماية 160 حرية المنافسة في النشاط الاقتصادي في إطار القانون الليبي

تميزا بين مفهوم الميزة النسبية " L'avantage comparatif"⁽¹⁾ والميزة التنافسية " L'avantage concurrentiel"⁽²⁾.

عليه... يمكننا تعريف المنافسة غير المشروعة - بوجه عام - بأنها: "إستخدام التاجر لطرق منافية للقوانين أو العادات وقواعد الشرف والإستقامة التجارية"⁽³⁾. والحقيقة أن الفقه بوجه عام، وفقه القانون التجاري بوجه خاص - في حدود مراجع هذه الورقة البحثية - قد درج على تقديم عدة تعريفات للمنافسة غير المشروعة، بقصد إزالة الغموض عن هذا المصطلح، فقد ظهر مفهوم المنافسة غير المشروعة أول مرة في فرنسا من خلال النظرية الكاملة التي أقامها الاجتهاد الفرنسي بخصوص المنافسة غير المشروعة ، إذ يرى الفقيه "بويه"⁽⁴⁾ أن المنافسة غير المشروعة بالمفهوم التقليدي هي تلك التي تقوم على وسائل ملتوية وخادعة ودسائس تنبذها مبادئ الشرف والاستقامة ورغم تعدد هذه الوسائل إلى ما لا نهاية فإن الغاية تبقى دائما هي تحويل الزبائن واستقطابهم، وهذا يسهل التعرف على فعل المنافسة غير المشروعة مهما كان الشكل الذي تتخذه"⁽⁵⁾. كما عدّ الفقيه رويلو

(1) يري بورتر ان الميزة التنافسية لا تختص بالدولة وانما بالمؤسسة أو الشركة ، فالميزة التنافسية تنشأ اساسا من القيمة التي استطاعت مؤسسة ما ان تخلقها لزبائنها بحيث يمكن ان تأخذ شكل اسعار اقل بالنسبة لأسعار المنافسين بمنافع متساوية ، أو تقديم منافع متفردة في المنتج تعوض بشكل هام الزيادة السعرية (كخدمات ما بعد البيع المجانية أو زيادة مدة الضمان أو تمييز الزبون الوفي بأسعار وخدمات)، وتتمثل مصادر الميزة التنافسية في الكفاءة والجودة. ورد ذكره في - محمد محبوبي - حماية الملكية الصناعية من المنافسة غير المشروعة ، مقالة منشورة عبر الموقع: www.startime.com/4share

(2) تعتمد على القدرة على التطوير والمعرفة والمحافظة على البيئة.

(3) بحث مقدم من القاضي /احمد سالم سليم البيضاء - "المنافسة غير المشروعة والحماية القانونية للمتضرر منها في التشريعات الاردني - 2007 - ص1.

(4) Françoise Dekeuwer -Défossez – Droit commercial- 10e édition – lextenso édition – 2010-p 145.

(5) حمدي غالب الجعفي ، العلامات التجارية الجرائم الواقعة عليها وضمانات حمايتها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2012، ص 338

Roublot المنافسة غير المشروعة بمثابة التعسف في استعمال حرية المنافسة الذي يخضع لمؤديات التعسف في استعمال الحق⁽¹⁾. كما نجد عدة تعريفات للمنافسة غير المشروعة في الفقه القانوني العربي حيث عرفها محمد المسلماني بانها : "هي تلك الأعمال التي تتحقق باستخدام التاجر وسائل منافية للعادات والأعراف والقوانين التجارية، والمضرة بمصالح المنافس والتي من شأنها التشويش سمعة المنافس التجارية وإثارة الشك حول جودة منتجاته لنزع الثقة من منشاته، أو وضع بيانات غير صحيحة على السلع بهدف تضليل الجمهور"⁽²⁾.

نلاحظ من التعريفات التي أوردناها سلفاً أن الفقه القانوني لم يتوسع في تعريف المنافسة غير المشروعة بأكثر مما عرضناه اعلاه، ومرد تركيز الفقه على صور المنافسة غير المشروعة عند محاولة تحديد ماهيتها، أن غالبية التشريعات المقارنة لم تضع تعريفاً محدد للمنافسة غير المشروعة بل إكتفت بالنص على ما يعد صوراً من صورها وما يدخل في مفهومها⁽³⁾. وقد سلك المشرع الليبي في

(1) ورد ذكره في المرجع السابق، ص 339.

(2) محمد محبوبي- حماية الملكية الصناعية من المنافسة غير المشروعة، مقالة منشورة عبر

الموقع: www.startime.com/4share

(3) نص المشرع المصري في المادة 66 من قانون التجارة الصادر في 1999م عن انه : "يعتبر منافسة غير شرعية كل فعل يخالف العادات والاصول المرعية في المعاملات التجارية ويدخل في ذلك على وجه الخصوص الاعتداء على علامات الغير أو لسمع التجاري أو على براءات الاختراع أو على اسراره الصناعية التي يملك حق استثمارها ، وتحريض العاملين في متجره على اذاعة اسراره أو ترك العمل عنده وكذلك كل فعل أو ادعاء يكون من شأنه احداث اللبس في المتجر أو في منتجاته أو اضعاف الثقة في مالكة أو في القائمين على ادارته أو منتجاته...." كما نهج المشرع الاردني ذات النهج عندما جاء في المادة 2 من القانون المنافسة غير المشروعة قانون المنافسة غير المشروعة والاسرار التجارية رقم 15 لسنة 2000 المنشور على الصفحة 1316 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4423 بتاريخ 2/4/2000 : " أ . يعتبر عملاً من أعمال المنافسة غير المشروعة كل منافسة تتعارض مع الممارسات الشريفة في الشؤون الصناعية أو التجارية وعلى وجه الخصوص ما يلي : 1. الاعمال التي بحكم طبيعتها تسبب لبسا مع منشأة احد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري . 2. الادعاءات المغايرة للحقيقة في مزاوله التجارة والتي قد تسبب نزع الثقة عن منشأة احد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري . 3. البيانات أو الادعاءات التي قد يسبب استعمالها

دعوى المنافسة غير المشروعة كوجه من أوجه حماية 162 حرية المنافسة في النشاط الاقتصادي في إطار القانون الليبي

القانون رقم 23 لسنة 2010م بشأن النشاط الاقتصادي الطريق ذاته ، فلم يقدم تعريفاً محدداً لأعمال المنافسة غير المشروعة ، بل اكتفى بتعداد أهم صورها دون ان يكون هذا النص على سبيل الحصر، مما يترك للقضاء مجالاً واسعاً للاجتهاد، حيث جاء في المادة 1282 من الباب الأول من الكتاب الحادي عشر من القانون رقم 23 لسنة 2010م تحت عنوان المنافسة وحماية المستهلك ، الباب الأول : المنافسة " الأهداف : يتن أول هذا الباب تحديد الأحكام المطبقة على حرة الاسعار، والحد من الإحتكار وتنظيم المنافسة التجارية وتحديد قواعد حمايتها، قصد تطوير النشاط الاقتصادي، وضمان الشفافية والنزاهة في المعاملات ، وإحترام قواعد الإستقامة التجارية ."⁽¹⁾

كما نصت المادة 1285 من القانون رقم 23 لسنة 2010 المعنونة " الأعمال والممارسات المخلة بالمنافسة" على الاتي : " مع مراعاة حكم المادة السابقة تحظر بموجب احكام هذا القانون جميع الاعمال والاتفاقات الصريحة والضمنية التي تهدف إلى الإخلال بمبادئ المنافسة ، وتطبيق قواعد السوق ، أو الحد منها ، أو التأثير عليها، وعلي الاخص:

- الإتفاقات أو الأعمال التي تهدف أو تؤدي إلى تحديد أسعار السلع والخدمات أو تمثل مساساً بقواعد العرض والطلب سواء برفع الأسعار أو خفضها .

=

في التجارة تضليل الجمهور فيما يتعلق بطبيعة المنتجات أو طريقة تصنيعها أو خصائصها أو كمياتها أو صلاحياتها للاستعمال . 4. أي ممارسة قد تنال من شهرة المنتج أو تحدث لبساً فيما يتعلق بمظهره الخارجي أو طريقة عرضه أو قد تضلل الجمهور عند الاعلان عن سعر المنتج أو طريقة احتسابه . ب. اذا كانت المنافسة غير المشروعة متعلقة بعلامة تجارية مستعملة في المملكة سواء اكانت مسجلة ام غير مسجلة وتؤدي الى تضليل الجمهور فتطبق في هذه الحالة احكام الفقرة أ من هذه المادة . ج. تسري الاحكام الواردة في الفقرتين (أ) و (ب) من هذه المادة على الخدمات حسب مقتضى الحال .

(1) نصت المادة 1283 من القانون رقم 23 لسنة 2010م : " نطاق التطبيق: تسري احكام هذا الباب على جميع الانشطة التجارية التي تتم ممارستها بواسطة اشخاص طبيعيين أو معنويين ، كما تسري احكامه على اية انشطة اقتصادية تتم خارج الجماهيرية(ليبيا) ، ويترتب عليها اثار داخلها" .

دعوى المنافسة غير المشروعة كوجه من أوجه حماية 163
حرية المنافسة في النشاط الاقتصادي في إطار القانون الليبي

- منع أو عرقلة مزاولة النشاط التجاري داخل السوق للحد من دخول مزاولين آخرين أو إخراجهم منه.
 - تقاسم الأسواق أو مصادر السلع والخدمات أو العملاء على أسس جغرافية أو كمية أو موسمية .
 - رفض البيع والشراء، أو تقييده بقيود إضافية ، أو تعليق ذلك على شروط غير مرتبطة بالسلع والخدمات محل التعامل.
 - التواطؤ في تقديم العروض والعطاءات والمناقصات والمزايدات العامة ، أو في وضع شروط غير مبررة لقبولها .
 - الحصرية في عقود الامتياز والتوكيل التجاري إلا في الحالات الاستثنائية التي يرخص بها الامين المختص ، بعد أخذ رأي مجلس المنافسة.
 - الإغراق وذلك ببيع السلع المستوردة (المماثلة للسلع المنتجة محليا أو لها نفس مواصفاتها) بسعر يقل عن سعر بيعها في السوق الوطنية للدولة المصدرة أو بسعر يقل عن سعر بيعها في السوق الوطنية للدولة المصدرة أو بسعر يقل عن التكلفة الحقيقية بحيث يسبب ضررا ، أو يهدد بذلك ، أو يعيق بشكل ملحوظ إنتاج مثل هذه السلع في السوق المحلي .
 - وتعتبر الاتفاقات التي تبرم بالمخالفة لأحكام هذا الباب باطلة." ويقودنا نص هذه المادة الاخيرة إلى تحديد صور المنافسة غير المشروعة التي ذكرها المشرع الليبي على سبيل التخصيص:
- (ا) الاتفاقات المحظورة... يعد مبدأ حرية التعاقد من أهم المبادئ التي حاول قانون المنافسة الحد من تطبيقها، وذلك توخياً للاتفاقات التي قد تضر بمصالح المستهلكين من جهة وبالمصلحة العامة من جهة أخرى مما قد يؤدي إلى تقييد المنافسة بين المتعاملين. ومن ثم فإن المادة 1285 قد حرمت الاتفاقات التي قد ينتج عنها تحديد الاسعار أو غيره من الإجراءات التي قد تؤثر على حرية السوق و حرية المنافسة أو يحد منها.

ب) أعمال اللبس والتضليل : تنعكس آثار المنافسة المشروعة بين ممارسي النشاط التجاري على فئة المستهلكين الراغبين بالحصول على أفضل إنتاج بأفضل الأسعار وبأفضل جودة ولكن قد يؤدي السعي إلى كسب أكبر عدد ممكن من العملاء لمنشأة ما أو زبائن لمنتجات معينة ، إلى إنحراف التاجر، المصنّع أو مقدم الخدمة عن الهدف النبيل والشريف للعمل التجاري، بإعتماده طرق ملتوية مخالفة للقانون والاستقامة والأمانة المفروضة في العرف التجاري، في سبيل تحقيق ما يهدف للوصول والحصول عليه ، ويدخل ضمن أعمال التضليل الممارسات التالية :

i. الاعتداء على الاسم التجاري أو التسمية المبتكرة⁽¹⁾: كإتخاذ المحل المنافس اسما تجاريا مشابهها لاسم محل آخر أو اعتدائه على تسمية محل آخر⁽²⁾، أو الإعتداء على العلامة التجارية⁽³⁾ التي يتخذ منها المتجر إشارة لتمييز منتجاته

(1) نظمت المادة 482 من القانون رقم 23 لسنة 2010م المعنونة " حق الانفراد بالاسم التجاري واركانه": لكل تاجر الحق دون غيره في استعمال الاسم التجاري الذي اختاره. ويجب ان يتضمن الاسم التجاري بيانات بنوع التجارة المخصص لها وفي جميع الاحوال يجب ان يطابق الاسم التجاري حقيقة النشاط ، ولا يؤدي إلى التضليل أو يمس النظام العام . ويكون اسم الشركة وفق الاحكام القانونية الخاضعة لها.

(2) استئناف مختلط 19 مايو 1926 رقم 275 ص 419 السنة السابعة - مجلة المحاماة - العدد 07 - 419 وقد جاء فيه " يرتكب خطأ ويكون مسؤولا عن نتيجة خطئه من اذاع خبرا كاذبا عن شركة فادعى انها في حالة تصفية قاصدا بذلك تحويل عملائها اليه ولا ينفي مسؤوليته كونه استقى هذا الخبر من مستخدم سابق في الشركة ، لأنه كان يجب عليه ان يحقق هذا الخبر ولا يذيعه قبل التثبت من صحته . ومسؤوليته تتناول تعويض الضرر المادي والضرر الادبي ولو كان يسيرا وتصحيح هذا الخبر بعد اذاعته بخطاب الى الشركة لا يسقط المسؤولية) انظر (الجدول العشري الاول لمجلة المحاماة 1920-1930 - نقابة المحامين الاهليين - مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة - ص 304).

(3) نصت المادة 1286 المعنونة "المنافسة غير المشروعة في مجال الملكية الفكرية " على ان : "تعتبر الاعمال التالية من اعمال المنافسة غير المشروعة :

تزوير وتقليد العلامات التجارية المسجلة. 2-الاعتداء على الاسم والشعار التجاريين المقيدين بالسجل التجاري .
3-استغلال انجازات الغير والحصول على المعلومات غير المفصح عنها بطرق غير مشروعة كالتجسس والسرقة والاحتيايل. 4- عدم احترام القواعد المنظمة للرسوم والنماذج الصناعية المسجلة.5-الاعتداء على حقوق

أو بضائعه بتقليدها أو تزويرها. كما أن وضع بيانات تجارية مغايرة للحقيقة⁽¹⁾ بقصد منافسة الخصم وإيهام الجمهور بتوافر شروط معينة في البضائع المتنافس عليها كإذاعته أمور مغايرة للحقيقة خاصة بمنشأ بضاعته أو صافها أو تتعلق بأهمية تجارته بقصد إيهام الغير بمميزات غير حقيقية ككون المتجر على غير الحقيقة حائز لمرتبه أو شهادة أو مكافأة بقصد انتزاع عملاء تاجر آخر ينافسه.. يعد من أعمال المنافسة غير المشروعة .

ج) تقليد طرق الإعلان: تعتبر أعمال المنافسة غير المشروعة تقليد طريقة طبع أو تنفيذ الإعلان أو البيع فمثل هذه الأعمال تمس أهم عناصر المتجر وهو الاتصال بالزبائن، إضافة إلى الاعتداء على سمعة التاجر المنافس ونشر بيانات كاذبة عنه، كإذاعة معلومات غير صحيحة أو إشاعات كاذبة عن إفلاسه أو ارتبائه المالي أو عزمه على تصفية متجره أو بيعه أو نقله أو تشويه الحقائق المتعلقة بالبضائع والسلع والمنتجات موضوع نشاط المحل التجاري⁽²⁾ حتى ينصرف عنه العملاء.

هـ) تحريض العمال : قد يكون أعمال المنافسة غير المشروعة في صورة تحريض العمال الذين يعتمد عليهم المشروع المنافس ومثال ذلك تحريضهم على ترك العمل، أو تشجيعهم على الإضراب، وبث الفوضى في المحل المنافس أو إغراء عمال المتجر المنافس بالعمل لديه حتى يجذب الزبائن، وقد يعتمد المنافس إلى إغراء العامل بالمتجر الآخر بالمال للوقوف على

=

المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الصوتية ، والبرامج الاذاعية ، وكذلك الاعتداء على المنظومات المعلوماتية (الالكترونية) ، والقرصنة عليها، ومحاولة اختراق التشفير الخاص بها ، ومحاولة الحاق الضرر بالبرامج المعلوماتية (الالكترونية).

(1) نضم كيفية حماية حقوق المنتج والمستهلك في مجال حماية البيانات التجارية من خلال الاحكام التي تضمنها المواد من 1272 ال 1280 من الباب الثاني من الكتاب العاشر من القانون رقم 23 لسنة 2010.

(2) الاحكام الخاصة بالبيانات التجارية ، نظمها القانون رقم 23 لسنة 2010 م في الباب الثاني من الكتاب العاشر.

أسرار أعمال المنافسة⁽¹⁾ في صناعة معينة أو تركيب معين للمواد التي تباع أو تدخل ضمن نشاط المتجر.

(و) تخفيض أسعار البيع : ولا يعد تخفيض أسعار البيع منافسة غير مشروعة إلا إذا استمر مدة طويلة مدعوما بحملات إعلانية موضح بها الأسعار التي يبيع بها أسعار منافسيه فهذا يتضح أن المقصود هو تحطيم تجارة الغير بطريقة غير مشروعة، كما يعد أيضا منافسة غير مشروعة البيع بأقل من السعر المتفق عليه كحد أدنى بين التجار؛ لأن مثل هذا العمل يؤدي إلى حرمان المنافس من عملائه بطريقة غير مشروع... ويمكننا في هذه الحالة تصور الضرر الناتج عن ذلك فتمنع مؤسسة ما بوضع مهيمن في السوق - قد يكون ناتجا عن تملكها لحصة كبيرة في السوق - يمكنها من أن تخفض أسعارها بحيث تربك المنافسين وتلحق بهم الضرر لعدم قدرتهم على البيع بسعر التكلفة أو أقل منه⁽²⁾ ، مما يلحق ضرراً جسيماً وخسارة مالية بالمؤسسة الأقل حجماً وصاحبة الحصة الأقل في السوق، وقد حرم القانون الليبي التلاعب بالأسعار واعتبره من طرق المنافسة غير المشروعة التي تضر بالمنافس وترهقه ماديا بهدف إبعاده من السوق و تضر كذلك بالمستهلك⁽³⁾.

(ز) الإغراق وذلك ببيع السلع المستوردة (المماثلة للسلع المنتجة محليا أو لها نفس مواصفاتها) بسعر يقل عن سعر بيعها في السوق الوطنية للدولة المصدرة أو بسعر يقل عن سعر بيعها في السوق الوطنية للدولة المستوردة أو بسعر يقل عن التكلفة الحقيقية بحيث يسبب ضررا ، أو يهدد بذلك ، أو يعيق

(1) حماية الاسرار التجارية والصناعية مسألة لم يعالجها المشرع بعد بنصوص خاصة.

(2) في فرنسا عرف قانون المنافسة والاسعار في مادته السابعة اتفاق تحديد الاسعار بانه : " تحفيز رفع أو انخفاض الاسعار بواسطة تفادي تعيينها من خلال معطيات السوق وظروفه". بلقاسم عماري، مجلس المنافسة ، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر ،2005،2006، ص 34.

(3) بلقاسم عماري، المرجع السابق ، ص35.

بشكل ملحوظ إنتاج مثل هذه السلع في السوق المحلي، وذلك بهدف السيطرة على السوق المحلي وإبعاد المنافسين... وهنا لا يستهدف المشرع فقط حماية المستوردين بل حماية الصناعات الوطنية وضمان نصيب لها في السوق المحلي، بما يضمن تطوير قطاع الصناعة الوطني والتخفيف على المستهلك كون السلع المنتجة محليا غالبا ما تكون أقل سعرا من تلك المستوردة من الخارج.

ط) منع أو عرقلة مز أولية النشاط التجاري داخل السوق للحد من دخول مز أوليين آخرين أو إخراجهم منه، عن طريق تقاسم الأسواق أو مصادر السلع والخدمات أو الزبائن على أسس جغرافية أو كمية أو موسمية، وذلك بهدف تحرير النشاط الاقتصادي وترسيخ قاعدة البقاء للأفضل في ظل ظروف منافسة عادلة.

المطلب الثاني :

دعوى المنافسة غير المشروعة

لابد لنا قبل الحديث عن دعوى المنافسة غير المشروعة أن نشير إلى أن المشرع الليبي إدراكا منه لأهمية ضبط العملية التنافسية لضمان مناخ جاذب ومشجع للاستثمار والعمل أنشاء من خلال القانون رقم 23 لسنة 2010م مجلس المنافسة. مانحا لهذا المجلس صلاحية الحفاظ على المنافسة في السوق وزوده بسلطة اتخاذ القرارات ، بالإضافة إلى صفة الضبطية القضائية ليتمكن من تنفيذ قراراته وامكانية توقيع العقوبات على مرتكبي المخالفات المتعلقة بالمنافسة⁽¹⁾ .
الا ان تقاعس السلطة التنفيذية (مجلس الوزراء) عن أداء المهام المنوطة بها وفقا للقانون عطل النص التشريعي وحوله إلى حبر على ورق ، ذلك ان اللائحة التنفيذية المنظمة لعمل مجلس المنافسة لم تصدر حتي تاريخ اعداد هذه الورقة ،

(1) المواد 1293 ، 1294، 1295، 1296 ، 1297، 1298، 1299، 1300، من القانون رقم 23 لسنة 2010م

ومن ثم لم يبق أمام ممارسي النشاط الاقتصادي من وسائل لمواجهة أعمال
المنافسة غير المشروعة سوى دعوى المنافسة غير المشروعة ...

أولاً: الأساس القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة :

تعتبر دعوى المنافسة غير المشروعة الوسيلة الفعالة التي يلجأ إليها المتضرر
قصد الدفاع عن مصالحه وحمايتها وذلك كأجراء وقائي يسبق وقوع الضرر أو
إجراء جزائي يلحق الضرر هدفه الحصول على تعويض عن الضرر الناجم من
الممارسات المقيدة لمنافسة ، لذلك يرى جانب من الفقه أن دعوى المنافسة غير
المشروعة تقوم على أساس المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾. وبما أن أساس المسؤولية
التقصيرية مبني على وجود خطأ تسبب في ضرر (علاقة السببية بين الخطأ
والضرر) أستوجب التعويض لجبر هذا الضرر ، ويرى هذا الاتجاه أن فعل
المنافسة غير المشروعة يعتبر خطأ يلزم من ارتكبه بتعويض من لحقه الضرر
نتيجة هذا الفعل. ويستند هذا الاتجاه إلى المبدأ الذي انشاه القضاء الفرنسي من
خلال تفسيره للمادة 1382 من القانون المدني الفرنسي ، حيث قضت محكمة
النقض الفرنسية بهذا الأساس بقولها : " أن دعوى المنافسة غير المشروعة أو غير
الشريفة لا تستطيع ان تؤسس الا من خلال نص المادة 1382 مدني فرنسي وما
بعدها والتي تستلزم خاصة وجود خطأ باشره المدعي عليه⁽²⁾ ". إلا أن من يعارض
هذا الرأي من الفقه يرى أن فكرة الخطأ والتي تعد ركنا أساسيا في المسؤولية
التقصيرية تبدو قاصرة في مجال المنافسة غير المشروعة وذلك لتعدد الأفعال التي
يتعذر فيها معرفة الخطأ ، وأن دعوى المنافسة غير المشروعة قد تثبت رغم عدم
وجود خطأ أو ضرر، كما أن دعوى المنافسة غير المشروعة لا تهدف فقط إلى

(1) ايناس مازن فتحى الجبارين، الحماية المدنية للعلامة التجارية غير المسجلة وفقا للقوانين الاردنية، رسالة لنيل
شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الاوسط، الاردن - 2010 - ص 22.

(2) ايناس مازن فتحى الجبارين- المرجع السابق-ص67.

دعوى المنافسة غير المشروعة كوجه من أوجه حماية 169 حرية المنافسة في النشاط الاقتصادي في إطار القانون الليبي

تعويض الضرر بل إلى منع وقوع الضرر مستقبلاً فهي دعوى وقائية وليست علاجية فحسب.

وهنا ظهرت نظرية فقهية أخرى تؤسس لدعوى المنافسة غير المشروعة على أساس التعسف في استعمال الحق⁽¹⁾... وبينني هذا الاتجاه نظريته على أن الحق في المنافسة مكفول لكل ممارس للنشاط الاقتصادي مهما كان نوع هذا النشاط ، بشرط أن لا يخرج عن حدودها المشروعة ، أما إذا إنحرفت عن الطريق الذي حدده القانون فإن المنافسة يكون قد أساء استعمال حقه⁽²⁾. ويعبر عن ذلك الفقيه الفرنسي Josseland في كتابه (روح القوانين)⁽³⁾ فهو يري أن فعل المنافسة غير المشروعة لا يكون غير قانوني بذاته بل تبعا للدفاع الكامن فعليا وراءه ويرى أن حق المنافسة الحرة كسائر الحقوق الفردية الأخرى له غاية اجتماعية ويجب ممارسته وفقاً لها، وعندما يقوم فعل المنافسة على الغش والخداع والاعمال غير المباحة يصبح استعماله تعسفياً فينحرف عن وظيفته ويؤدي إلى مسؤولية من يقدم عليه. وتجدر الإشارة هنا إلى أن المادة الرابعة من القانون المدني الليبي المعنونة " استعمال الحق المشروع" نصت على أن: " من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر". بمعنى أن أعمال المنافسة التي تتم وفقاً للمبادئ التي حددها المشرع والعرف التجاري وقواعد الاستقامة التجارية لا تحمل ممارستها أي تبعات مالية أو عقابية ولا يلزمه القانون بجبر أي ضرر يلحق

(1) أحمد سالم البياضة - المنافسة غير المشروعة والحماية القانونية للمتضرر منها في التشريعات الأردنية - رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص - جامعة الشرق الأوسط - الأردن 2007م - ص 41.

(2) خير عبد الرحمن الصمادي - المنافسة غير المشروعة ووسائل الحماية منها (دراسة مقارنة) - رسالة ماجستير - كلية الدراسات الفقهية والقانونية - قسم الدراسات القانونية - جامعة ال البيت - بيروت - 2014/11/6 - ص 280.

(3) هناء قماري ، دليلة هداية- دعوى المنافسة غير المشروعة- رسالة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون- كلية القانون والعلوم السياسية - قسم العلوم القانونية والإدارية - جامعة 08 مايو 1945- العام الجامعي 2013- 2014 - ص 47.

دعوى المنافسة غير المشروعة كوجه من أوجه حماية 170 حرية المنافسة في النشاط الاقتصادي في إطار القانون الليبي

بغيره من التجار الذين قد يكونوا خسروا بعض أو كل زبائنهم أو قلة ارباحهم نتيجة لأعمال المنافسة ... الا أن التعسف في استعمال الحق أو إستعماله بشكل غير مشروع يجعل من مرتكب الفعل ملزما بجبر الضرر الذي أفرزته نشاطاته وأن كانت مبنية على حق ، وقد حددت المادة الخامسة من القانون المدني الليبي الحالات التي يكون استعمال الحق فيها غير مشروع ، إذ نصت على أن : " يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية: (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. (ب) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. (ج) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة."

هذا الرأي لم يسلم أيضا من النقد ، فقد رأى بعض الفقه⁽¹⁾ أن التعسف في استعمال الحق هنا عبارة عن صورة من صور المسؤولية التقصيرية، فبالنظر إلى الشروط الواجب توافرها في نظرية التعسف في استعمال الحق نجد أن معيار قصد الإضرار بالغير قد يكون في كل منافسة ولو كانت مشروعة⁽²⁾ . أما عن معيار المصلحة المرجوة من الفعل غير المشروع فهي تتحقق حال ما إذا كان صاحب الحق المتعسف في استعمال حقه يهدف إلى مصلحة تخالف القواعد والتشريعات أو تتعارض مع النظام العام والآداب، الي جانب ذلك فإن عدم التناسب بين المنفعة

(1) خير عبد الرحمن الصمادي - المنافسة غير المشروعة ووسائل الحماية منها (دراسة مقارنة) - رسالة ماجستير - كلية الدراسات الفقهية والقانونية - قسم الدراسات القانونية - جامعة ال البيت - بيروت - 2014/11/6 - ص 289.

(2) كما في حالة تكثيف الدعاية لمنتج ما ، ومع احترام كل القواعد المتعلقة بالمنافسة فان الهدف النهائي من الدعاية هي توجيه اكبر عدد ممكن من المستهلكين إلى المنتج موضوع الدعاية مما يؤدي إلى عزوف الزبائن عن شراء المنتج المنافس ، ومن ثم فان التاجر الذي يسوق المنتج المنافس سيتضرر هنا لعزوف المستهلك عن شراء بضائعه. عليه فان من غير المتصور ان تكون هناك اعمال منافسة لا تنتج ضرر إلا أن ما يبغي المنافسة في إطار المشروعية ليس فقط احترام التشريعات والاعراف التجارية وانما ايضا ان يكون هناك تناسب بين الفائدة المتحصل عليها من اعمال المنافسة مع الضرر الذي يلحق بالخصوم التجاريين ، أما إذا كان الضرر اكبر من الفائدة المتحصل عليها ، فهذا سيخرج الفعل من دائرة المشروعية إلى دائرة عدم المشروعية .

دعوى المنافسة غير المشروعة كوجه من أوجه حماية 171 حرية المنافسة في النشاط الاقتصادي في إطار القانون الليبي

المتحصل عليها والضرر الذي يلحق بالغير . هذه المعايير في حقيقتها تفترض وجود عمل خاطئ (تعسف في استعمال الحق) ينتج عنه ضرر يلحق بالغير ، مما يعطيهم الحق في المطالبة بجبر الضرر وفقا لأحكام القانون... وهذا هو ذات الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

في ظل هذا الجدل الفقهي حول الأساس القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة ظهر رأي أخر ح أول إعطاء خصوصية لهذه الدعوى وذلك باعتبارها دعوى قضائية ترمي إلى أبعد مما ترمي إليه دعوى المسؤولية التقصيرية إذ أن هذه الأخيرة تهدف إلى تعويض الضرر أما دعوى المنافسة غير المشروعة فهي تهدف إلى اتخاذ تدابير وقائية تحمي المدعي مستقبلا، بالإضافة إلى تعويض الضرر.

يذهب الفقيهان الفرنسيان Rabier et Ripert⁽²⁾ إلى أن دعوى المنافسة غير

المشروعة هي دعوى مستقلة بذاتها لا سيما عن دعوى المسؤولية التقصيرية ، ومرد هذه الخصوصية الاعتقاد هو هدف دعوى المنافسة غير المشروعة ، فهي لا تهدف إلى جبر الضرر فحسب بل إلى استرجاع عنصر الزبائن باعتباره من عناصر المحل التجاري ومعاقبة المؤسسة المتنافسة عن الممارسات المتنافية مع نزاهة المعاملات التجارية والكف عنها . الا ان هذا الموقف قد جوبه بالانتقاد خاصة من قبل الفقيه Blaise⁽³⁾ إذ يرى أن تأسيس دعوى المنافسة غير المشروعة على أنها مستقلة بذاتها هو موقف قاصر بالنظر إلى أن عنصر الزبائن الذي لا يمكن أن يكون مختلطا بالمحل التجاري ، بل هو مجرد عنصر من عناصره قابل للتغيير ، حيث لا يرتبط الزبائن بالمحل التجاري إلا ارتباط مؤقتا. وإذا كان القول بخصوصية دعوى

(1) ذكره : /1 ايناس مازن فتحي الجبارين - الحماية المدنية للعلامة التجارية غير المسجلة وفقا للقوانين الاردنية - رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة الشرق الاوسط - الاردن - 2010-ص68.

(2) رشيد ساسان -محاضرات في قانون المنافسة الجزائري - جامعة عنابة / الجزائر - 2012م - ص08.

(3) ذكره : رشيد ساسان - المرجع السابق - ص09.

دعوى المنافسة غير المشروعة كوجه من أوجه حماية 172 حرية المنافسة في النشاط الاقتصادي في إطار القانون الليبي

المنافسة غير المشروعة جوائز لا سيما في ارتباطها بالممارسات التجارية غير النزيهة ، إلا أن هذه الخصوصية لا تكون مسوغا للقول باستقلاليتها عن دعوى المسؤولية التقصيرية.

أما على صعيد التشريع فإننا نلاحظ أن الحماية من المنافسة غير المشروعة تختلف من دولة إلى أخرى إذ ذهبت بعض التشريعات إلى تبني نظاما خاصا يحدد ما يمكن أن يعتبر من المخالفات التي تشكل منافسة غير مشروعة ويرتب الجزاءات المدنية والجنائية عليها كالتشريعات السارية في الولايات المتحدة الأمريكية ، وألمانيا حيث أسست هذه التشريعات لحماية مدنية وجنائية وجرمت وعاقبت كثيرا من الأفعال مثل الدعاية الكاذبة والاستعمال التعسفي للعلامات التجارية والإساءة إلى سمعة التجار والصناع ... وبالنسبة للتشريعات العربية فقد حدا المشرع المغربي حدو المشرع الألماني بوضعه نظاماً خاصاً وقائماً بذاته ، مستقلاً عن القواعد العامة لنظام المسؤولية التقصيرية ليرتكز على دعوى جبر الأضرار ودعوى وقف الأعمال ، يمارسها الفرد والمقاول المتضررة ونقابات المهن، في حين تأثر القانون العراقي بمسار القانونين الألماني والإيطالي نسبيا بتحديدته بشكل دقيق الأعمال المشككة للمنافسة غير المشروعة وخصص لها الجزاءات المترتبة على ارتكابها . في حين نجد تشريعات أخرى لم تضع نظرية كاملة ومستقلة للمنافسة غير المشروعة تاركة مساحة واسعة للقضاء وللقواعد العامة التي تحكم المسؤولية التقصيرية ونذكر من بينها فرنسا، هولندا ، بلجيكا و مصر... وعلى الرغم من أن القانون التجاري الليبي 1953 م لم يحوي أي نص خاص بالمنافسة غير المشروعة وترك المسألة للقواعد العامة وهو القصور الذي تلافاه المشرع الليبي من خلال القانون رقم 23 لسنة 2010 الذي ألغى القانون التجاري 1953 م . فمن خلال الكتاب الحادي عشر من القانون 23 لسنة 2010م أسس المشرع الليبي لنصوص جزائية لأعمال المنافسة غير المشروعة ، إلا أنه لم يعالج الأمر فيما يتعلق بالدعوى المدنية والتي تركت للقواعد العامة التي تضمنها القانون المدني وقانون النشاط التجاري الجديد رقم 23 لسنة 2010. فأساس دعوى المنافسة

دعوى المنافسة غير المشروعة كوجه من أوجه حماية 173 حرية المنافسة في النشاط الاقتصادي في إطار القانون الليبي

غير المشروعة من وجهة نظر فقهية ووفقا للمبادئ العامة للقانونين المدني والتجاري الليبي هو المسؤولية المدنية التقصيرية أو التعاقدية فمثلا في مجال الملكية الصناعية لا مانع يمنع من حماية حقوق الملكية عن طريق الحماية التعاقدية وذلك بالإتفاق على عدم القيام بعمل من شأنه منافسة صاحب الحق انطلاقا من مبدأ سلطان الإرادة ..

ثانيا : شروط دعوى المنافسة غير المشروعة :

من البديهي أن يكون هناك مجموعة من الشروط لأبد من تحققها لقبول دعوى المنافسة غير المشروعة ، وتتمثل هذه الشروط في أن يكون هناك اعمال منافسة غير مشروعة في مجال النشاط الاقتصادي وأن يترتب على هذه الاعمال ضرر لحق المدعي (أو ضرر محتمل) ، ويفترض القضاء وقوع الضرر مادامت المنافسة غير مشروعة من غير حاجة لإثباته⁽¹⁾ وإجمالا يؤسس القضاء دعوى المنافسة غير المشروعة على قواعد المسؤولية التقصيرية⁽²⁾.

(1) ميمون خيرة وا / بوشعور محمد حريري - بحث بعنوان "المنافسة والية حمايتها من الاعمال المنافية لها" - مقدم في الملتقى الدولي الرابع حول : المنافسة والاستراتيجيات التنافسية للمؤسسات الصناعية خارج قطاع المحروقات في البلاد العربية - تنظيم جامعة الدول العربية - الدار البيضاء -المغرب - ص 6.

(2) قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس / رقم " 1225" الصادر بتاريخ 13-10-2005 /ملف عدد 05-773: (القاعدة : " اذا ثبت للمحكمة من خلال وثائق الملف استثاء توزيع منتج داخل المغرب، فان كل اجراء قامت به شركة اخرى غير المستأثرة يعتبر من قبل المنافسة غير المشروعة ويحتم حرمان الموزعة بدون اذن ولا اتفاق عن اية حماية، ويتعين الحكم عليها بالتوقف عن التوزيع والاتجار فيها واعتبار الحكم القاضي خلاف ذلك واجب الالغاء ."

التعليل : حيث ركزت المستأنفة في موجب الاستئناف على ان ترويج المستأنف عليها بالمغرب لسلمة تحمل علامة ياماها منافسة غير مشروعة مادامت هي -أي المستأنفة - صاحبة حق الاستثاء ببيع المنتج الحامل لهذه العلامة استنادا الى ترخيص صادرة عن الشركة المالكة.

وحيث ثبت من خلال وثائق الملف أن المستأنفة هي صاحبة الحق في بيع المنتج الحامل لعلامة ياماها بالمغرب YAMAHA حسب الشهادة الصادرة عن شركة ياماها موتورز مقرها الاجتماعي باليابان ولمدة 20 سنة ابتداء من تاريخ 99/11/4. وحيث ان موضوع الدعوى لا يتعلق بادعاء تزيف أو تقليد لمنتج أو العلامة

دعوى المنافسة غير المشروعة كوجه من أوجه حماية 174 حرية المنافسة في النشاط الاقتصادي في إطار القانون الليبي

(أ) الخطأ⁽¹⁾: الخطأ لغة هو الانحراف عن الحق أو الصواب ، فالخطأ عكس الصواب⁽¹⁾ . أما في الإصطلاح فقدت تعددت تعريفات الخطأ فهناك من عرفه بأنه

=

وان القول بذلك ما هو إلا تحوير لموضوع النزاع والذي هو المنع لتوزيع المنتج داخل المغرب تحت نفس العلامة المملوكة لشركة ياماها والتي اعطت حق احتكار ترويجها بالمغرب للمستأنفة دون غيرها وان الفصلين 2 و 3 من ظهير 1916 وتقابلهما المادتان 2 و 3 من القانون الجديد المتعلق بحماية العلامة الجديدة ينصان صراحة على ان العلامة كما تكون لحماية الصناعة تكون لحماية التجارة بأوسع معانيها كما ان الفصل 89 من ظ 1916 وتقابله المادة 184 من القانون الجديد لحماية الملكية الصناعية يقضي بان كل مخالفة لأحكام هذا القانون تعد من قبيل المنافسة غير المشروعة . وان الحالات الواردة ضمن الفصل 84 من ق ل ع انما وردت على سبيل المثال لا الحصر . وحيث ان القول بان التجارة حرة لا تعني انه يحق لأي كان ترويج منتج يحمل علامة معينة عهد بترويجه لتاجر معين في إطار حق الاستئثار من طرف المالكة للمنتج أو العلامة . وحيث ان الثابت من خلال محضر حجز وصفي واستجوابي المؤرخ في 04/8/5 ان العون القضائي قد عاين بمحل المستأنف عليها 4 دراجات مائية داخل القاعة و واحدة اخرى على باب الشركة كلها تحمل علامة ياماها . وحيث ان المستأنف عليها لم تنف القيام بترويج المنتج الوارد بالمحضر المذكور اعلاه الامر الذي يشكل منافسة غير مشروعة وحيث يتعين تبعا لذلك التصريح بإلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد على المستأنف عليها التوقف فورا عن عرض وبيع وتوزيع المنتجات الحاملة لعلامة ياماها تحت طائلة غرامة تهيديدية مبلغها 10.000 درهم عن كل مخالفة وبحجز كل منتج يحمل نفس العلامة سواء بمقر المستأنف عليها أو بمكان آخر وبنشر هذا الحكم بجريدتين وطنيتين احدهما بالعربية واخرى بالفرنسية باختيار المستأنفة وعلى نفقة المستأنف عليها .

وحيث ان من خسر الدعوى يتحمل مصاريفها

(1) الطعن رقم 2274 لسنة 55 القضائية تاريخ 22 كانون الأول سنة 1986 - المبدأ: "....." 1. المنافسة التجارية غير المشروعة تعتبر فعلاً ضاراً يستوجب مسئولية فاعلة وتعويض الضرر المترتب عليه عملاً بالمادة 163 من القانون المدني ويعد تجاوزاً لحدود المنافسة غير المشروعة ارتكاب أعمال مخالفة للقانون أو العادات أو استخدام وسائل منافية لمبادئ الشرف والأمانة في المعاملات إذا قصد به إحداث بين منشأتين تجاريتين أو إيجاد اضطراب بإحدهما متى كان من شأنه اجتذاب عملاء إحدى المنشأتين للأخرى أو صرف عملاء المنشأة عنها. 2. تقليد العلامة التجارية يقوم على محاكاة تتم بها المشابهة بين الأصل والتقليد بحيث تدعو على تضليل الجمهور فيعد بهذه المثابة من بين صور الخطأ يمكن الاستناد إليه كركن في دعوى المنافسة التجارية غير المشروعة التي لا تخرج عن كونها دعوى مسئولية عادية أساسها الفعل الضار. 3. مؤدى نص المادة 456 من قانون الإجراءات الجنائية والمادة 102 من قانون الإثبات أن الحكم الصادر في المواد الجنائية يكون له حجتيه في الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية كلما كان قد فصل فصلاً لازماً في وقوع الفعل المكون الأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية وفي الصوف القانوني لهذا الفعل بنسبته إلى فاعله ومتى

دعوى المنافسة غير المشروعة كوجه من أوجه حماية 175 حرية المنافسة في النشاط الاقتصادي في إطار القانون الليبي

" إخلال بالتزام سابق " ، وعرفه آخرين بأنه " الإخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل إياه" . ومن الملاحظ أن التعريف الأخير قد أخذ بعين الاعتبار الجانب المادي والمعنوي للخطأ⁽²⁾ . ويمكننا أن نعرف الخطأ بأنه هو "ترك ما كان يجب فعله أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه وذلك من غير قصد لإحداث الضرر". شرط الخطأ إذا من أهم شروط المنافسة غير المشروعة وذلك أنه وحسب الأستاذ عبدالله

=

فصلت المحكمة الجنائية في هذه الأمور فإنه يتمتع على المحاكم المدنية أن تعيد بحثها ويتعين عليها أن تعتبرها وتلزمها في بحث الحقوق المدنية المتصلة بها كي لا يكون حكمها مخالفا للحكم الجنائي السابق.4. إذ كان البين من الحكم البات الصادر في قضية النيابة العامة رقم 2839 لسنة 1979 جنح المنتزه والحكم الصادر في استئناف النيابة العامة والمدنية بالحق المدني بتأييده لأسبابه والمقيد برقم 6758 لسنة 1981 والمودع صورة رسمية لكل منهما بملف الطعن أن النيابة العامة قد نسبت إلى الطاعن انه علامة تجارية مسجلة قانونا بطريقة تضلل الجمهور على النحو الموضح بالأوراق وادعت المطعون ضدها الأولى مدنيا **** بمبلغ 51 جنبه كتعويض مؤقت فقط محكمة أول درجة ببراءة الطاعن ورفض الدعوى المدنية وأسست قضاءها على خلطت إليه من انتفاء اوجه الشبه بين علامة الطاعن وعلامة المطعون ضدها ومن ثم فان فصل الحكم الجنائي في هذه المسألة على النحو السالف البيان لقضائه بالبراءة فتكون له قوة الشيء المحكوم فيه أمام المحاكم المدنية.5. لا يلزم في التقليد أن يكون هناك ثمة تطابق بين العلامتين بل يكفي أن وجود تشابه بينهما من شأنه تضليل جمهور المستهلكين وإحداث اللبس والخلط بالمنتجات.6. مفاد نصوص المواد التاسعة من القانون رقم 57 لسنة 1939 العاشرة المعدلة بالقانون 453 لسنة 1953 والمادة 11 من نفس القانون أن المشروع مناط الحق في رفع طالب التسجيل دعواه أمام القضاء ضد صاحب التسجيل يتظلم من قرار إدارة التسجيل في حالة الرفض في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ إخطاره كتابة بأسبابه والوقائع المتعلقة بذلك إلى لجنة تشكيل لهذا الغرض من وزير التجارة والصناعة وأن تؤيد اللجنة قرار إدارة التسجيل الصادر برفض العلامة لمشابتها لعلامة أخرى سبق تسجيلها عن منتجات واحدة أو فئة واحدة منها وعنه في حالة التظلم من قرار إدارة التسجيل بالقبول المعلق على أن تكون قرارات اللجنة المشار إليها نهائية فلا يجوز رفع دعوى بطلب تسجيل والقول بغير ذلك يجعل هذه النصوص لغواً يجب تنزيه الشارع عنه.

(1) د. مصطفى عبد الحميد عياد - المصادر الإرادية للالتزام في القانون الليبي - منشورات جامعة قاريونس -

1990 - ص 57.

(2) سليمان مرقص - المسؤولية المدنية في تقنيات التشريعات العربية - طبعة 1971 - فقرة 72.

دعوى المنافسة غير المشروعة كوجه من أوجه حماية 176 حرية المنافسة في النشاط الاقتصادي في إطار القانون الليبي

درميش⁽¹⁾ إذا كان الأصل في المنافسة في ميدان التجارة والصناعة حق مشروع فإنه يتعين معرفة متى يعتبر فعل المنافسة هذا خطأ مستوجبا للمسؤولية؟ ما يجعل من مسألة تحديد مفهوم الخطأ في مجال التجارة والصناعة، أمراً صعباً، فوضع حد فاصل بين ما يعتبر مشروعاً وبين ما لا يعتبر كذلك لا بد وأن يتم وفقاً للعادات التجارية و المهنية لنوع التجارة ومبادئ الأمانة و الشرف والاستقامة المتعارف عليها في المجال ، معايير لتحديد مشروعية المنافسة أو عدم مشروعيتها⁽²⁾ ، بحيث أن عدم احترام تلك المبادئ يسم العمل باللامشروعية .

إذا شرط الخطأ في دعوى المنافسة غير المشروعة، يتمثل بارتكاب عمل من أعمال المنافسة غير المشروعة، مما يستوجب⁽³⁾ توافر عدة شروط فيه وهي:

(1) ذكره : ايناس مازن فتحي الجبارين - الحماية المدنية للعلامة التجارية غير المسجلة وفقاً للقوانين الاردنية - رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة الشرق الاوسط - الاردن- 2010-ص70.

(2) "La question de la publicité comparative a été, en France, très controversée. Longtemps interdite car automatiquement considérée comme constitutive d'un acte de concurrence déloyale, la publicité comparative a été autorisée, en 1986, par la Cour de cassation uniquement lorsque la comparaison portait sur les prix ((3)). Puis la loi du 18 janvier 1992, actuellement intégrée aux articles L. 121-8 et suivants du Code de la consommation, a généralisé, tout en l'entourant de conditions sévères, l'usage de la publicité comparative à toutes les caractéristiques « essentielles, significatives, pertinentes et vérifiables » des produits ou des services de même nature".Gazette du Palais, 18 décembre 1999 n° 352, P. 6 - Tous droits réservés - Publicité comparative, concurrence et consommation.

(3) Jacques Mestre , Marie- Éve Pancrazi – Droit commercial – L.G. D.J Lextenso édition - 29e édition-2012. P97-101.

i. قيام حالة المنافسة : أي أنه لا بد من أن يكون من قام بفعل المنافسة غير المشروعة وكذلك المتضرر منها يتصفان بأنهما تاجران، فلا يعتبر قيام شخص غير تاجر بتصرف غير مألوف في عرف التجار منافسة غير مشروعة، وإن أدى إلى إنصراف زبائن تاجر ما عن التعامل معه، كأن يقوم شخص غير تاجر باستخدام وسيلة غير مألوفة في العرف التجاري لتصرف سلعة كان قد اشتراها، فلا يشكل فعله الخطأ المكون للركن اللازم توافره في دعوى المنافسة غير المشروعة ، لأن أثر فعله لن يتكرر إلا نادراً ولأن من قام به لا يستهدف توفير إمكانية مستمرة للاتصال بالزبائن فهو يفقد للصفة القانونية (صفة التاجر). إلا أن هذا الفعل يمكن أن يؤدي إلى قيام المسؤولية التقصيرية نتيجة إلحاقه الضرر بالتاجر، وليس عملاً من أعمال المنافسة غير المشروعة . إلى جانب ذلك لا بد من القول بقيام حالة المنافسة أن يكون النشاطين المتنافسين موجودين وقت القيام بفعل المنافسة غير المشروعة. ذلك أنه لا يكون العمل من أعمال المنافسة غير المشروعة إلا إذا كان حاصلًا لمصلحة نشاط على حساب نشاط آخر فالغاية منه عادة صرف زبائن نشاط تجاري عنه وإجتذابهم إلى النشاط المنافس القائم. (ومثال ذلك : أن يكون أحد النشاطين قد أنهى أعماله وأغلق محله وقام صاحب النشاط الآخر بنوع من الدعاية تستهدف الحط من المنتجات التي كان ينتجها ويسوقها المحل الأول بغرض الدعاية لمنتجاته، هنا لا يوجد فعل منافسة غير مشروعة، حيث لا يترتب على هذه الدعاية المغرضة تحويل الزبائن، لأن زبائن المحل ال أول انقطعوا عنه بالأصل بعد إنهاء أعماله ولكن يمكن تصور حالة المنافسة غير المشروعة بين محل قائم وآخر في طور الإنشاء) .

ii. التماثل في النشاط التجاري، دون اشتراط حد التطابق بين النشاطين: وأساس هذا الشرط أن حالة التنافس لا توجد إلا بين الأطراف الذين يعرضون على

الجمهور منتجات أو خدمات متماثلة و/ أو متشابهة. وقد أكدت محكمة العدل العليا الأردنية⁽¹⁾ على ضرورة وجود التماثل لقيام المنافسة غير المشروعة فقد جاء في قرار لها: "لا يجوز لمالك العلامة التجارية الاحتجاج بها إلا في مواجهة منافسين يمارسون تجارة أو صناعة من ذات النوع.....". إذ التطابق بين النشاطين ليس شرطاً ، بل يكفي أن يكون النشاطان متقاربين، بحيث يكون لأحدهما التأثير في زبائن الآخر ومثال ذلك إذا كان أحد المحلين المتنافسين مصنع لإنتاج وبيع السلعة (ب)، وكان الآخر محلاً للتجار في هذه السلعة. كما يمكن قيام منافسة غير مشروعة بين محلين أحدهما له أنشطة متعددة ويتعامل بسلع أو خدمات عديدة، والآخر له نشاط واحد ويتعامل بسلعة أو خدمة تمثل وجهاً واحداً من أنشطة المحل المنافس ومثال ذلك مصنع ينتج أنواع عديد من الأطعمة المحفوظة، ومصنع آخر ينتج نوعاً واحداً من تلك الأطعمة، فيمكن تصور حالة من المنافسة غير المشروعة في النوع المشترك من الأغذية المحفوظة الذي ينتجه كلا من المصنعين.

iii. وقوع فعل من أفعال المنافسة غير المشروعة : سواء قصد به الخلط بين المحلات التجارية أو بين المنتجات و/ أو الحط من قدر المحل التجاري المنافس أو السلع التي يتعامل بها أو من سمعة التاجر و/ أو شكل الفعل اعتداء على النظام الداخلي للمشروع التجاري و/ أو قصد به إحداث اضطراب عام في السوق ، يشكل الفعل منافسة غير مشروعة ويعطي المتضرر منه الحق برفع دعوى المنافسة غير المشروعة . ولا يلزم لوجود المنافسة غير المشروعة تعدد الأفعال أو تنوعها، وإنما يكفي فعل واحد يكون واضحاً على نحو كاف لحظة وقوعه. وفعل المنافسة غير المشروعة كما سبق لنا بيانه يعني كل فعل ينطوي على مخالفة للقوانين والعادات التجارية أو مناف للشرف والأمانة

(1) بحث مقدم من القاضي /احمد سالم سليم البياضة - "المنافسة غير المشروعة والحماية القانونية للمتضرر منها في التشريعات الاردني - 2007 - ص 5 .

والنزاهة التجارية. وعموما فإن ركن الخطأ كشرط في المنافسة غير المشروعة يستلزم توفر عنصرين وهما: ضرورة وجود منافسة ثم عدم المشروعية.

(ب) **الضرر** : يتضمن الضرر في مجال المنافسة غير المشروعة في فقد التاجر لزيائته نتيجة لأعمال غير مشروعة، ويمكن إثبات الضرر الحال أو المحتمل في إطار القواعد العامة بكافة وسائل الإثبات⁽¹⁾. وأخيرا فإن تقدير الضرر بكل دقة في دعوى المنافسة غير المشروعة ليس يسيرا ؛ نتيجة وجود عناصر كثيرة مساعدة على ذلك ، لهذا كثيرا ما تقدر المحاكم الضرر تقديرا جزافيا ، مما يخرجنا من دائرة المسؤولية المدنية إلى نطاق العقوبة التي لا يرتبط فيها الجزاء بقيام الضرر ولا بمقداره . وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف بالدار البيضاء في قرارها الصادر في 6 يوليوز 1998 حينما رأت بأن " التعويض المحكوم به مبالغ فيه بعض الشيء وتقرر حصره في مبلغ 3000 درهم عوض 10000 درهم".

(ج) **علاقة السببية بين الخطأ والضرر** : إن ركن علاقة السببية بين خطأ المنافس والضرر الحاصل لصاحب الحق المتضرر شرط أساسي لقبول دعوى

(1) قضت محكمة انسي الفرنسية في حكم شهير تضمنه الجدول العشري لأحكام مجلة المحاماة المصرية بان " المهندس المعماري الاجنبي الذي يصف نفسه في جميع الاوراق والاعلانات والظروف والجوابات بانه مهندس معماري معتمد وحامل للشهادات دون ان يبين المدرسة التي تخرج منها والحكومة التي اعطت لقب مهندس معتمد يرتكب امرا مخللا بالقانون لان في اخفاء اسم المدرسة التي تخرج منها واسم الحكومة التي اعطته الشهادة ايها الجمهور بانه خريج احدى المدارس الفرنسية وان الشهادة التي يحملها صادرة عن الحكومة الفرنسية فيستغل جهل الكافة بحقيقة امره ويضر بسائر المهندسين المعماريين الفرنسيين أو الحاملين لشهادات فرنسية معتمدة من الحكومة الفرنسية من طريق المزاحمة غير المشروعة ، بناء عليه يحق للمحاكم بناء على طلب نقابة المهندسين المعماريين الفرنسيين أو بناء على طلب جماعة منهم ان تحكم بمنعه من استعمال هذا اللقب بغير بيان الحقيقة وان تحكم عليه بالتعويض " (محكمة انسي الفرنسية - 20 نوفمبر سنة 1924 رقم 690 ص 843 السنة الخامسة ورد واستقي من الجدول العشري الاول لمجلة المحاماة 1920-1930 - نقابة المحامين الاهليين - مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة ص 304 .

المسؤولية التقصيرية إلا أن هذا الركن في دعوى المنافسة غير المشروعة يتساهل فيه فقهاً وقضاً كركن الضرر ما دام الرأي السائد هو افتراض تحقق الضرر بمجرد ارتكاب المعتدي أفعالاً تشكل منافسة غير مشروعة وبذلك فإن أهم ركن في هذه الأخيرة هو ركن الخطأ أي فعل المنافسة غير المشروعة، وعليه فإنه طالما لا تشترط المحاكم إثبات الضرر الحال المحقق فإن إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر يكون أمراً غير ضروري .

رابعاً: الاجراءات المتبعة في دعوى المنافسة غير المشروعة والجزاءات المترتبة عنها:

أ) أطراف دعوى المنافسة غير المشروعة :

- i. المدعى : هو كل شخص طبيعي أو معنوي لحقه ضرر من عمل المنافسة غير المشروعة وفي حالة تعدد المتضررين أمكن رفع هذه الدعوى من طرف كل متضرر على حدة أو باسم مجموع المتضررين إذا كانت تجمع بينهم مصلحة مشتركة .
- ii. المدعى عليه : هو كل شخص طبيعي أو معنوي ارتكب فعلاً ضاراً (عمل من أعمال المنافسة غير المشروعة) أو كان مسؤول عنه (مسئولية المتبوع عن عمل التابع) وفي حالة التعدد يمكن توجيه دعوى المنافسة غير المشروعة ضدهم جميعاً بصفة تضامنية .

ب) المحكمة المختصة بالنظر في دعوى المنافسة غير المشروعة :

يخضع تعيين المحكمة المختصة بنظر الدعوى للقواعد العامة لتحديد الاختصاص النوعي والمكاني المنصوص عليه في قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي، وفي كل الأحوال ترفع الدعوى أمام الدائرة التجارية بالمحكمة الابتدائية المختصة مكانياً وذلك لأن نظام القضاء الليبي هو نظام القضاء الموحد ومن ثم لا وجود لمحاكم تجارية واخري مدنية كما هي الحال في بعض البلاد ومنها فرنسا. وترفع الدعوى وفقاً للأحكام التي نص

عليها قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي بصحيفة افتتاح دعوى تتضمن تحديداً نافيا للجهة لأطراف الدعوى بالإضافة إلى شرحا للوقائع ، وتختتم الصحيفة بتبيان الطلبات ... وبشان الطلبات التي يقدمها المدعي و / أو المدعون لا بد لنا من توضيح أن الطلبات في دعوى المنافسة غير المشروعة قد تكون أصلية و / أو عارضة و / أو مستعجلة (إجراءات تحفظية):

i. الطلبات الأصلية: وهي الطلبات التي بموجبها تفتح الدعوى، فهي تنشئ الخصومة أمام المحكمة، وتحدد نطاقها من حيث الأطراف والموضوع والأسباب.

ii. الطلبات العارضة فهي التي تقدم أثناء نظر الدعوى، وتبدى بمناسبة دعوى قائمة، وتؤدي إلى التغيير أو الزيادة أو الإنقاص في موضوع الطلب الأصلي أو الأطراف أو السبب.

iii. الطلب التحفظي : هو طلب غايته إتخاذ تدابير وقائية، لحين الفصل في الدعوى، وهو يتخذ صفة الطلب المستعجل، مما يعني أنه يدخل ضمن اختصاص قاضي الأمور المستعجلة، والذي يحكم بموضوع الطلب بصفة مؤقتة مع عدم المساس بأصل الحق. حيث يقدم الطلب المستعجل للمحكمة المختصة وقت إقامة الدعوى ، كما يمكن تقديمه في وقت سابق على رفع الدعوى (وفقا لل أوضاع التي دعت لتقديمه) ويهدف الطلب المستعجل إلى :

✓ وقف فوري لأعمال المنافسة المدعي بعدم مشروعيتها بهدف تفادي الضرر و / أو التقليل منه.

✓ الحجز التحفظي على المواد والمنتجات ذات العلاقة أينما وجدت بهدف المحافظة على الأدلة ذات الصلة.

وبما أن القضاء المستعجل يقوم على فكرة الحماية العاجلة التي لا تكسب حقاً ولا تهدره، فالقضاء المستعجل يفصل في الإجراء الوقتي دون المساس بموضوع النزاع ، ولا يحوز الحكم الصادر في الطلب المستعجل حجية الأمر

المقضي به أمام محكمة الموضوع ، لذا فإن الطلبات المستعجلة وأياً كان موضوعها يشترط فيها توافر ظرف الاستعجال مع عدم المساس بأصل الحق⁽¹⁾.

ج) الجزاءات المترتبة عن دعوى المنافسة غير المشروعة: في دعاوى المسؤولية التقصيرية يتمثل الجزاء دائماً في إلزام المدعى عليه (المحكوم ضده) متي ثبتت مسؤليته عن الضرر الذي وقع على المدعي ، في إلزامه بالتعويض الجابر للضرر . إلا أن دعوى المنافسة غير المشروعة وإن إستندت إلى النصوص التشريعية المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية فإن الجزاء فيها يتيح أوز حدود التعويض الجابر للضرر إلى إلزام المحكوم ضده بوقف الأعمال والتعويض عن الأضرار، ويقصد بالوقف هنا إتخاذ كل الإجراءات اللازمة لمنع تكرار فعل المنافسة غير المشروعة الذي كان سبب رفع الدعوى القضائية⁽²⁾:

i. وقف الأعمال : الجزاء الطبيعي للمنافسة غير المشروعة هو عادة وضع حد للأعمال التي تشكل منافسة غير مشروعة ، وأن المنطق يفترض أن تحكم

(1) فالاستعجال يتوافر في كل حالة يراد منها درء ضرر مؤكد قد يتعذر تداركه أو إصلاحه إذا حدث، كإثبات حالة مادية قد تتغير أو تزول مع الزمن، أو المحافظة على أموال متنازع عليها، فالاستعجال ينشأ من طبيعة الحق المطلوب حمايته ومن الظروف المحيطة به لا من فعل الخصوم أو اتفاقهم على إيجاده، فلا يوجد استعجال لمجرد رغبة رافع الدعوى في الحصول على حكم في طلباته على وجه السرعة . أما عن شرط عدم المساس بأصل الحق، فيقصد بأصل الحق: "كل ما يتعلق به وجوداً أو عدماً، فيدخل في ذلك ما يمس بصحته أو يؤثر في كيانه أو يغير فيه أو في الآثار القانونية التي رتبها له القانون أو قصدها المتعاقدان" . ويقصد بالحق الممنوع على قاضي الأمور المستعجلة المساس به: " السبب القانوني الذي له أن يغير أو يعدل من مركز أحد الطرفين القانوني بل عليه أن يبقى جوهر النزاع سليماً لتفصل فيه محكمة الموضوع" .

(2) نص القانون رقم 23 لسنة 2010 م في المواد 1301 ، 1302 ، 1303 و1304 على مجموعة من العقوبات لمكافحة أعمال المنافسة غير المشروعة تتراوح بين الغرامة والحبس وتصل إلى سحب ترخيص مزاوله النشاط التجاري بشكل نهائي ، وهي عقوبات تقضي بها دائرة الجنح في المحكمة المختصة وذلك عندما يختار اصحاب الشأن أو مجلس المنافسة تقديم شكوي أو رفع جنحة مباشرة بدلا من سلوك طريق القضاء المدني استنادا لدعوى المنافسة غير المشروعة ، وفي كل الاحوال فان الظروف والوقائع هي التي تحدد نوع الدعوي التي يمكن تقديمها .

المحكمة بإزالة العمل غير المشروع تأكيداً للقاعدة الفقهية (الضرر يزال) ووقف العمل غير المشروع لا يعني إزالة الجهة المنافسة بصفة نهائية لأن ذلك لا يكون إلا في حالة المنافسة الممنوعة وحدها⁽¹⁾، وإنما يقصد بالإزالة هنا أن تقوم المحكمة باتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع استمرار الوضع غير القانوني وفي هذا الصدد نذكر الحكم الصادر عن ابتدائية طنجة بتاريخ 23 فبراير 1995 حيث⁽²⁾ قضت فيه المحكمة بالتوقف عن بيع المنتوجات المقلدة لمنتوج المدعى إذ جاء في تحليلها "حيث أن طلب المدعية يرمي إلى الحكم لها بالتعويض عن الأضرار التي لحقتها من جراء عرض المدعى عليه للبيع منتوجاً يقلد منتوجها... وحيث عززت المدعية مقالها بصورة مطابقة لأصل إيداع علامتها وبمحضر الحجز الوصفي وحيث أن العلامة محمية... وحيث أنه بثبوت المسؤولية تكون المدعية محقة في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقتها من جراء عرض منتوج مزور عنها للبيع... وحيث يتعين إلزام المدعى عليه بالتوقف عن بيع المنتوج المذكور تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 200 درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ"... مثل هذا الجزاء يمكن إيقاعه ولو انعدم الضرر وهو جزاء ذو طابع وقائي أكثر منه جزائي عيني يحكم به حتى في حالة الضرر الاحتمالي.

i. التعويض : هذا الجزاء يأتي في المرتبة التالية بعد جزاء وقف الأعمال غير المشروعة وهو يأتي نتيجة تحقق الضرر لأنه قد تصادف في بعض الحالات أن لا يكون الضرر قد تحقق بصفة نهائية كما هو الحال في صور الضرر

(1) تتم إزالة الشركة أو المحل التجاري المنافس في حالات المنافسة الممنوعة وذلك كان تكون الشركة تعمل بشكل غير قانوني أو غير حاصلة على ترخيص عمل، الخ.

(2) هناء قماري، دليلة هداية- دعوى المنافسة غير المشروعة- رسالة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون- كلية القانون والعلوم السياسية- قسم العلوم القانونية والادارية - جامعة 08 مايو 1945- العام الجامعي

الاحتمالي حيث ليس من الإنصاف الحكم بتعويض عن ضرر لم يتحقق بعد ،
ففي مثل هذه الحالة الأخيرة تكفي المحكمة بوقف الأعمال غير المشروعة
التي تهدد بوقوع الضرر، دون أن تتطرق إلى الحكم بالتعويض

الخلاصة :

من خلال ما سبق عرضه يتبين لنا أن المشرع الليبي قد أولى عناية خاصة
بتنظيم الأحكام الخاصة بالمنافسة وتحريم المنافسة غير المشروعة بعد أن أهمل
الأمر لفترة طويلة بسبب تحريم التجارة ومرور البلاد بحقبة تطبيق التشريعات
الاشتراكية ، حيث احتكرت الدولة النشاط الاقتصادي بالكامل ، إلا أن عودة البلاد
في السنوات الأخيرة إلى نظام الاقتصادي الحر و توسع مشاركة الافراد في النشاط
الاقتصادي أوجب على المشرع أن يعيد النظر في القانون التجاري الصادر في
1953م والذي لم يعد كافيا لمعالجة ما طرأ و يطرأ من مشاكل في مجال النشاط
الاقتصادي في السوق الليبي ، لذا فإن صدور القانون رقم 23 لسنة 2010م متضمنا
للأحكام المنظمة للمنافسة مثل خطوة هامة في إطار التطور التشريعي لمواكبة
إحتياجات النشاط الإقتصادي ، إلا أن هذه الاحكام :

1. لم تتضمن تعريفاً ولا تنظيم لدعوى المنافسة غير المشروعة ، واكتفت بسرده
لصور المنافسة غير المشروعة دون تقديم تعريف دقيق للمنافسة غير
المشروعة مما ترك الأمر للجدل الفقهي .

2. حظرت كل ممارسة تقيد المنافسة سواء اكانت الإتفاقات التي تهدف إلى
تقاسم الأسواق أو الهيمنة على السوق والاحتكار بالإضافة إلى أعمال التقليد
والتزوير .. ولا يقف الحظر عند هذا الحد لأن ممارسات المنافسة غير
المشروعة متعددة ولا يمكن حصرها بسبب التطورات الحاصلة في مجال
النشاط الاقتصادي، إلا أن المشرع الليبي لم يتبنى آلية واضحة تمكن من
مواجهة تطور اساليب المنافسة غير المشروعة ، فهو لم يهتم بتنظيم دعوى
المنافسة غير المشروعة بنصوص خاصة كما لم يحسم النقاش الفقهي حول
الأساس القانوني لهذه الدعوى تاركا المسألة للمبادئ العامة التي أرساها

القانون المدني والقانون التجاري ولإجتهد القضاء والفقهاء... عليه يكون المشرع الليبي قد نهج ذات منهج المشرع الجزائري والمشرع المصري في نفي أية خصوصية عن دعوى المنافسة غير المشروعة .

3. يشترط لرفع دعوى المنافسة غير المشروعة أن يكون المنافس المدعى عليه قد باشر أعمالاً تصنف منافسة غير مشروعة ولا يشترط تحقق الضرر بل يكفي أن يكون الضرر محققاً كنتيجة متوقعة لأعمال المدعى عليه، ذلك لأن الهدف من الدعوى ليس فقط الحصول على التعويض بل اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع أعمال المنافسة غير المشروعة والحيلولة دون تمكن المنافس المدعى عليه من تحقيق النتائج التي يهدف إليها .

عليه ... فإن إيجاد تنظيم تشريعي لدعوى المنافسة غير المشروعة ، يضمن خصوصيتها وفعاليتها أمر في غاية الأهمية فمجلس المنافسة (الذي لم ير النور بعد) لا يكفي لمواجهة أعمال المنافسة غير المشروعة ذلك أن النشاط الاقتصادي يتطور وتتغير طرقه ووسائله مما يجعل من الصعب مواكبة تلك التغيرات عن طريق التشريع بل أن الرقابة القضائية من خلال الفصل في دعوى أوي المنافسة غير المشروعة تمكن من معالجة ما يستجد من نشاطات منافسة غير مشروعة و تساعد على الحفاظ على توازن السوق وحمايته من الاختلال .

قائمة المراجع:

1. أ / ميمون خيرة و أ / بوشعور محمد حريري - بحث بعنوان "المنافسة والية حمايتها من الاعمال المنافسة لها" - مقدم في الملتقى الدولي الرابع حول : المنافسة والاستراتيجيات التنافسية للمؤسسات الصناعية خارج قطاع المحروقات في البلاد العربية - تنظيم جامعة الدول العربية - الدار البيضاء - المغرب
2. بحث مقدم من القاضي /احمد سالم سليم البياضة - "المنافسة غير المشروعة والحماية القانونية للمتضرر منها في التشريعات الاردني - 2007 - ص1.

دعوى المنافسة غير المشروعة كوجه من أوجه حماية
حرية المنافسة في النشاط الاقتصادي في إطار القانون الليبي

3. حمدي غالب الجعير ، العلامات التجارية الجرائم الواقعة عليها و ضمانات حمايتها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2012، ص 33
4. مجلة المحاماة العدد 7 - 1920-1930 - نقابة المحامين الاهليين - مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة ص 304 .
5. ايناس مازن فتحي الجبارين، الحماية المدنية للعلامة التجارية غير المسجلة وفقا للقوانين الاردنية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق ، جامعة الشرق ال اوسط، الاردن - 2010
6. احمد سالم البياضة - المنافسة غير المشروعة والحماية القانونية للمتضرر منها في التشريعات الاردنية - رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص - جامعة الشرق ال اوسط - الاردن 2007م
7. خير عبد الرحمن الصمادي - المنافسة غير المشروعة ووسائل الحماية منها (دراسة مقارنة) - رسالة ماجستير - كلية الدراسات الفقهية والقانونية - قسم الدراسات القانونية - جامعة ال البيت - بيروت - 2014/11/6
8. هناء قماري ، دليلة هداية - دعوى المنافسة غير المشروعة - رسالة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون - كلية القانون والعلوم السياسية - قسم العلوم القانونية والادارية - جامعة 08 مايو 1945 - العام الجامعي 2013 - 2014
9. رشيد ساسان - محاضرات في قانون المنافسة الجزائري - جامعة عنابة / الجزائر - 2012م -
10. سليمان مرقص - المسؤولية المدنية في تقنيات التشريعات العربية - طبعة 1971 -
11. د. مصطفى عبدالحميد عياد - المصادر الالارادية للالتزام في القانون الليبي - منشورات جامعة قاريونس - 1990 -

187 دعوى المنافسة غير المشروعة كوجه من أوجه حماية
حرية المنافسة في النشاط الاقتصادي في إطار القانون الليبي

مراجع باللغة الفرنسية :

1. Gazette du Palais, 18 décembre 1999 n° 352, P. 6 - Tous droits réservés" Publicité comparative, concurrence et consommation "
2. Jacques Mestre , Marie- Éve Pancrazi – Droit commercial – L.G. D.J Lextenso édition - 29^e édition-2012.
3. - Françoise Dekeuwer-Défossez – Droit commercial- 10^e édition – lextenso édition – 2010-p 145.

ضمانات حسن أداء العدالة في التحكيم الدولي

إعداد الأستاذ: محمد ونيس أبو ستالة

عضو هيئة التدريس بكلية القانون / جامعة المرقب

مقدمة

يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن التحكيم هو الشكل البدائي للعدالة، وهو أسبق في الظهور من العدالة التي تقدمها الدولة. وإن كان الحال كذلك فإنه من الثابت أن التحكيم كنظام قضائي يختلف عن قضاء الدولة باعتباره نظاماً له وضع خاص ابتداءً من اتفاق الأطراف في اللجوء إليه وانتهاءً بتنفيذ الحكم الذي يصدره المحكم. وفي الحقيقة يعيش التحكيم الآن أزهى عصور ازدهاره إذا لم يعد مجرد نظام استثنائي، لمنافسته للعدالة التي تؤديها الدولة، أو حتى نظام مصاحب لها بل أصبح في الآونة الأخيرة نظاماً بديلاً عن القضاء - الداخلي والدولي - في جميع المجالات وبصفة خاصة في الحياة الاقتصادية التي تستلزم السرعة. ذلك أن الخلافات الاقتصادية بصفة عامة والدولية بصفة خاصة يتعين حلها في أقصر وقت ممكن حتى لا تؤثر سلباً على اقتصاديات الأطراف.

فكثيراً ما يؤخذ على القضاء - الداخلي والدولي - طول الوقت اللازم للفصل في الدعاوى المطروحة أمامه، مما يتسبب في ببطء إنجاز المعاملات الاقتصادية، حيث يعتبر الزمن عنصراً جوهرياً بالنسبة لها، فإلخسارة المالية تلحق أطراف النزاع كلهم بما فيهم المحكوم لصالحه.

بخلاف التحكيم الذي يلتزم المحكمون فيه بإصدار حكمهم خلال مدة محددة، وحكمهم يكون نهائياً دائماً ما لم يتفق الأطراف على عكس ذلك.

ونتيجةً لاعتبار التحكيم ذا طبيعة قضائية، يجب على هيئة التحكيم مراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي، وذلك سواء كان التحكيم تحكيمياً عادياً أو تحكيمياً مع التفويض بالصلح، وسواء كان تحكيمياً حرّاً أو تحكيمياً مؤسسياً، وسواء كان تحكيمياً وطنياً أو دولياً ولو أُنفق الأطراف على ما يخالفها.

لذا اخترنا هذا الموضوع هدفاً للدراسة في هذا البحث المتواضع محاولين من خلاله تسليط الضوء على ضرورة مراعاة الضمانات الأساسية اللازمة لحسن أداء العدالة السابقة واللاحقة للعملية التحكيمية، وإننا في سبيل تحقيق ذلك رأينا أن نقسّم هذا العمل إلى مبحثين الأول ينصبُّ على الضمانات السابقة لتقديم المطالبة التحكيمية والثاني ينصبُّ على الضمانات اللاحقة للمطالبة التحكيمية، وأن نُقسّم هاذين المبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: ضمانات سابقة على تقديم المطالبة التحكيمية.

المطلب الأول: المساواة أمام التحكيم.

المطلب الثاني: حياد المحكم واستقلاله.

المبحث الثاني: ضمانات لاحقة للمطالبة التحكيمية.

المطلب الأول: المواجهة بين المحكّمين.

المطلب الثاني: سرية قضاء التحكيم.

الخاتمة.

المبحث الأول

ضمانات سابقة على تقديم المطالبة التحكيمية

هذه الضمانات تكمن أساساً في:

1. المساواة أمام التحكيم.
 2. حياد المحكم واستقلاله.
- ولكل منهما نخصص مطلباً.

المطلب الأول : المساواة أمام التحكيم

يعد هذا المبدأ من أهم المبادئ الأساسية في التقاضي ويقصد به: منح الخصوم فرصاً متساوية لإبداء دفاعهم وطلباتهم. فأطراف العلاقة الدولية ينتمون إلى أجزاء مختلفة من العالم، وبالتالي لكل قيمة الخاصة وثقافته وعاداته، وبالطبع نظامه القانوني، وقد لا يكون من العدل إخضاع طرف مرغماً عن إرادته لنظام قانوني لا ينتمي إليه، ولم يحط به علماء، في الوقت الذي لا يوجد فيه ما يمنع من خضوع الأطراف لنظام قضائي غير قضائه⁽¹⁾.

فأطراف التحكيم عادةً غير متساوين من حيث القوة الاقتصادية والمزايا السيادية، والذي تستطيع الدولة أن تغل يد القضاء عن نظر المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها، فإن التحكيم بما له من استقلالية يحقق مبدأ المساواة بين الخصوم، ولو اختلفت مراكزهم القانونية. فالمساواة هي المساواة الإجرائية، أي: منحهم فرصاً متساوية لإبداء طلباتهم ودفاعهم ومستنداتهم، فلا يجوز لهيئة التحكيم أن تمنح أحد الطرفين ميعاداً لتقديم مذكرة بدفاعه، وتمنح الطرف الآخر ميعاداً أطول أو أقصر. ولا أن تسمح لممثل أحد الطرفين بالمرافعة الشفوية أمامها وتمنع هذا الحق عن الطرف الآخر، مكثفية بما قدمه من مذكرة مكتوبة، ولا أن تخول أحد الخصمين توكيل محام وحرمان الآخر من هذا الحق. وقد حكم بأنه إذا نصَّ

(1) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2006، ص 303.

في اتفاق التحكيم على عدم توكيل محامين، فإن المحكم يخل بالمساواة بين الخصمين إذا تمسك بحرفية هذا الاتفاق مع اتضاح أن أحد الخصمين طليق اللسان قادر على تقديم دفاعه بنفسه، والآخر عبي ثقيل النطق عاجز عن التعبير⁽¹⁾.
ويقتصر هذا المبدأ على الحقوق الإجرائية للطرفين في خصومة التحكيم، فلا شأن لهما بما تقضي به هيئة التحكيم، أو تقوم به استعمالاً لسلطتها التقديرية في تقدير الأدلة المقدمة من الخصوم.

ولكي تتحقق المساواة في التحكيم لا بد من الآتي:

الفرع الأول: أن يتم اللجوء إلى التحكيم بالتراضي:

والرضائية تكون إما في شكل شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم.

أ) شرط التحكيم:

1. المقصود بشرط التحكيم: الاتفاق بين أطراف علاقة عقدية معينة على تسوية ما قد ينشأ عنها من نزاع في المستقبل بواسطة التحكيم، فشرط التحكيم يواجه نزاعاً محتملاً لم ينشأ بعد وقد لا ينشأ⁽²⁾. وقد استمد شرط التحكيم اسمه من أنه يأخذ في العمل صورة شرط من شروط العقد الأصلي توقعاً لاحتمال قيام نزاع بشأنه.

ويُرد شرط التحكيم عادة في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية، وقد يرد شرط التحكيم في اتفاق لاحق قبل نشوء أي نزاع⁽³⁾.

2. استقلال شرط التحكيم: ثار خلاف في الفقه حول مدى اعتبار شرط التحكيم مستقلاً عن الاتفاق الوارد به أو أنه يعد بنداً من بنود هذا الاتفاق.

(1) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص248.

(2) د. السيد عيد نايل، اتفاق التحكيم، الدورتين العامة والمتخصصة في كتابة وصياغة حكم التحكيم التي نظمها الأكاديمية الدولية للتحكيم والتدريب، القاهرة، 2011، ص38.

(3) د. ناجي عبد المؤمن، المشكلات العملية في التحكيم، الجزء الأول، شرط التحكيم، جامعة عين شمس، القاهرة، 2012، ص2، 3، في الهامش.

إذا قيل: إنّ شرط التحكيم هو أحد بنود العقد، فإن بطلان العقد أو فسخه يترتب عليه بطلان شرط التحكيم أو انقضاؤه بالفسخ. وإذا قلنا: إنه يمثل اتفاقاً مستقلاً عن العقد فلا يرتبط مصيره بمصير العقد، ويظل قائماً رغم انقضاء العقد الذي يتضمنه.

وفقاً للرأي الراجح في الفقه وما استقر عليه القضاء أن شرط التحكيم له موضوع خاص هو الفصل في النزاع الذي ينشأ في المستقبل بواسطة هيئة تحكيم، وهو موضوع مختلف عن موضوع العقد⁽¹⁾.

كما أن حاجة الأطراف إلى التحكيم تزداد في حالة وجود خلل في عقدهم. واستقلال التحكيم يساعد الأطراف على الوصول إلى حل لخلافاتهم. وبالطبع إذا اتفق الأطراف على شرط التحكيم لاحقاً لإبرام العقد (الاتفاق الأصلي)، فإن الشرط يكون مستقلاً تماماً عن الاتفاق الأصلي، ولا يتأثر بما يعتريه من أسباب البطلان طالما كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته. وشروط صحته تكمن في الكتابة ولو كانت عرفية، وفي عدم مخالفة النظام العام.

مشاركة التحكيم:

يقصد بمشاركة التحكيم أو وثيقة التحكيم: الاتفاق على التحكيم الذي يتم بين الأطراف في علاقة قانونية بعد قيام النزاع بينهم عن هذه العلاقة⁽²⁾. فالذي يميز المشاركة عن الشرط أنها تتم بعد نشوء النزاع فعلاً، وتتضمن الموضوعات التي تطرح على التحكيم بشكل دقيق وتفصيلي، وتغني إحداها عن الأخرى في المنازعات الاقتصادية الدولية بصفة عامة.

(1) د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2005، ص 118 وما بعدها.

(2) مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، التحكيم والوسائل البديلة لحسم المنازعات، بدون دار نشر ولا سنة طبع، ص 114.

الضرب الثاني: كفاية حق الدفاع:

من المسلم به أن أداء حسن العدالة على الوجه الصحيح لن يتحقق بدون كفاية الحق في الدفاع، فيجب تمكين كل طرف من إبداء دفاعه والرد على دفاع خصمه، ومن تقديم مستنداته والاطلاع على ما قدمه خصمه من مذكرات أو مستندات، وكذا منحه الميعاد الذي يكفيه للرد على هذه المذكرات أو المستندات، وعلى الهيئة مراعاة قاعدة أن المدعى عليه هو آخر من يتكلم، فلا تُقبل مستندات أو دفاع من المدعي دون منح المدعى عليه فرصة لإبداء دفاعه بشأنه، وإذا قدم المدعى عليه دفعا من الدفوع أو طلباً مقابلاً، فيجب أن يمكن المدعي من إبداء دفاعه بشأنه، يراعي أن يكون آخر من يتكلم بالنسبة لهذا الدفع أو الطلب المقابل، والدفاع أمام المحكمين ليس واجباً على الخصوم بل هو حق لهم ووجوب احترام حق الدفاع لا يحول دون تنظيم الهيئة لاستعماله. فللهيئة تحديد مواعيد للأطراف لتقديم مذكراتهم ومستنداتهم، وإذا قدمت مذكرة أو مستند بعد الميعاد فللهيئة عدم قبول ذلك واعتبار الدفاع الوارد بها غير مطروح عليها، دون أن يعد ذلك إخلالاً بالحق في الدفاع⁽¹⁾.

وكل ذلك بموجب الإجراءات المقررة من قبل الطرفين أو قانون الإجراءات المختار بإرادتهما.

والتحكيم الدولي كفيل هذا الحق في كافة الاتفاقيات الدولية، وكذلك القوانين التحكيمية.

وقد أكدت اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجانب، الموقعة (1958م) على قواعد أساسية في إجراءات المحاكمة التحكيمية وأهمها:

1. حرية الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم أو تحديد إجراءات التحكيم. فيكون سلطان الإرادة هو الذي يعين قانون إجراءات المحاكمة التحكيمية، أو يضع

(1) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 307.

1. إجراءات للمحاكمة التحكيمية، أو يحيل إلى نظام مركز تحكيمي دولي، أو نظام تحكيمي دولي، مثل قواعد اليونسترال، أو الأكسيد.
2. في حالة غياب الاتفاق على الإجراءات التحكيمية يطبق قانون مكان التحكيم.
3. حق الدفاع لا يقبل المساس.
4. يجب ألا يتعارض الحكم التحكيمي الدولي مع النظام العام في البلد الذي يطلب إليه التنفيذ.

وإذا كانت الضوابط الإلزامية التي ذكرناها تتعلق بإعلان الخصم بتعيين المحكم، وبإجراءات التحكيم وبحق الدفاع، فإن إجراءات المحاكمة أوسع بكثير من ذلك، فهي تبدأ من سماع الشهود، إلى إعادة سماعهم، إلى طريقة سماعهم، إلى الإثباتات.. الخ. فإذا كانت هذه الأمور لا تدخل في الضوابط الإلزامية، فالنظام العام يشملها حتماً⁽¹⁾.

فكل القوانين مجمعة على ترك الحرية في الرجوع إلى القانون أو القاعدة القانونية أو النظام التحكيمي الذي يحدده الأطراف؛ لأنه أكثر ملاءمة لرغبات المحكمتين، ولكن هذه الحرية تبقى مقيدة بثلاثة قيود وهي:

1. المساواة بين الأطراف.
2. المحافظة على حقوق الدفاع.
3. الحفاظ على قاعدة المواجهة في المحاكمة⁽²⁾.

ولذا فإن محكمة التحكيم مقيدة بتلك القيود، وإلا كان حكمها معرضاً للإبطال.

جرت تحكيمية في سويسرا بين شركة فرنسية والدولة الليبية، كانت لغة التحكيم هي الفرنسية وقدمت المدعى عليها الدولة الليبية مستنداً باللغة العربية دون أن تترجمه وتبلغه للطرف الفرنسي. فقام المحكم اللبناني بترجمة المستند إلى

(1) د. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، القاهرة، بدون رقم طبعة، ولا سنة نشر، ص 268.

(2) حق المواجهة سنتناوله في الضمانات اللاحقة للمطالبة التحكيمية، المبحث الثاني.

الفرنسية، وهو مستند يحسم أهم نقطة في الدعوى بدون مراعاة حق الدفاع، قام بترجمته في الحكم التحكيمي دون أن يعطي الطرف الفرنسي فرصة الاطلاع على المستند ومناقشته أو مناقشة ترجمته، وهو يحرمه بذلك من حق الدفاع⁽¹⁾. وليس المأخذ فقط على المحكم اللبناني هنا أنه طبق قانوناً دون آخر، أو قاعدة قانونية دون أخرى فقط، فقد تجاوز كل ذلك. وإنما المأخذ عليه هو عدم مراعاته (لقاعدة حق الدفاع). التي ضرب بها عرض الحائط وأخل بحقوق الدفاع لطرف من أطراف النزاع، وخالف بشكل واضح النظام العام الدولي.

كما حكمت محكمة استئناف باريس - الغرفة المدنية الشعبة الأولى - بتاريخ 31 يناير 2012: أن إغفال المحكم لأعماله مع الشركات العائدة للمدعى عليها حرم الطاعنين حقهم في رد المحكم، ويجب إبطال حكم التحكيم المطعون فيه لأنه مس حقوق الدفاع التي يحميها النظام العام الإجرائي⁽²⁾.

المطلب الثاني: حياد المحكم واستقلاله

لضمان حسن سير العدالة لا بد من التأكيد على مبدأ استقلال المحكم وحياديته وكفالة ذلك. ففي معظم الأنظمة القانونية الداخلية، ومعاهدات التحكيم الدولية يطرح موضوع استقلالية وحياد المحكم.

إن القانون النموذجي للتحكيم (اليونسترال) يشترط في المحكم حياديته واستقلاله⁽³⁾. وفي هذا الاتجاه ذهب المشرع الليبي في مشروع التحكيم ومن قبله في نصوص التحكيم الواردة في قانون المرافعات الليبي. حيث نص على ذلك في المادة (749) بعنوان عزل المحكمين: (...ويرد المحكم أو يطلب عزله لذات

(1) الدعوى التحكيمية رقم (7245) في غرفة التجارة الدولية، مشار إليه في عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 269.

(2) محكمة استئناف باريس (مدني) 2012/1/31 م، مجلة التحكيم العالمية، العدد السادس عشر، بيروت، أكتوبر 2012، ص 741.

(3) المادة (12) فقرة (2) من القانون النموذجي للتحكيم - اليونسترال.

الأسباب التي يرد بها القاضي أو يعتبر غير صالح للحكم ولا يقبل طلب الرد أو العزل إذا صدر حكم المحكمين أو حجزت القضية للحكم⁽¹⁾.

ولكن ما هو معنى الحياد واستقلالية المحكم؟

ليس من السهولة إعطاء تعريف دقيق بذلك، وإذا كانت الاستقلالية تبدو كواقع ظاهر يمكن تقديره بموضوعية، فإن الحياد والنزاهة هما حالة ذهنية ونفسية لهما طابع ذاتي أكثر مما هو موضوعي؛ ولأن إثبات الحياد والنزاهة أمر صعب، وإثبات عكسها أمر سهل للغاية؛ ذلك لأن خروج المحكم عن الحياد والنزاهة لا يظهر مسلكه إلا في حالات استثنائية⁽²⁾.

وقد عرف الاجتهاد الفرنسي استقلالية المحكم بأنها: (عصب مهمته قضائية؛ لأن المحكم بمجرد تعيينه يدخل في نظام القضاء الخالي من أي ارتباط، لاسيما مع أطراف النزاع. وأن الظروف التي تثار للشك في هذه الاستقلالية والمنازعة بها، يجب أن تتوفر بها روابط مادية وذهنية، وهي حالة من شأنها إذا ثبت أنها تؤثر على حكم المحكم إذ تشكل خطراً أكيداً على حقوق أحد الطرفين)⁽³⁾.

وهكذا اعتبر محكماً غير مستقل ذلك الذي:

- يعمل مستشاراً يتقاضى أتعاباً لدى أحد طرفي النزاع خلال سير إجراءات التحكيم.

- تصرف كممثل للطرف الذي سماه أو تلقى تعليماته منه.

ويضع القانون النموذجي للتحكيم الدولي أحكاماً للحياد والاستقلال تنص على أنه:

1. (على الشخص حين يفتح بقصد تعيينه محكماً أن يصرح بكل الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حياديته واستقلاله، وعلى

(1) قانون المرافعات المدنية والتجارية، مدونة التشريعات الليبية، عدد خاص، 1954.

(2) د. يحيى عبد العزيز الجمل، حيلة واستقلال المحكمين، مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع، القاهرة، أغسطس، 2001، ص15.

(3) د. عبد الحميد الأحمد، مرجع سابق، ص218.

المحكم منذ تعيينه وطوال إجراءات التحكيم أن يقضي بلا إبطاء إلى طرفي النزاع بوجود أي طرف من هذا القبيل، إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطهما علماً بها.

2. لا يجوز رد محكم إلا إذا وجدت ظروف تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حياديته أو استقلاله، أو إذا لم يكن حائزاً لمؤهلات اتفق عليها الطرفان، ولا يجوز لأي من الأطراف من طرفي النزاع رد محكم عينه هو أو اشترك في تعيينه إلا لأسباب تبينها بعد أن تم تعيين هذا المحكم⁽¹⁾.

وقد وضع الاتحاد الدولي للمحامين (I.B.A) عام (1987 م) نظاماً حول قواعد سلوك المحكمين الدوليين، لا يفرق بين محكم مسمى من طرف والمحكم الثالث، ووفقاً لهذا النظام فإن المحكمين يجب أن يتحلوا بالاستقلالية عن أطراف النزاع والحياد في العلاقات مع الأطراف أو أي شخص له علاقة بأحد طرفي النزاع.

وجاء في القواعد الفقهية الشرعية أن (طالب الولاية لا يولى) ومصدرها الأصلي حديث صحيح فيه أن رجلاً طلب عملاً - أي ولاية - فقال له رسول الله - صلى الله عليه وسلم - (إنا لا نولي عملنا هذا من طلبه). وهي الخطوة الأولى لتحقيق الاستقلالية والحيادية.

الضلع الأول : الاستقلالية

الاستقلالية هي غير الحياد، لأنها تفترض حالة ظاهرية عكس الحياد، فالانحياز أحياناً يكون من الممكن إدراكه ولكن من الصعب إثباته. وكثيراً ما يكون هناك خلط بين الاستقلالية والحياد، فقد حكمت محكمة استئناف باريس في قضية تحكيم دولي: (أن موجب الإفصاح عن ظروف من شأنها أن تثير شكوكاً لدى الأطراف لمشاركة المحكم في ما يقارب خمسين دعوى أحد

(1) نص المادة (12) من القانون النموذجي للتحكيم الدولي.

أطرافها شركة من الشركات المجموعة العائدة لدى المدعى عليها يقع على عاتق المحكم الملزم بأن يكون شفافاً تجاه الأطراف وليس على الطرف الذي عينه. وبما أن الطاعنة لم تتنازل - وعن معرفة - عن المطالبة باستقلالية المحكم الفرد الذي لم يفصح لها عنه، وجب إبطال حكم التحكيم دون النظر في الأسباب الأخرى التي عرضتها الطاعنة تأييداً لطعنها⁽¹⁾.

من خلال هذا الحكم يتبين لنا أن الاستقلالية تستنتج من خلال إفصاح المحكم، عن علاقته بالمحكمن إفصاحاً حقيقياً لا شبهة فيه. وقد يكون الأطراف على استعداد للتخلي في بعض الأحيان عن حياد المحكم، بحيث لا يمانعون أن يكون من جنسية أحد الطرفين، ولكنهم ليسوا على استعداد ولا بشكل من الأشكال أن يقبلوا أن يتخلى المحكم عن استقلاليته وأن يحكم وهو مرتبط بأحد الطرفين.

الفرع الثاني: الحياد

يُقَسَّرُ الحياد في بعض الأحيان من زاوية الجنسية، بحيث لا يكون المحكم الوحيد أو الثالث من جنسيتي طرفي النزاع، وقد لا يكون من جنسية أي طرف ولا يكون مستقلاً، وبالعكس، ويمكن ألا يكون المحكم محايداً؛ لأنه من جنسية أو ثقافة أو حضارة أحد الطرفين، وأن يكون قادراً مع ذلك على إعطاء رأي وموقف مستقل من صميم النزاع⁽²⁾.

ولا يمنع أي شخص بسبب جنسيته من العمل كمحكم، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك⁽³⁾.

والمحكم يجب عليه من البداية أن يصرح عن علاقته السابقة بالطرف الذي سماه بغض النظر عن الجنسية، فإذا اطلع الطرف الآخر على تصريح المحكم وقبل

(1) محكمة استئناف باريس (مدني) 2012/1/31، مجلة التحكيم العالمية، العدد السادس عشر، بيروت، أكتوبر 2012، ص 739.

(2) د. عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي، بدون دار نشر ولا رقم طبعة، 2001، ص 214 وما بعدها.

(3) المادة (11) فقرة (1) من القانون النموذجي للتحكيم الدولي، اليونسترال.

بما صرح به ولم يعترض على حياده، فإن حياد المحكم يصبح محصناً، والمحكم حين يصرح عند تسميته يجب أن يصرح بكل الأسباب التي يمكن أن تكون مدعاة لعزله، ولا يصبح حياده محصناً إلا إذا قبل الطرف الآخر بتصريحه هذا.

والمحكم الحيادي المستقل يجب أن لا يكون له اتصال بأطراف النزاع خلال سير الدعوى، وهذه القاعدة متفق عليها في كل الأنظمة التحكيمية⁽¹⁾.

وبما أن القاعدة في التحكيم: أن المحكم أو المحكمين يتم الاتفاق على اختيارهم من قبل المحتكمين وبالطريقة التي يتفقان عليها، بخلاف القضاء الذي لا دخل لإرادة الأطراف فيه، فإن هذا الاختيار هو مبلغ ثقتهم في عدالة محكميهم، وأساس التزامهم بالحكم الذي يصدرونه، وهو في الحقيقة ذاتها سبب من أسباب الشكوك والانحياز.

زد على ذلك أن مصروفات التحكيم قد تكون باهظة بخلاف مجانية القضاء؛ مما قد يكون سبب في انحياز أحد المحكمين لطرف من الأطراف.

ولذلك فإن جل القوانين والاتفاقيات الدولية تؤكد على وترية المحكمين لضمان حسن أداء العدالة، فحسن اختيار المحكم المرجح - الوازع - يؤدي ضمانه كبيرة في عدالة التحكيم، فهو الضمان والرقيب الذي يجب أن لا يتحيز؛ لأنه حجر الزاوية في الحياد والاستقلال؛ ولأنه في الواقع والحقيقة هو الذي سيحسم الخلاف وإن تعدد المحكمون بثلاثة أو خمسة. فإن كان غير كفاء أو غير أمين سهل التأثير عليه من قبل الدول الغنية أو الطرف الغني أو الشركة الغنية، فلن يكون التحكيم مجدياً ولن يكون محدد العواقب وإنما إضاعة للوقت والمال. ولعل في قضية تحكيم شركة الخرافي الكويتية ضد الدولة الليبية عبيراً كثيرة وهي خير دليل على ذلك⁽²⁾.

(1) د. محمد سليم العوا، سلوك المحكمين، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، مطابع الأهرام، القاهرة، أكتوبر 2000، ص 43 وما بعدها.

(2) حكم تحكيمي دولي، بتاريخ 2013/03/22، مجلة التحكيم العالمية، العدد التاسع عشر، بيروت، يوليو 2013، ص 78 وما بعدها.

وإذا ثبت عدم حياد المحكم واستقلاله يتم عزله طبقاً للقواعد والإجراءات المتفق عليها من قبل المحكمتين، إما خلال سير المحاكمة التحكيمية أو بعد صدور الحكم ويكون سبباً لإبطال الحكم التحكيمي.

وقد تم عزل المحكم المرجح في الدعوى التحكيمية المقامة بين الدولة الليبية والشركة الإيطالية في غرفة التجارة الدولية بباريس من قبل الجانب الليبي لعدم الحيادية⁽¹⁾.

وحكمت محكمة استئناف باريس (القسم 1- الغرفة الأولى) 21 فبراير 2012 في الدعوى التحكيمية الدولية المقامة من الكامبيرون ضد (Sprl Projet Gar) (oube).

إن استقلالية المحكم وحياده- استقلالية الذهن ضرورية لممارسة السلطة القضائية- إحدى صفات المحكمين الأساسية، فتحيز المحكم للطرف الذي عينه وإلحاح هذا الطرف على تفاصيل مصالح المحكم المادية، هي شكوك معقولة حول حياد المحكم توجب إبطال حكم التحكيم الجزئي⁽²⁾.

المبحث الثاني:

ضمانات لاحقة للمطالبة التحكيمية

حسن أداء العدالة يتطلب توفير ضمانات أخرى تسمح للمتحاكمين في الدعوى التحكيمية تحقيق العدالة بالمواجهة، وبأداء العملية التحكيمية بسرية؛ لأن إعلان الخلافات عند التقاضي على المألا لا يعطي مجالاً للوصول إلى تسوية بين الأطراف، على حين -كثيراً- ما يتم تسوية ودية قبل أن يصل التحكيم إلى نهايته. وهذه النتيجة غير واردة دائماً بالنسبة للقضاء؛ نتيجة العلنية في الخصومة القضائية.

(1) دعوى تحكيمية أمام غرفة التجارة الدولية بباريس عام 2008 م.

(2) حكم محكمة استئناف باريس، الدائرة المدنية 2012/2/21، مجلة التحكيم العالمية، العدد السادس عشر، بيروت، أكتوبر 2012، ص 739.

المطلب الأول:

المواجهة بين المحكّمين

إن المواجهة بين المحكّمين ضرورية لحسن أداء العدالة وهي ركيزة بحد ذاتها، وهي تقضي بحرية كل طرف في أن يوضح كل ما هو ضروري لنجاح طلبه أو دفاعه.

كما يستلزم أن كل ما يقدمه أحد الطرفين من حجج أو مستندات أو إثبات، يجب أن يبلغ للطرف الثاني ويناقش بحرية في جلسة المحاكمة⁽¹⁾. وهذا الحكم يمنع المحكم أن يبنّي حكمه على معلومات لم تكن واضحة خلال المحاكمة، ولم تعرض على الطرف الآخر أو على الطرفين.

الفرع الأول: التزامات طرفي النزاع

الأطراف هم أصحاب الحق في تعيين الإجراءات المطبقة على تحكيمهم، بعد الاتفاق على عرضه، سواء بشرط تحكيم أو مشاركة تحكيمية. وفي حال لم يمارسوا هذا الحق ينتقل منهم إلى المحكّمين الذين طلبوا منهم مهمة تولي الفصل في النزاع عرض من أحد الأطراف (إيجاب) - يقابله (قبول) من الطرف الآخر - ووافقوا على ذلك.

وللمحكّمين حرية تحديد إجراءات التحكيم بشرط الحفاظ على قاعدة المواجهة وحق الدفاع والمساواة بين الأطراف المحكّمة. وخلال إجراءات التحكيم يتوجب على الأطراف الالتزام باحترام إجراءات التحكيم والامتنال لها، مثال ذلك: التزامهم بتزويد المحكم بأوراق الدعوى والبيانات التي تثبت ادعاءاتهم⁽²⁾.

(1) د. عبد الحميد الأحديب، التحكيم بالصلح، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، مطبعة الأهرام، القاهرة، أكتوبر 2000، ص 77.

(2) المادة (23) فقرة (1) من القانون النموذجي لسنة 1985، والمادة (15) من قواعد مركز لندن للتحكيم الدولي لسنة 1998، والمادة (30) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994.

كذلك التزامهم بتنفيذ القرارات الوقتية والتحفظية التي يصدرها المحكم أثناء إجراءات التحكيم لمساعدته في تسيير إجراءات التحكيم⁽¹⁾.

مثال ذلك: حالة إصدار المحكم أمراً لأحد أطراف النزاع وإلزامه بتقديم مستند موجود تحت يده، إذ يتوجب على ذلك الطرف أن يتمثل لقرار المحكم.

كذلك يتوجب على الأطراف التعاون بحسن نية خلال إجراءات التحكيم، وألا يقوم أي طرف بتعطيل سير الإجراءات.

كما يتوجب عليهم الامتناع عن اتخاذ أي فعل من شأنه أن يعطل تنفيذ حكم التحكيم النهائي.

إضافة إلى ذلك يتوجب على الأطراف دفع تكاليف التحكيم وأتعاب المحكمين، سواء كان ذلك بدفع هذه التكاليف مباشرة إلى المحكمتين أو من خلال مؤسسة تحكيم دائمة⁽²⁾.

كما يتوجب على الأطراف احترام النظام العام الخاص بالدول ذات الصلة بالنزاع، وعليهم أن يختاروا تطبيق القواعد أو القوانين التي لا تخالف مبادئ النظام العام الدولي، لكي تتحقق قاعدة المواجهة ولا يقع الحكم في طائلة البطلان.

الفرع الثاني: التزامات المحكم

يتوجب على المحكم كالتزام أساسي أن يحترم مبدأ سلطان الإرادة، أي أن يحترم إرادة أطراف النزاع التي تتجسد في شروط وبنود اتفاق التحكيم، كما يتوجب على المحكم الالتزام بإعطاء كل طرف من أطراف النزاع حقاً وفرصة متساوية في عرض دعواه⁽³⁾. وكذلك عليه احترام وتطبيق ما اختاره الأطراف من قواعد قانونية وفقاً لما يجدونه مناسباً لحكم نزاعهم، إذ عندما يتفق الأطراف على تطبيق قواعد قانونية معينة، عندها يتوجب على المحكم احترام هذه الإرادة وذلك

(1) المادة (17) من القانون النموذجي لسنة 1985.

(2) المواد (30) و(31) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية لسنة 1998.

(3) انظر على سبيل المثال المادة (2)15 من قواعد غرفة التجارة الدولية التي تنص: في كل الأحوال يجب على هيئة التحكيم أن تراعي الحياد والعدالة وأن تتأكد من حصول كل طرف على فرصة ملائمة لعرض دعواه.

بتطبيق تلك القواعد، حيث يعتبر إخلاله بهذا الالتزام على أنه إخلالٌ بواجب يفرضه عليه اتفاق التحكيم. ويقتضي مبدأ المواجهة دعوة الأطراف لكل اجتماع أو جلسة تعقدها الهيئة، واتخاذ الإجراءات يتم في مواجهة الطرفين أو في جلسة يدعيان إليها، وتمكين كل طرف على الإطلاع على ما يقدم. وليس للهيئة أن تدعو أحد الطرفين إلى جلسة وحده أو تستمع إلى دفاعه أو أقواله دون أن تكون قد دعت الطرف الآخر لحضور هذه الجلسة ولا يجوز للهيئة قبول أية مذكرات أو أوراق أو مستندات في غير جلسة من أحد الأطراف دون إطلاع الطرف الآخر عليها أو إعلانها بها، وإذا قبلت مثل هذه المذكرة أو المستند فإنها يجب ألا تقول عليها أو تتأثر بها في حكمها، فقد حكمت محكمة التمييز الفرنسية في حكمٍ حديثٍ لها يتعلق بنزاع تحكيمي دولي بين دولة الكامرون وشركة أمريكية بضرورة احترام مبدأ المواجهة والمحاكمة⁽¹⁾.

وليس للمحكم أن يجري اتصالاً مع أحد الطرفين دون علم الطرف الآخر، ولهذا فإن خطابه يجب أن توجه للطرفين، ويجب أن يعمل على أن كل خطاب يرسل إليه من أحد الطرفين تسلم منه صورة للطرف الآخر، ولا يجوز للمحكم أن يقابل أي طرف دون حضور الطرف الآخر⁽²⁾.

ويعتبر مبدأ المواجهة صورة من صور الحق النابع من النظام العام الدولي، وبغيره لا تتوافر للأطراف خصومة عادلة.

(1) حكم محكمة التمييز الفرنسية (مدني) رقم 13 - 11745 بتاريخ 2014/11/5، مجلة التحكيم العالمية، العدد الخامس والعشرون، بيروت، يناير 2015، ص 701.

(2) حكم محكمة التمييز الفرنسية (نقض) مدني بتاريخ 1998/11/10، منشور موجز في مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، القاهرة، يناير 2000، بند 6، ص 232.

المطلب الثاني:

سرية قضاء التحكيم

يتميز التحكيم بصفة عامة بسرية الإجراءات والجلسات والمداولة، ويعد مبدأ السرية في التحكيم من الأمور اللصيقة بهذا النظام، وهي ميزة خاصة ينفرد بها التحكيم عن القضاء، وهو عكس مبدأ علنية الجلسات الذي يعتبر من أهم الضمانات الأساسية للتقاضي، إذ تنص عليه العديد من المواثيق الدولية؛ بدعوى حق كل شخص في أن يُحاكم محاكمة علنية وعادلة⁽¹⁾.

ومبدأ سرية جلسات التحكيم من الأمور اللصيقة بهذا النظام، وهو ما لا يدعو إلى ضرورة نص الأطراف على احترام هذا المبدأ في عقودهم، فإنه من الملاحظ أن العديد من لوائح التحكيم تفرض نصوصاً خاصة تقتضي هذه السرية وتحض عليها.

فعلى سبيل المثال تنص المادة (20) فقرة (7) من لائحة غرفة التجارة الدولية في باريس على مبدأ سرية جلسات التحكيم، وكذلك المادة (35) من لائحة المؤسسة الأمريكية للتحكيم، وكذلك المادتان (63) و(76) من لائحة المنظمة العالمية لحماية حقوق الملكية الفكرية (OMPI).

وميزة السرية: أنها تغلف قضاء التحكيم، وتعدّ وفقاً لما يذهب إليه البعض أحد العناصر الطبيعية المكونة لهذا النظام، والذي لا تقوم له قائمة بدونها⁽²⁾.

وسرية قضاء التحكيم تترجم في صور عدة، لعل من أخطرهما التزام المحكم بعدم إفشاء كل ما يتعلق بالمنازعة المعروضة عليه.

(1) انظر على سبيل المثال المادة (6) من الاتفاقية الأوروبية بشأن حقوق الإنسان.

(2) د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2004، ص20.

الفرع الأول: سرية التحكيم بين الإطلاق والتقييد

تعد السرية ميزة خاصة ينفرد بها التحكيم عن القضاء، وتتحقق بها المساواة في نظر المتعاقد الأجنبي، لأنه يرى أن الدولة تنازلت عن قضائها وما به، واتجهت إلى رغبة المتعاقد معها لحفظ أسرارها. ولو أصر الطرف الآخر على القضاء تجد الطرف الأجنبي يزيد من تكلفة المشروع بنسبة تصل إلى 50% لتغطية مخاطر التقاضي كما قرر بعض الاقتصاديين⁽¹⁾.

وهذا ليس في مصلحة الطرف الآخر والذي يكون عادة من الدول النامية. وتتخذ السرية عدة أشكال منها سرية الإجراءات التحكيمية التي يتم إنشاؤها بفرض التحكيم، وجميع المستندات الأخرى التي لا تكون ضمن اطلاع عامة الناس، ولكن بين المحكّمين وممثليهم.

وكذلك سرية حضور جلسات التحكيم ومناقشاتها ومرافعاتها يقتصر حضورها على هيئة التحكيم وأطراف النزاع وممثليهم، وأي شخص ترى الهيئة ضرورة حضوره لحسن سير التحكيم مثل: كاتب الجلسة، والخبراء والشهود، وما عدا ذلك لا يجوز لأي شخص الحضور إلا بموافقة الأطراف.

أما المداولة يجب أن تجرى سرّاً، فلا يحضرها غير المحكّمين كما نصت على ذلك كل الاتفاقيات والقوانين التحكيمية، ولا علاقة للخصوم بها.

ولا يترتب على إفشاء أسرار المداولة بطلان الحكم، وإنما قد يؤدي إلى مسؤولية المحكم المدنية، إذا توافرت شروطها، بينما مخالفة القواعد الآمرة المتعلقة بأصول المداولة يترتب بطلان الحكم لأن المحكم يكون بذلك قد خالف قاعدة من قواعد النظام العام⁽²⁾.

(1) المرجع السابق، ص21.

(2) د. عبد الحميد الأحمد، التحكيم بالصلح، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، القاهرة، أكتوبر، 2000،

وإن الالتزام بالسرية لا يقتصر فقط على مرحلة خصومة التحكيم وإنما يمتد إلى ما بعد صدور الحكم، فلا يجوز مثلاً نشر حكم التحكيم إلا بموافقة طرفي التحكيم⁽¹⁾.

والالتزام بالسرية ليس مطلقاً حيث ترد بعض الاستثناءات على مبدأ السرية، منها: نشر الحكم بموافقة طرفيه.

وكذلك فإن حكم التحكيم من الناحية العملية يفقد سرية بدعوى البطلان التي تعتبر من أهم الضمانات الأساسية لصحة الأحكام وليست طريقة من طرق الطعن فيها لتعلقها بالنظام العام⁽²⁾، وأكدت محكمة النقض المصرية في حكم شهير لها صدر حديثاً بتاريخ 4-2-2015م في الطعن المقام أمامها من الدولة الليبية ضد شركة الخرافي الكويتية أن المادة 2-8 من ملحق الاتفاقية العربية الموحدة للاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية وإن حظرت الطعن في الأحكام التحكيمية الصادرة وفقاً لهذا الملحق إلا أنها لم تنص على حضر إقامة دعوى أصلية ببطلان هذه الأحكام باعتبارها من الضمانات الأساسية في صحة الأحكام وليست طريقة من طرق الطعن فيها وذلك بأن الاتفاقيات الدولية يتعين تفسيرها في إطار من حسن النية ووفقاً للمعنى المعتاد لعباراتها في السياق الوارد فيه، وبما لا يخل بموضوع المعاهدة وأغراضها، ودعوى بطلان حكم التحكيم - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ليست طعنًا عليه فهي لا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع بل لمراقبة صحة حكم التحكيم وصدوره وفق إجراءات القانون المنطبق، احتراماً للضمانات الأساسية في التقاضي وبما يؤدي إلى أهدار أي حكم يفتقر في مصدره إلى المقومات الأساسية للأحكام القضائية⁽³⁾.

(1) د. فتحي والي، ص 452.

(2) ومعنى ذلك أنه يتمتع على الأطراف النزول عنها بالاتفاق قبل ثبوت الحق فيها أي قبل صدور الحكم التحكيمي وجواز التنازل عنها بعد صدور الحكم التحكيمي. يراجع في ذلك الدكتور طرح البحور على حسن، الاختصاص القضائي الدولي بحكم التحكيم دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2006، ص 130 وما بعدها.

(3) طعن مدني، محكمة النقض المصرية، 4 نوفمبر 2015، غير منشور ص 3، 2.

ويعد هذا الحكم ترسيخاً لأهم الضمانات الراحية لحسن أداء العدالة في التحكيم الدولي ألا وهو (دعوى البطلان لا تعد طريقاً من طرق الطعن في الأحكام وإنما هي أداة لرد الأحكام التي أصابها عوار في مقوماتها عن إنفاذ أثارها القضائية)⁽¹⁾، ولعل الدولة الليبية تجد من خلال هذا الحكم الذي قضى بنقض حكم محكمة استئناف القاهرة القاضي (بعدم قبول الدعوى لعدم جواز الطعن في الحكم)⁽²⁾، ما ينقدها من خلال النظر في دعوى البطلان المقامة من الدولة الليبية من هيئة جديدة بمحكمة استئناف القاهرة تراقب مدي مراعاة الضمانات الأساسية لحسن أداء العدالة في حكم التحكيم الدولي الصادر ضدها.

الفرع الثاني: تسبب الحكم التحكيمي أو تعليله

يعتبر تسبب أحكام التحكيم من أهم ضمانات التقاضي أمامهم، إذ هو يضمن حسن أدائهم لمهمتهم، والتحقق من حسن استيعابهم لوقائع النزاع ودفاع الخصوم، فالنظام المحكمين بكتابة أسباب للحكم يدفعهم إلى التروي والتفكير في الحكم قبل إصداره. وكتابة هذه الأسباب هو الذي يضمن سلامة التفكير الذي أدى إلى صدور الحكم⁽³⁾.

وقد أكدت محكمة العدل الدولية على ذلك، حيث نصت المادة (56) من نظامها الأساسي على أن يبين الحكم الأسباب التي بني عليها. ورغم انقسام الفقه بين مؤيد ومعارض لتسبب أحكام التحكيم الدولي، فإن معظم الاتفاقيات الدولية والقوانين التحكيمية تشترط التسبب. القانون النموذجي للتحكيم الدولي (اليونسترال) أوجد حلاً لبقاً يقضي بأن الأطراف أحرار في فرض تسبب الحكم أو عدم تسببيه. ولكن عدم ذكر أي إشارة إلى عدم التسبب، فإن التسبب واجب وإن إرادة الأطراف قد انصرفت إلى إلزام المحكم بالتسبب.

(1) حكم سابق الذكر

(2) محكمة استئناف القاهرة ، دائرة 63 تجاري ، دعوى رقم 39 لسنة 130 ق. جلسة 5 - 2 - 2014.

(3) حكم محكمة استئناف القاهرة دائرة تجاري (تحكيم) في دعوى 47 لسنة 119 ق، بتاريخ 2003/6/29.

كما أن اتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية وإن لم تقرر وجوب التعليل بشكل صريح كما نصت على ذلك بقية الاتفاقيات الدولية، مثل الاتفاقية الأوروبية، إلا أن الفصل الثالث من الاتفاقية أحال حجية قرار التحكيم إلى قواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب به التنفيذ. ومن المعلوم أن جل قواعد المرافعات في القانون المقارن تشترط وجوب التعليل⁽¹⁾.

ونص المشرع الليبي في قانون المرافعات المدنية والتجارية في المادة (760) على وجوب تسبيب الحكم، وكذلك مشروع قانون التحكيم الليبي في المادة (35)⁽²⁾.

ونرى أن تسبيب الحكم ضمان لرصيد الثقة بالتحكيم الدولي، ورقابة لعمل المحكمين وللطريقة التي توصلوا بها إلى النتائج في حسم النزاع التحكيمي، والتي تمت في جو من السرية. وهو إجراء ضروري وأساسي لخدمة مصلحة أطراف النزاع، ويبين لهم طريقة الوصول إلى نتيجة الحكم ومدى منطقيتها، ومدى توافقها مع تحقيق العدالة التحكيمية القضائية.

الخاتمة

لاشك أن حسن أداء العدالة رهين بمراعاة الضمانات التي سبق أن أشرنا عليها في التحكيم. حتى تعم مقولة (حكم ولا تتقاض) وهي رهينة المحافظة على تلك الضمانات القضائية التي تحقق العدالة المبتغاة من كل قضاء. وفي حال خلاف ذلك سيصدق على التحكيم الدولي والداخلي المثل القائل (كالمستجير من الرمضاء بالنار).

(1) في حين نجد أن محكمة النقض الفرنسية قد ذهبت سنة 1988 إلى اعتبار الحكم التحكيمي الدولي المتضمن أسباباً متناقضة غير قابل للإبطال، طالما أنه غير خاضع لقانون يلزم التسبيب وهذا بالطبع عن الحكم التحكيمي الدولي.

(2) منشور في مجلة التحكيم، بيروت، العدد السابع، السنة الثانية 2010، ص 761.

فصفوه القول أننا إذا أردنا السير في طريق العدالة الصحيحة علينا أن نعمل على تضمين الحصول على حكم تحكيمي عادل ومحايّد، وضمان ذلك يتحقق في:

1. الدقة في الصياغة.
2. اختيار المحكمين الذين لديهم الدراية والأمانة والاستقلالية والنزاهة والحياد، والتركيز على المحكم المرّجّح: لأنه في الواقع هو الذي سيحسم الخلاف ويدون الحكم.
3. اختيار الأطراف المحامين الذين لديهم الخبرة الكافية في صياغة شرط التحكيم أولاً، ثم إدارة عملية التحكيم وإجراءاتها بما يكتنفها من غموض، وأن يكون لديهم الحجة والمهارة لمواجهة أية مواقف.
4. التأكيد على مكنة الأطراف في حق إقامة دعوي بطلان الأحكام التحكيمية باعتبارها من أهم الضمانات الأساسية لصحة الأحكام، وليست طريقاً من طرق الطعن التي يجوز التنازل عنها مقدماً.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب:

1. د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2005.
2. د. السيد عيد نايل، اتفاق التحكيم، الدورتين العامة والمتخصصة في كتابة وصياغة حكم التحكيم التي تنظمها الأكاديمية الدولية للتحكيم والتدريب، القاهرة، 2011.
3. د. حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2004.
4. د. عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي، بدون دار نشر ولا رقم طبعة، 2001.
5. د. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، القاهرة، بدون ط، س.

6. د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2006.
7. د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
8. د. محمد سليم العوا، سلوك المحكمين، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، مطابع الأهرام، القاهرة، أكتوبر 2000م.
9. د. محمد ماهر أبو العينين، قضاء التحكيم، الكتاب الأول، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، 2010.
10. مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، التحكيم والوسائل البديلة لحسم المنازعات بدون دار نشر ولا سنة طبع.
11. د. ناجي عبد المؤمن، المشكلات العملية في التحكيم، الجزء الأول، شرط التحكيم، جامعة عين شمس، القاهرة، 2002.
12. د. يحيى عبد العزيز الجمل، حيدته واستقلال المحكمين، مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع، القاهرة، أغسطس 2001.

ثانياً: المجالات:

1. مجلة التحكيم العربي، القاهرة.
2. مجلة التحكيم العالمية، بيروت.

ثالثاً: الوثائق والقوانين:

1. القانون النموذجي للتحكيم الدولي اليونسترال.
2. قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية.
3. قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبية.
4. مشروع قانون التحكيم الليبي.

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

إعداد / د: مصطفى أحمد الدراجي

عضو هيئة التدريس بكلية القانون / جامعة عمر المختار
والأكاديمية الليبية للدراسات العليا

تمهيد :

يوازن المشرع الليبي بين مضار الطلبات العارضة وفوائدها ، فأجاز إبداءها أثناء سير الدعوى تغليباً للفائدة منها ؛ حتى لا يضطر الخصوم إلى رفع دعوى مستقلة بكل طلب على حدة تيسيراً عليهم وتوفيراً لوقت القضاء ، ومنعاً لتناقض الأحكام .

ذلك أن فكرة الطلبات العارضة عموماً تتنازعها عدة اعتبارات ، فالمبدأ التقليدي هو عدم جواز تغيير محل الخصومة *immutadilite* ، فالخصومة يتحدد نطاقها بناء على المطالبة الأصلية ، ولا يجوز تغيير هذا النطاق حتى يسهل فض النزاع الأصلي ، وهو ما يمليه أيضاً مبدأ تركيز الخصومة ، ويقال إن حرية الدفاع تقتضي ألا يمكن

الخصم من إعاقه سير الخصومة وتأخيرها عن طريق تقديم طلبات
جديدة⁽¹⁾.

فالأصل أن يتحدد نطاق القضاية بالمطالبة القضاية التي تبدأ بها الخصومة ،
وتسمى هذه بالطلب الأصلي ، فينظر إلى عناصر الدعوى التي يتضمنها هذا الطلب
أى أشخاص الدعوى ومحلها وسببها ، وتدور الخصومة حول هذه العناصر دون
غيرها ، وترجع هذه القواعد إلى الرغبة في عدم تعقيد الخصومة بطلبات تقدم فيها
بعد بدئها مما يؤخر سيرها ، ورغبة في عدم مفاجأة الخصم لخصمه بطلبات
جديدة تقدم بعد أن يكون قد استعد للدفاع في نطاق الطلب الأصلي وحده⁽²⁾.

والخصومة - كما سنرى - ظاهرة حية تقبل الحركة والنشاط ، وهي كفعل لا بد
أن يقابله رد فعل قابل لأن يؤدي إلى التغيير والتعديل في معطياتها ، فضلاً عن أن
مضمونها ومحلها هو رابطة أو مجموعة من الروابط القانونية غير القابلة للحجز
داخل إطار معين وثابت ، فالنزاع الأصلي قد يتولد عنه ، أو يرتبط به مجموعة من
المنازعات قد تصل إلى حد إعطائه وجهاً جديداً أو شكلاً آخر مختلفاً عن ما بدأ
به ، وهو ما يعبر عنه بفكرة (تطور المنازعة) evolution du litige⁽³⁾ ، بالمقابلة
لفكرة ثبات النزاع .

وإذا كان الأصل هو أن الخصومة ينبغي أن تتحدد بالحدود التي وضعتها لها
صحيفة افتتاحها وألا تضم الخصومة في مختلف مراحلها ، إلا من كانوا خصوما
فيها من أول الأمر ، لأن الخصومة وقد نشأت بينهم منذ البداية، ينبغي أن تبقى

(1) د/ وجدى راغب : مبادئ القضاء المدني : دار الفكر العربى ، ط 1 ، 1986 ، ص 403 .

(2) د/ فتحي والى : الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، 1991 ، ص 456 .

(3) د/ ماهر زغلول : دعوى الضمان - دراسة لأساسيات الخصومة المدنية ، الطبعة الثانية ، 1986 ، ص 120 .

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 213
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

كذلك، فلا يمتد أثرها إلى غيرهم ، ولا يفيد منها سواهم⁽¹⁾ ؛ إلا أن ثبات معالم النزاع أو الدعوى هو ثبات نسبي ، لا يمنعها من الانكماش والتطور بحسب ما تمليه ظروف المتقاضين ومصصلحة التقاضى ، والتسليم بنسبية هذا الثبات فيه تسليم بقدر

من التغيير⁽²⁾ ، سواء في موضوع الخصومة أو في سببها أو في أطرافها .
فقد يزيد المدعى على طلباته التي قدمها أمام المحكمة ، أو ينتقص منها ، وقد يتقدم خصمه في مواجهته بطلب مقابل ، وقد تؤثر الخصومة على مصالح شخص آخر، فيتدخل لحماية مصالحه.

وقد تطلب المحكمة أو أحد الخصوم الأصليين في الدعوى إدخال شخص وإجباره على أن يصبح طرفاً في الخصومة ، ولذلك تختلف صور الطلبات العارضة بحسب ما إذا كان من يقدمها هو المدعى ، أم المدعى عليه ، أم الغير .
وسبيل كل أولئك ووسيلتهم في ذلك هي الطلبات العارضة ، التي تتولد من حق الإدعاء ذاته الذى خول المدعى الحق في تقديم الطلب الأصلي ، وهي بمعناها العام المسائل التي تثار أثناء سير الدعوى وبمناسبتها وتتناول بالتغيير أو بالإضافة ذات النزاع من جهة موضوعه أو سببه أو أطرافه فتشمل ما يوجهه الغير إلى الخصوم ، أو يوجهه الخصوم إلى الغير من طلبات في حالتها التدخل والإدخال - كما سنرى - ، مع ملاحظة أن هذه الطلبات لها كيان مستقل ، ومن الممكن أن ترفع بها دعاوى مستقلة، وأن تختص بها محكمة أخرى غير المحكمة المرفوع إليها الطلب الأصلي.

(1) محمد العشماوى د/ عبد الوهاب العشماوى : قواعد المرافعات ، ج 2 ، المطبعة النموذجية ، 1958 ، ص 309 .

(2) في هذا المعنى : مقال الدكتور : مصطفى كامل كيرة، حول تعديل قانون المرافعات ، منشور بمجلة دراسات قانونية بنغازى ، المجلد الأول 1971 ، ص 428 .

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 214
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

وتوفيقاً بين هذه الاعتبارات أفسحت التشريعات الإجرائية - بما فيها قانون المرافعات الليبي - الطريق أمام الخصوم بتغيير محل الخصومة عن طريق إبداء الطلبات العارضة في حدود معينة ، مشروطاً أن يكون هناك ارتباطاً وثيقاً بينها وبين الطلبات الأصلية ، فالإرتباط هو مناط قبول الطلب العارض وأداة الحفاظ على وحدة الخصومة .

والطلبات العارضة كثيرة ومتنوعة ، فهناك الطلبات المقابلة ، أو ما تعرف " بدعاوى المدعى عليه " وطلبات الإدخال التي تقدم من المدعي أو المدعى عليه ضد الغير ، وطلبات التدخل التي تعطي الحق لكل شخص في التدخل في الدعوى ضد جميع الخصوم أو بعضهم أو لتقوية مركز بعض الخصوم إن كانت له مصلحة في ذلك م 142 مرافعات ليبي .

يبقى نوع واحد من هذه الطلبات وهو الطلبات " الإضافية " - رغم عدم ملاءمة هذه التسمية في بعض الأحوال كما يرى جانب من الفقه⁽¹⁾ ، - وهي التي يغير فيها المدعى طلبه الأصلي في صحيفة الدعوى زيادة أو نقصاناً .

وإن كان البعض⁽²⁾ يرى أن الأدق من تسميتها " بالطلبات العارضة " و " الطلبات الإضافية " هو تسميتها بالدعاوى الفرعية للمدعى أو المدعى عليه ، أو للغير ، لأن إصطلاح الدعوى الفرعية فيه

مقابلة مع اصطلاح الدعوى الأصلية ، ويكون النزاع حينئذ متضمناً لدعويين ، كما أن القول بعبارة " الطلب العارض " أو " الطلب الإضافي " ، قد يؤدي إلى الخلط مع الطلبات التي تعرض في الدعوى ولا تكون عارضة .

(1) د/ أحمد مسلم : أصول المرافعات ، التنظيم القضائي والإجراءات والأ ، مكتبة النهضة العربية ، 1959 ، ص 537 .

(2) انظر : د/ محمد محمود إبراهيم : النظرية العامة للطلبات العارضة - الدعوى الفرعية في قانون المرافعات ، دار الفكر العربي ، ص 134

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 215
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

ولذلك سنصطلح على تسميتها ، كما سماها بعض الفقهاء ⁽¹⁾ " بالطلبات المكملة"، وفكرة التكملة ترجع إلى أن هذه الطلبات مكملة لطلبات سابقة عليها مطروحة أمام نفس المحكمة التي تقدم إليها المدعى بطلباته الأولى ، إما بالعدول عنها إلى طلبات غيرها ، وإما لتصحيحها ، وإما بإضافة سبب لها أو تغييره ، وكل ذلك إذا أذنت له المحكمة بتقديمها ولأسباب وجيهة كما سنرى .

- وسبب اختيارنا لبحث هذا النوع الأخير من الطلبات ، هو أن التشريع الإجرائي الليبي نهج نهجاً مختلفاً عن نظيره المصري ، حيث تشدد بشأن الطلبات العارضة الإضافية التي تقدم من المدعى عنها بالنسبة للطلبات الأخرى ، كاختصام الغير في الخصومة ، أو التدخل في هذه الخصومة ، وبما أن الطلبات العارضة - كما قدمنا - تتنازعها مجموعة من الاعتبارات ، وهي ثبات النزاع أمام المحكمة دون تعديل ، ومبدأ تركيز الخصومة من ناحية ، والتيسير على الخصوم من ناحية أخرى بتصنيفية المنازعات المرتبطة بالنزاع الأصلي ، والمتفرعة عنه معاً في خصومة واحدة بدلاً من تعدد الخصومات ؛ إلا أنه يلاحظ أن مشرعنا الليبي انحاز إلى الاعتبار المتعلق بضرورة ثبات النزاع ، سواء أكانت هذه الطلبات مقدمة عرضاً أمام المحكمة الابتدائية ، أو أمام المحكمة الجزئية ولم يجز تقديمها إلا بإذن من القاضي ولأسباب وجيهة .

وهو ما يفهم من نصوص المواد 114 ، 126 مرافعات ليبي - كما سنرى - ، وهذا بدوره أسهم في الغموض الذي يلف هذا النوع من الطلبات ، على عكس المشرع المصري الذي أجاز للمدعى أن يبدي أثناء نظر الدعوى طلبات إضافية ، بما يتفق مع ما أسفر عنه سير الدعوى ، وما آلت إليه العلاقة القانونية التي تستند إليها الدعوى ، بل وأورد المشرع المصري تطبيقات لها في المادة 124 من قانون

(1) د/ نبيل إسماعيل عمر : الإرتباط الإجرائي في قانون المرافعات وآثاره الإجرائية والموضوعية ، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى ، 1994 ص 200 ، 201 .

المرافعات المصري ، وهو ما أتت نصوص قانون المرافعات الليبي خلواً من هذه التطبيقات .

- ولهذا كان جل اهتمامنا في دراسة الطلبات الإضافية أن نكشف عن ماهيتها ، في دراسة تعد هي الخطوة الأولى في فقه القانون الإجرائي الليبي في دراسة هذا الموضوع - على ما نعلم - ، فعلى الرغم من أهمية هذه الطلبات ؛ إلا أن حظها من الدراسة كان ضئيلاً ، وخصوصاً إذا ما قورنت بما لقيته بقية الطلبات العارضة الأخرى من أبحاث مستفيضة ، فكثير من الشراح لا يتعرضون لها إلا لمجرد تمييزها عن بقية الطلبات ، أو عندما يضطرون لشرح نص من النصوص التي تتضمن تطبيقاً لها ، في الفقه الإجرائي المصري .

- ولم يكن في وسعنا لتحقيق ذلك إلا أن نعتمد أساساً على جهود القضاء، نظراً لانعدام البحوث والدراسات، سواء في الفقه الإجرائي المصري أو الليبي، واللذان يختلفان كلياً حول هذه الطلبات، بل نعتقد أن ما كتب في الفقه فيما يتعلق بالطلبات الإضافية لا يسمح بتكوين فكرة واضحة عنها .

وإن كان القضاء الليبي بدوره أخذ يردد عبارات الفقه - و في أحكام قليلة جداً - دون أن يوضح معناها وهو مازاد الأمر غموضاً، بل حتى تطرقنا إليه في هذه الوريقات المتواضعة لا يغنى ، وإنما هو نوع من طرق باب هذه الطلبات ، إذ يحتاج الأمر مزيداً من الدراسات والبحوث حولها .

- وربما كان من المنطق العلمي وباعتبار أننا اخترنا فكرة " مبدأ ثبات النزاع " أساساً انحاز إليه التشريع الإجرائي الليبي - حيث ترك قبول هذا النوع من الطلبات لتقدير المحكمة مقررراً قبول ما تأذن المحكمة بتقديمه ، إذ لا يجوز للمدعى تعديل طلباته بطلبات عارضة أثناء نظر الدعوى ، إلا لأسباب وجيهة تقرها المحكمة الابتدائية ، أو إذا رأى القاضي وفقاً لسلطته التقديرية تأجيل الدعوى لموعد قصير لتقديمها أمام المحكمة الجزئية - كان لابد من التطرق لهذا المبدأ والتعديلات التي طرأت عليه .

وعلى ضوء ما تقدم رأينا تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 217
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

المبحث الأول : مبدأ ثبات الطلب القضائي والارتباط كضابط لقبول الطلبات الطارئة

المطلب الأول : مبدأ ثبات النزاع والتعديلات التي طرأت عليه

المطلب الثاني : الارتباط كضابط لقبول الطلبات العارضة

المبحث الثاني : ماهية الطلبات المكملة وتأثير تقديمها على قيمة الدعوى

المطلب الأول : ماهية الطلبات الإضافية

المطلب الثاني : الطلبات المكملة وتأثيرها على قيمة الدعوى

المبحث الثالث : القاعدة التي تحكم الطلبات المكملة وحدود تعديل الطلب

الأصلي

المطلب الأول : القاعدة التي تحكم الطلبات المكملة

المطلب الثاني : حدود تعديل الطلب الأصلي

وأتبعنا ذلك بخاتمة تضم مجموعة من النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة.

المبحث الأول :

مبدأ ثبات الطلب القضائي والارتباط

كضابط لقبول الطلبات الطارئة

لم يكن من السهل في السابق قبول فكرة " تطور النزاع " ، فالمبدأ السائد آنذاك هو مبدأ ثبات الخصومة ، فلا يجوز تعديل نطاقها الشخصي أو الموضوعي ، فنطاقها وعناصرها تبقى كما حددها المدعى في صحيفة افتتاح الدعوى .

إلا أن هذا المبدأ لحقته بعض المرونة ، فأصبح من الممكن تعديل عناصر النزاع وفقاً لضوابط ومعايير معينة أهمها الارتباط ، و في هذا المبحث نحاول إلقاء الضوء على مبدأ ثبات النزاع ، والتعديلات التي طرأت عليه ، كما نحاول إجملاء الغموض عن فكرة الارتباط كضابط لقبول الطلبات العارضة ، وعلى ذلك سنتناول هذا المبحث في مطلبين .

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 218
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبى

المطلب الأول : مبدأ ثبات النزاع والتعديلات التي طرأت عليه
المطلب الثانى : الارتباط كضابط لقبول الطلبات العارضة

المطلب الأول :

مبدأ ثبات النزاع والتعديلات التي طرأت عليه

أولاً : مبدأ ثبات النزاع : يعد مبدأ " ثبات النزاع " du ` immutabilite ` litige ، بالصورة التي بدأ بها المدعى دعواه ⁽¹⁾ ، من المبادئ التقليدية المستقرة منذ عهد القانون الرومانى ، وبحيث يحظر إجراء أى تعديل لاحق في عناصر هذا الطلب موضوعه - وسببه - وأطرافه بالصفة التي يتقاضون بها ⁽²⁾ .
فلا يجوز للقاضى أو الخصوم تعديل نطاق الخصومة عن طريق إضافة طلبات جديدة وذلك بعد تحديد عناصر المطالبة القضائية ، ويرجع أساس هذا المبدأ إلى اعتبار الخصومة بمثابة عقد يتفق فيه الطرفان على نطاق النزاع الذى يعرض على القاضى ، وهذا التحديد المتفق عليه يلزم كلاً من القاضى والخصوم ⁽³⁾ .

أما في القانون الفرنسى فلم يكن هذا المبدأ معروفاً حتى عام 1539 ، والسبب في ذلك هو أن القانون الفرنسى القديم لم يكن يعرف تحديد عناصر النزاع في العريضة المقدمة و التي كانت تحتوى فقط على مجرد تكليف بالحضور خال من تحديد عناصر النزاع ؛ إلا أنه بعد ذلك صدر أمر يقضى بأن تكون الصحيفة

(1) د/ أحمد مليحى : اختصام الغير وإدخال ضامن في الخصومة المدنية ، مكتبة دار الفكر العربى ، القاهرة ، ص 3

(2) د/ أحمد ماهر زغلول : دعوى الضمان الفرعية ، ط 2 ، 1989 ، ص 112 .

(3) صلاح أحمد عبد الصادق : نظرية الخصم العارض في قانون المرافعات ، رسالة عين شمس ، 1986 ، ص 3

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 219
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبى

المقدمة عند تحريرها مشتملة على موضوع الطلب وأوجه الدفاع فيه ، وكل مايقدم بعد ذلك من طلبات يعد غير مقبول (1) .

كما أن هذا المبدأ يلتقى - كما يرى البعض (2) - مع مبدأ آخر، وهو مبدأ سيادة الخصوم *le princip dispositif*، ويبرر ذلك بأنه " إذا كان أطراف الخصومة أحراراً في تشكيل طلباتهم ، فإنه وفقاً لمبدأ ثبات الطلب يتوجب عليهم الاحتفاظ بكافة ما قدموه من عناصر ادعاءاتهم حتى النهاية " ، فالخصومة أمر خاص بأطرافها ، ويتفرع عن هذا أن مبادرة تحريك الدعوى هي مكنة قاصرة على الأفراد، وتوجيهها هو أمر يتعلق بالدرجة الأولى بهم ، وهم وحدهم الذين يحددون نطاق ومسار الخصومة من حيث أشخاصها وموضوعها (3) .

ومن ثم فهو مبدأ يعترض طريق الطلبات العارضة على وجه العموم ، فمتى بدأ المدعى الخصومة فإن نطاقها وعناصرها تبقى كما حددها المدعى في صحيفة افتتاح الخصومة ، فلا يجوز تعديل نطاقها بتقديم طلبات جديدة سواء أمام محكمة أول درجة أو في محكمة الاستئناف ، أو تعديل محل الطلب الأصلي ، أو تغيير السبب الذى قدمه المدعى لتبرير محل ادعاءاته ، إذ ينبغى ثبات كل هذه العناصر كما وردت في الطلب الأصلي حتى صدور الحكم ، ويظل المدعى أسيراً لتحديده لا يجوز له أن يغيره أثناء سير الخصومة (4) .

(1) د / نبيل إسماعيل عمر : الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية ، دارالجامعة الجديدة للنشر ، 2000 ، ص 700 .

(2) د/ نبيل ، الوسيط ، المؤلف آنف الذكر ص 701 ، و في معرض حديثه عن مبدأ سيادة الخصوم يقول : " ومظاهر هذه السيادة متعددة ، فالقاضى لا يستطيع أن يخص نفسه بنظر نزاع ما بعمل صادر منه ، بل لا بد من عمل صادر من الأطراف أنفسهم يودى إلى انعقاد هذه الخصومة ، وأيضاً فإن استمرار سير هذه الخصومة راجع إلى أعمال إجرائية لا بد من اتخاذها بواسطة الخصوم حتى تولد الآثار التي يرتبها القانون على اتخاذها، وللخصوم أيضاً بأدوات فنية متعددة مكنة وضع نهاية للخصومة " . أ . هـ ، نفس المرجع ص 407 .

(3) انظر : د/ أحمد ماهر زغلول ، دعوى الضمان ، المؤلف المشار إليه آنفاً ، ص 91 ، وما بعدها .

(4) د/ أحمد هندى : سلطة المحكمة والخصومة في اختصام الغير ، ص 12 .

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 220 أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبسي

وقيل في تبرير هذا المبدأ " أنه يهدف إلى ضرورة احترام حقوق الدفاع ، الذي يقتضى عدم مفاجأة الخصوم بطلبات جديدة ، أو بخصوم جدد ، بعد أن يكونوا قد استعدوا للدفاع في حدود ونطاق الطلب الأصلي وحده " ⁽¹⁾ ، ولذلك يجب ثبات عناصر النزاع كما قدمها المدعى لمنح المدعى عليه مهلة أو وقتاً لترتيب دفاعه .

وقد انتقد جانب من الفقه ⁽²⁾ ، تبرير مبدأ ثبات النزاع باحترام حرية الدفاع ، ذلك أن منح المدعى عليه مهلة كافية يمكن ترتيبها من خلال تنظيم الإجراءات ، ولا ينبغي للمدعى عليه أن يعد دفاعه في حدود الطلب فحسب ، وإنما في نطاق ما يرتبط به من طلبات .

إضافة إلى أن أي تطور لعناصر المنازعة ، لا يعنى بالضرورة تناقضاً مع احترام حق الدفاع ، كما أن الثبات المطلق للمنازعة يضر بالمدعى عليه ، لأنه يحرمه من تعديل أو تغيير ما سبق أن استند إليه من الأسباب ، ولذلك فليس هناك ما يمنع من تطور عناصر النزاع طالما يحاط الخصم الآخر علماً بها ويمنح مهلة كافية لتحضير دفاعه احتراماً لمبدأ المواجهة ⁽³⁾ .

ثانياً: التعديلات التي طرأت على المبدأ :

مبدأ ثبات الطلب القضائي ، لم يكن من شأنه الصمود أمام تطور الحياة الإقتصادية وتشابك العلاقات القانونية ، مما يعنى أنه إذا طرح نزاع أمام القضاء ، فإن الاقتصاد في الخصومة وحسن سير العدالة يقتضيان حسم النزاع بكافة جوانبه ،

(1) الأنصاري حسن النيداني : مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات المصري والفرنسي ، رسالة القاهرة، 1996 ص 1 ، 2 .

(2) د/ السيد عبد العال تمام : تأثير ارتباط الدعاوى على وحدة الخصومة ، رسالة القاهرة 1991 ، ص 85 .

(3) د/ عزمى عبد الفتاح : أساس الإدعاء أمام القضاء المدني ، الطبعة الأولى ، 1987 ، ص 132 ، ويفرق بين مبدأ ثبات النزاع ، ومبدأ ثبات الخصومة حيث يقول : " ويختلف مبدأ ثبات النزاع عن مبدأ ثبات الخصومة الذي يستهدف ضمان أكبر قدر من الأمان للمتقاضى أثناء الخصومة وذلك بالحد من تقديم بعض الدفع ذات الطابع الشكلى المحض ، وتقرير سقوطها بالكلام في الموضوع " ، ص 131 .

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 221
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

فبرزت فكرة أخرى وهي فكرة " تطور النزاع " ، لتخفف من غلواء المبدأ التقليدي لثبات النزاع ، توفيقاً من تضييع وقت القضاء وجهده ، وتلافياً لتعارض الأحكام واستحالة تنفيذها ، ولذلك سمحت أغلب التشريعات الإجرائية للمتقاضين لتعديل نطاق الخصومة الذي بدأت به ، وذلك بالسماح لهم بتقديم طلبات جديدة تتناول الطلب الأصلي بالتعديل والإضافة ، سواء تعلق بعنصر الأشخاص أو الموضوع أو السبب (1) .

فقد أجاز قانون المرافعات الليبي للمدعى تقديم طلبات جديدة يعدل بها طلبه الأصلي أو يغيره أو يضيف إليه ، والسماح بتقديم هذه الطلبات قد يؤدي إلى بيان النزاع على حقيقته مما يسمح للقاضي بإصدار حكم يتفق مع اعتبارات العدالة (2) . لأن هذا الثبات والجمود في نظرية الطلبات القضائية أدى إلى تطويل الإجراءات ، وزيادة النفقات وعدم حصول الأفراد على حقوقهم إلا بعد وقت طويل (3) .

وإن كان مشرعنا ، لم يكتف في هذا النوع من الطلبات بالإرتباط بينها وبين الطلب الأصلي وإنما ترك تقدير قبولها للمحكمة المعروض عليها النزاع - كما سنرى - ، كما سمح للمدعى عليه بتقديم طلبات جديدة رداً على الطلب الأصلي للمدعى ، وهو ما يعرف بالطلبات المقابلة أو " دعاوى المدعى عليه " م 74 مرافعات ليبي . ولذلك لم يعد من الممتنع على الخصوم التعديل في الطلب الأصلي ، بل أصبح من سلطتهم - وفقاً لبعض التشريعات - تعديله في أى عنصر من عناصره عن طريق الطلبات العارضة (4) ، خلافاً لما عليه المشرع الليبي الذي لا يجيز تقديم

(1) د/ الأنصاري حسن النيداني : الرسالة المشار إليها آنفاً ، ص 2 .

(2) د/ صلاح أحمد عبد الصادق ، الرسالة المشار إليها آنفاً ، ص 4 .

(3) د/ نبيل إسماعيل عمر : الإرتباط الإجرائي في قانون المرافعات وآثاره الإجرائية والموضوعية ، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى ، 1994 ص 200 ، 201 .

(4) د/ أحمد هندی : المؤلف المشار إليه ، ص 12 .

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 222
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

الطلبات " المكملة " أو الإضافية إلا بإذن من المحكمة ولأسباب وجيهة مواد 114 ،
126 مرافعات .

و في ضوء هذا التصور التوفيقى ، فإن مبدأ " ثبات المنازعة " (1) يكون هو
الأصل أو القاعدة العامة ، واستثناء على هذا الأصل تقبل الطلبات الجديدة ، مع
ضرورة وضع ضابط يحول دون أن تؤدي هذه الطلبات إلى تعقيد الدعوى الأصلية،
أو التأخير فيها ، ويتمثل هذا الضابط في فكرة الارتباط بينها وبين الطلب الأصلي
المفتتح للخصومة .

وبخصوص الطلبات " المكملة " أو الإضافية التي تعطى للمدعى فرصة تصحيح
طلباته بما يتفق مع مستنداته ووسائل إثباتها وتعديلها بما يتفق مع ما أسفر عنه
التحقيق في الدعوى ، أو ما آلت إليه العلاقة القانونية التي تستند إليها الدعوى ، فلا
يكفي لتقديمها من حيث المبدأ - ووفقاً لقانون المرافعات الليبي - ارتباطها
بالطلب الأصلي ، وإنما يتطلب ذلك الحصول على إذن المحكمة التي لها أن تبسط
رقابتها عليها ، بل وجعل ذلك أمراً جوازياً للمحكمة الابتدائية ولأسباب وجيهة .
وهذا يدعونا لدراسة الإرتباط كضابط لقبول الطلبات العارضة ، في المطلب الثانى
لنرجى الحديث عن القاعدة التي تحكم الطلبات " المكملة " في قانون المرافعات
الليبي في مبحث آخر .

(1) لتفصيل أكثر حول مبدأ ثبات النزاع ، انظر:

: Azard : I, immutabilite, de la demande en droit judiciaire francais,
these ,paris1936 . -

-: Etudes de proce,dure, BordeauX, 1956 ,NO 36 et S.P 216 et S .
VIZIOZ (HENRE)-

-Normand : Le Juge et le litige, these,paris 1965, no 92 et S.P 87 et S -

المطلب الثاني :

الارتباط كضابط لقبول الطلبات العارضة

أتت كما عرفنا فكرة " تطور النزاع " ، للتخفيف من حدة وصلابة المبدأ التقليدي ثبات النزاع ؛ حيث أدرك الفكر الإجرائي مخاطر جمود النزاع وما ينتج عنه من مساوئ تؤذي العدالة أحياناً فأعرضت التشريعات الإجرائية - بما فيها القانون الليبي - عن هذا المفهوم الجامد والمطلق لثبات النزاع، واعتنقت المفهوم المرن والنسبي له والذي يبيح تعديل نطاق النزاع ، ويبسط يد الخصوم والقاضي أحياناً نحو المساس بإطار النزاع ، ولكن دون إسراف أو شطط⁽¹⁾ .

فأتت - كما ذكرنا - فكرة تطور النزاع للتخفيف من حدة المبدأ الذي نحن بصده ؛ إلا أن مسايرة هذه الفكرة حتى نهايتها والسماح بتقديم طلبات جديدة دون ضابط يؤدي إلى تعقيدها وتشعبها ، كما يؤدي إلى أن تصبح الخصومة كما يقال " صراعاً مائعاً يطول أجله ولا يسهل فضه " ⁽²⁾ ، إضافة إلى أن السماح بتعدد الطلبات وتوالدها من بعضها البعض دون ضوابط ، يؤدي إلى تشويه المنازعة الأصلية وإخفاء معالمها⁽³⁾ .

وإذا كانت القاعدة والأصل - كما عرفنا - ، هي ثبات المنازعة ، فإنه يجوز قبول الطلبات الطارئة استثناء على هذا الأصل مع ضرورة وضع مجموعة من الضوابط تحول دون أن تؤدي هذه الطلبات إلى تعقيد الدعوى الأصلية وتأخير الفصل فيها ، وتمثل فكرة الارتباط *coonexite* الضمانة الأساسية لذلك ، بل وعدها البعض الضابط الرئيسي الذي يحكم فكرة قبول الطلبات العارضة⁽⁴⁾ .

(1) د/ أحمد مليحي : المؤلف آنف الذكر ، ص 450 .

(2) د/ الأنصاري النيداني : الرسالة المشار إليها آنفا ، ص 3

(3) أستاذنا الدكتور الفقيه أحمد بوزقية : قانون المرافعات ، ج 1 ، الطبعة الأولى 2003 ، منشورات جامعة قاريونس ، ص 129 .

(4) د/ أحمد ماهر زغلول : المؤلف المشار إليه آنفا ، ص 117 وما بعدها .

إذ لما كان عرض الطلبات على المحكمة قد يؤدي إلى الاضرار بحسن سير العدالة وتعطيل الفصل في الدعوى ، فقد اشترط القانون لقبولها أن تكون مرتبطة بالطلب الأصلي ، وهو ما قضت به المحكمة العليا الليبية أيضاً ، إذ قالت " يشترط لقبول الطلبات العارضة أن تكون هناك صلة بينها وبين الطلبات الأصلية " (1) ، أو "متصلة بالدعوى الأصلية " (2) ، وذلك حرصاً على تثبيت حدود الخصومة خشية تشعبها ، مما قد يضار به حسن سير العدالة ، ولذلك تشدد قضاء محكمتنا العليا في تحديد درجة الارتباط اللازمة لقبول الطلبات العارضة حيث اشترط وجود ارتباط وثيق أو صلة بين الطلب الطارئ والدعوى الأصلية .

والتصدى لوضع تعريف للارتباط مسألة في غاية الصعوبة والأهمية ، نظراً لما يترتب على التعريف من نتائج وما ينعكس عليه من آثار .

ويزداد الأمر صعوبة عندما تتنوع التعريفات وتعدد الاتجاهات حول ما يراد تعريفه ، وباستقراء معظم تعريفات الارتباط ، نجد أنها لا تخرج عن اتجاهين الأول (غائى أو نفعى) يعرف الارتباط بالنظر إلى الفائدة من وراء تجميع الدعاوى المرتبطة أمام محكمة واحدة ، وهو الاتجاه الذى يتبناه الفقه والقضاء في مصر وفرنسا ، أما الاتجاه الثانى والذى يأخذ به القضاء الإيطالى (3) ، فهو لا يكتفى بالنظر إلى الفائدة التي يحققها الارتباط ، وإنما يعول على تحليل الدعاوى المرتبطة للوقوف على العناصر المشتركة بينها للقول بوجود ارتباط أو انتفائه (4) ، وهي الدعاوى التي تشترك مع الطلب الأصلي في عنصر من عناصره ، كالإشتراك في السبب أو الخصوم أو الموضوع .

(1) طعن مدنى ليبي : رقم 101 ، لسنة 36 ق ، جلسة 23 / 12 / 1991 ، المكتب الفنى ، ج 3 ، ص 57 .

(2) طعن مدنى ليبي : رقم 67 ، لسنة 27 ق ، جلسة 26 / 3 / 1984 ، المكتب الفنى ، ج 4 ، ص 41 .

(3) انظر : أستاذنا الفقيه الدكتور أحمد بوزقية : المؤلف آنف الذكر ، ص 138 .

(4) لتفصيل أكثر حول أنواع الارتباط ودرجاته ، انظر : د/ السيد عبد العال تمام : تأثير ارتباط الدعاوى على وحدة الخصومة ، رسالة القاهرة 1991 ، ص 35 وما بعدها .

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 225
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

وهذا الاتجاه - " التحليلي " الذي يقوم على استنتاج الارتباط من تحليل عناصر الدعويين - تعكسه نصوص قانون المرافعات الليبي ، كما يرى جانب من الفقه⁽¹⁾ ، فالمادة 74 مرافعات تشترط لقبول الطلبات المقابلة ارتباط في السند ، والمادة 1/71 مرافعات ، تشترط لرفع الدعوى الموجهة ضد عدة أشخاص أمام محكمة موطن أحدهم ، لوجود ارتباط بين هذه الدعاوى من حيث الموضوع ، أو السند ، وكذلك الحال في الإدخال بأمر المحكمة م 144 مرافعات .

وبذلك يمكن تعريف الارتباط بأنه : صلة وثيقة بين دعويين تجعل من المناسب ومن حسن سير العدالة جمعهما أمام محكمة واحدة لتحقيقهما والحكم فيهما معاً منعاً من صدور أحكام لا توافق بينها⁽²⁾ ، أو يصعب التوفيق بينها إذا حكم في كل دعوى على حدة⁽³⁾ ، دون اشتراط وحدة السبب أو الموضوع أو الأشخاص ، بل يكفي أن يكون الحكم في أحد الدعويين من شأنه التأثير على الحكم الصادر في الدعوى الأخرى .

وقد ميز البعض⁽⁴⁾ بين الارتباط ، ومجرد الصلة الكافية أو وحدة المسألة المثارة ، فذهبوا إلى أن الصلة الكافية تعتبر فكرة قابلة للامتداد بعمق أكثر من رابطة الارتباط التي تتطلب تبعية بين الطلب الأصلي والطلب العارض ، ففكرة الصلة الكافية فكرة واسعة المقصود منها توسيع مفهوم الارتباط بحيث تسمح بتوسيع نطاق الخصومة من حيث الأطراف ، والموضوع بصورة أكبر مما تسمح به فكرة الارتباط .

(1) أستاذنا الفقيه الدكتور أحمد بوزقية : المؤلف آنف الذكر ، ص 138 .

(2) د/ أحمد أبو الوفا : نظرية الدفع في قانون المرافعات ، ط 1 ، دار المعارف ، 1954 م ، ص 97 ، 98 ، وانظر أيضاً : محمد كمال عبدالعزيز : تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه ، الطبعة الثانية ، مكتبة وهبة ، 1978 ، ص 261 ، عز الدين الديناصوري وحامد عكاز التعليق على قانون المرافعات ، الطبعة الثانية ، 1982 ، ص 302 ، وانظر أيضاً : د/ حمود محمد هاشم : قانون القضاء المدني ، الجزء الأول ، 1981 ، ص 377 .

(3) Garsonnet – cours de proce,dure civile –paris 1882 –No 490 – p 674

(4) د/ صلاح أحمد عبد الصادق : الرسالة المشار إليها آنفا ، 187 ، 188 .

فالارتباط أو الصلة بهذا المعنى ، من شأنهما أن يجعللا الخروج على مبدأ ثبات النزاع - وهو المبدأ الذي يناهض الطلبات الطارئة - في أضيق الحدود ، كما أنه يتلاءم وفكرة تصفية النزاع ذى الأوجه المتعددة ضمن محاكمة واحدة منعاً لتضارب الأحكام ، واقتصاداً في الوقت المعد له (1) .

وهذه الصلة الموضوعية أفرزت صلة إجرائية أخرى سمحت بقبول طلب جديد لأول مرة أمام محكمة الدرجة الأولى دون أن يرفع بطريق الدعوى الأصلية ، فأدى ذلك إلى ذوبان خصومة الطلب العارض في خصومة الطلب الأصلي ، والتزام القاضي بالفصل فيهما بحكم واحد (2) ، إذا كانا يدخلان في اختصاص تلك المحكمة .

وبالتالى فإن الطلبات العارضة أياً كان نوعها وإياً كان مقدمها ، ومن زاوية شروط قبولها فقط فإنه يشترط لقبولها في خصومة الطلب الأصلي أن يوجد ارتباط بينهما ، وهذا الارتباط قائم حتى قبل التقدم بالطلب العارض إلى محكمة الطلب الأصلي ، وكل ما تقوم به المحكمة التي يقدم إليها هذا الطلب هو بحث مسألة قيام ووجود هذا الارتباط لحظة التقدم بالطلب الطارئ لقبوله في خصومة الطلب الأصلي ، فإذا توافرت شروط قبوله المبنية على توافر الإرتباط حكمت المحكمة بقبول الطلب العارض (3) .

فعملية تقدير توافر الإرتباط ، تعتبر من الأمور الموضوعية التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع دون أن تخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا (4) ، ذلك لأن عدم تعريف قانون المرافعات الليبي للارتباط ، يعكس رغبة المشرع في إطلاق

(1) د/ نبيل إسماعيل عمر : قانون أصول المحاكمات المدنية ، الدار الجامعية ، الطبعة الأولى ، 1996 ، ص 292 .

(2) د/ نبيل اسماعيل عمر : الارتباط الإجرائي، المؤلف آنف الذكر ، ص 51 .

(3) نفس المرجع ، ص 68 .

(4) أستاذنا الدكتور الكونى اعبودة : قانون علم القضاء ، ج 1 ، الطبعة الأولى ، جامعة ناصر 1991 ، ص 421 .

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 227
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

سلطة محكمة الموضوع في تقدير الارتباط بحسب ظروف كل دعوى على حدة،
فلها أن تقرر قبول الطلبات العارضة متى وجدت بين هذا الطلب والدعوى الأصلية
علاقة ارتباط ، أو صلة تكفي لقبول هذه الطلبات ، أو تقضى بعدم قبولها إذا انتفت
هذه الصلة، ولا يخضع تقديرها لرقابة المحكمة العليا ، طالما جاء حكمها مستنداً
إلى أسباب سائغة تكفي لحمله .

المبحث الثاني:

ماهية الطلبات المكملة وتأثير تقديمها

على قيمة الدعوى

نظرية الطلبات العارضة صممت كمحاولة من الفقه لإضعاف قاعدة ثبات
الخصومة التي كانت تلزم القاضي والخصوم بالبقاء على الطلبات الواردة في طلبهم
الأصلي دون زيادة أو نقصان أو قبول لأي عنصر من العناصر الجديدة⁽¹⁾ ، و في
هذا المبحث نحاول أن نتعرف على ماهية الطلبات الإضافية أو المكملة والمقدمة
من المدعى ، وتأثير تقديم هذه الطلبات على قيمة الدعوى وهو ما سنتناوله في
مطلبين على التوالي.

المطلب الأول :

ماهية الطلبات الإضافية " المكملة "

يستخدم الطلب بمعنى واسع للتعبير عن رغبة أحد الخصوم - أياً كان مركزه
الإجرائي مدعياً أو مدعى عليه أو مَدْخلاً في الدعوى أو مَدْخلاً فيها - في إصدار
حكم لصالحه ، ويشمل ذلك جميع أنواع الطلبات " إجرائية " كانت كطلب
التأجيل والاثبات ، وطلب الحكم بوقف الخصومة وسقوطها ، أو " موضوعية " ،
وهي جميع الطلبات الأصلية والفرعية والتبعية والعارضة و التي نحن بصدد

(1) د/ نبيل اسماعيل عمر : الارتباط المؤلف آنف الذكر ، ص 200 .

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 228 أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

الحديث عن نوع منها ، وهو الطلبات الإضافية المقدمة من المدعى أثناء نظر الدعوى الأصلية .

فالمدعى الذى تقدم بطلبه القضائى الذى احتوى على الإدعاء الصادر منه قد يطرأ له طارئ يقتضى منه إدخال بعض التعديلات أو الإضافات إلى طلبه الأصلي ، فيتم ذلك عن طريق الطلب الطارئ الذى يسمى في هذه الحالة بالطلب الإضافي⁽¹⁾ .

ولا يجب كما يرى جانب من الفقه⁽²⁾ أن يفهم من وصف الإضافي أن هذه الطلبات تتضمن إضافة بمعنى زيادة ، ذلك لأن هدف المدعى قد يكون الإنقاص أو تغيير السبب الذى يستند إليه ، ولذلك عرفه المشرع الفرنسى بأنه الطلب الذى بموجبه يعدل المدعى طلباته السابقة⁽³⁾ .

ذلك لأن المدعى قد يتقدم بطلب يتضمن تعديلاً في الطلب الأصلي زيادة أو نقصاناً أثناء سير الخصومة ، فيسمى هذا الطلب بالطلب العارض ، وهو قد يكون طلباً إضافياً أو تنازلياً ، ويكون الطلب تنازلياً عندما يكون من شأنه إنقاص الطلب الأصلي الذى قدم عند رفع الدعوى مما يعد تنازلاً عن جزء من حقه الموضوعى الذى يطالب به في الطلب الأصلي⁽⁴⁾ .

إذ يجوز للمدعى أن يعدل موضوع الدعوى من حيث مقداره فينزل به إلى طلب أقل ، فمن طلب مبلغاً معيناً باعتباره ديناً أقرضه للمدعى عليه يجوز له أن يعدل طلبه إما بزيادة هذا المبلغ أو إنقاصه، ما دامت عناصر الطلبين متداخلة ، ومادام الطلبان يستندان إلى نفس السبب بين نفس الخصوم⁽⁵⁾ .

(1) د/ نبيل إسماعيل عمر : أصول المحاكمات المؤلف آف الذكر ، ص 294 .

(2) أستاذنا الدكتور الكونى اعبودة : المؤلف آف الذكر، ج 1 ص 415 .

(3) نفس المرجع ، ونفس الصفحة .

(4) د/ سيد أحمد محمود : التقاضى بقضية وبدون قضية في المواد المدنية والتجارية ، عين شمس ، ص 321 وما بعدها .

(5) د/ رمزى سيف : الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ط 1 ، 1957 ، مكتبة النهضة المصرية ، ص

ويكون ذلك عن طريق طلب عارض جديد معدل للطلب السابق عليه ، بشرط أن تأذن المحكمة بتقديمه ، إذ لايسمح بتقديم الطلب المكمل للطلب الأصلي وفقاً لقانوننا الإجرائي إلا بإذن من القاضي المعروض عليه النزاع ، سواء أكانت الدعوى منظورة أمام المحكمة الجزئية أو الابتدائية ، كما سنرى من خلال ثنايا هذا البحث . ومن تطبيقاتها الطلبات " الملحقة " ، وهي الطلبات المترتبة على الطلب الأصلي ، إذ تعد هي الأخرى من قبيل هذه الطلبات ⁽¹⁾ ، فهي طلبات موضوعها ملحقات وتوابع تبدى تبعاً لطلب أساسى في الدعوى ، وإن كانت مستقلة عنه وليس من مقتضياته ⁽²⁾ .

والملاحقات هي الحقوق المترتبة على الحق المدعى به في الطلب الأصلي ، بحيث لا يتصور وجودها بدون وجود هذا الحق ، وذلك مثل طلب ملكية العين يمكن أن يكون من ملحقاته طلب التعويض عما ألحقه الغاصب من ضرر بها ، أو طلب الربيع أو الثمار ، كذلك فإن طلب الدين من ملحقاته الفوائد ⁽³⁾ ، ولا يوجد ما يمنع من إضافة هذه الملحقات ، وهي عنصر من عناصر الطلب المرفوعة به الدعوى ، ومتى استحقت قبل رفع الدعوى ، فقد تألف منها جميعاً المطلوب المدعى الذى بينه في صحيفة دعواه وطلب الحكم به ، ولذلك فهي تدخل في تقدير قيمة الدعوى إذا كانت مقدرة القيمة ومستحقة وقت رفع الدعوى ، أما ما يستحق منها بعد رفع الدعوى ، فلا يمكن تقديرها ولو تحددت قيمتها ، فلا تدخل في التقدير ، لأنه لايمكن إضافة قيمتها إلى الطلب الأصلي ، لاستبقاء

(1) د/ وجدى راغب : مبادئ ، المؤلف آنف الذكر ، ص 406 ، وانظر د/ رمزى سيف : الوجيز ، ص 286 ، حيث يقول " ما يكون مكمل للطلب الأصلي أو مترتباً عليه أو متصلاً به صلة لا تقبل التجزئة .. ومثل هذه الطلبات العارضة أيضاً المطالبة بتوابع الطلب الأصلي كالفوائد والربيع والتسليم والإزالة ، ويعتبر في حكم التوابع مما يجوز طلبه في صورة طلب عارض كل طلب تربطه بالطلب الأصلي صلة لا تقبل الانفصال . "

(2) د/ أمينة النمر : الوسيط في قوانين المرافعات المصرية ، الكتاب الأول ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، 1982 ، ص

(3) د/ وجدى راغب : مبادئ ، المؤلف آنف الذكر ، ص 246 .

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 230
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

اختصاص المحكمة المرفوع إليها النزاع⁽¹⁾ ، إذا كانت الدعوى مرفوعة أمام المحكمة الجزئية ، وتجاوز ذلك اختصاصها القيمي .

ولما كان للخصوم وفقاً لرأى نقدره⁽²⁾ أن يعدلوا في طلباتهم إلى ما قبل قفل باب المرافعة في الدعوى ، فإن تقدير قيمة الدعوى ينبغي أن يكون وفقاً لقيمة الطلبات الختامية فيها، التي تعبر عن الرغبات الأخيرة للخصوم ، و التي يتحدد نطاق الخصومة وفقاً لها م 310 مرافعات ليبي ، و " لأن الطلب الختامي هو الذي يعبر عن القيمة الحقيقية لدعوى المدعى "⁽³⁾ .

وإذا كان التشريع الإجرائي الليبي ، يحدد هذه الملحقات في المادة 27 مرافعات ، بأنها الفوائد والتضمينات أو التعويضات والمصاريف ، فإن هذا التحديد على سبيل المثال وليس الحصر وهو ما يفهم من العبارة الواردة في ختامها " ... وغيرها من الملحقات غير المقدرة القيمة .. " .

فالطلب الملحق هو طلب يبدى على سبيل التتبع ، بمناسبة طلب آخر أبدى أمام المحكمة ، غير أن تبعية الطلب الملحق للطلب الأساسي في المصير والوجود ، لا تعنى أن الطلب الأساسي ليس له كيان مستقل عنه ، كما أنها لا تعنى أن الحكم الصادر في الطلب الملحق يتحدد في القضاء الصادر فيه مع الحكم الصادر في الطلب الأساسي ، وإنما قد يصدر الحكم فيهما مختلفاً ، فقد تقضى المحكمة لمصلحة البائع بثمن الشيء المبيع وترفض طلبه بالنسبة للمصاريف⁽⁴⁾ ، كما قد ترفع به دعوى مستقلة قائمة بذاتها بعد انتهاء الفصل في الطلب الأصلي⁽⁵⁾ ،

(1) في هذا المعنى انظر : د/ أحمد أبو الوفا : المرافعات المدنية والتجارية، ص 363 .

(2) في هذا المعنى : استاذنا الفقيه الدكتور أحمد بوزقية ، المؤلف آف الذكر ، ص 122 .

(3) د/ فتحى والى : الوسيط ، المؤلف آف الذكر ، ص 228 .

(4) د/ أمينة النمر : المؤلف آف الذكر ، ص 409 .

(5) في هذا المعنى أيضاً : استاذنا الفقيه الدكتور أحمد بوزقية ، المؤلف آف الذكر ، ص 139 وسماها في

حديثه عنها " بالطلبات التابعة " .

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 231
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

فالبائع في مثالنا السابق قد يطالب بمصاريف الشيء المبيع وحراسته ونقله وأجرة تخزينه بعد الحكم له بضمن الشيء المبيع .

كما تختلف الطلبات المكملة للطلبات الأصلية عن " الطلبات المندمجة " في الطلب الأصلي ويكون ذلك إذا كان الحكم في الطلب الأصلي يكون في ذات الوقت حاسماً فيه ، ولم يكن قد ثار نزاع خاص حوله ، مثاله طلب شطب الرهن (مندمج) مع طلب براءة الذمة من الدين كطلب أصلي⁽¹⁾ ، ودعوى تثبيت الملكية (طلب أصلي) وطلب تقسيم العقار كطلب مندمج⁽²⁾ .

وبالتالي فإن الطلبات المكملة أو الإضافية يمكن تعريفها بأنها : تلك الطلبات التي يبديها المدعى في مواجهة المدعى عليه - إذا أذنت له المحكمة بتقديمها - ، ويكون من شأنها تعديل نطاق الخصومة من حيث الموضوع .

(1) إما بالعدول عن الطلب إلى غيره ، كما لو طالب المدعى بتنفيذ العقد ، ثم عدل عنه أثناء نظر الدعوى إلى المطالبة بفسخ العقد ، أو طالب بوقف الأعمال الجديدة توقياً للتعرض الذي وقع له في حيازته ، ثم عدل عنها إلى المطالبة بمنع التعرض بعد أن تم التعرض بالفعل لحيازته ، كما لو تم البناء بالفعل على أرض الحائز بعد أن كان الأمر مجرد شروع في أعمال تهدد حيازته .

(2) وإما بإضافة سبب جديد لدعواه ، إذ ليس هناك ما يمنع قانوناً كما قالت المحكمة العليا في أحد أحكامها ، من أن " يتمسك المدعى بإثبات الملكية بأكثر من سبب ، بحيث إذا تخلف أحدها قام الآخر"⁽³⁾ .

(3) أوبتغييره ، كما لو تخلى عن السبب الذي تمسك به لثبوت ملكيته لعقار من العقارات من الميراث إلى عقد شراء ، وهو أمر جائز ومباح في الاستئناف ، فكيف بمحاكم الدرجة الأولى التي يستطيع المدعى أن يبدي ما يشاء أمامها من الطلبات .

(1) د/ وجدى راغب : مبادئ المؤلف آف الذكر ، ص 248 .

(2) د/ أحمد أبو الوفا : الوسيط ، المؤلف آف الذكر ، ص 228 .

(3) طعن مدنى لىبى : رقم 35 لسنة 17 ق ، جلسة 9 / 3 / 1971 ، المكتب الفنى ، ص 90 .

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 232
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا الليبية بأن " من أقام دعواه على سبب معين أمام محكمة أول درجة ، وخسر الدعوى يجوز له أن يستأنف الحكم ويطلب من محكمة الاستئناف نفس الطلب الذي فصلت فيه محكمة أول درجة بناء على سبب جديد مستقل عن السبب الذي استند إليه أمام محكمة الدرجة الأولى أو مضافاً إليه كمن يرفع دعوى ملكية عقار استناداً إلى عقد شراء أو هبة فله أن يطلب نفس الطلب من محكمة الاستئناف استناداً إلى وصية مثلاً " (1) .

كما قضت أيضاً في حكم آخر لها بأنه " إذا كان طلب الخصوم قد اقتصر على الحكم ببطالان عقد البيع فإن لازم ذلك أن تنقيد المحكمة في قضائها بهذا الطلب وحده ، وما ارتكز عليه من سبب قانوني طالما لم يطرأ عليهما تغيير أو تعديل من الطاعن أثناء سير الخصومة ، و في الحدود التي يقرها قانون المرافعات " (2) .
إلا أنه وإن كان من الجائز للمدعى تعديل موضوع الطلب ، فإنه لا يجوز له الجمع بين تعديل موضوع الطلب وسببه في آن واحد ، لأننا نكون في هذه الحالة إزاء طلب مختلف منقطع الصلة بالطلب الأصلي (3) ، كما لو طالب بدين آخر ناشئ عن سبب يختلف عن سبب الدين الأول الذي طالب به في الصحيفة المفتوحة لدعواه .

(4) وإما بتكملة الطلب الأصلي ، كما لو تقدم بطلب عارض يطالب فيه بقسط آخر من الدين حل أجل الوفاء به أثناء نظر الدعوى ، إذ لا يجوز أن يحرم المدعى من تكملة موضوع الطلب الذي تقدم به ، خاصة إذا كان هذا الطلب مترتباً على الطلب الأصلي الذي تقدم به .

(5) وإما بتصحيح هذا الطلب ، كما لو تبين للمدعى بعد رفع الدعوى أنه أخطأ في تحديد طلباته على النحو الذي ذكره في صحيفة الدعوى ، فينزل به إلى طلب

(1) طعن مدني ليبي : رقم 76 لسنة 26 ق ، جلسة 15 / 3 / 1982 ، ج 1 ، ص 114 .

(2) طعن مدني ليبي : رقم 80 لسنة 40 ق ، جلسة 25 / 6 / 1995 ، المكتب الفني ، ص 36 .

(3) د/ وجدى راغب : مبادئ المؤلف ، آف الذكر ، ص 406 .

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 233
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

أقل ، أو يرتفع به إلى طلب أكبر⁽¹⁾، كما لو اقتصر المشتري على طلب البضاعة مغفلاً طلب التعويض عن التأخير في تنفيذ الإلتزام ، ويذهب رأى في الفقه⁽²⁾ ، إلى أنه " يجوز للمدعى عليه أن يعترض على تعديل المدعى لطلبه إلى طلب أقل قيمة ، إذا كانت له مصلحة في هذا الاعتراض ، كما لو كان المدعى يهدف إلى تجزئة الطلب دون أن يتضمن التنازل النهائي عن المبلغ المخصوم " ، من المطالبة الأصلية .

ومن ثم فهي طلبات مكملة لطلبات سابقة عليها مطروحة أمام نفس المحكمة التي تقدم إليها المدعى بطلباته الأولى ، إما بالعدول عنها إلى طلبات غيرها ، وإما لتصحيحها ، وإما بإضافة سبب لها أو تغييره ، كل ذلك إذا ما أذنت له المحكمة بتقديمها ولأسباب وجيهة ، ووسيلة طرح هذه الطلبات ووفقا للقواعد العامة ، إما بصحيفة تبلغ للخصوم قبل يوم الجلسة وأثناء نظر الدعوى الأصلية أو بمذكرة مكتوبة تقدم للمحكمة بشرط أن يطلع عليها الخصم الآخر ، ويمكن إبداء الطلب العارض شفاهة في الجلسة إذا أذن القاضي بذلك⁽³⁾ .

ومما تجدر ملاحظته هو أن تقديم الطلب الإضافي ليس قاصراً على المدعى وحده ، وإنما يجوز للمدعى عليه والمتدخل تدخلاً هجومياً تعديل طلباتهم التي سبق لهم إبدائها ، أسوة بمن تأسست الخصومة بطلبه وهو المدعى ، وهو ما يقصى به نص المادة 114 من قانون المرافعات الليبي ، التي نصت على أنه " ويجوز للخصوم تعديل طلباتهم " .

(1) د/ رمزي سيف : المؤلف آنف الذكر ، ص 286 .

(2) د/ أمينة النمر : المؤلف آنف الذكر ، ص 400 ، 401 ، وهامش (2) .

(3) د/ عبد السلام التونجي : الخصومة والقضاء في قانون المرافعات الليبي ، دار الأوزاعي ، الطبعة الثانية ، 1984 ،

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 234
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

فأما بالنسبة للمدعى ، فقد أباح له الفقه والقضاء ذلك ، إذ بطلبه تأسست الخصومة وقامت ، - وقد أوردنا في سياق هذه الدراسة أحكام المحكمة العليا ، وما ذكره الفقه من التطبيقات والأمثلة ، حول تعديل المدعي لطلبه الأصلي - .
وأما المدعى عليه ، وقد تقدم بطلبات في مواجهة طلبات المدعي ، فإنه بذلك يأخذ مركز المدعي بتقديمه لتلك الطلبات ، إذ يصبح المدعى عليه مدعياً ، والمدعي مدعاً عليه ، ولذا اصطلح على تسمية الطلب المقابل " بدعوى المدعى عليه " .

فله والحالة هذه ، - وقد أضحي في هذا المركز - ، أن يقوم هو الآخر بتعديل طلبه المقابل ، وإضافة سبب جديد لدعواه ، كما يحق له التقدم بطلب إضا في لتصحيح هذا الطلب ، كلما وجدت صلة بين هذه الطلبات .

وأما بالنسبة " للغير " ، والذي يتدخل تدخلاً هجومياً يطالب بحق يدعيه لنفسه في مواجهة الخصوم الأصليين ، يباح له هو الآخر تعديل طلباته ، إذ يحق له - وهو ماعليه العمل - ، وغالبية الفقه ⁽¹⁾ أن يبدي ما يشاء من الطلبات شأنه شأن بقية الخصوم الآخرين ، فكيف به وهو مدع يطالب بحق يدعيه لنفسه ، بل ويجوز للخصوم الآخرين تقديم طلبات مقابلة في مواجهته ، لأنه طرف مستقل في الخصومة ، وليس تابعاً لأى من الخصوم .

خلافاً للمتدخل في الخصومة تدخلاً انضمامياً ، إذ يسرى عليه ما يسرى علي الطرف الذي انضم إليه ، وبالتالي فإنه لا يملك مثل هذا الحق باعتباره طرفاً تابعاً ، وليس طرفاً مستقلاً في الخصومة .

و في ضوء التحديد السابق لهذا النوع من الطلبات تثار مشكلة الطلب الإضافي وأثره على قيمة الدعوى ، وهو ما سنبحثه في المطلب التالي .

(1) انظر مثلاً : أستاذنا الفقيه الدكتور أحمد بوزقية : المؤلف آف الذكر ، ص 132 ، وانظر : محمد العشماوى ، د/ عبد الوهاب العشماوى : قواعد المرافعات ، ج 2 ، المطبعة النموذجية ، 1958 ، ص 374 ، وكذلك : د/ فتحى والى : الوسيط ، المؤلف آف الذكر ، ص 321 .

المطلب الثاني :

تأثير الطلب المكمل على قيمة الدعوى

الأصل أن يتحدد اختصاص المحكمة نوعياً ومحلياً بالدعوى بالاستناد إلى الطلب الأصلي المفتوح لخصومة الدعوى ، ولكن هل تختص المحكمة بالطلب الأصلي بكل ما يثار بعد ذلك في خصومة هذا الطلب من مسائل أياً كان طبيعتها أو نوعها؟ أم أن ذلك يؤدي إلى الافتتات على قواعد الاختصاص التي رسمها قانون المرافعات ، وبعضها متعلق بالنظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها .

مشكلة الطلب الإضافي وتأثيره على قيمة الدعوى مشكلة تطرح من جانبين تحديد ما إذا كان هذا الطلب يدخل في اختصاص المحكمة من حيث القيمة أم لا ؟ وتأثير القيمة التي تضاف إلى الطلب الأصلي على اختصاص المحكمة ؟ .

فأما بالنسبة للطرح الأول فقد أجابت عنه المادة 48 مرافعات ليبي، إذ لا تختص المحكمة الجزئية طبقاً لذلك بالحكم في الطلبات العارضة على الدعوى الأصلية ، إذا كانت قيمة هذه الطلبات متجاوزة نصاب اختصاصها ، وإذا عرض عليها طلب من هذا القبيل جاز لها أن تحكم في الطلب الأصلي وحده إذا لم يترتب على ذلك ضرر بحسن العدالة ، وإلا وجب عليها أن تحكم من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى الأصلية والطلبات العارضة بحالتها إلى المحكمة الابتدائية .

فهي قد اشترطت لقبول الطلب العارض عموماً أن يكون مما يدخل في اختصاص المحكمة المعروف عليها النزاع ، وعلى ذلك إذا عرض الطلب العارض أمام المحكمة الجزئية فإنها تختص به إذا كان يندرج في اختصاصها ، وعلى العكس من ذلك فإنها لا تختص به إذا كان لا يندرج في اختصاصها النوعي سواء بحسب قيمته أو بموضوعه ، فإذا تجاوز الطلب العارض اختصاصها ، فلها إقرار أحد حلين: إما أن تحكم في الطلب الأصلي وحده وتحيل الطلب المرتبط أو العارض إلى المحكمة المختصة به نوعياً و التي تحددها قواعد الاختصاص ، وإما أن تحكم أيضاً ومن تلقاء نفسها بإحالة الطلبين معاً إلى المحكمة الابتدائية وكل ذلك يتوقف على تقديرها لما يترتب الفصل بين الطلبين من إضرار بسير العدالة فإذا قدرت أن

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 236
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

الفصل بينهما لا يضر بسير العدالة فلها أن تستبقى الطلب الأصلي وتحيل الطلب العارض ، أما إذا قدرت أن تجزئتهما للفصل في أحدهما فقط فيه إضرار بحسن سير العدالة فيجب أن تتوقف عن نظر الطلب الأصلي وتحيلهما معاً إلى المحكمة الابتدائية (1).

وأما بالنسبة للطرح الثاني وهو تأثير القيمة التي تضاف إلى الطلب الأصلي فلا يجب أولاً تجاهل القاعدة العامة وهي " العبرة بالطلب الختامي وملحقاته المقدره القيمة والمستحقة وقت رفع الدعوى "، ومع ذلك يجب التمييز بين عدة فروض نسطرها هنا لأهميتها في الواقع العملي :

- إذا فرضنا أن الطلب المكمل أو الإضافي تضمن تصحيحاً للطلب الأصلي أمام المحكمة الجزئية ، وكان المدعى قد طالب بمبلغ 900 دينار كتعويض عن ضرر ناشئ عن ارتكاب جنحة أو مخالفة مما يدخل في اختصاص المحكمة الجزئية ، أو تعويض عن الأضرار التي لحقت بمحاصيل زراعية في أرض يملكها ، ثم أثناء نظر الدعوى طالب بضعف هذا المبلغ ، فهنا لا تثور أية مشكلة ، ذلك لأن المحكمة الجزئية تختص استثنائياً بهذه الدعاوى مهما كانت قيمة المطلوب في التعويض م 2/43 مرافعات ليبي ، ولكن الأمر يدق حينما يطالب بضعف هذا المبلغ في دعوى تعويض في غير هذه الدعاوى و التي ليست من اختصاص المحكمة الجزئية .

لاشك أن العبرة في تقدير الدعوى هنا تكون بهذا الضعف أى بألف وثمانمائة دينار ، ويكون الاختصاص حينئذ للمحكمة الابتدائية بناء على اختصاصها القيمي .
- أما إذا كانت دعوى التعويض من اختصاص المحكمة الابتدائية ابتداءً ، بأن كانت قيمتها 1800 دينار ، وأثناء نظر تلك الدعوى تقدم المدعى بطلب عارض تصحيحى ليخفض المبلغ إلى النصف ، فهنا يجوز للمحكمة الابتدائية أن تنظر الدعوى بحالتها تلك ، ولو لم تعد من اختصاصها ، أو تحيلها إلى القاضي الجزئى ، فهي

(1) قارب د/ وجدى راغب ، د/ أحمد ماهر زغلول : الوجيز في المرافعات ، ص 546 .

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 237
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

مخيرة بين الأمرين ، لأننا نرى مع المحكمة العليا ، أن " الاختصاص القيمي غير متعلق مع النظام العام " (1) ؛ إلا أن ذلك أمام المحكمة الابتدائية فقط ، فهي وإن كانت من محاكم الدرجة الأولى ، وتستطيع أن تقرر من تلقاء نفسها عدم اختصاصها من حيث القيمة م 2 / 76 ، مرافعات ليبي ، والدفع الشكلي بعدم اختصاصها من حيث القيمة ، لا يجوز الدفع به إلا في مرحلة الدرجة الأولى وينطبق عليها هذا الوصف في إثارة الدفع ؛ إلا أنها صاحبة الاختصاص العام والكل في النظام القضائي الداخلي ، ومن يختص بالنزاع الأكبر يكون من باب أولى مختصاً بالنزاع الأقل .

خلافاً لما عليه الحال أمام المحكمة الجزئية التي لا يجوز لها أن تنظر في دعوى تتجاوز اختصاصها من حيث القيمة ، فيكون الاختصاص القيمي بناء على ذلك متعلق بالنظام العام أمام المحكمة الجزئية فقط ، ولكنه غير متعلق بالنظام العام أمام المحكمة الابتدائية ، فيزول بذلك التعارض - على ما نعتقد - بين نص المادة 2 / 76 مرافعات ، وأحكام المحكمة العليا .

- أما إذا تضمن الطلب المكمل أو الإضافي تعديلاً للطلب الأصلي كأن يطلب المدعي مبلغاً من النقود بدلاً من ملكية العقار (2) ، فالعبرة هنا بقيمة المطلوب في الطلب الإضافي ، ذلك لأن دعاوى الملكية تقدر بقيمة العقار م 28 مرافعات ليبي ، وبحسب ما إذا كان العقار من المباني كالمنازل والمحلات التجارية ، وغيرها فتقدر بـ 180 ضعفاً من مثل الضريبة ، وعلى ذلك إذا كان العقار ضريته السنوية 10 دينار X 180 ضعفاً « 1800 دينار ، أما إذا كان العقار من غير المباني ، فيقدر بـ 60

(1) انظر مثلاً : طعن مدني ليبي : رقم 21 ، لسنة 37 ق ، جلسة 13 / 1 / 1992 ، المكتب الفني ، ج 3 ، ص 77 ، وطعن مدني ليبي رقم 109 لسنة 19 ق جلسة 26 / 5 / 1994 ، المكتب الفني ج 1 ، ص 100 ، وطعن مدني ليبي رقم 36 لسنة 19 ق ، جلسة 20 / 1 / 1974 ، المكتب الفني ، ج 3 ، 144 ، وجلها تؤكد أن الاختصاص القيمي لا يرقى إلى مرتبة النظام العام .

(2) د/ نبيل إسماعيل عمر : أصول ، المؤلف آنف الذكر ، ص 126 .

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 238
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

ضعفًا من مثل الضريبة، وغالبًا ما يكون الاختصاص بدعاوى الملكية للمحكمة الابتدائية.

وبالتالي فإن دعوى الملكية إذا كانت منظورة أمام المحكمة الابتدائية ، ثم عدل المدعي طلبه أثناء نظر الدعوى إلى المطالبة بمبلغ من النقود ، فهذا يتبع نفس الحل السابق وتكون العبرة في جميع الأحوال بالقيمة المطلوبة في الدعوى ، وعلى أساسها يتحدد الاختصاص .

أما إذا تضمن الطلب العارض تعديلاً في سبب الطلب ، كما لو طالب المدعى ببطان عقد بسبب الغلط ، ثم قام بتغيير السبب أثناء نظر الدعوى إلى مطالبة ببطان العقد على أساس التدليس ، فالنتيجة هنا واحدة ، ولا يتأثر اختصاص المحكمة المعروض عليها النزاع طالما أنها مختصة أصلاً بالدعوى ، وباعتبارها دعوى عقدية ، فإنها تقدر بقيمة المعقود عليه باستثناء عقود البدل حيث تكون العبرة بقيمة أكبر البدلين م 34 مرافعات ليبي ، فإذا كان العقد المطلوب إبطاله 300 دينار ، فالاختصاص يكون للمحكمة الجزئية .

وقد مر بنا تقدير الطلب المكمل للطلب الأصلي إذا أضيفت الملحقات للطلب الأصلي ، وذكرنا آنذاك، أنه لا يوجد ما يمنع من إضافتها وتكون العبرة بالطلبات الختامية، وعلى ضوءها يتحدد الاختصاص .

بقي الحديث عن القاعدة التي تحكم الطلبات الإضافية في قانون المرافعات الليبي، والمدى الذي يستطيع فيه المدعى تعديل طلباته بطلبات مكاملة في ظل هذه الضوابط ، وهو ما سنتحدث عنه في المبحث التالي :

المبحث الثالث :

القاعدة التي تحكم الطلبات المكملة

وحدود تعديل الطلب الأصلي

الارتباط بين هذه الطلبات ليس هو الشرط الوحيد لقبول الطلبات الإضافية في قانون المرافعات الليبي ، وإنما لا بد من توافر شروط أخرى ومعايير لتقديم هذه الطلبات ، ثم يثار التساؤل بعد ذلك عن المدى الذي يستطيع به المدعى تعديل طلباته في ضوء هذا التقييد وهذه المعايير؟ ، و التي توجب علينا التصدى لها ودراستها في هذا المبحث الذي سنقسمه إلى مطلبين :

المطلب الأول : القاعدة التي تحكم الطلبات المكملة

المطلب الثاني : حدود تعديل الطلب الأصلي

المطلب الأول :

القاعدة التي تحكم الطلبات المكملة

إذا كان الارتباط ، - وكما مر بنا - هو مبرر الجمع بين الطلبات في خصومة واحدة كقاعدة عامة في قبول الطلبات العارضة بكافة أنواعها وأياً كان مقدمها ؛ إلا أنه يثار التساؤل هنا هل الارتباط وحده هو الشفيح لقبول الطلبات العارضة وبخاصة الطلبات " المكملة " أو الإضافية في القانون الليبي ؟ أم أن هناك شروطاً أخرى يجب توافرها لقبول هذا النوع من الطلبات ؟

ما أثار هذا التساؤل هو حكم المحكمة العليا الليبية ، فقد ذكرت أن القانون سمح للمدعى بتعديل طلباته وتغيير سبب دعواه أثناء نظر الدعوى وبشروط دون أن تذكر هذه الشروط ، حيث جاء في حكمها الوحيد المعروف بهذه الطلبات " إن

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 240
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

القانون قد أباح للمدعى تعديل طلباته وتغيير سبب دعواه وفقاً لما يكون متوافقاً
لديه من وسائل الإثبات وبشروط ألزم بها المدعى إذا باشر هذا الحق " (1) .
وإذا كان الأصل ووفقاً لقانون المرافعات الليبي أن تقدير توافر الارتباط من عدمه
في قبول الطلبات

العارضة عموماً ، والمكملة على وجه الخصوص من المسائل التي تستقل بتقديرها
محكمة الموضوع سواء أكانت الدعوى منظورة أمام المحكمة الابتدائية ، وهو ما
يفهم من نص المادة 114 مرافعات ليبي، التي نصت على أنه " ... ويجوز للمحكمة
الابتدائية لأسباب وجيهة أن تسمح للخصوم أثناء سير الدعوى بتقديم دفوع وطرق
أدلة جديدة أو أن يودعوا مستندات جديدة أو يعدلوا طلباتهم .. " ، أو كانت
الدعوى منظورة أمام المحكمة الجزئية ، وهو ما يستفاد من نص المادة 126
مرافعات ليبي التي نصت على أنه " يجب على الخصوم في الجلسة الأولى أن
يبينوا وقائع وموضوع الدعوى وأن يقدموا كل ما يتعلق بها من الطلبات والدفوع
وما اختاروه من وسائل الإثبات وأن يودعوا مستنداتهم الخاصة وإلا سقط الحق في
ذلك ما لم ير القاضي تأجيل الدعوى لموعد قصير " .

إلا أن توافر الارتباط بين الطلب الأصلي والطلب المكمل ليس هو الشرط الوحيد،
فبالإضافة إلى الشروط العامة لقبول الطلبات - و التي تتمثل في شرط المصلحة ،
إذ لا يقبل أى طلب أو دفع لا تكون لصاحبه مصلحة فيه ، وسواء أكانت مصلحة
واقعية تتحقق إذا وقع اعتداء على الحق المدعى به ، أو كانت مصلحة وقائية
توجد إذا لم يكن وقع اعتداء بعد على الحق المدعى به ، ولكن من المحتمل
وقوعه م 4 مرافعات ليبي ، والشروط الخاصة بالطلبات الطارئة التي تقضى بأن لا

(1) طعن مدني ليبي رقم 78 لسنة 18 ق ، جلسة 22 / 5 / 1973 ، المكتب الفني ، ج 4 ، ص 90 ، وقد جاء
الحكم في معرض الحديث عن منع المدعى عليه في الخصومة ، من المساس بطلبات المدعى التي قدمها أمام
محكمة أول درجة ، حيث أتبعته المحكمة ذلك بقولها في نفس الحكم " إلا انه لم يبح إطلاقاً للمدعى عليه ان
يحول في طلبات المدعى بما يتيسر له من وسائل دفاع او دفوع " أ . ه .

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 241
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

يخرج النظر فيها عن الاختصاص النوعي للمحكمة التي تنظر الطلب الأصلي ، إذ لا تختص المحكمة الجزئية طبقاً لنص المادة 48 مرافعات ليبي ، بالحكم في الطلبات العارضة على الدعوى الأصلية ، إذا كانت قيمة هذه الطلبات متجاوزة نصاب اختصاصها ، وإذا عرض عليها طلب من هذا القبيل جاز لها أن تحكم في الطلب الأصلي وحده إذا لم يترتب على ذلك ضرر بحسن العدالة ، وإلا وجب عليها أن تحكم من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى الأصلية والطلبات العارضة بحالتها إلى المحكمة الابتدائية .

فقد وضع المشرع الليبي شرطاً خاصاً في قبول الطلبات المكملة من جانب الخصوم ، فبالإضافة لشرطي الارتباط بين الطلبين ، والاختصاص ، يجب أن يأذن القاضي بتقديمها ، ولأسباب وجيهة.

هذا ما توحى به النصوص التي تناولت الطلبات المكملة ، و التي أشرنا إليها آنفاً ، فالأمر متروك لسلطة المحكمة التقديرية ، سواء قدمت هذه الطلبات أمام المحكمة الابتدائية التي تنظر طلب المدعى الأصلي أو أمام المحكمة الجزئية المرفوع أمامها ذلك الطلب .

بمعنى أن للمحكمة ولو توافر ارتباط الطلب العارض بالطلب الأصلي أن ترفض قبول الطلبات الإضافية ، فالأمر جوازي بالنسبة لها ومتروك لتقديرها ، بل وأوجبت على المدعى إذا كانت الدعوى منظورة أمام المحكمة الابتدائية أن يبين طلباته الأصلية في صحيفة افتتاح الدعوى التي يشترط إيداعها قلم كتاب المحكمة قبل جلسة الحضور الأولى بعد أن يكون قد تم إعلانها إلى الخصم الآخر وقيدها في الجدول المعد للقضايا بعد الإعلان .

فهي وإن كانت سمحت له بتقديم طلباته قبل الجلسة الأولى ؛ إلا أنها لم تسمح له بتقديم طلبات إضافية إلا لأسباب تقدرها المحكمة المنظورة أمامها الدعوى.

فتفتح الباب أمام القاضي من خلال هذه النصوص للقيام بعملية تقدير قبولها من عدمه ، وتقدير توافر الارتباط بينها وبين الطلبات الأصلية ، لأن مسألة تقدير الارتباط بين موضوع الطلب الأصلي والطلب العارض - كما عرفنا - تعتبر مسألة

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 242
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

واقع، وهي مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع المنظورة أمامه الدعوى، فله أن يحدد ما إذا كان الطلب الأصلي مرتبطاً بالطلب الطارئ المقدم مرة أخرى من المدعى أولاً توجد بينهما أية صلة، وما إذا كان حسن سير القضاء يستلزم جمعها أمام محكمة واحدة، وهو ما يستشف من نص المادة 48 مرافعات ليبي السابق ذكرها .

وهو أيضاً ما يستفاد من نص المادة 126 مرافعات ليبي، إذا كانت الدعوى منظورة أمام المحكمة الجزئية، والتي أوجبت أولاً على الخصوم أن يقدموا كل ما يتعلق بموضوع الدعوى من الطلبات والدفع، وما اختاروه من وسائل الإثبات في الجلسة الأولى لنظر الدعوى، ورتبت على ذلك جزاءً، وهو سقوط حقهم في إبدائها " إلا إذا ارتأى القاضي"، قبول هذه الطلبات الإضافية، وحينئذ يقوم بتأجيل نظر الدعوى ولكن لأجل قصير لإبداء هذه الطلبات .

فالمشرع الليبي لم يرسم حدود هذا التعديل؛ إلا أن المسلم به أنه يجب أن يكون لأسباب وجيهة⁽¹⁾، وآية ذلك أنه لم يورد أي تطبيقات لهذا النوع من الطلبات، خلافاً للمشرع المصري الذي أعطى هذا الحق للمدعى، حيث نصت المادة 124 مرافعات على أنه " للمدعى أن يقدم من الطلبات العارضة ما يتضمن تصحيح الطلب الأصلي أو تعديل موضوعه، أو ما يكون مكملاً للطلب الأصلي أو مترتباً عليه أو متصلاً به اتصالاً لا يقبل التجزئة، أو ما يتضمن إضافة أو تغييراً في سبب الدعوى مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله، وكذلك طلب الأمر بإجراء تحفظي أو وقتي، وما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالطلب الأصلي "

وكان المشرع الليبي حدد اللحظة التي يثبت فيها الطلب بحيث يمتنع تغييره بعدها إما قبل جلسة الحضور الأولى لنظر الدعوى - بالنسبة للمدعى - أمام المحكمة الابتدائية، أو في الجلسة الأولى أمام المحكمة الجزئية، فأصبح القاضي

(1) د/ عبدالعزيز عامر : شرح قانون المرافعات الليبي، المكتبة الوطنية، ميدان الحدادة بنغازي، بدون تاريخ .

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 243
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

هو السيد في هذا الميدان وانحسر دور الخصوم إلى أقصى حد ، مع ان ذلك يتعارض مع مبدأ ملكية الخصومة لأطرافها ، الذين لهم الحق في ادعاءات عارضة غير التي وردت في صحيفة افتتاح الدعوى، فإذا كان القاضي هو الذى يقدر ملاءمة تقديم الطلبات المكملة بعد أن سلب هذا الحق من الخصوم ، وهم الأدرى بكل ما يتعلق بمصالحهم الخاصة فهل يستطيع القاضي اتخاذ موقف ويرفض في بعض الأحيان هذه الطلبات ؟

لا ريب أن القاضي يستطيع ذلك طبقاً لهذا النص ، وهو ما يتضح من الصياغة التي أوردها المشرع، حيث استعمل عبارة " ويجوز " م 114 مرافعات ، ويعني ذلك عدم خضوع القاضي لرقابة المحكمة العليا في قبوله أو عدم قبوله لهذه الطلبات ، كما أن المشرع لم يسلب سلطة الخصوم تعديل طلباتهم ، وإنما منعهم من تقديمها ، إذ يجب عليهم تقديم طلباتهم الأصلية في مواعيد محددة ، وإلا سقط الحق في إبدائها م 126 فكيف بالطلبات المكملة ؟ .

كما أن فرض رقابة فعالة للمحكمة على سلطة الخصوم في تقديم الطلبات " المكملة " يمكن أن يؤدي إلى التحكم القضائي في توجيه الدعوى وإدارة حركتها إلى نهايتها ، فهي التي تقدر أهميتها وتقرير ضرورتها، فتكون حينئذ القاعدة التي تحكم الطلبات " المكملة " أو الإضافية في قانون المرافعات الليبي هي أنه لا يجوز الخروج عن نطاق الطلبات الأصلية إلا في الحدود التي يسمح فيها القاضي بتقديم هذه الطلبات ، فلا يجوز تغيير الإطار الابتدائي للخصومة الذى سبق تحديده بالمطالبة القضائية إلا لأسباب وجيهة أمام المحكمة الابتدائية م 114 مرافعات ، أو إذا ارتأى القاضي تأجيل الدعوى لمهلة قصيرة لإبدائها أمام المحكمة الجزئية م 126 مرافعات .

هكذا نجد أن المشرع الليبي أعطى للقاضي سلطة الأمر بقبول هذه الطلبات في أية حالة يرى فيها ضرورة لتقديمها ، وستر هذه السلطة الواسعة بكلمات وعبارات مرنة ، ليس لها مدلولاً محدداً أو ثابتاً تسع حالات لا تقع تحت حصر .

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 244
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

فبالنظر إلى العبارات والمصطلحات المحددة للطلبات المكملة التي يستطيع المدعى تقديمها - بعد موافقة المحكمة على ذلك ولأسباب وجيهة - ، سواء في نص المادة 114 مرافعات ، وهي عبارة " تعديل طلباتهم " ، أو في حكم المحكمة العليا الذي أورد تطبيقين فقط وهما " تعديل الطلبات ، وتغيير سبب الدعوى " (1) .

يثار التساؤل هنا هل يستطيع المدعى في ضوء هذا التحديد المقيد تعديل موضوع الدعوى بالإضافة إليه وإنقاصه وتغيير سبب الدعوى ، وتصحيح الطلب الأصلي والمطالبة كذلك بالملحقات ؟ أم أن الأمر قاصر على تعديل موضوع الطلب وتغيير السبب وبالتحديد الذي بينته المحكمة العليا ؟ وما هو المدى الذي يستطيع من خلاله المدعى تعديل طلباته ؟ هذا ما سنتناوله في المطلب التالي.

المطلب الثاني :

حدود تعديل الطلب الأصلي

إذا كان المشرع الليبي قد أجاز للخصوم تعديل طلباتهم ، بواسطة الطلبات الطارئة أثناء نظر الدعوى ؛ إلا أنه جعل ممارستهم لهذه الوسيلة - كما مر بنا - منوطاً بتقديم أسباب وجيهة تقرها المحكمة المعروض عليها النزاع ، كما لو رأت أن تقديم هذه الطلبات مفيداً لحل النزاع على أكمل وجه ، أو رأت غير ذلك بأن تراءى لها أنه غير منتج فيها ، أو يعرقل السير فيها ، ويؤخر الفصل في النزاع .

والطلب المكمل أو الإضافي لا يعتبر طلباً عارضاً - في قانون المرافعات الليبي - إلا إذا أبدى أثناء الخصومة الأصلية أو أذن بتقديمه أمام المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى الأصلية ، ذلك أن تقديمه يعد خروجاً عن الأصل الذي يقتضى أن يحدد المدعى طلباته في صحيفة الدعوى باعتبار أن إطار النزاع يتحدد بالطلب الأصلي

(1) انظر : طعن مدني ليبي رقم 78 لسنة 18 ق ، جلسة 22 / 5 / 1973 ، المكتب الفني ، ج 4 ، ص 90 ، وانظر أيضا طعن مدني ليبي : رقم 76 لسنة 26 ق ، جلسة 15 / 3 / 1982 ، ج 1 ، ص 114 .

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 245
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

الذي يحدد قيمة موضوع الدعوى وأدلتها م 114 مرافعات ، وإجازة تقديم مثل هذه الطلبات يعد خروجاً استثنائياً عن القاعدة .

ولذلك تشدد قانون المرافعات الليبي في أخذ المدعى بواجب أن يبين المدعى في صحيفة دعواه موضوع هذه الدعوى وأسانيدها بيانا وافيا ، حتى يستطيع المدعى عليه أن يرتب في نطاقه الخطوط الرئيسية لدفاعه آمنا من المفاجأة بضرورة تغييره، كلما حلا للمدعى أن يربكه بإدخال تعديل جوهرى على دعواه، وليتمكن القاضي من صرف قدرته على التوجيه وهو مطمئن إلى ثبات معالم الدعوى⁽¹⁾.

ولكى لا تتحول هذه الطلبات إلى وسيلة لتعقيد الدعوى الأصلية وتأخير الفصل فيها، وهي اعتبارات - كما يبدو - لا يضحى بها المشرع بسهولة، وإنما هو يضحى بحق المدعى ويسحب منه لهذه الاعتبار حقه في تقديم هذا النوع من الطلبات ، ووقف الخصوم عند حد معين في مناقشتهم فيما هم متنازعون عليه .

وأية ذلك أنه حتى إذا ما ارتأى قبول هذه الطلبات أمام المحكمة الجزئية ، فإنه يؤجل الدعوى لموعد قصير لتقديم هذه الطلبات رغبة في توصيل العدالة في أقصر وقت وبأقل نفقات ، وكأنه يريد القول بأنه لا يرحب بإطالة أمد النزاع ، ولعل أبلغ مثال على ذلك أيضاً العبارة الواردة في نص المادة 126 مرافعات ، " وإلا سقط الحق في ذلك " ، أى إذا لم يقدموا وقائع الدعوى وكل ما يتعلق بها من الطلبات والدفع ، وما اختاروه من وسائل الإثبات .

ويرد جانب من الفقه ذلك⁽²⁾ ، إلى أن المشرع عمل على تجسيد مبدأ تركيز عناصر الخصومة

الذى يعتبر تطبيقاً لمبدأ آخر أعم وهو الاقتصاد في الإجراءات من أجل سرعة الفصل في القضية ، وذلك بتقييد حرية الخصوم في توجيه الخصومة والدفاع فيها،

(1) انظر : د/ أحمد أبو الوفا : المرافعات المدنية والتجارية ، منشأة المعارف ، ط 14 ، 1986 ، ص 189 .

(2) استاذنا الدكتور الكونى اعبودة : المؤلف آنف الذكر ، ج 2 ص 73 ، 74 .

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 246
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

ومن مظاهر هذا التركيز إلزام الخصوم بتقديم مستنداتهم وما يتعلق بدفاعهم في وقت محدد.

إلا أنه مع التسليم بذلك ينبغي أن لا يحرم المدعى من فرصة تصحيح طلباته بما يتفق مع مستنداته ووسائل إثباته وتعديلها وبما يتفق مع ما أسفر عنه التحقيق وما آلت إليه العلاقة القانونية التي تستند عليها الدعوى ، وهو ما أجمع عليه الفقه (1) .
كما أن السماح بتقديم طلبات إضافية من المدعى يحقق - كما يرى البعض (2) - مصلحة عامة متمثلة في حسن سير القضاء ، ذلك لأن المحكمة تتمكن من الإحاطة بكافة عناصر النزاع ، والوقوف على مختلف ادعاءات الخصوم، الأمر الذي ينعكس إيجاباً على الحكم الصادر، لأن محكمة الطلب الأصلي هي خير من يفصل في الطلب العارض ، وكى لا يضطر المدعى إلى رفع دعوى جديدة أمام محكمة أخرى، مع ما يترتب على ذلك من صدور أحكام متعارضة في المسألة الواحدة أو في المسائل المرتبطة .

إضافة إلى أن القول بأن استخدام الطلب العارض عموماً يرتبط بقاعدة الأصل ، وهي عدم جواز تغيير نطاق الخصومة ، المتجسد في الطلب الأصلي قولاً أضحى غير ذى فاعلية ، فبإقرار التشريع الإجرائي للطلبات العارضة ، انهارت - كما يرى البعض (3) - هذه القاعدة إلى الأبد ، وحلت محلها قاعدة جديدة مؤداها أن هناك طلبان، طلب أصلي، وآخر عارض يعملان معاً تحت قاعدة تعديل نطاق الدعوى ، حينما يكون للمدعى مصلحة ملحة في هذا التعديل.

(1) انظر: د/ أحمد ماهر زغلول ، د/ يوسف يوسف أبوزيد ، أصول المرافعات ، ص 1401 ، وانظر أيضاً : د/

أحمد أبو الوفا : المؤلف آف الذكر ، ص 189 .

(2) د/ السيد عبد العالی تمام : تأثير ارتباط الدعوى ، الرسالة المشار إليها آنفاً ، ص 89 .

(3) انظر : د/ محمد محمود إبراهيم : النظرية العامة للطلبات العارضة — الدعوى الفرعية في قانون المرافعات ،

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 247
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

والتشريع الإجرائي الليبي - كما رأينا - ، لم يذكر تطبيقات لهذا النوع من الطلبات كما فعل نظيره المصري في المادة 124 مرافعات ، ذلك أن المادة 114 من قانون المرافعات الليبي وردت على سبيل الإطلاق من ناحيتين، الأولى : أنها سمحت لجميع الخصوم بتعديل طلباتهم دون تمييز بين مدع ومدعى عليه ومتدخل في الدعوى ، والثانية : أنها اكتفت بعبارة " تعديل الطلبات " دون إيراد تطبيقات لذلك كما فعل المشرع المصري .

ويثار التساؤل هنا عن المدى الذى يسمح فيه المشرع بهذا التعديل، ومع الأخذ في الاعتبار سلطة المحكمة التقديرية في قبول هذه الطلبات من عدمه، إذ لا يجوز السماح للخصوم بتعديل طلباتهم إلا لأسباب وجيهة .

ومما تجدر الإشارة إليه أن تشريعنا الإجرائي أورد تطبيقات للطلبات الإضافية التي يجوز للخصوم تقديمها أمام محكمة الاستئناف و التي لم يكن بوسعهم المطالبة بها أمام محكمة الدرجة الأولى ، وبشروط معينة - امتلأت بشرحها كتب الفقه - ، فبعد أن نصت المادة 321 مرافعات على المبدأ العام بعدم قبول طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف ذكرت " ومع ذلك يجوز أن يضاف إلى الطلب الأصلي الأجر والفوائد والمرتببات .. التي تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى .. وكذلك يجوز مع بقاء الطلب الأصلي على حاله تغيير سببه والإضافة إليه " .

والسبب في ذلك يرجع - في تقديرنا - إلى أن هذا البيان مما تحتاجه تلك المرحلة كى يتم التمييز بدقة بين ما يعد من الطلبات الجديدة ، وما لا يعد منها ، فأجاز للخصوم أن يضيفوا إلى طلباتهم التي أبدوها أمام محكمة الدرجة الأولى ما يستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام تلك المحكمة ، وما يزيد من التعويضات بعد تقديم هذه الطلبات ، لأنها من ملحقات الطلب الأصلي ، ولم يكن في مقدور

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 248
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

الخصوم أن يطلبوها أمام محكمة الدرجة الأولى⁽¹⁾ ، لأنها لم تكن مستحقة حينذاك ، كما أن الطلب في هذه الحالة له أصل لدى محكمة الدرجة الأولى ، فلا يكاد يعتبر جديداً .

وكذلك أيضاً لمحو التفرقة بين سبب الدعوى وبين وسائل الدفاع ، وهي مسألة تثير العديد من الصعوبات ، واختلف الفقه بشأنها اختلافاً كبيراً⁽²⁾ ، مما اضطر المشرع إلى النص على جواز إبداء طلبات جديدة بأسبابها أمام الاستئناف مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله م 321 مرافعات ليبي .

وفيما يتعلق بالطلبات المكملة أمام محكمة الدرجة الأولى ، والمقدمة من المدعى، فالمشرع صارم في إشاراتة كلها بضرورة تقديم جميع الطلبات في صحيفة الدعوى أمام المحكمة الابتدائية م 114 مرافعات ، أو في الجلسة الأولى على الأقل إذا كانت الدعوى منظورة أمام المحكمة الجزئية م 126 مرافعات ، فتحدت اللحظة التي يثبت فيها الطلب بحيث يصعب تغييره بعدها إلا بشروط معينة .

إضافة إلى أن عبارة " تعديل طلباتهم " التي وردت في المادة 114 مرافعات و التي منحها المشرع للخصوم ليست حقاً إجرائياً مطلقاً لا حدود له ، ذلك لأنه إذا كان

(1) د / رمزي سيف : الوجيز في قانون المرافعات ، ط 1 ، 1957 ، مكتبة النهضة المصرية ، ص 630 .

(2) يتعدى التمييز من الناحية القانونية بين ما يعتبر سبباً جديداً يترتب عليه اعتبار الطلب جديداً ، فلا يجوز قبوله في الاستئناف ، وبين ما يعتبر مجرد وسيلة دفاع أو حجة قانونية جديدة لا تؤثر على وحدة السبب في الطلبين ، ويجوز إبداءها في الاستئناف ، فمثلاً في دعاوى بطلان العقد هل يجوز لمن يدفع دعوى يبطلان عقد على أساس الغلط ، أن يتمسك في الاستئناف ببطلان العقد على أساس التدليس أو الإكراه ؟ إذا اعتبرنا الغلط والتدليس والإكراه أسباباً مستقلة لما جاز له ذلك ، أما إذا اعتبرناها مجرد وسائل دفاع أو حجج جديدة فإنه يجوز قبولها ، و في دعاوى المسؤولية المدنية ، هل تعتبر النصوص القانونية التي يستند إليها المضرور في دعوى جديدة للمطالبة بالتعويض عند فشله في الدعوى الأولى أسباباً جديدة أم مجرد وسائل دفاع ، إلى غير ذلك من الصور العملية التي تدق فيها التفرقة بين ما يعتبر سبباً جديداً ومجرد وسيلة دفاع جديدة، انظر : الدكتور أحمد السيد الصاوي : ص 759 ، 760 .

للمدعى أن يجمع في صحيفة دعواه طلبات متعددة ، ولو كانت لا ترجع إلى سبب قانوني واحد فظالما أنها مرتبطة بعضها ببعض ، فإنه من العدالة أن لا يتاح للمدعى فرصة تقديم مثل هذه الطلبات أثناء السير في الدعوى إلا بإذن المحكمة و في غير ذلك يعتبر وسيلة للتعنن والمماطلة لتعطيل الحكم في الدعوى (1) .

وهي ليست نفس العلة في عدم قبول الطلبات المقابلة المقدمة من المدعى عليه ، كما قضت بذلك المحكمة العليا ، حيث لا تقبل هذه الطلبات إلا في حالة واحدة وهو ما يفهم من حكمها على الأقل - وهي حالة ما إذا كانت هذه الطلبات غير متصلة بالدعوى الأصلية ، حيث قضت بأن " المادة 74 من قانون المرافعات الليبي ، لا تمنع من قبول الطلبات المقابلة المقدمة من المدعى عليه إذا كانت متصلة بالدعوى الأصلية ، والمنع الوارد بها منصب على الطلبات منقطعة الصلة بطلبات المدعى ، ف في هذه الحالة لا تقبل من المدعى عليه ، حتى لا يمكن من عرقلة سير الدعوى " (2) .

ولكن مع ذلك فإنه من الأجدي أن يحول القاضي دون تكرار الدعاوى بنفس الموضوع وبين نفس الخصوم وذلك بتقرير حق المدعى في أن يعدل دعواه (3) ، إما بتصحيح صحيفة دعواه ، لمواجهة ظروف طرأت بعد رفع الدعوى ، وهو أمر سمح به قضاتنا في كثير من المحاكم ، بل إنها قبلت تعديل المدعى لطلبه ثم رجوعه عن هذا التعديل ، فقد قضت المحكمة العليا الليبية بأنه : " لما كان الثابت من الحكم الجزئي أن المحكمة قبلت بتعديل طلبات المدعى لطلباته من منع تعرض لتثبيت ملكية ثم إن المدعى (المطعون ضده) ، رجع بالجلسة الختامية لطلباته الأولى ، المتمثلة في الزام المدعى عليه (الطاعن) بعدم التعرض له في

(1) قارب د/ عبد السلام التونسي : الخصومة والقضاء في قانون المرافعات الليبي ، ط2 ، دار الأوزاعي 1984 ، ص 204 .

(2) طعن مدني ليبي رقم 67 لسنة 27 ق ، جلسة 26 / 3 / 1984 ، المكتب الفني ، ج 4 ، 41 .

(3) في هذا المعنى د/ أحمد أبو الوفا : المرافعات ، المؤلف آف الذكر ، ص 193 .

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 250
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

قطعة الأرض موضوع الدعوى ، والعبرة في تحديد طلبات الخصوم في الدعوى
بالطلبات الختامية " (1) .

بل إن المحكمة العليا تجعل هذا العبء على المدعى وحده ، وعليه أن يطلب من
المحكمة هذا التعديل سواء أكانت تلك المطالبة صريحة أو ضمنية ، فقضت في
أحد أحكامها بأن " الطلبات التي تتضمنها صحيفة الدعوى إذا ثبت عليها المدعى
أثناء سير الخصومة حتى قفل باب المرافعة ولم يطلب تعديلها على وجه قاطع
صرحة أو ضمناً ، فإنها تكون هي الطلبات المعتمدة في الدعوى " (2) .

وقضت أيضاً في حكم آخر بأنه " لما كانت الطاعنة إنما طلبت في صحيفة
دعواها إزالة المباني ولم تعدل هذه الطلبات ولم تضيف إليها غلق الباب الذي
أظهره التحقيق بالخبرة حتى فصل في الدعوى على أساس الطلبات الواردة
بصحيفتها ، فإن طلب ذلك أمام محكمة الاستئناف يعتبر طلباً جديداً لم يطلب من
محكمة أول درجة ، ولم تقل كلمتها فيه ، ولم يطلب منها ذلك " (3) .

و في كل هذه التطبيقات ورغم تقييد قبول الطلبات المكملة أو الإضافية ؛ إلا أننا
نجد في الواقع العملي أن المحاكم اضطرت إلى إياحة قبول هذه الطلبات وأعطت
المتقاضين قدراً كبيراً من المرونة سمحت لهم بإبداء هذه الطلبات ، رغم حرص
المشرع على أن تتحدد منذ اللحظة الأولى وقدرة الإمكان حدود الخصومة القضائية
تجنباً لتأخير الفصل في الطلب الأصلي بسبب الطلب الطارئ ، وكى لا يتأذى
حسن سير العدالة ، وهي أمور ينبغي أخذها بعين الاعتبار ولكن دون إغفال لحق
الخصوم في تقديم هذه الطلبات تيسيراً عليهم ، وتوفيراً لوقت القضاء لتصفية
المنازعات المرتبطة بالنزاع الأصلي في خصومة واحدة .

(1) طعن مدني ليبي رقم 106 لسنة 26 ق ، جلسة 12 / 4 / 1982 ، ج 2 ، ص 97 ، ويلاحظ هنا أنه لا
يوجد جمع بين دعوى الملكية والحياسة ، لأن العبرة بالطلبات الختامية كما قالت المحكمة العليا .

(2) طعن مدني ليبي رقم : 117 لسنة 20 ق ، جلسة 27 / 4 / 1975 ، ج 2 ، ص 13 .

(3) طعن مدني ليبي رقم 98 لسنة 23 ق ، جلسة 5 / 2 / 1978 ، ج 4 ، ص 65 .

الخاتمة:

وبعد أن انتهينا بعون من الله وتوفيقه من كتابة هذا البحث الموسوم بمبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي ، فإنه يمكن لنا أن نجمل أهم النتائج التي توصلنا إليها من هذه الدراسة فيما يلي :

أولاً : إن المشرع الليبي في قانون المرافعات ، وإن كان قد أجاز للخصوم تعديل طلباتهم ، بواسطة الطلبات الطارئة أثناء نظر الدعوى ؛ إلا أنه جعل ممارستهم لهذه الوسيلة - كما مر بنا - منوطاً بتقديم أسباب وجيهة تقرها المحكمة المعروض عليها النزاع ، وكل ذلك من أجل أن لا تتحول مثل هذه الطلبات إلى وسيلة في يد الخصم يستعملها بغرض اعنات خصمه ، وتطويل أمد إجراءات الخصومة .

ثانياً : كما وقد استبان لنا من خلال ذلك أن القاعدة التي تحكم الطلبات " المكتملة " أو الإضافية في قانون المرافعات الليبي هي عدم جواز الخروج عن نطاق الطلبات الأصلية إلا في الحدود التي يسمح فيها القاضي بتقديم هذه الطلبات ، ومن ثم لا يجوز تغيير الإطار الابتدائي للخصومة الذي سبق تحديده بالمطالبة القضائية إلا لأسباب وجيهة أمام المحكمة الابتدائية ، أو إذا ارتأى القاضي تأجيل الدعوى لمهلة قصيرة لإبدائها أمام المحكمة الجزئية ، ذلك لأن المشرع الليبي ، كما رأينا صارم في إشاراته كلها بضرورة تقديم جميع الطلبات في صحيفة الدعوى أمام المحكمة الابتدائية م 114 ، أو في الجلسة الأولى على الأقل إذا كانت الدعوى منظورة أمام المحكمة الجزئية م 126 ، وكأنه بذلك يحدد اللحظة التي يثبت فيها الطلب بحيث يصعب تغييره بعدها إلا بشروط معينة .

خلافاً للمشرع المصري الذي أعطى هذا الحق للمدعى ، حيث نصت المادة 124 مرافعات على أنه " للمدعى أن يقدم من الطلبات العارضة ما يتضمن تصحيح الطلب الأصلي أو تعديل موضوعه ، أو ما يكون مكملاً للطلب الأصلي أو مترتباً عليه أو متصلاً به اتصالاً لا يقبل التجزئة ، أو ما يتضمن إضافة أو تغييراً في سبب

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 252
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

الدعوى مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله ، وكذلك طلب الأمر بإجراء تحفظى أو وقتى ، وما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالطلب الأصلي".
ثالثاً: وتبين لنا أيضاً ، أنه وعلى الرغم من تقييد قبول الطلبات المكملة أو الإضافية وحرص المشرع على أن تتحدد منذ اللحظة الأولى وقدرة الإمكان حدود الخصومة القضائية - ؛ إلا أننا وجدنا في الواقع العملى أن المحاكم اضطرت إلى إباحة قبول هذه الطلبات وأعطت المتقاضين قدراً كبيراً من المرونة سمحت لهم بإبداء هذه الطلبات ، - وذلك كله تجنباً لتأخير الفصل في الطلب الأصلي بسبب الطلب الطارئ ، وكى لا يتأذى حسن سير العدالة ، وتيسيراً على المتقاضين ، وتوفيراً لوقت القضاء لتصفية المنازعات المرتبطة بالنزاع الأصلي في خصومة واحدة .

رابعاً: اتضح لنا من خلال هذه الدراسة - ووفقاً لقانون المرافعات الليبي - أن تقديم الطلب الإضافي ليس قاصراً على المدعى وحده ، وإنما يجوز للمدعى عليه والمتدخل تدخلت هجوماً تعديل طلباتهم التي سبق لهم إبدائها ، أسوة بمن تأسست الخصومة بطلبه - وهو المدعى - ، وهو ما يشير إليه نص المادة 114 من قانون المرافعات الليبي ، التي نصت على أنه " ويجوز للخصوم تعديل طلباتهم" ، - وعلى التفصيل الذى بيناه في ثنايا هذا البحث .

مع الأخذ في الاعتبار أن عبارة " تعديل طلباتهم " التي وردت في صدر المادة 114 من قانون المرافعات الليبي و التي منحها المشرع للخصوم ليست حقاً إجرائياً مطلقاً لا حدود له ، ذلك لأنه إذا كان للمدعى أن يجمع في صحيفة دعواه طلبات متعددة ، ولو كانت لا ترجع إلى سبب قانونى واحد فطالما أنها مرتبطة بعضها ببعض ، فإنه من العدالة أن لا يتاح للمدعى فرصة تقديم مثل هذه الطلبات أثناء السير في الدعوى إلا بإذن المحكمة و في غير ذلك يعتبر وسيلة للتعت والمماطلة لتعطيل الحكم في الدعوى .

خامساً: و في النهاية ، فإننا نستطيع أن نؤكد بأن تقديم طلب عارض في خصومة قائمة أيسر من تقديم نفس الطلب إلى القضاء في شكل دعوى جديدة مستقلة ، وإذا كان المشرع قد تحسب لاحتمال استغلال المدعى لهذه الوسيلة لإطالة أمد

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 253
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

النزاع ، أو للتحايل على قواعد الاختصاص فإن هذه الشبهة تتلاشى إذا ما نظرنا من زاوية أخرى لمصادرة حق المدعى في استكمال طلباته حماية لحققة ، وهو ربما وجه من وجوه إنكار العدالة ، قد يجر القاضي إلى نظام المخاصمة ، إذا رفض القاضي أو أهمل دون سبب مشروع الإجابة على طلب أو عريضة لأحد الخصوم م 2/720 من قانون المرافعات الليبي .

كما أن فرض رقابة فعالة للمحكمة على سلطة الخصوم في تقديم الطلبات " المكملة " يمكن أن يؤدي إلى التحكم القضائي في توجيه الدعوى وإدارة حركتها إلى نهايتها ، وهو ما يتعارض مع مبدأ سيادة الخصوم ودورهم في دفع إجراءات الخصومة وانتهائها ، ومن الأنسب للقاضي أن يحول دون تكرار الدعوى بنفس الموضوع وبين نفس الخصوم وذلك بتقرير حق المدعى في أن يعدل دعواه .

وإذا كان لنا من مطلب في ختام هذا البحث فإننا نهيب بالمشرع الليبي أن يفرد نصوصا خاصة لكل صورة من صور الطلبات الإضافية ، تعالج كافة ما يتعلق بهذه الطلبات اسوة بنظيره المصري الذي أورد تطبيقات كثيرة لمثل هذا النوع من الطلبات ، حتى تكون في مستوى نظرية عامة متكاملة الثبات .
وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين

المصادر والمراجع:

- د/ أحمد أبو الوفا : المرافعات المدنية والتجارية ، منشأة المعارف ، الطبعة الرابعة عشر 1986
- نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، الطبعة الأولى ، دار المعارف ، 1954 .
- د/ احمد أبوزقية : قانون المرافعات ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، 2003 ، منشورات جامعة قاريونس .
- د/أحمد السيد الصاوى : الوسيط في شرح قانون المرافعات ، دار النهضة العربية، 1990 .
- د/أحمد ماهر زغلول : دعوى الضمان الفرعية ، الطبعة الثانية ، 1989 .

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 254
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

-
-
- د/ أحمد ماهر زغلول ، د/ يوسف أبوزيد : أصول المرافعات ، بدون سنة نشر.
- د/ أحمد مسلم : أصول المرافعات ، التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام ، مكتبة النهضة العربية 1959 .
- د/ أحمد مليجي : اختصام الغير وإدخال ضامن في الخصومة المدنية ، مكتبة دار الفكر العربي ، القاهرة . بدون تاريخ نشر
- د/ الأنصاري حسن النيداني : مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات المصري والفرنسي رسالة القاهرة ، 1996 .
- د/ السيد عبدالعال تمام : تأثير ارتباط الدعاوى على وحدة الخصومة ، رسالة القاهرة ، 1991 .
- د/ الكونى على اعبودة : قانون علم القضاء ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، جامعة ناصر ، 1991 .
- د/ أمينة النمر : الوسيط في قانون المرافعات المصرية ، الكتاب الأول ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، 1982 .
- د/ رمزى سيف : الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الأولى ، 1957 ، مكتبة النهضة المصرية .
- د/ سيد أحمد محمود : التقاضى بقضية وبدون قضية في المواد المدنية والتجارية ، عين شمس ، بدون تاريخ نشر .
- د/ صلاح أحمد عبدالصادق : نظرية الخصم العارض في قانون المرافعات ، رسالة عين شمس ، 1986 .
- د/ عبدالسلام التونجى : الخصومة والقضاء في قانون المرافعات الليبي ، دار الأوزاعى ، الطبعة الثانية ، 1984 .
- د/ عبدالعزيز عامر : شرح قانون المرافعات الليبي ، المكتبة الوطنية ، بنغازى ، بدون .

مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية 255
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

-
-
- عزالدين الديناصوري ، وحامد عكاز : التعليق على قانون المرافعات ، الطبعة الثانية ، 1982
- د/ عزمى عبدالفتاح : أساس الإدعاء أمام القضاء المدني ، الطبعة الأولى ، 1987.
- د/ فتحى والى : الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، 1991.
- محمد العشماوى ، د/ عبدالوهاب العشماوى : قواعد المرافعات ، المطبعة النموذجية ، 1958.
- محمد كمال عبد العزيز : تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقہ ، الطبعة الثانية ، مكتبة وهبة 1978 .
- د/ محمد محمود إبراهيم : النظرية العامة للطلبات العارضة - الدعاوى الفرعية في قانون المرافعات على ضوء المنهج القضائي ، دار الفكر العربي ، بدون .
- د/ محمود محمد هاشم : قانون القضاء المدني ، الجزء الأول ، 1981 .
- د/ مصطفى كامل كيرة : حول تعديل قانون المرافعات ، مقال منشور بمجلة دراسات قانونية جامعة بنغازى ، المجلد الأول ، 1971 .
- د/ نبيل إسماعيل عمر : الإرتباط الإجرائي في قانون المرافعات وآثاره الإجرائية والموضوعية ، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى 1994 .
- قانون أصول المحاكمات المدنية ، الدار الجامعية ، الطبعة الأولى 1996 .
- الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة 2000
- د/ وجدى راغب : مبادئ القضاء المدني ، دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى ، 1986 .
- مجموعة من مبادئ وأحكام المحكمة العليا الليبية .

256 مبدأ ثبات النزاع والقاعدة التي تحكم طلبات المدعى الإضافية
أمام محكمة الدرجة الأولى في قانون المرافعات الليبي

المراجع الأجنبية :

- Azard : l, immutabilite, de la demande en droit judiciaire :
français, these ,paris1936 .
- : Etudes de proce,dure, BordeauxX, 1956 . VIZIOZ (HENRE)
- Normand : Le Juge et le litige, these,paris 1965, .
- Garsonnet – cours de proce,dure civile –paris 1882 .