

# مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدر عن  
كلية القانون الخمس - جامعة المرقب



2022م

العدد الأول

## تقرؤون في هذا العدد

- ◆ موقف ابن تيمية من مذهب الحنابلة في القول بالاستحسان والفروع المبنية عليه عندهم.
- ◆ أطر التجريم والعقاب عن التعدي على العلم الوطني دراسة في ضوء أحكام قانون العقوبات الليبي.
- ◆ التسؤل بين التجريم وعدمه، وسبل علاجه في النظامين الجنائيين، الإسلامي والوضعي.
- ◆ التعويض الاتفاقي ما بين سلطان الارادة وسلطة القاضي " دراسة تحليلية مقارنة " .
- ◆ القرائن القضائية في أحكام القضاء الإداري الليبي.
- ◆ القروض العامة وعلاقتها بأعمال السيادة.
- ◆ تخصيص القضاء بالمذهب المالكي في القانون الليبي.
- ◆ دياحة الدستور بين أهميتها الفلسفية وقيمتها القانونية "دراسة تحليلية مقارنة" .
- ◆ شركة المحاصة "دراسة في القانون التجاري الليبي" . ضوابط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين " دراسة مقارنة " .
- ◆ قراءة نقدية في بعض نصوص قانون العقوبات الليبي.

مجلة العلوم الشرعية والقانونية  
مجلة محكمة تصدر عن كلية القانون

بجامعة المرقب

رقم الإيداع المحلي

(2015/379م)

دار الكتب الوطنية ببنغازي- ليبيا

هاتف:

9097074-9096379-9090509

بريد مصور:

9097073

البريد الإلكتروني:

[Nat-Liba@hotmail.com](mailto:Nat-Liba@hotmail.com)

ملاحظة:

الآراء الواردة في هذه البحوث لا تعبر 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

## شروط النشر بالمجلة:

الأخوة الأفاضل حرصاً على إخراج المجلة نرجو التكرم بالالتزام بالآتي:

- 1- أن لا يكون قد تم 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 الی ورق 4A. وحجم الخط (14) ونوعه (Traditional Arabic). وللهامش (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، ج2، ص332.
- 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»: ج1، ص12، رقم 1.
- 12- تخرج الآيات القرآنية في المتن بعد الآية مباشرة بحجم 12  
مثل قال الله تعالى: ﴿سَيَقُولُ السُّفَهَاءُ مِنَ النَّاسِ مَا وَلَّاهُمْ عَن قِبَلَتِهِمُ الَّتِي كَانُوا عَلَيْهَا قُلْ لِّلّهِ الْمَشْرِقُ وَالْمَغْرِبُ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ إِلَى صِرَاطٍ مُّسْتَقِيمٍ﴾ البقرة: 142.
- 13- في الهوامش، يترك بعد أرقام الهوامش فراغ 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، احمد 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 لسيراته الذاتية في حدود صفحة واحدة، ويرفق صورة شخصية له.
- 16- ترسل البحوث، والسيرة الذاتية المختصرة مطبوعة على ورق وقرص مدمج لرئيس التحرير مباشرة أو عبر البريد الإلكتروني الآتي:

[iaelfared@elmergib.edu.ly](mailto:iaelfared@elmergib.edu.ly)

- 17- للمجلة الحق في رفض نشر أي بحث بدون إبداء الأسباب والبحوث التي لا تقبل للنشر لا ترد إلى أصحابها.
- 18- ترتيب ورود الأبحاث في المجلة لا يدل على أهمية البحث أو الباحث، إنما للكل التقدير والاحترام.
- 19- لإدارة المجلة حرية تغيير الخطوط والتنسيق بما يناسب إخراج المجلة بالصورة التي تراها. نأمل من السادة الباحث والقراء المعذرة عن أي 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 محمد الصراعي.  
د. أحمد عثمان احميده.

اللجنة الاستشارية:

- د. عبد الحفيظ ديكنه.  
د. محمد رمضان باره.  
د. عمر رمضان العبيد.  
د. علي أحمد اشكورفو.  
د. محمد عبد السلام  
د. سالم محمد مرشان.  
د. امحمد علي ابوسطاش.

## فهرس الموضوعات

الصفحة	اسم الباحث	الموضوع
8	حليم مدير الجامعة: جامعة السلطان محمد الفتاح الوقفية، إستانبول. الرتبة العلمية: باحث دكتوراه.	موقف ابن تيمية من مذهب الحنابلة في القول بالاستحسان والفروع المبنية عليه عندهم
40	د. عبد الصمد رجب اشميلة أ. أسامة منصور هويد	أطر التجريم والعقاب عن التعدي على العلم الوطني دراسة في ضوء أحكام قانون العقوبات الليبي
51	د/ محمد رافع سالم علي الأستاذ المساعد بكلية القانون بجامعة عمر المختار - ليبيا	التسؤل بين التجريم وعدمه، وسبل علاجه في النظامين الجنائين، الإسلامي والوضعي
81	للدكتورة امد لله الجعيدي محمد عمر الاستاذ المساعد في القانون المدني كلية القانون - قسم القانون الخاص جامعة سرت - ليبيا	التعويض الاتفاقي ما بين سلطان الارادة وسلطة القاضي " دراسة تحليلية مقارنة "
104	د. نعيمة عمر الغزير أستاذ القانون العام المشارك قسم القانون/ مدرسة العلوم الإنسانية الأكاديمية الليبية للدراسات العليا	القرائن القضائية في أحكام القضاء الإداري الليبي
119	أ. آمال جمعة نصير محاضر بكلية الاقتصاد / جامعة الزاوية	القروض العامة وعلاقتها بأعمال السيادة
134	د. رافع عبد الهادي عبد الله الترجمان الأستاذ المساعد .كلية القانون . جامعة مصراتة . تخصص قضاء شرعي أ . محمد عبد الله عبد العالي الأستاذ المساعد .كلية القانون . جامعة مصراتة . تخصص قانون خاص	تخصيص القضاء بالمذهب المالكي في القانون الليبي

159	أ. أسامة نصيب عضو هيئة تدريس بقسم القانون العام كلية القانون جامعة بنغازي	دياجة الدستور بين أهميتها الفلسفية وقيمتها القانونية " دراسة تحليلية مقارنة "
173	أ . أبو بكر عبد السلام بن زيد عضو هيئة تدريس / التخصص القانون الخاص بكلية العلوم الشرعية مسلاته/ الجامعة الأسمرية الإسلامية	شركة المحاصة "دراسة في القانون التجاري الليبي"
181	د. حسام الدين محمود الدن أستاذ القانون الخاص المساعد بكلية الشرعية والقانون بالجامعة الإسلامية بغزة- فلسطين أ/ قاسم محمد الأسطل الجامعة الإسلامية بغزة- فلسطين	ضوابط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين " دراسة مقارنة "
204	أ. عبد الغني الغالي أستاذ مساعد كلية القانون صرمان جامعة صبراتة	قراءة نقدية في بعض نصوص قانون العقوبات الليبي

## بسم الله الرحمن الرحيم كلمة رئيس التحرير

وأصلي وأسلم على المبعوث رحمة للعالمين وآله الطيبين الطاهرين ومن تبعهم  
بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد: يسرني جداً أن أقدم إليكم العدد الأول من مجلة العلوم  
الشرعية والقانونية للعام 2022م. رغم كل ما اعترض عملنا من صعوبات  
جمّة.

ونأمل من البحاث الكرام الحرص على أن تكون البحوث التي  
يتقدمون بها للمجلة ذات قيمة علمية كما عهدناهم، وأن يحرصوا على جودة  
البحوث، وأن يكونوا عند حسن الظن بهم من ناحية الأمانة العلمية.  
فإننا نبين للجميع أن كل باحث يتحمل مسؤولية بحثه من الناحية  
الأدبية والقانونية إذا أخل بشروط الملكية الفكرية، ونخلي مسؤولية إدارة المجلة  
من أي مسؤولية تترتب على مخالفة ذلك.

وفي الختام لا يسعني إلا أن أشكر الزملاء الذين اختاروا هذه المجلة لتكون  
منصة لنشر أبحاثهم، والزملاء الذين ساهموا بتقييم تلك الأبحاث بدون مقابل،  
وكذلك كل من قدم لنا يد المساعدة في اخراج هذا العدد بالصورة المطلوبة.

والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

## موقف ابن تيمية من مذهب الحنابلة في القول بالاستحسان والفروع المبنية عليه عندهم

أ. حليم مدبر

جامعة السلطان محمد الفاتح الوقفية/ استانبول.

### الملخص:

بنى الأصوليون "الاستحسان" على العدول عن حكم القياس، إلى حكم آخر للدليل أقوى، وكثر خوص الحنابلة في تعريفه، وبيان أن أكثر النصوص عن أحمد على القول به، لكن ناقش ابن تيمية ذلك، وجعله مفرعا على مبحث "تخصيص العلة"، وهذه الورقة ستشير لآراء الحنابلة، وموقف ابن تيمية منهم.

وتكمن أهمية الدراسة من جهة الحاجة لمعرفة جهود الحنابلة في بيان "الاستحسان"، وبيان موقف ابن تيمية منه، واعتمدت الدراسة على المنهج الاستقرائي بذكر أقوال الحنابلة في تعريفهم الاستحسان، ثم المنهج التحليلي بتحليل ما ذهب إليه ابن تيمية في مناقشته للحنابلة، مع استخدام المنهج الاستنباطي بأخذ تصور شامل لما ذهب إليه ابن تيمية في تأصيل مبحث الاستحسان.

وللإجابة على ذلك كان لابد من وضع ثلاثة مباحث، فالأول لبيان مذهب الحنابلة في تعريف الاستحسان، وحججته عندهم، والثاني لبيان المعالم الأساسية التي اعتمدها ابن تيمية في مناقشته لهم، والثالث لبيان المسائل التي ناقش فيها ابن تيمية المذهب الحنبلي. وجاءت نتائج الدراسة باعتماد الحنابلة لدليل الاستحسان وأنه من باب تقديم الدليل الأقوى على القياس الصحيح، وبخلافهم ابن تيمية الذي جعل الاستحسان مبنياً على "تخصيص العلة"، وأن القياس الصحيح لا تُعارضه الشريعة، ولهذا أوصت الدراسة بزيادة البحوث حول مبحث الاستحسان ودراسة ما ذهب إليه ابن تيمية مقارنة مع باقي المذاهب الفقهية.

الكلمات المفتاحية: الاستحسان، ابن تيمية، مذهب الحنابلة، تخصيص العلة.

## المقدمة:

لا تخلو كتب الأصول من مبحث "الاستحسان" من جهة ذكر معناه، وأنواعه، ودلالته، وصحة العمل به، وهذا الاهتمام راجع لحاجة الفقهاء في إبراز المعاني، والمقاصد العامة للشريعة، لأجل تنزيل النصوص الشرعية على النوازل الحديثة.

وبيان موقف ابن تيمية من الاستحسان في غاية الأهمية، من جهة تأثير الكثير من الفقهاء الحنابلة بأرائه الاصولية، والفقهية، وكذا تأثيره على غيرهم من أتباع المذاهب الفقهية الأخرى، ولهذا كانت هذه الدراسة لتضيف جهداً متواضعاً حول جهود ابن تيمية في بيان معنى الاستحسان، وبيان موقفه من المسائل الفقهية التي بُنيت من الفقهاء على هذا الأصل.

## أولاً. إشكالية البحث:

قد رامت هذه الدراسة الجواب عن أسئلة تتصل بالتأصيل الأصولي لمصطلح الاستحسان، وعلاقته بالنصوص

1. هل الحجّة الأصولية عند ابن تيمية هي اللفظ فينحصر الاستدلال في المعنى اللغوي له، أم لا بدّ من مراعاة المعاني؟

2. ما تعريف "الاستحسان" عند ابن تيمية، وهل هو حجة عنده، أو لا؟

3. ما هي الضوابط الأصولية التي جعلت ابن تيمية يُوضح مذهب الإمام أحمد في إعماله الاستحسان في بعض المسائل الفقهية، دون بعض؟

ثانياً. أهمية الدراسة: وتظهر أهميته في:

1. مصطلح الاستحسان من الروافد الأصولية التي يبني عليها الكثير من القضايا الفقهية، ومع كثرة النوازل الحديثة كان النظر إلى هذا الأصل له أهميته في بناء فروع النوازل الفقهية الحديثة عليه.

2. بيان مذهب ابن تيمية في جواز إعمال الاستحسان.

3. توضيح موقف ابن تيمية في بعض المسائل الفقهية التي بينها الفقهاء الحنابلة على الاستحسان.

ثالثاً. أهداف الدراسة: والتي تتمثل في:

1. إثراء المكتبة الأصولية الحنبلية.

2. بيان مذهب ابن تيمية في إعمال الاستحسان كدليل أصولي.

3. توضيح موقف ابن تيمية من المسائل الفقهية التي بناها الحنابلة وفق الاستحسان.

رابعاً. الدراسات السابقة:

وبعد بحث وتحرّي فلم أجد أي بحث خاص معاصر حول موقف ابن تيمية من الاستحسان، والبحوث فيه مندرجة ضمن البحوث العامة حول الاستحسان، ومن ذلك:

1. "أصول الفقه وابن تيمية"، رسالة دكتوراه لصالح بن عبد العزيز آل منصور، كلية الشريعة بجامعة الأزهر سنة 1396، مصر، دار النصر، 1405، ط2، لم يذكر أي شيء من كلام ابن تيمية، عن مبحث الاستحسان في كتابه.

2. أصول مذهب الإمام أحمد، عبد الله بن عبد المحسن التركي، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1990، ط3، (ص: 568-575)،

فذكر مذهب الحنابلة، مع ذكر قول ابن تيمية، ووضّح فيه أن ابن تيمية يقسم الاستحسان إلى قسمين، مردود وهو الذي يكون بالرأي المحض، وصحيح وهو الذي يؤيده الدليل، وكان نقله عن ابن تيمية من المسوّدة، وموضعين من مجموع الفتاوى، وكان كلامه مختصر جدا عن ابن تيمية، وأطال النقل عن أئمة مذهب الحنابلة، وخرج بأن مذهب الحنابلة على الأخذ بالاستحسان، وأن رواية إنكاره عن أحمد ليست صريحة، ثم قال: "وبذلك تسلم القاعدة الأصولية، وهو أن أحمد يقول بالاستحسان ما دام تاركاً للقياس لدليل"، وفي كلامه بعض النظر يأتي بيانه من كلام ابن تيمية نفسه.

3. الاستحسان بين المثبتين والنافيين، رسالة ماجستير لحمزة زهير، كلية الشريعة بجامعة الملك عبد العزيز بمكة المكرمة، (ص: 99-124)، تكلم على مذهب الحنابلة، وأطال النقل عن أبي يعلى، وأبي الخطاب، وابن قدامة، دون غيرهم من أئمة المذهب، مع قصور في النقل عن ابن تيمية، فلم يذكر عنه سوى ما وجدته في المسوّدة، وحتى لمّا تطرق لمبحث تخصيص العلة، نقل ما وجدته في المسوّدة، ولم يوضح هل ابن تيمية بنى مسألة الاستحسان عليه أو لا؟

4. "المعدول به عن القياس - حقيقته وحكمه"، للدكتور عمر بن عبد العزيز، المدينة النبوية، 1408، ط1، وكان مجل بحثه حول، منع ابن تيمية من إطلاق لفظ "النص المخالف للقياس"، ان كل الأمثال التي قيل فيها ذلك، هي موافقة للقياس الصحيح عنده، ونسب إليه القول بالاستحسان، وحاول الجمع بين رأييه، وأن اعتباره بالاستحسان وإنكاره للمخالف للقياس منسجمان، وذلك أن إنكار اسم "خلاف القياس" هو لِمَا ثبت شرعا موافقته له، ثم قال: "أما الاستحسان فإنه يشعر بأن دور القياس المعدول عنه قد انتهى بالنسبة لهذا الذي أفرد بحكم، وأنه ما ينبغي أن يدخل هذا الفرد في نطاقه، ويأخذ حكمه، فلا يستلزم أيًا من تلك اللوازم الباطلة. أضف إلى ذلك أن اسم الاستحسان يشعر بالمدح والثناء"، فهو على هذا لم يجل موقفه من الاستحسان بالصورة المرغوبة.

5. "مقاصد الشريعة عند ابن تيمية"، للدكتور يوسف أحمد البدري، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة بالجامعة الأردنية، الأردن، دار النفائس، وإن كان بحثه عن الاستحسان كان مقتضياً، إلا أنه أقرب من كلام غيره، لأجل اطلاعه على "قاعدة الاستحسان"، وقد بيّن مذهب ابن تيمية فيه، لكن باختصار ربما لأنه خارج عن شرط بحثه، وإنما تناوله إطراداً. والإضافة العلمية في هذا المبحث هو:

1. بيان معالم منهج ابن تيمية في تقرير مبحث الاستحسان.
2. بيان موقف ابن تيمية من المسائل الفقهية التي ذكر الحنابلة بناءً على الاستحسان.

خامساً. منهج البحث: اقتضت طبيعة البحث أن يقام على المناهج التالية:

أ. المنهج الاستقرائي: باستقراء المسألة عند ابن تيمية، من خلال كتبه المطبوعة.

ب. المنهج التحليلي: يتتبع المسائل الفقهية التي بناها الحنابلة على الاستحسان، وبيان منهجية تحليلها ودراستها من ابن تيمية.

ت. المنهج الاستنباطي: من خلال استنباط منهج ابن تيمية، في تعامله مع الاستحسان، للخروج بمنهج متكامل حول المنهجية العلمية المتبعة منه.

#### سادساً. خطة البحث:

قسمت الدراسة إلى مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة، على النحو الآتي:

المقدمة: وفيها فكرة البحث، وخطته.

المبحث الأول: تعريف الاستحسان، وأنواعه وحكم الاستدلال به عند الحنابلة.

المبحث الثاني: معالم مناقشة ابن تيمية لمبحث الاستحسان.

المبحث الثالث: مناقشة ابن تيمية للتخرجات الفقهية الحنبلية المبينة على الاستحسان.

الخاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات

#### قائمة المصادر والمراجع

وسار الباحث في هذه الدراسة على الجادة والمسلك البحثي المعروف في عزو الآيات، وتخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية، وتوثيق النصوص من مصادرها، مع التركيز على نقطة البحث وحدوده، والتنكب عن ما قد يكون شاذاً من الأمثلة، وترك الإستطراد المحل بالموضوع.

## المبحث الأول:

## تعريف الاستحسان، وأنواعه، وحكم الإستدلال به عند الحنابلة:

## المطلب الأول: تعريف الاستحسان عند الحنابلة:

للحنابلة في تعريف الاستحسان عدة تعاريف أشهرها:

1. قال أبو يعلى: "ترك الحكم إلى حكم، هو أولى منه"<sup>(1)</sup>، ولعل هذا التعريف هو أول تعريف منضبط للاستحسان في المذهب، ووافقه تلميذه يعقوب البرزنجي<sup>(2)</sup> فقال: "أن تترك حكماً إلى حكم هو أولى منه"<sup>(3)</sup>، فقال ابن قدامة: "وهذا مما لا يُنكر، وإن اختلف في تسميته، فلا فائدة في الاختلاف في الاصطلاحات مع الاتفاق في المعنى"<sup>(4)</sup>، وقصده أن المعنى المقصود من التعريف متفق عليه، من جهة تقديم دليل أقوى من دليل آخر<sup>(5)</sup>، لكن لم يرتض أبو الخطاب - تلميذ أبي يعلى - هذا التعريف، فقال: "ليس بشيء، لأن الأحكام لا يُقال بعضها أولى من بعض، ولا (بعضها) أقوى من بعض، وإنما القوة (للأدلة)، (لأنها) (تترتب) في الشرع، ويُقدّم بعضها على بعض"<sup>(6)</sup>، وهو ملحظ لفظي، وليس بمعنوي<sup>(7)</sup>.

2. قال أبو يعلى: "وقيل: هو أولى القياسين"<sup>(8)</sup>، أي تقديم قياس مأخوذ به، على قياسٍ متروك، فجعل التعريف قاصراً على القياس، وهكذا صرح في مقدمة كتابه "المجرد"<sup>(9)</sup>، فقال: "ترك قياس لما هو أولى منه"<sup>(10)</sup>، والمعنى واحد، وذكر أبو الخطاب أن كلام أحمد يُؤمى لهذا التعريف، ولعله نظر في الفتاوى المنقولة عن أحمد فأراها لا تخرج عن هذا المعنى، دون الاستحسان بالكتاب والسنة. ثم وهن أبو الخطاب هذا التعريف من جهة أن الاستحسان يكون بنصوص الكتاب، والسنة، فتخصيص القياس فقط، قصور في التعريف<sup>(11)</sup>، ووافقه الطوفي<sup>(12)</sup>.

1- العدة، أبو يعلى، 1607/5.

2- هو: يعقوب بن إبراهيم البرزنجي، القاضي، من فقهاء المذهب الحنبلي، توفي 486، ذيل طبقات الحنابلة، ابن رجب، 164/1.

3- روضة الناظر، ابن قدامة، ص: 473.

4- المصدر السابق، ص: 473.

5- شرح مختصر الروضة، الطوفي، 198/3.

6- التمهيد، الكلواذاني، 93/4.

7- المسودة، آل تيمية، ص: 453.

8- العدة، أبو يعلى، 1607 /5.

9- مجرد في الفقه، من كتب القاضي أبي يعلى.

10- أصول الفقه، ابن مفلح، 1464/4.

11- التمهيد، أبو الخطاب، 92/4.

12- شرح مختصر الروضة، الطوفي، 203/3.

3. قال أبو الخطاب: "العدول عن موجب القياس، إلى دليل هو أقوى منه"<sup>(1)</sup>، وهو موافق لكلام الحلواني - من تلاميذ أبي يعلى<sup>(2)</sup> فقال: "ترك القياس للدليل أقوى منه من كتاب، أو سنة، أو إجماع"<sup>(3)</sup>، فالاستحسان عندهم ترجيح أحد الأدلة الشرعية على القياس، وهذا التعريف هو اختيار ابن عقيل<sup>(4)</sup>.

وبين المجد ابن تيمية أن تعريف أبي يعلى الأول، أعم من تعريف أبي الخطاب<sup>(5)</sup>، وليس هذا بظاهر، بل كلام أبي الخطاب واضح، في تقديم الأدلة على القياس، وهو الذي استنكر على أبي يعلى جعل الاستحسان في باب القياس كما في التعريف الثاني له، بل كلامهما واحد في أن الاستحسان يكون في القياس، وما هو أقوى منه.

4. قال ابن قدامة: "العدول بحكم المسألة عن نظائرها للدليل خاص من كتاب، أو سنة"<sup>(6)</sup>، وهو اختيار الطوفي قائلًا: "وهو أجود ما قيل"<sup>(7)</sup>، وتابعه المرداوي<sup>(8)</sup>، وجوّده ابن بدران<sup>(9)</sup>، وهو بمعنى تعريف أبي الخطاب.

وهذه التعاريف جعلها ابن مفلح من باب النزاع اللفظي<sup>(10)</sup>، ويكون معنى الاستحسان في المذهب هو: "العدول عن القياس للدليل أقوى منه، من كتاب، أو سنة صحيحة، أو إجماع".

وجعل أبو الخطاب هذه التعاريف مبنية على جواز تخصيص العلة الشرعية، فالعدول عن القياس المبني على العلة، إلى غيره هو العدول عن تلك العلة في تلك الحالة إلى ما هو أقوى منها، فهو تخصيص لها، وتعجب من صنع شيخه أبي يعلى، فقال: "شيخنا يمنع من تخصيص العلة، وينصر القول بالاستحسان ولا أعرف لقوله وجهاً"<sup>(11)</sup>، وهذا الاستشكال، أجاب عنه أبو يعلى من جهة أن العدول في الاستحسان يكون عن قياس، وغيره، فيمتنع كونه تخصيصاً للقياس<sup>(12)</sup>.

وأما المجد ابن تيمية، فنبّه إلى أن العلة عندما يُعدل عنها فإنها لن تكون تامة ولا عامة، فلا فرق بين القول بتخصيص العلة، وعدم تخصيصها<sup>(13)</sup>، ولم يجعل القول بالاستحسان مبنياً على تخصيص العلة، وهو مسبوق من ابن عقيل، الذي جعل الاستحسان أعم من تخصيص العلة، فتخصيص العلة عنده كتخصيص العموم، والاستحسان قد يكون ترك القياس رأساً، كالنسخ، وقد يكون مثل تخصيص العلة وتخصيص الخبر<sup>(14)</sup>.

1- التمهيد، أبو الخطاب، 93/4.

2- هو: محمد بن علي الحلواني، من فقهاء المذهب الحنبلي، توفي سنة 505، ذيل الطبقات، ابن رجب، 246/1.

3- المسودة، آل تيمية، ص: 454.

4- الواضح، ابن عقيل، 101/2.

5- المصدر السابق، ص: 454.

6- روضة الناظر، ابن قدامة، ص: 473.

7- شرح مختصر الروضة، الطوفي، 190/3.

8- التحبير، المرداوي، 3824/8.

9- المدخل، ابن بدران، ص: 291.

10- أصول الفقه، ابن مفلح، 1464/2.

11- التمهيد، أبو الخطاب، 96/4.

12- العدة، ابو يعلى، 1394/4.

13- المسودة، آل تيمية، ص: 453.

14- الواضح، ابن عقيل، 107/2.

وعارضهم كلهم الطوفي فنظر إلى الاستحسان نظرة مقاصدية، وجعل الاستحسان مبني على المصلحة، فكما كانت المصلحة راجحة كانت الاستحسان أرجح، وهذا على مذهبه في التوسع فيها<sup>(1)</sup>، وهذا النظر وإن كان صادقاً على بعض الفروع، فهو غير صادقٍ عليها كلها، وإلا لَمَّا كان هناك فرق بين القول بالاستحسان، والقول بالمصلحة. ومع اتفاق الحنابلة على أن الاستحسان لا يكون إلا بدليل، فضيقوا من التوسع فيه، فقال المرادوي: "ظهر مما تقدم أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه، وإن تحقق استحسان مختلف فيه، فمن قال به فقد شرع، كما قال الشافعي"<sup>(2)</sup>، ولهذا لم يعتبروا نوعين من الاستحسان، ووهنوها، وبالتالي لم يُدرجا في تعريفهم للاستحسان، ذكرهما ابن عقيل، وابن قدامة، والطوفي، وهما:

1. استحسان المجتهدين: كاستحسانهم جواز دخول الحمام دون تقدير أجره المال المستخدم، وتعقب ابن قدامة هذا بثلاثة أجوبة:

أ. هذا لا يعرف من ضرورة العقل ونظره، ولم يرد في الوحي نظيره، ومهما انتفى الدليل وجب النفي.  
ب. إجماع الأمة على أن العالم ليس له الحكم إلا من خلال النظر في الأدلة، والاستحسان من غير نظر حكم بالهوى المجرد.

ت. ما ذُكر من المثال، فهو ما جرى في عصر النبوة، وأقره الشرع لرفع المشقة عنهم<sup>(3)</sup>، وجعل ابن عقيل هذا المثال مندرج في المسائل المبنية على العادة والعرف، لا على الاستحسان<sup>(4)</sup>.

2. دليل ينقدح في نفس المجتهد لا يقدر على التعبير عنه: وردّه ابن قدامة بقوله: "وهذا هوس؛ فإن ما لا يعبر عنه لا يدري

أهو وهم أو تحقيق، فلا بد من إظهاره ليعتبر بأدلة الشريعة، فلتصححه أو تزيفه"<sup>(5)</sup>، وهو مسبوق في توهينه من أبي الخطاب<sup>(6)</sup>، لكن فُيِّر هذا النوع من الاستحسان من الطوفي، بالملكة التي تحصل للعالم جراء تعامله مع النصوص الشرعية<sup>(7)</sup>، وهذه الملكة تجعل الفقيه ينظر في النصوص، ويحاول الخروج بالحكم الأقرب لنصوص الشريعة، ومقاصدها، فرجع المعنى للنظر في الأدلة، ولهذا فسّر ابن مفلح هذا النوع بما يكون في نظر الفقيه، لا في مناظراته، اتباعاً لما قاله الأمدى<sup>(8)</sup>.

1- شرح مختصر الروضة، الطوفي، 202/3.

2- التحبير، المرادوي، 8/3828.

3- روضة الناظر، ابن قدامة، ص: 475-576.

4- الواضح، ابن عقيل، 105/2.

5- روضة الناظر، ابن قدامة، ص: 476.

6- التمهيد، أبو الخطاب، 4/97.

7- شرح مختصر الروضة، الطوفي، 193/3.

8- أصول الفقه، ابن مفلح، 1463/4.

ولهذا فرّق أبو يعلى بين الاستحسان والحكم بالتشهي، أن الاستحسان يكون بالنظر في الأدلة، بخلاف التشهي فهو تحكيم الهوى لا غير<sup>(1)</sup>، ووافقه أبو الخطاب<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني: حجية الاستحسان عند الحنابلة:

وردت روايتان عن الإمام أحمد في حجية الاستحسان:

أولاهما: القول بالاستحسان، وتُقلت عنه روايات كثيرة بذكر لفظ "استحسن"، ومن ذلك:

أ. قال صالح بن أحمد: "سألت أحمد عن المضارب إذا خالف؟ قال: بمنزلة الوديعة عليه الضمان، والربح لرب المال إذا خالف، إلا أن المضارب أعجب إليّ أن يعطي بقدر ما عمل"<sup>(3)</sup>، ونقلها أبو يعلى بلفظ "وكنثُ أذهبُ إلى أن الربح لصاحب المال، ثم استحسنت"<sup>(4)</sup>.

ب. قال الميموني، قال أحمد: "استحسنُ أن يتيمم لكل صلاة، ولكن القياس أنه بمنزلة الماء حتى يُؤدِّث، أو يجِد الماء"<sup>(5)</sup>.

ت. قال المروزي، قال أحمد: "يجوز شراء أرض السواد، ولا يجوز بيعها، فقبل له: كيف يشتري ممن لا يملك؟! فقال: القياس كما تقول، ولكن هو استحسان، واحتج بأن أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - رخصوا في شري المصاحف وكرهوا بيعها"<sup>(6)</sup>.

ث. قال بكر بن محمد: قال أحمد- فيمن غصب أرضاً فزرعها-: "الزرع لرب الأرض وعليه النفقة، وليس هذا بشيء يوافق القياس، استحسنتُ أن يدفع إليه نفقته"<sup>(7)</sup>.

ففيها العدول عن حكم لآخر؛ لحجة ظهرت للإمام<sup>(8)</sup>، وهذه هي الرواية التي نصرها القاضي أبو يعلى<sup>(9)</sup>، وأبو الخطاب<sup>(10)</sup>، وابن عقيل<sup>(11)</sup>، وابن قدامة<sup>(12)</sup>، وابن مفلح<sup>(13)</sup>، والمرداوي<sup>(14)</sup>، وغيرهم.

1- العدة، أبو يعلى، 1609/5.

2- التمهيد، أبو الخطاب، 97/4.

3- المسائل، صالح بن أحمد، 448/1.

4- العدة، أبو يعلى، 1604/5.

5- المصدر السابق، 1604/5.

6- المصدر السابق، 1604/5.

7- المصدر السابق، 1605/5.

8- المصدر السابق، 1604/5.

9- المصدر السابق، 1604/5.

10- التمهيد، أبو الخطاب، 87/4.

11- الواضح، ابن عقيل، 101/2.

12- روضة الناظر، ابن قدامة، ص: 473.

13- أصول الفقه، ابن مفلح، 1461/4.

14- التحبير، المرادوي، 3818/8.

ثانيهما: عدم القول به: نقلها أبو يعلى، وأبو الخطاب، وابن مفلح، وحجتهم في ذلك: قال أبو طالب عن أحمد قال: "أصحاب أبي حنيفة إذا قالوا شيئاً خلاف القياس، قالوا: نستحسنُ هذا وندع القياس، فيدعون الذي يزعمون أنه الحق بالاستحسان، وأنا أذهبُ إلى كل حديث جاء، ولا أقيس عليه"<sup>(1)</sup>، فقال أبو يعلى: "وظاهر هذا: إبطال القول بالاستحسان"، لكن أبو الخطاب تأول هذه الرواية على تعقب من يذهب إلى الاستحسان دون دليل، وأنه يستحسن لكن بالدليل<sup>(2)</sup>، ونقله ابن مفلح<sup>(3)</sup>، والمرداوي<sup>(4)</sup>، دون تعقب.

### المطلب الثالث: أنواع الاستحسان عند الحنابلة:

ذكر القاضي أبو يعلى أن الاستحسان يرجع إلى ثلاثة أقسام، ومثل لكل قسم منها بمثال<sup>(5)</sup>، وهي: أ. الاستحسان بالكتاب: شهادة الكافر على المسلم غير معتبرة شرعاً، لكن الشرع أجاز شهادة أهل الكتاب على المسلمين في الوصية في السفر إذا لم نجد مسلماً، لقوله تعالى: ﴿شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصْبَحْتُمْ مَصِيبَةً لِّلْمُؤْمِنِينَ﴾ [المائدة: 106]، وهذا من مفاريد أحمد دون بقية الثلاثة<sup>(6)</sup>، ووجه الاستحسان فيها، أن الشهادة من الكافر لا تقبل، وإنما قبلها الإمام أحمد لظاهر نص القرآن.

ب. الاستحسان بالسنة: فيرى الحنابلة أن من غصب أرضاً وزرعها، فالزرع لرب الأرض، وعلى صاحب الأرض النفقة لصاحب الزرع، وحجتهم في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم: "من زرع في أرض قوم، فالزرع لرب الأرض، وله نفقته"<sup>(7)</sup>، ففيه دليل على أن الغاصب لا يجبر على قلعه؛ لأنه ملك للمغصوب منه<sup>(8)</sup>، ووجه الاستحسان فيها، أن القياس يقتضي جعل الزرع لصاحب البذر؛ لأنه نماء عين ماله، واستحسن الإمام أحمد أن يدفع صاحب الأرض للزرع نفقته استحساناً، فقال: "هذا شيء لا يوافق القياس، أستحسن أن يدفع إليه نفقته؛ للأثر"<sup>(9)</sup>.

ت. الاستحسان بالإجماع: فجوز الحنابلة سلم الدراهم والدنانير في الموزونات، وبأن القياس أن لا يجوز ذلك، لوجود الصفة المضمومة إلى الجنس، وهي الوزن<sup>(10)</sup>، إلا أنهم استحسنا الجواز بدلالة الإجماع<sup>(11)</sup>.

1- العدة، أبو يعلى، 1604/5.

2- التمهيد، أبو الخطاب، 89/4-90.

3- أصول الفقه، ابن مفلح، 4/1463.

4- التحبير، المرادوي، 8/3822.

5- العدة، أبو يعلى، 1608/5-1609.

6- المغني، ابن قدامة، 14/171.

7- أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب إذا زرع الرجل في الأرض بغير إذن صاحبها: ج5، ص282، رقم: 3403؛ والترمذي في سننه، أبواب الأحكام، باب ما جاء في زرع في أرض قوم بغير إذنه، ج3، ص: 41، رقم 1366، وقال: حسن غريب.

8- المصدر السابق، 7/377.

9- المصدر السابق، 7/378.

10- المصدر السابق، 6/413.

11- العدة، أبو يعلى، 1609/5.

وزاد غيره: الاستحسان لقول الصحابي: قاله المجد ابن تيمية<sup>(1)</sup>، ومثّل له ابن عقيل، بما رواه أبو إسحاق السبيعي، عن امرأته: أنها دخلت على عائشة -رضي الله عنها- «فدخلت معها أم ولد زيد بن أرقم الأنصاري وامرأة أخرى، فقالت أم ولد زيد بن أرقم: يا أم المؤمنين، إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم نسيئة، واني ابتعته بستمئة درهم نقداً. فقالت لها عائشة -رضي الله عنها-: بئسما اشتريت، وبئسما شريت، إن جهاده مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قد بطل، إلا أن يتوب»<sup>(2)</sup>؛ فالقياس أن البيع صحيح، للاختلاف بين البيعتين، لكن حكمت عائشة بتحريم هذه المعاملة، درأاً للربا، وبهذا أخذ الحنابلة استحساناً<sup>(3)</sup>.

ومع هذه الأنواع التي عمل بها الحنابلة، إلا أنهم استنكروا ترك القياس لأجل العرف، لأن القياس أصل والعرف طارئ، كما قال ابن عقيل<sup>(4)</sup>، وابن بدران<sup>(5)</sup>.

وذكر ابن مفلح أن الحنابلة لا يستحسنون بالقياس الخفي، لخفائه، وكون علته محتملة<sup>(6)</sup>، ووافق المرداوي<sup>(7)</sup>.

## المبحث الثاني:

### معالم مناقشة ابن تيمية لمبحث الاستحسان:

لابن تيمية كلام في الاستحسان ذكره في بعض المواضع من مجموع الفتاوى، وفي "إقامة الدليل على إبطال التحليل"، وهو مختصر، ثم طبع "قاعدة في الاستحسان"<sup>(8)</sup>، فكانت قاعدة أطل فيها ابن تيمية البحث تأصيلاً، وتفريعاً، في هذا المبحث وكلامه فيها قاضٍ على أي كلام في موضع آخر.

ولمّا تأخر طبع هذه القاعدة، فلم يطلع عليها الكثير من الذين كتبوا في موقف ابن تيمية في الاستحسان، ولذا كانت أحكامهم فيها بعض النظر، ومن ذلك، قول الدكتور التركي، أن ابن تيمية يرى القول بالاستحسان المبني على العدول عن القياس إلى دليل أقوى<sup>(9)</sup>، وهذا يعارض قول ابن تيمية القائل: "وحيث فلا يكون الاستحسان الصحيح عدولاً عن قياس صحيح، والقياس الصحيح لا يجوز العدول عنه بحال، وهذا هو الصواب"<sup>(10)</sup>، وسبب ذلك أن ابن تيمية بنى مسألة الاستحسان بخلاف ما بناها جمهور الأصوليين.

1- المسودة، آل ابن تيمية، ص: 451.

2- عبد الرزاق بن همام في المصنف، كتاب البيوع، باب ما يجل للمرهن من الرهن، ج8، ص: 19، رقم: 15755.

3- المغربي، ابن قدامة، 261/6.

4- الواضح، ابن عقيل، 105/2.

5- المدخل، آل بدران، ص: 292-293.

6- أصول الفقه، ابن مفلح، 1466/4.

7- التحبير، المرداوي، 3830/8.

8- بتحقيق عزيز شمس.

9- أصول مذهب أحمد، التركي، ص: 472.

10- جامع المسائل، ابن تيمية، 197/2.

يبرز موقف ابن تيمية في الاستحسان في من خلال ثلاثة معالم مهمة، وهي:

### 1. تفسير رواية أحمد في إبطال الاستحسان:

رواية أبي طالب عن الإمام أحمد في ترك القول بالاستحسان، تأولها أبو الخطاب على الاستحسان دون دليل على ما سبق تقريره، لكن ابن تيمية، رأى أن معنى هذه العبارة، أشمل من ذلك، بل مراد الإمام أحمد هو استعمال النصوص، كل نص في موضعه، دون أن يقيس أحد النصين على الآخر، بحيث يجعلهما متعارضين، ثم يستثني موضع الاستحسان من أحدهما، إما لنص أو إجماع، وهذا إعمالاً منه بوجود اطراد العلة الصحيحة، وأن انتقاضها مع تساويها في محالها يوجب فسادها، ويبيّن ابن تيمية في عدة فروع فقهية، أن الإمام أحمد أعمل النصوص على وفق هذا الأصل<sup>(1)</sup>.

وهذا من ابن تيمية، من باب جمع نصوص الإمام أحمد كلها، ومحاولة فهمها على نسقٍ واحدٍ، كأنها نصٌ واحد، لا على فهم النصوص كلٌّ على حدى.

### 2. تحرير النزاع في تخصيص العلة:

اختلف الأصوليون في تخصيص العلة على أربعة أقوال: أولها: جواز تخصيصها مطلقاً، والثاني: المنع من ذلك مطلقاً، والثالث: جواز تخصيص المنصوصة دون المستنبطة، والرابع: منع تخصيص العلة الشرعية وتجويز تخصيص نقضها<sup>(2)</sup>. ووضّح ابن تيمية، أن العلة المختلف في تخصيصها، هي العلة المؤثرة في الحكم، والمناسبة له، لا الطرد المحض، الذي يُعلم خلوه من المعاني المعترية، فهو لا يحتج به عند العلماء اتفاقاً، وأن العلة المرادة هنا هي العلة التامة، المستلزمة لمعلولها، فمتى وجدت وجد لوازمها، وإذا انتقضت بطلت، وبطلت لوازمها، ولهذا قال: "من قال: إن العلة لا يجوز تخصيصها مطلقاً، لا لفوات شرط، ولا لوجود مانع، فهذا مخطئ قطعاً، وقوله مخالف لإجماع السلف كلهم، الأئمة الأربعة، وغيرهم؛ فإنهم كلهم يقولون بتخصيص العلة لمعنى يوجب الفرق، وكلامهم في ذلك أكثر من أن يحصر، وهذا معنى قول من قال: تخصيصها مذهب الأئمة الأربعة"<sup>(3)</sup>.

وهذا التحرير منه بأن التخصيص راجع إلى فوات شرط، أو وجود مانع، بناء على أن العلة التامة، يجب وجود معلولها ولوازمه، بخلاف العلة الناقصة، فهي التي من شأنها أن تقتضي الحكم، لكن بشرط عدم وجود ما هو أقوى منها، فهذه تُخصّص عند فقدان الشرط، أو وجود المانع، وينجبر النقص الثابت فيها بالفرق بينهما، والذي يقتضي دخول التخصيص عليها<sup>(4)</sup>.

1- المصدر السابق، 167/2.

2- البحر المحيط، الزركشي، 171/7.

3- جامع المسائل، ابن تيمية، 186/2.

4- مجموع الفتاوى، ابن تيمية، 168/20.

ونبه ابن تيمية على أن هذا الرأي منه في تخصيص العلة، هو قول أبي الحسين البصري<sup>(1)</sup>، وأبي بكر الرازي<sup>(2)</sup>، وهذا القول يقابله قولان ضعيفان عند ابن تيمية، ذكرهما، وبَيَّنَّ وهنهما:

أ. من يجوز تخصيص العلة، لا لمانع موجود، ولا لفوات شرط، بل بمجرد الدليل، ويكون هذا من باب تخصيص العموم اللفظي، وهذا بعيد عن المعنى المقصود من تخصيص العلة.

ب. من يجعل العلة المنصوصة، إذا دخلها التخصيص جزئياً من العلة، وليست علة، وهذا لأن دخول التخصيص في الموضوع المعين، لا يدل على وهن العلة في كل موضع، ولا على أنها جزء علة، بل يدل على تقديم غيرها من العلل عليها، فالعلل يُقدَّم بعضها على بعض في الجزئية المعينة، كتقديم الدليل على الدليل في الموضوع المعين، ولا يدل على وهن الدليل المرجوح هنا مطلقاً<sup>(3)</sup>.

وكان نظر شيخ الإسلام لهذا الرأي منه مبني على مسلكين:

أ. توضيح معنى العلة، وأنها كالدليل قوة، وضعفاً، وأن صحتها لا تقتضي عموم ثبوتها في كل موضع، كما أن وهنها في بعض المواضع لا يدل على وهنها في كل موضع، قال ابن تيمية: "لفظ العلة يراد به العلة التامة، وهو مجموع ما يستلزم الحكم بحيث إذا وجد وُجد الحكم، ولا يتخلف عنه؛ فيدخل في لفظ العلة على هذا الاصطلاح: جبر العلة، وشروطها، وعدم المانع"<sup>(4)</sup>.

ب. النظر الفقهي في المسائل الفقهية المبنية على هذا الأصل، وحاول ابن تيمية هنا، بيان استواء الصورتين، وبالتالي التساوي في العلة، والحكم، وإما بيان وجوه الاختلاف بين الصور، وبالتالي الاختلاف في العلة والحكم وبالتالي لا يكون هناك داعي للاستحسان في الحالة الأولى؛ لصحة القياس، ولا داعي للاستحسان في الحالة الثانية، لثبوت الفرق المؤثر بين العلتين.

ويؤكد ابن تيمية على أن العلة المستنبطة، يظهر فسادها من خلال:

أ. مخالفة العلة للنص الشرعي الصحيح.

ب. افتقار العلة للمصدر المصحح لها.

وهذا ما لا يكون في العلة المنصوصة، ثم العلة المستنبطة تُنقض من جهة:

أ. لا دليل على تنصيص الشرع عليها، ولا دليل من العمومات الشرعية عليها.

ب. أن التعليل بها من باب المشابهة، التي وقعت للنظر، ولكن في حقيقة الأمر هي من باب الظن لا غير.

1- المعتمد، أبو الحسين البصري، 296/2.

2- الفصول، أبو بكر الرازي، 243/4.

3- الفتاوى الكبرى، ابن تيمية، 201/6.

4- مجموع الفتاوى، ابن تيمية، 356/21.

ت. عدم العلم أن مورد النص يختص بمعنى يوجب ثبوت الفرق بين الصور، فقد يجوز أن تكون العلة معنى آخر، أو تكون بعض علة، وبالتالي لا يكون الحكم الشرعي مفترقاً من جميع موارد ما قد يُظن أنه علة<sup>(1)</sup>.

### 3. الإنكار على توسع الفقهاء في القول بالنسخ:

إذا وقع نظر الكثير من الفقهاء في النصوص، وظهر ثبوت التعارض بين الحكمين، كان الكثير منهم يرون نسخ أحد النصين، وهذا كثير في الفروع الفقهية، وأخذ ابن تيمية هذا المسلك الفقهي، وذكر الكثير من الفروع التي بُنيت على هذا المسلك، ومنها:

1. وردت نصوص في إثبات القرعة، منها:

أ. عن النعمان بن بشير رضي الله عنهما: قال النبي صلى الله عليه وسلم: «مثل المدخن في حدود الله والواقع فيها، مثل قوم استهموا سفينة، فصار بعضهم في أسفلها و صار بعضهم في أعلاها»<sup>(2)</sup>.

ب. عن أم العلاء الأنصارية رضي الله عنها، قالت: «أن عثمان بن مظعون طار له سهمه في السكبي، حين أقرعت الأنصار سكبي المهاجرين»<sup>(3)</sup>.

ت. عن عائشة رضي الله عنها قالت: «كان رسول الله صلى الله عليه وسلم: إذا أراد سفراً أفرغ بين نسائه، فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه»<sup>(4)</sup>.

ث. عن أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول، ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه لاستهموا»<sup>(5)</sup>.

فذهب بعض الحنفية إلى إنكار القرعة، وأنها تشبه الأزام المنهي عنها شرعاً، قال الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمِيَّةٌ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبْعُ إِلَّا مَا ذَكَيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَمِ﴾ [المائدة: 3]، وأن هذه الآية متأخرة النزول فهي ناسخة لروايات إثبات القرعة<sup>(6)</sup>.

2. وردت الروايات في أمر النبي صلى الله عليه وسلم المأمومين بالصلاة جلوساً، إذا صلى الإمام جالساً، منها:

1- جامع المسائل، ابن تيمية، 186/2-187.

2- صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب القرعة في المشكلات، ج3، ص: 181، رقم: 2686.

3- صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب القرعة في المشكلات، ج3، ص: 181، رقم: 2687.

4- صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب القرعة في المشكلات، ج3، ص: 183، رقم: 2688.

5- صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب القرعة في المشكلات، ج3، ص: 181، رقم: 2689.

6- الجامع لأحكام القرآن، القرطي، 86/4؛ وفتح الباري، ابن حجر، 293/5.

أ. عن عائشة أم المؤمنين أنها قالت: «صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيته وهو شاك، فصلى جالساً، وصلى وراءه قوم قياماً، فأشار إليهم: أن اجلسوا. فلما انصرف قال: إنما جعل الإمام ليؤتم به؛ فإذا ركع فاركعوا، وإذا رفع فارفعوا، وإذا صلى جالساً فصلوا جلوساً»<sup>(1)</sup>.

ب. عن أنس بن مالك: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ركب فرساً فصرع عنه، فجحش شقه الأيمن، فصلى صلاة من الصلوات وهو قاعد، فصلينا وراءه قعوداً، فلما انصرف قال: إنما جعل الإمام ليؤتم به؛ فإذا صلى قائماً فصلوا قياماً، فإذا ركع فاركعوا، وإذا رفع فارفعوا، وإذا قال: سمع الله لمن حمده، فقولوا: ربنا ولك الحمد، وإذا صلى قائماً فصلوا قياماً، وإذا صلى جالساً فصلوا جلوساً أجمعون»<sup>(2)</sup>.

وعارض هذه الروايات صلاة النبي صلى الله عليه وسلم في مرض موته، مع أبي بكر جالساً، وأبو بكر والصحابة قائمون<sup>(3)</sup>، فقيل كان إماماً، وقيل كان مأموماً، فذهب المالكية، والشافعية، والحنفية، إلى نسخ روايات الأمر بالجلوس<sup>(4)</sup>.  
3. ورد النهي عن مس الشعر في العشر من ذي الحجة، عن أم سلمة: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : «إذا أراد أحدكم أن يضحى ودخل العشر فلا يأخذ من شعره ولا من بشرته شيئاً»<sup>(5)</sup>، وعورض ظاهره بحديث عائشة، قالت: «كنت أقتل قلائد الغنم للنبي صلى الله عليه وسلم، فيبعث بها، ثم يمكث حلالاً»<sup>(6)</sup>، فذهب ابن عباس وبعض التابعين إلى أن الحرم إذا أرسل هدياً، بقي محرماً حتى يُذبح، وعارضه من نسخ حديث أم سلمة بحديث عائشة، وسوى بين المضحي والمُهدي، كالمالكية والحنفية، وذهب غيرهم إلى الجمع بين النصين، وحملوا حديث أم سلمة على المضحي غير المُهدي، وحديث عائشة على المُهدي<sup>(7)</sup>.

4. وردت النص بقطع يد المرأة المخزومية، التي كانت تجحد العارية<sup>(8)</sup>، وعورض الحديث بحديث جابر قال صلى الله عليه وسلم: «ليس على الخائن قطع»<sup>(9)</sup>، فذهب أكثر الفقهاء على عدم قطع يدها، وجعلوا حديث جابر ناسخاً لحديث الخوارزمية، ووردت رواية عن أحمد بالقطع<sup>(10)</sup>.

1- صحيح البخاري، كتاب الأذان، باب إنما جعل الإمام ليؤتم به، ج1، رقم: 139، رقم: 688.

2- صحيح البخاري، كتاب الأذان، باب إنما جعل الإمام ليؤتم به، ج1، رقم: 139، رقم: 689.

3- صحيح البخاري، كتاب الأذان، باب إنما جعل الإمام ليؤتم به، ج1، رقم: 139، رقم: 687.

4- المغني، ابن قدامة، 61/3.

5- صحيح مسلم، كتاب الأضاحي، باب: بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث في أول الإسلام، ج3، ص: 1656، رقم: 1977.

6- صحيح البخاري، كتاب الحج، باب تقليد الغنم، ج2، ص: 170، رقم: 1703؛

7- شرح مسلم، النووي، 138/13؛ وفتح الباري، ابن حجر، 546/3، و 23/10.

8- صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب كراهة الشفاعة في الحدود، ج8، ص: 160، رقم: 6788؛

9- أبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب القطع في الخلسة، ج6، ص: 445، رقم: 4391، والترمذي في سننه، أبواب الحدود، باب ما جاء في الخائن، ج3، ص: 118، رقم: 1448، وقال: حسن صحيح

10- المغني، ابن قدامة، 417/12.

5. وردت النصوص الكثيرة في ثبوت العقوبات المالية، فقال ابن القيم: وقد جاءت السنة عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وعن أصحابه بذلك في مواضع:

منها: إباحته - صلى الله عليه وسلم - سلب الذي يصطاد في حرم المدينة لمن وجدته، ومثل: أمره - صلى الله عليه وسلم - بكسر دنان الخمر وشق ظروفها، ومثل: أمره لعبد الله بن عمرو بأن يحرق الثوبين المعصفرين، ومثل: أمره - صلى الله عليه وسلم - يوم خيبر - بكسر القدور التي طبخ فيها لحم الخمر الإنسية، ثم استأذنه في غسلها، فأذن لهم. فدل على جواز الأمرين، لأن العقوبة بالكسر لم تكن واجبة، ومثل: هدمه مسجد الضرار، ومثل: تحريق متاع الغال، ومثل: حرمان السلب الذي أساء على نائبه، ومثل: إضعاف الغرم على سارق ما لا قطع فيه من الثمر والكثرة، ومثل: إضعافه الغرم على كاتم الضالة، ومثل: أخذه شطر مال مانع الزكاة، عزمة من عزمات الرب تبارك وتعالى، ومثل: أمره لابس خاتم الذهب بطرحه، فطرحة، فلم يعرض له أحد، ومثل: قطع نخيل اليهود، إغاطة لهم" وعورضت هذه الروايات بأحاديث النهي عن إضاعة المال، وقيل بنسخها، وهذا مذهب جمهور الفقهاء<sup>(1)</sup>.

6. عن عمرو ابن شعيب، عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص، عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه سئل عن الثمر المعلق فقال: «من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه، ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه والعقوبة، ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن، فعليه القطع»<sup>(2)</sup>، فأثبت الحديث تضعيف الغرم والعقوبة على من خرج بشيء من أرض قوم، وعورض هذا الحكم من جمهور الفقهاء وقالوا هو منسوخ بقوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشوري: 40]، ولم يأخذ بظاهر الحديث سوى أحمد<sup>(3)</sup>.

7. كان من شروط النبي صلى الله عليه وسلم في صلح الحديبية، أن يرد أي مسلم يأتي إلى المدينة، ويسلمه لقريش<sup>(4)</sup>، وهذا الحكم رأي بعض الفقهاء معارضته، بقوله صلى الله عليه وسلم: «من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل»<sup>(5)</sup>، وأن ما وقع في قصة الحديبية فهو منسوخ<sup>(6)</sup>.

ووضّح ابن تيمية أن السبب الذي جعل جملة من الفقهاء يعارضون هذه الروايات، بعضها ببعض، ثم القول بنسخ بعضها، إنما هو راجع لجعل علة الحكم بين النصوص واحدة، ولكن الحكم مختلف، وبالتالي كان عليهم القول بنسخ أحد النصين، وإبقاء الآخر محكماً، وهذا المسلك لم يقتصر عندهم بالنسخ بل، بغيره، فقال: "وكثير مما يدعونه في النسخ لا يعلمون أنه قيل بعد المنسوخ. فهذا ونحوه من دفع النصوص البينة الصريحة بلفظ مجمل أو قياس هو مما كان ينكره أحمد وغيره، وكان أحمد يقول: "أكثر ما يخطئ الناس من جهة التأويل والقياس". وقال: "ينبغي للمتكلم في الفقه أن يجتنب

1- الطرق الحكمية، ابن القيم، 2/695.

2- أبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب ما لا قطع فيه، ج: 6، ص: 443، رقم: 4390.

3- المغني، ابن قدامة، 12/438.

4- صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب ما يجوز من الشروط، ج: 3، ص: 198، رقم: 2711.

5- صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب المكاتب، ج: 3، ص: 198، رقم: 2735.

6- المغني، ابن قدامة، 13/160.

هذين الأصلين: الجمل والقياس". ومراده أنه لا يعارض بهما ما ثبت بنص خاص، ولا يعمل بمجردهما قبل النظر في النصوص والأدلة الخاصة المقيدة. والمطلق يدخل في كلامه وكلام غيره من الأئمة كالشافعي وغيره في الجمل، لا يريدون بالجمل مالا يفهم معناه كما يظنه بعض الناس، ولا مالا يستقل بالدلالة، فإن هذا لا يجوز الاحتجاج به بحال<sup>(1)</sup>.

فيمكن تلخيص المعالم المذكورة في كلام ابن تيمية في ثلاثة أصول، وهي:

1. القول بتخصيص العلة على ما سبق تقريره.

ب. الأخذ بكل حديث فيما ورد فيه، دون القول بمعارضته للنصوص العامة، ثم استثناءه.

ت. القياس الصحيح لا يعارض الشرع الصريح.

وفرح ابن تيمية على هذه الأصول، مسألة الاستحسان، وهذا التفريع، معارض كل المعارضة لمن سبقه من الحنابلة، الذين أسسوا القول بالاستحسان على قاعدة "عدم معارضة النص الشرعي"، وقاعدة "العدول عن حكم شرعي لحكم أقوى منه"، بل الكثير منهم، كانوا لا يرون القول بجواز تخصيص العلة، كأبي يعلى، وابن عقيل، فأما ابن تيمية فكان نظره في هذه المسألة مبني على "تخصيص العلة"، والنظر في مسألتين مهمتين، وهما:

هل معارضة الدليل الأقوى للقياس سيؤدي إلى "نقض العلة"؟

هل الفقيه يحتاج إلى كل هذا الاستدلال، وأمامه النصوص الشرعية التي تكفيه؟

مع ترك ابن تيمية التوسع في "نقض العلة"، والتي ينظر إليها على أن نقضها يؤدي إلى تفريق ما جمعه الشرع، وجمع ما فرقه، ولهذا قال: "إذا جاء نصاب بحكمين مختلفين في صورتين وثم صور مسكوت عنها فهل يقال: القياس هو مقتضى أحد النصين؟ فما سكت عنه نلحقه به وإن لم نعرف المعنى الفارق بينه وبين الآخر. فهذا هو الاستحسان الذي تنوزع فيه، فكثير من الفقهاء يقول به، كأصحاب أبي حنيفة وكثير من أصحاب أحمد وغيرهم. وهذا هو الذي ذكره القاضي بقوله: "اعتراض النص على قياس الأصول". وهو في الحقيقة قول بتخصيص العلة<sup>(2)</sup>.

فأول نظر الفقيه يكون في قيام الدليل على التماثل والاستواء، أو الاختلاف والافتراق، أو لا يقوم على واحد منهما، فانتقاض العلة يوجب بطلانها قطعاً إذا لم تختص صورة النقض بفرق معنوي، فالشارع حكيم عادل لا يفرق بين المتماثلات، وهنا الأحوال ثلاثة:

أ. إن عُلم أن الشرع فرّق بين الصورتين، كان ذلك دليلاً على افتراقهما في نفس الأمر، وإن لم يُعلم ثبوت علة الفرق عندنا.

ب. إن عُلم أنه سَوَّى بين الصورتين، كان ذلك دليلاً على استوائهما في الحكم، وفي العلة.

ت. إن لم يُعلم لا هذا، ولا ذاك، لم يُجز أن يجمع ويسوّى بينهما، إلا بدليل يقتضي ذلك<sup>(3)</sup>.

1- جامع المسائل، ابن تيمية، 190/2.

2- المصدر السابق، 191/2.

3- المصدر السابق، 195/2.

وهذا النظر الأصولي أيده ابن تيمية بتفسير نص الإمام أحمد، في قوله بالاستحسان، فقال: "وأحمد قال بالاستحسان لأجل الفارق بين صورة الاستحسان وغيرها، وهذا من باب تخصيص العلة للفارق المؤثر، وهذا حق. وأنكر الاستحسان إذا خصت العلة من غير فارق مؤثر، ولذا قال: "يدعون القياس الذي هو حق عندهم، للاستحسان"، وهذا أيضا هو الاستحسان الذي أنكره الشافعي وغيره، وهو منكر كما أنكره. فإن هذا الاستحسان وما عدل عنه من القياس المخالف له يقتضي فرقا، وجمعا، بين الصورتين بلا دليل شرعي، بل بالرأي الذي لا يستند إلى بيان الله ورسوله وأمر الله ورسوله، فهو ليس له وضع الشرع أبدا<sup>(1)</sup>.

وناقش ابن تيمية علة إنكار الكثير من الشافعية، والحنابلة، للاستحسان، وسبب توهينهم له، وأرجع ذلك، لسببين، هما:

1. أن الكثير من الاستحسانات التي حُصصت من قياسات، وقع معارضتها لقياسات أخرى أصح.

2. أن الكثير من الاستحسانات كانت دون بيان الفرق المؤثر بين المتماثلات.

والصواب عند ابن تيمية أنه لا تعارض بين القياس الصحيح، والاستحسان الصحيح، وإلا فعند التعارض يلزم بطلان أحدهما، فإن لم يكن بين الصورة المخصوصة وغيرها فرق، لزم التسوية، وحينئذ فإما أن تكون العلة باطلة، وإما أن يكون تخصيص تلك الصورة بالاستحسان باطلاً، وهذا التقرير قال فيه ابن تيمية: "هذا هو الصواب"<sup>(2)</sup>.

وبسبب إثبات الاستحسان دون النظر إلى "تخصيص العلة"، فقد وقع الكثير في إنكار صحة القياس الذي خالفوه لأجل الاستحسان، وتارة في إنكار مخالفة القياس الصحيح لأجل الاستحسان الذي ليس له دليل شرعي عندهم، وتارة ينكرون صحة الاثنين معا، فلا يكون القياس صحيحا، ولا يكون ما خالفوه لأجله صحيحا، بل كلا الحججتين ضعيفة، فقال ابن تيمية: "وإنكار هذا كثير في كلام هؤلاء"<sup>(3)</sup>.

1- المصدر السابق، 2/196.

2- المصدر السابق، 2/202.

3- المصدر السابق، 2/205.

## المبحث الثالث:

## مناقشة ابن تيمية للتخریجات الفقهية الحنبلية المبنية على الاستحسان

ناقش ابن تيمية الكثير من المسائل الفقهية التي بناها الحنابلة على مسألة الاستحسان، وحاول في مناقشته هذه، بيان أن الكثير منها يمكن تخريجه على القياس الصحيح، وأن تخريجها على الاستحسان بعيد، وأن الكثير من القياسات الصحيحة الموافقة للعلل المنصوصة في الكتاب والسنة، قد تم تجاوزها من الكثير؛ لأجل استحسانات ضعيفة المأخذ. ومن هذه الفروع الفقهية، ما يلي:

## 1. المسألة الأولى: التيمم لكل صلاة:

- اختلف الفقهاء في حكم إعادة التيمم لكل صلاة، على قولين، هما:
1. إعادة التيمم، لكل صلاة: وهي الرواية المشهورة عن أحمد<sup>(1)</sup>، وقول بعض الصحابة:
    - علي بن أبي طالب<sup>(2)</sup>، وفي سننه الحارث بن عبد الله الأعور، وهو ضعيف<sup>(3)</sup>.
    - عبد الله بن عمر<sup>(4)</sup>، وفي سننه عامر الأحول، وهو سيء الحفظ<sup>(5)</sup>.
    - عبد الله بن عباس<sup>(6)</sup>، وفي سننه الحسن بن عمارة، وهو متروك<sup>(7)</sup>.
    - عمرو بن العاص<sup>(8)</sup>، وسنده منقطع، فقتادة وعامر الأحول لم يسمعا من عمرو<sup>(9)</sup>.

1- المغني، ابن قدامة، 341/1.

2- ابن أبي شيبة في المصنف، كتاب الطهارة، باب في التيمم كم يصلي، ج2، ص: 342، رقم: 1707.

3- تقريب التهذيب، ابن حجر، ص: 146.

4- ابن المنذر في الأوسط، كتاب التيمم، باب ذكر التيمم لكل صلاة، ج2، ص: 57، رقم: 551.

5- تقريب التهذيب، ابن حجر، ص: 288.

6- عبد الرزاق في المصنف، كتاب الطهارة، باب كم يصلي بتيمم واحد، ج1، ص: 472، رقم: 860-861.

7- تقريب التهذيب، ابن حجر، ص: 162.

8- عبد الرزاق في المصنف، كتاب الطهارة، باب كم يصلي بتيمم واحد، ج1، ص: 472، رقم: 863.

9- جامع التحصيل، العلائي، ص: 255؛ قال الحافظ: فيه إرسال شديد، التلخيص الحبير، 1/155.

وهو قول إبراهيم النخعي<sup>(1)</sup>، وقتادة<sup>(2)</sup>، وعامر الشعبي<sup>(3)</sup>، ومكحول الدمشقي<sup>(4)</sup>، وهو الذي اختاره، ربعة الرأي، ويحيى بن سعيد الأنصاري، والليث بن سعد<sup>(5)</sup>، وهو قول مالك بن أنس<sup>(6)</sup>، والشافعي<sup>(7)</sup>، وإسحاق ابن راهويه<sup>(8)</sup>.

2. ليس عليه الإعادة ما لم يحدث: وهو قول سعيد بن المسيب<sup>(9)</sup>، والحسن البصري<sup>(10)</sup>، وعطاء بن أبي رباح<sup>(11)</sup>، والزهري<sup>(12)</sup>، وهو قول سفيان الثوري، ويزيد بن هارون<sup>(13)</sup>، وأبي حنيفة<sup>(14)</sup>، والظاهرية<sup>(15)</sup>، وروي عن ابن عباس كذلك<sup>(16)</sup>، وفي سننه أبي عمر، وهو: النضر بن عبد الرحمن، وهو متروك<sup>(17)</sup>.

ونصر ابن تيمية القول الثاني، وهو الذي استحسنته الإمام أحمد، فروى الميموني، عن أحمد قال: "إنه ليعجبني أن يتيمم لكل صلاة، ولكن القياس أنه بمنزلة الطهارة حتى يجد الماء، أو يحدث"<sup>(18)</sup>، وكان القياس الصحيح موافقاً للاستحسان عند ابن تيمية، من جهات، هي:

1. يجعل التيميم بدلاً، عن الماء في كل أحكامه، بدلالة النصوص الشرعية:

- قال الله تعالى: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ﴾

[المائدة: 6].

- عن أبي ذر الغفاري، قال صلى الله عليه وسلم: «الصعيد الطيب طهور المسلم ولو لم يجد الماء عشر سنين»<sup>(19)</sup>.

- 1- عبد الرزاق في المصنف، كتاب الطهارة، باب كم يصلي بتيمم واحد، ج1، ص: 472، رقم: 862.
- 2- عبد الرزاق في المصنف، كتاب الطهارة، باب كم يصلي بتيمم واحد، ج1، ص: 472، رقم: 863.
- 3- ابن أبي شيبة في المصنف، كتاب الطهارة، باب في التيمم كم يصلي، ج2، ص: 342، 1708.
- 4- ابن أبي شيبة، في المصنف، كتاب الطهارة، باب في التيمم كم يصلي، ج2، ص: 342، رقم: 1712.
- 5- الأوسط، ابن المنذر، 57/2.
- 6- مواهب الجليل، خطاب، 346/1.
- 7- المجموع، النووي، 295/2.
- 8- الأوسط، ابن المنذر، 57/2.
- 9- عبد الرزاق في المصنف، كتاب الطهارة، باب كم يصلي بتيمم واحد، ج1، ص: 472، رقم: 865.
- 10- عبد الرزاق في المصنف، كتاب الطهارة، باب كم يصلي بتيمم واحد، ج1، ص: 472، رقم: 865.
- 11- ابن أبي شيبة في المصنف، كتاب الطهارة، باب في التيمم كم يصلي، ج2، ص: 342، 1710.
- 12- عبد الرزاق في المصنف، كتاب الطهارة، باب كم يصلي بتيمم واحد، ج1، ص: 472، رقم: 864.
- 13- الأوسط، ابن المنذر، 58/2.
- 14- بدائع الصنائع، الكاساني، 56/1.
- 15- المحلى، ابن حزم، 128/2.
- 16- ابن المنذر في الأوسط، كتاب التيمم، باب ذكر التيمم لكل صلاة، ج2، ص: 57، رقم: 554.
- 17- تقريب التهذيب، ابن حجر، ص: 562.
- 18- المغني، ابن قدامة، 313/1.
- 19- أبو داود في سننه، كتاب الطهارة، باب الجنب يتيمم، ج1، ص: 246، رقم: 332، الترمذي في سننه، أبواب الطهارة، باب: التيمم للجنب إذا لم يجد الماء، ج1، ص: 165، رقم: 124؛ وقال: حسن صحيح.

- عن جابر بن عبد الله، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً»<sup>(1)</sup>. فتسمية الشارع للتيميم طهوراً، دلالة على أنه كالماء في الحكم.

2. بضعف آثار الصحابة التي استدلت بها أصحاب القول الأول، فقال ابن المنذر: "أما حديث علي وابن عباس فغير ثابت عنهما وحديث ابن عمر أحسنها إسناداً"<sup>(2)</sup>، وقال ابن تيمية: "وهي ضعيفة، وعنهم ما يخالفها"<sup>(3)</sup>، ومثلهم ابن الترمذاني<sup>(4)</sup>، وابن حجر<sup>(5)</sup>.

3. عارض الجمهور هذا القياس بأن التيميم مبيح للعبادة، وليس رافعاً لها، لأجل أن النبي صلى الله عليه وسلم وصف عمرو بن العاص، بعد صلاته بأصحابه، بأنه جنب، فقال: «يا عمرو، صليت بأصحابك وأنت جنب؟»<sup>(6)</sup>. لكن هذا الاعتراض ناقشه ابن تيمية مبيناً ضعفه، من جهة أن الحدث ليس أمراً محسوساً كطهارة الجنب، بل هو أمرٌ معنوي مانع من الصلاة، فقال:

"إن قالوا: هو مانع، لكنه لا يمنع مع التيميم، فللمانع الذي لا يمنع ليس بمانع.

فإن قيل: هو يمنع إذا قدر على استعمال الماء، قيل: هو حينئذ! يوجد المانع.

فإن قالوا كيف يعود المانع من غير تجدد حدث؟، قيل: كما عاد الحاضر من غير تجدد حذب، فالحاضر للصلاة هو المانع، والمبيح لها هو الرفع لهذا المانع.

فإن قيل: أباحها إلى حين القدرة على استعمال الماء، قيل: وأزال المانع إلى حين القدرة، فكما يقال: أباح إباحة موقته، يقال: إنه رفع رفعاً موقتاً.

وإن قالوا: نحن لا نقبل إلا ما يرفع مطلقاً كالماء قيل: ولا نقبل إلا ما يبيح مطلقاً كالماء... فإن قيل: الصلاة بالتيميم رخصة كأكل الميتة في المخمصة، والرخصة استباحة المحظور مع قيام الحاضر ومنع المانع، فلو بقي مانعاً لم تجز الصلاة. فعلم زوال المانع... قيل: هذا قياس فاسد، وذلك أنه أكل الميتة لم يتغير، لكن تغير حال الأكل، وهنا ليس إلا المحدث الذي كانت الصلاة محرمة عليه، ثم صارت واجبة عليه أو جائزة بالتيميم، فلو لم يتغير حاله بالتيميم لما جازت صلاته، وليس هنا إلا الحدث في الشرع، فأبيحت له الصلاة في حال، وحرمت عليه في حالي، مع تسميته في حال الإباحة منطهراً، وجعل التراب طهوراً كما جعل الماء طهوراً"<sup>(7)</sup>، وبمثل هذه المناقشة، جعل ابن تيمية القياس الصحيح بكون التيميم رافعاً للجنابة في حال التيميم.

1- البخاري في صحيحه، كتاب التيميم، باب التيميم، ج: 1، ص: 74، رقم: 335.

2- الأوسط، ابن المنذر، 58/2.

3- جامع المسائل، ابن تيمية، 209/2.

4- الجوهر النقي، ابن الترمذاني، 221/1.

5- التلخيص الحبير، ابن حجر، 155/1.

6- علقه البخاري في الصحيح، 454/1؛ ووصله أبو داود في سننه، كتاب التيميم، باب إذا خاف الجنب التيميم، ج: 1، ص: 249، رقم: 334.

7- جامع المسائل، ابن تيمية، 211/2-212.

ثم جعل ابن تيمية حديث عمرو بن العاص، من باب الاستفهام، لا الإخبار، فلما أخبر الرسول صلى الله عليه وسلم أنه تيمم لخشية البرد، تبين أنه لم يكن جنباً، فأقره النبي صلى الله عليه وسلم، وإلا فلو كان المراد الخبر وهو قد صلى مع الجنابة لما سأله. وإن كانت الجنابة مانعة من الصلاة مطلقاً لم يقبل عذره. وهو لم يقل له: "أصليت وأنت جنب بلا تيمم"، ليكون قد استفهمه عن حال التحريم، بل أطلق الصلاة مع الجنابة<sup>(1)</sup>.

وبهذا التقرير من ابن تيمية، كان كلام الإمام أحمد، بذكر القياس الصحيح، الموافق للاستحسان، صحيحاً، دون معارضة النصوص بنقض العلة، ثم ذكر نصوص من آثار الصحابة- مع ضعف الكثير منها- للخروج باستحسان إعادة التيمم لكل صلاة، ولذا قال ابن تيمية: "فقد تبين هنا أن القياس هو الصحيح، دون الاستحسان الذي يناقضه، وتخصيص العلة، وهو كون هذا بدلاً طهوراً مبيحاً يقوم مقام الماء عند تعذره في جميع أحكامه، ثم يخص الأحكام من حكم البدلية والظهوري والإباحة"<sup>(2)</sup>.

## 2. المسألة الثانية: المضارب إذا خالف صاحب المال:

اختلف الفقهاء في المضارب إذا خالف صاحب المال، فاشتري غير ما أمر به، فهل الربح له، أو لصاحب المال: أ. الربح لصاحب المال: وهو مذهب أبي قلابة الجرمي، ونافع مولى ابن عمر، وأحمد، وابن راهويه<sup>(3)</sup>.

ب. الربح على ما اشترط عليه: وهو مذهب إياس بن معاوية، ومالك بن أنس<sup>(4)</sup>.

ت. الربح للمضارب، ويتصدق بالفضل: وهو مذهب أبي حنيفة<sup>(5)</sup>.

هذه أشهر الأقوال، وفيه ثلاثة أقوال أخرى ذكرها ابن المنذر<sup>(6)</sup>.

وأصل المسألة أن المضارب هل يستحق قسط المثل في الربح، أو أجرة المثل؟ وهذا بناء على أنه في عمله في المضاربة، هل هو شريك، أو أجير؟، فعلى أنه شريك فهو مستحق لقسط المثل في الربح، وعلى أنه أجير فهو يستحق أجرة المثل. ومذهب أحمد كون المضارب شريكاً، لا مؤجراً بأجرة معلومة<sup>(7)</sup>، ولهذا صوّب ابن تيمية مذهب أبي حنيفة في هذه المسألة، وأما الآخرون، فجعلوا المضاربة من باب الإجارة، ثم ذكروا أنها تخالف القياس الصحيح، ثم استحسنا من باب رفع الحرج جوازها.

1- المصدر السابق، 213/2.

2- المصدر السابق، 213/2.

3- الإشراف على منازل الاشراف، ابن المنذر، 105/6.

4- المصدر السابق، 105/6.

5- المبسوط، السرخسي، 48/22؛ والمغني، ابن قدامة، 162/7.

6- الإشراف على منازل الاشراف، ابن المنذر، 150/6.

7- جامع المسائل، ابن تيمية، 214/2.

ثم المضارب عند أبي حنيفة إذا خالف صاحب المال، فهو كالفضولي، والفضولي يبعه موقوف على إجازة صاحبه عند جمهور لفقهاء، من الحنفية<sup>(1)</sup>، والمالكية<sup>(2)</sup>، والشافعي في القديم<sup>(3)</sup>، ورواية عن أحمد<sup>(4)</sup>، وعورضوا ممن جعله يبع باطلاً، وهو المعتمد عند الشافعي في الجديد<sup>(5)</sup>، والرواية المشهورة عن أحمد<sup>(6)</sup>، وعلى هذا الأصل عند أبي حنيفة رجوع عمل المضارب إلى صاحب المال، فإن قَبِلَ بالمعاملة صار البيع صحيحاً، وللمضارب قسط من الربح عليها. وجاء عن الإمام أحمد استحسان ما ذهب إليه أبو حنيفة، فقال صالح بن أحمد: "سألته عن المضارب إذا خالف، قال: "بمنزلة الوديعة، عليه الضمان، والربح لرب المال إذا خالف، إلا أن المضارب أعجب إلي أن يعطى بقدر ما عمل"<sup>(7)</sup>، ونقله أبو يعلى بلفظ: "وكنتم أذهب إلى أن الربح لصاحب المال، ثم استحسنت"<sup>(8)</sup>، وجعلها ابن تيمية من باب رجوع أحمد عن قوله المشهور عنه هنا، وكان هذا الاستحسان مبني على أمرين:

أ. موافقته للقياس الصحيح، فالمضارب شريك في مال صاحب المال، ومعاملته بغير إذنه تابعة لإذنه، فإن أذن بها، كان للمضارب قسط من الربح.

ب. أن هذا ما عليه عمل الصحابة، فلما أقرض أبو موسى الأشعري ابنه من مال الفيء مائتي ألف درهم وخصهما بها دون سائر المسلمين، فرأى عمر بن الخطاب أن ذلك محاباة خاصة وأن الربح كان كثيراً بلغ به المال ثمانمائة ألف درهم، فأمرهما أن يدفعا المال ويرجحه إلى بيت المال، فقال له ابنه عبد الله: إن هذا لا يحل لك؛ فإن المال لو خسر وتلف كان ذلك من ضماننا فلماذا تجعل علينا الضمان ولا تجعل لنا الربح؟ فتوقف عمر. فقال له بعض الصحابة: نجعله مضاربة بينهم وبين المسلمين: لهما نصف الربح وللمسلمين نصف الربح فعمل به عمر، فقال ابن تيمية: "هذا مما اعتمد عليه الفقهاء في المضاربة وهو الذي استقر عليه قضاء عمر بن الخطاب ووافقوه عليه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو العدل؛ فإن النماء حصل بمال هذا وعمل هذا فلا يختص أحدهما بالربح ولا تجب عليهم الصدقة بالنماء؛ فإن الحق لهما لا يعدوهما؛ بل يجعل الربح بينهما كما لو كانا مشتركين شركة مضاربة"<sup>(9)</sup>، وبهذا استظهر ابن تيمية موافقة استحسان الإمام أحمد، وأنه موافق للقياس الصحيح، ولا تعارض بينهما.

### 3. المسألة الثالثة: الغاصب إذا تصرف في المغصوب بما يُزيل اسمه، ووصفه:

1- بدائع الصنائع، الكاساني، 150/5.

2- مواهب الجليل، خطاب، 270/4.

3- المجموع شرح المهذب، النووي، 260/9.

4- الانصاف، المرادوي، 283/4.

5- المجموع شرح المهذب، النووي، 260/9.

6- الانصاف، المرادوي، 283/4.

7- المسائل، صالح بن أحمد، 448/1.

8- العدة، أبو يعلى، 1604/5.

9- مجموع الفتاوى، ابن تيمية، 323/30.

اختلف الفقهاء في حكم الغاصب إذا غصب شيئاً، فأزال اسمه ووصفه، كغصب القمح وطحنه، وغصب اللباس وإعادة نسجه، على ثلاثة أقوال:

أ. كل ذلك للمالك: وهو مذهب الشافعي<sup>(1)</sup>.

ب. هو ملك للغاصب، وعليه بدله الأصلي، وهو مذهب أبي حنيفة<sup>(2)</sup>.

ت. يخير المالك فيه، وهو مذهب مالك<sup>(3)</sup>.

وعن أحمد ثلاثة روايات يمثل هذه الأقوال الثلاثة، لكن الرواية الموافقة لقول مالك، غير مشهورة<sup>(4)</sup>، ولهذا لم يذكرها ابن قدامة<sup>(5)</sup>، ولكن نصرها ابن تيمية، وجعلها موافقة للقياس والاستحسان الصحيحان، وحجته في ذلك:

أ. الأصل أن التصرفات موقوفة، على ملك صاحبها، فما رضي به كان له ذلك.

ب. الواجب إزالة الظلم بالعدل، لا بظلم آخر، فكونه ظالماً، يظهر في تضمينه لحقه، لا في أن يؤخذ أثر عمل غيره، فيعطي لصاحب الأصل بلا عوض، فإن هذا ظلم له.

ت. عن رافع بن خديج: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : «من زرع في أرض قوم بغير إذنه، فليس له من الزرع شيء، وله نفقته»<sup>(6)</sup>، وهذا النص يوافق القياس في كون الزرع بين الغاصب والمغصوب من باب المزارعة، أو يكون لرب الأرض. وقال ابن تيمية: "الزرع في الأرض كالحمل في البطن، وإلقاء البذر كإلقاء المني، ولو وطئ ذكر أنثى، كان الحمل لملك الأنثى دون ملك الذكر، وهذا اختيار ابن عقيل وغيره. لكن المني لا يقوم، بخلاف الزرع، فلهذا جعل له نفقته"<sup>(7)</sup>، فهذا هو القياس الصحيح، وأما من ذهب إلى أن هذا يعارض القياس من جهة جعل الزرع لزراعته، كما قال القاضي أبو يعلى<sup>(8)</sup>، فهو ضعيف عند ابن تيمية، فليس عنده تعارض بين النص والقياس الصحيح في كون الزرع لرب الأرض. وعلى هذا صحح ابن تيمية قول الإمام أحمد: "الزرع لرب الأرض، وعليه النفقة، وليس هذا بشيء يوافق القياس، استحسنت أن يدفع إليه نفقته"<sup>(9)</sup>، فجعل أحمد الزرع لرب الأرض، لكن حكم بوجود نفقة الزرع عليه لتعطي للغاصب، لأن الغاصب ليس كالمضارب عمل مجانا، بل هو غاصب من جهة، وشريك من جهة أخرى، لأنه شارك في الأرض ببذره، فكان الاستحسان أن يعطى له نفقته، وهذا الاستحسان من أحمد، موافق للقياس الصحيح عنده، ولد

1- الحاوي الكبير، الماوردي، 167/7.

2- بدائع الصنائع، الكاساني، 162/7.

3- مواهب الجليل، حطاب، 279/5.

4- الإنصاف، المرادوي، 142/15.

5- المغني، ابن قدامة، 378/7.

6- أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب إذا زرع الرجل في الأرض بغير إذن صاحبها: ج5، ص282، رقم: 3403؛ والترمذي في سننه، أبواب الأحكام، باب ما جاء في زرع في أرض قوم بغير إذنه، ج3، ص: 41، رقم 1366، وقال: حسن غريب.

7- جامع المسائل، ابن تيمية، 220/2.

8- العدة، أبو يعلى، 1608/5.

9- المصدر السابق، 1605/5.

كان رأي ابن تيمية، أن هذا الاستحسان لم ينقض قياساً، ولم يعارض نصاً بل كان موافقاً للنص الصحيح، والقياس والاستحسان الصحيح.

#### 4. المسألة الرابعة: التفريق بين شراء أرض السواد<sup>(1)</sup>، وبيعها:

- اختلف الفقهاء في حكم بيع أرض الخراج - ومنها أرض السواد-، على أربعة أقوال هي:
- أ. يجوز أن تباع، وتوهب، وتورث، وتؤجر، وهو مذهب الحنفية<sup>(2)</sup>.
- ب. لا يجوز بيع ما فُتح عنوة، بخلاف ما فُتح صلحاً، وهو مذهب المالكية<sup>(3)</sup>.
- ت. يجوز تأجير ما فُتح عنوة، دون بيعها، وهو مذهب الشافعية<sup>(4)</sup>.

واستحسن الإمام أحمد جواز شراء أرض السواد، مع كراهة بيعها، وهذا استحساناً لأصل تفريق الصحابة بين جواز شراء المصاحف، وكراهة بيعها، فقال: "رخصوا في شري المصاحف، وكرهوا بيعها"، فقال أبو يعلى: "هذا يشبه ذلك"<sup>(5)</sup>، وعلل ابن قدامة ذلك فقال: "لأن بعض الصحابة اشترى، ولم يسمع عنهما البيع، ولأن الشراء استخلاص للأرض، فيقوم فيها مقام من كانت في يده، والبيع أخذ عوض عن ما لا يملكه ولا يستحقه، فلا يجوز"<sup>(6)</sup>.

ونصر ابن تيمية هذا القول، وذكر ما يشهد له:

أ. العلة موجودة في البيع دون الشراء، فالمشترى راغب في المصحف، معظّم له، باذلّ فيه ماله، والبائع معتاض عنه بالمال، والشرع يفرق بين هذا وهذا، كما فرق بين المعطي والآخذ في إعطاء المؤلفة قلوبهم بين المعطي والآخذ، وافتداء الأسير.

ب. إبدال المصحف بأخر جائز عند أحمد في إحدى الروايتين، وظاهر مذهبه أنه إذا بيع واشترى بثمنه فإن هذا من جنس الإبدال، ففيه صرف نفعه لنظير المستحق إذا تعذر صرفه إلى عينه<sup>(7)</sup>.

ت. من منع بيع وشراء أرض السواد، علّل ذلك بكونها أرض وقف، وبيع الوقف لا يجوز<sup>(8)</sup>، لكن هذا الأصل، غير صحيح هنا؛ لأن أرض السواد تورث وتوهب، بل خلافهم في الأراضي، دون المساكن، فقال أبو عبيد: "إنما كان اختلافهم في الأرضين المغلة، التي يلزمها الخراج من ذات المزارع، والشجر، فأما المساكن، والدور بأرض السواد، فما علمنا أحداً كره شراءها، وحيازتها، وسكنها، قد اقتسمت الكوفة خططاً في زمن عمر، وهو أذن في ذلك، ونزلها من كبار أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، وكان منهم سعد بن أبي وقاص، وعبد الله بن مسعود، وعمار، وحذيفة، وسلمان، وخباب،

1- هي الأرض عند دجلة والفرات، وسميت سواد لشدة اخضرارها لكثرة الماء.

2- بدائع الصنائع، الكاساني، 5/146.

3- المنتقى شرح الموطأ، الباجي، 3/223.

4- منهاج الطالبين، النووي، 1/138.

5- العدة، أبو يعلى، 5/1605.

6- المغني، ابن قدامة، 4/193.

7- مجموع الفتاوى، ابن تيمية، 31/212.

8- المغني، ابن قدامة، 4/192.

وأبو مسعود، وغيرهم، ثم قدمها علي عليه السلام، فيمن معه من الصحابة فأقام بها خلافته كلها، ثم كان التابعون بعد بها، فما بلغنا أن أحداً منهم ارتاب بها، ولا كان في نفسه منها شيء بحمد الله ونعمته، وكذلك سائر السواد، والحديث في هذا أكثر من أن يحصى<sup>(1)</sup>، فافترقا في الحكم، ولم يصح قياس أحدهما على الآخر.

ث. بيّن ابن تيمية علة كراهة شراء أرض السّودّ، فقال: "الصحابة الذين كرهوا شراها إنما كرهوه لدخول المسلم في خراج أهل الذمة، أو إبطال حق المسلمين به، فإن المشتري إن أدى الخراج - وهو جزية - فقد التزم الصغار، وإن لم يؤده أبطل حق المسلمين، فلذا كره ذلك عمر وغيره من الصحابة، ونهوا عن الشرى"<sup>(2)</sup>.

وأما البيع ففيه نفع للمسلمين من جهة أن أرض السّودّ كانت في بداية الفتح بيد أهل الذمة؛ لئلا يشتغل المسلمون بالفلاحة عن الجهاد، فلما كثر المسلمون، وصار أكثرهم غير مجاهدين، صار أداؤهم الخراج أنفع لعموم المسلمين من كونها بأيدي أهل الذمة، وهذا الحكم عند ابن تيمية غير مختص بالأرض الخراجية، فرأى النبي - صلى الله عليه وسلم - سكة فقال: "ما دخلت هذه دار قويم إلا دخلها الذل"<sup>(3)</sup>، فكان الشرع ينهى عن الاشتغال عن الجهاد في بداية الإسلام<sup>(4)</sup>. وبهذا التقرير بيّن ابن تيمية أن تفريق أحمد بين الشراء والبيع في المصاحف، هو الذي يقاس عليه في حكم شراء وبيع أرض السّودّ، لصحة القياس، وقوة العلة الجامعة بين الشراء والبيع لاختلاف أحوال الناس، وتحقيق المصالح والمقاصد الشرعية للأمة.

#### 5. المسألة الخامسة: قبول شهادة أهل الذمة في الوصية في السفر

اختلف الفقهاء في حكم شهادة أهل الذمة في قوله تعالى: ﴿ شَهَدَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصْبَحْتُمْ مَصِيبَةً الْمَوْتِ ﴾ [المائدة: 106]، على ثلاثة أقوال:

أ. أنها منسوخة بقوله تعالى: ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ ﴾ [الطلاق: 2]، وهو مذهب مالك بن أنس.

ب. أنها محكمة غير منسوخة، لكنها في أهل الإسلام، دون غيرهم من أهل الملل، وهو قول الشافعي.

ت. أنها محكمة غير منسوخة، وهي في شهادة أهل الذمة في السفر، وهو قول أحمد<sup>(5)</sup>.

ونصر ابن تيمية مذهب أحمد من جهات متعددة، هي:

أ. لم يرد أي نص من القرآن والسنة على عموم منع شهادة أهل الذمة على المسلمين، فوجب الأخذ بظاهر الآية، ويكون حكمها خاصاً، لا يعارض أي حكم آخر.

1- تاريخ بغداد، الخطيب، 20/1.

2- جامع المسائل، ابن تيمية، 224/2.

3- البخاري في صحيحه، كتاب الحرب، باب ما يحذر من عواقب الاشتغال بألة الزرع، ج3، ص: 103، رقم: 2321.

4- جامع المسائل، ابن تيمية، 224/2.

5- الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، 349/6-350.

ب. إذا تعذر إشهداه المسلمين في السفر، فليس في القرآن ما يدل على منع شهادة أهل الذمة على المسلمين، وعليه فلا يوجد قياس يخالف هذه الآية، وقد عمل بظاهر الآية الكثير من الصحابة والتابعين، فقال القرطبي: " وهو الأشبه بسياق الآية، مع ما تقرر من الأحاديث. وهو قول ثلاثة من الصحابة الذين شاهدوا التنزيل، أبو موسى الأشعري وعبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عباس" (1).

ت. باب الشهادات مبني على الفرق بين حال القدرة وحال العجز، ولهذا قبلت شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال. وكذا في الجراح إذا اجتمعن ولم يكن عندهن رجال، مثل اجتماعهن في الحمامات والأعراس، وقال ابن تيمية: "وهو الصواب" (2)، فحال السفر مثل ذلك، ويكون قياس هذا على ذلك هو القياس الصحيح. وهذا المثال ذكره أبو يعلى في بيان صحة الاستحسان بالقرآن (3)، فقصد ابن تيمية بيان أنه لا حاجة للاستحسان هنا، فالقياس الصحيح لا يعارضه شيء، وهو يدل على صحة الأخذ بظاهر الآية، وأن معارضة القياس بآخر، ثم استحسان الحكم بقياس آخر بعيد عن مقصد الشرع.

#### 6. المسألة السادسة: من نذر ذبح ولده أو نفسه:

اختلف الفقهاء في نذر ذبح ولده أو نفسه:

أ. عليه كفارة اليمين، وهي الرواية المشهورة عن أحمد (4).

ب. قال عطاء بن أبي رباح: أن رجلا جاء ابن عباس، فقال: نذرت لأخون نفسي، فقال ابن عباس: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾ [الأحزاب: 21]، ثم تلا: ﴿وَقَدَيْنَهُ بِذَبْحٍ عَظِيمٍ﴾ [الصفوات: 107]، ثم أمره بذبح كبش (5)، وهو قول أبي حنيفة (6)، ورواية عن أحمد.

ت. ليس عليه شيء، لأنه نذر محرم، فلا كفارة عليه، ولا وفاء، وهو مذهب الشافعية (7).

ث. ومن نذر أن ينحر ابنه ولم يقل عند مقام إبراهيم، فلا شيء عليه، ومن جعل ابنه هديا أهدي عنه، وهو قول مالك بن أنس (8).

1- المصدر السابق، 349/6.

2- جامع الرسائل، ابن تيمية، 228/2.

3- العدة، 1608/5.

4- المغني، ابن قدامة، 476/13.

5- عبد الرزاق في المصنف، كتاب النذور، باب من نذر أن ينحر نفسه، ج: 8، ص: 281، رقم: 17064.

6- الرد المختار على الدر المختار، ابن عابدين، 739/3.

7- المجموع شرح المهذب، النووي، 453/8.

8- الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، 111/15.

وذهب أحمد في رواية عنه لاتباع ما ثبت عن ابن عباس<sup>(1)</sup>، وهو مقتضى القياس والنص، حتى قال ابن تيمية: "وهذا أصح الروايات عن أحمد، وهو الذي يصرح به في مواضع.. وذلك لأن من نذر نذرا فعليه المنذور أو بدله في الشرع، وهنا لما تعذر المنذور انتقل إلى البدل الشرعي، وهو الكبش، كما في نظائره، فليس هنا ما يخالف القياس الصحيح"<sup>(2)</sup>. وهذا المثل ذكره أبو يعلى لبيان أن المخصوص من جملة القياس يُقاس عليه، ويُقاس على غيره، وكل هذا يعارضه ابن تيمية، لأجل أن أحمد، لم يخص نصاً بالقياس، ولم يقص على ذلك المخصوص، بل ذهب لاتباع ظاهر النصوص، وكان القياس موافقاً له، في أن النذر يحتاج إلى الوفاء به، ولما تعذر الوفاء به لحرمة ذبح الابن، انتقل إلى البديل، ونص القرآن على البديل في قصة الخليل عليه الصلاة والسلام، مع متابعة قول الصحابي، كل هذا يؤيد صحة ما ذهب إليه ابن تيمية في تعقبه لأبي يعلى.

وبعد مناقشة كل هذه الفروع الفقهية من ابن تيمية، يصح قوله: "تدبرت عامة هذه المواضع التي يدعي من يدعي فيها من الناس أنها تثبت على خلاف القياس الصحيح، أو أن العلة الشرعية الصحيحة خضت بلا فرق شرعي من فوات شرط أو وجود مانع، أو أن الاستحسان الصحيح يكون على خلاف القياس الصحيح من غير فرق شرعي، فوجدت الأمر بخلاف ذلك"<sup>(3)</sup>.

### الخاتمة:

بعد تمام هذه الدراسة الأصولية، يُمكن الخروج بالنتائج الآتية:

1. أن الحنابلة اختلفوا في تعريف الاستحسان على أربعة أقوال، والخلاف بينهما لفظي، وكلها يدور على معنى "العدول عن القياس الصحيح إلى قياس آخر، بدليل شرعي".
2. نُقل عن الإمام أحمد في الاستحسان، روايتان، أشهرهما رواية الجواز، وهي التي أخذ بها كبار علماء المذهب.
3. كان مرجع الحنابلة في ذكر الاستحسان، هو ما كتبه القاضي أبو يعلى، والذي ذكر ثلاثة أنواع للاستحسان: بالكتاب، وبالسنة، وبالإجماع، وزاد ابن عقيل الاستحسان بقول الصحابي، ولم ير الحنابلة الاستحسان بالقياس الخفي، ولا بالعادة والعرف.
4. كانت مناقشة ابن تيمية لمسألة الاستحسان في عدد من كتبه، لكنّه أفرد لها قاعدةً خاصّة.
5. بنى ابن تيمية مسألة الاستحسان على ثلاثة أصول، هي:
  - أ. القول بتخصيص العلة عند فوات شرط، أو وجود مانع، وأما دون ذلك فهو خطأ.
  - ب. الأخذ بكل حديث فيما ورد فيه، دون القول بمعارضته للنصوص العامة، ثم استثناءه.
  - ت. القياس الصحيح لا يعارض الشرع الصريح.

1- العدة، أبو يعلى، 1397/4.

2- جامع المسائل، ابن تيمية، 228/2.

3- المصدر السابق، 206/2.

6. ابن تيمية لا يرى صحة القياس إذا عارض نصاً، ولا قياساً صحيحاً، بل هو لا يرى أصلاً وقوع التعارض بين النصوص والقياسات الصحيحة، وطريقة الأصوليين في كون الاستحسان هو عدول عن قياس صحيح لقياس آخر صحيح، يؤهنها ابن تيمية ولا يراها صحيحة، ويقول: "وحيث فلا يكون الاستحسان الصحيح عدولاً عن قياس صحيح، والقياس الصحيح لا يجوز العدول عنه بحال، وهذا هو الصواب"<sup>(1)</sup>.

7. وضح ابن تيمية أن كل النقول المروية عن الإمام أحمد في جعلها على معنى الاستحسان الأصولي، ضعيفة المأخذ بل هي موافقة للقياس الصحيح من وجه آخر، وبالتالي فكلام الإمام أحمد فيه موافقة لصحيح القياس لا للنقول بصحة الاستحسان.

ولهذا توصي الدراسة بما يلي:

1. زيادة البحوث الفقهية بجمع كل ما نقل عن الإمام أحمد وبيان منهجه في الاستدلال بالاستحسان.
2. زيادة البحوث العلمية حول منهجية ابن تيمية في مناقشة الاستدلالات الأصولية على صحة نسبة الأقوال للإمام أحمد.

## **The position of Sheikh al-Islam Ibn Taymiyyah on the doctrine of**

### **The Hanbalis in the opinion of Istihsan and the branches based on it according to them**

The topic of Istihsan as legal evidence is one of the issues that the fundamentalists built on reversing a ruling based on analogy, to another ruling for stronger evidence, and the Hanbalites are many in defining it, and clarifying that most of the texts on the authority of Imam Ahmad say it.

But Ibn Taymiyyah discussed this rooting, and made the topic a branch on the topic of "specifying the cause." This research paper will refer to the opinions of the Hanbalis in Istihsan ,with a statement of what Ibn Taymiyyah went to, as a basis for his saying, and a discussion of what the Hanbalis mentioned from the branches of jurisprudence based on their rooting.

1- المصدر السابق، 197/2.

The importance of the study lies in terms of the need to know the efforts of the Hanbalis to clarify the meaning of Istihsan for them, and to clarify Ibn Taymiyyah's position on what they mentioned, rooting and differentiating, The study relied on the inductive approach by mentioning the sayings of the Hanbalis in their definition of Istihsan ,then the analytical method by analyzing and discussing what Ibn Taymiyyah went to in his discussion of the issues that the Hanbalis branched into saying Istihsan with the use of the deductive approach by taking a comprehensive perception of what Ibn Taymiyyah went to in rooting the topic of Istihsan.

In order to answer that, three sections had to be developed, the first to explain the Hanbali doctrine in defining Istihsan ,and its authenticity to them, the second topic to clarify the basic features adopted by Ibn Taymiyyah in his discussion of the study of Istihsan ,and the third topic to clarify the issues in which Ibn Taymiyyah discussed the Hanbali doctrine. The results of the study came with the adoption of the Hanbalis for the evidence of Istihsan and that it is the door to provide the strongest evidence for the correct analogy, and unlike them Ibn Taymiyyah, who made the Istihsan based on “the allocation of the cause”, and that the correct analogy is not opposed by Sharia, and for this the study recommended increasing research on the topic of Istihsan and studying what Ibn Taymiyyah went to Compared with other schools of jurisprudence.

**Keywords:** Istihsan, Ibn Taymiyyah, Hanbali doctrine, specification of .the cause.

## المصادر والمراجع:

1. الباجي، سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، مصر، دار السعادة، ط1، 1323.
2. البخاري، محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح، تحقيق محمد بن ناصر، بيروت، دار طوق النجاة، ط1، 2022.
3. ابن بدران، عبد القادر بن أحمد، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد، تحقيق عبد الله التركي، بيروت، الرسالة، ط1، 1401.
4. أبو بكر الرازي، أحمد بن علي، لفصول في أصول الفقه، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1414.
5. ابن التركماني، علي بن عثمان، الجوهر النقي على سنن البيهقي، بيروت، دار الفكر.
6. التركي، عبد الله بن عبد المحسن، أصول مذهب أحمد، الرياض، 1397.
7. الترمذي، محمد بن عيسى، السنن، تحقيق بشار عواد، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1996.
8. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، جامع المسائل، تحقيق عزيز شمس، السعودية، دار عطاءات العلم، ط2، 1440.
9. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، الفتاوى الكبرى، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1408.
10. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، مجموع الفتاوى، تحقيق عبد الرحمن بن قاسم، السعودية، مجمع الملك فهد، ط1، 1416.
11. آل تيمية، المسودة في أصول الفقه، تحقيق محي الدين عبد الحميد، مصر، مطبعة المدني.
12. ابن حزم، أحمد بن علي، المحلى بالآثار، تحقيق عبد الغفار البنداري، بيروت، دار الفكر.

13. ابن حجر، أحمد بن علي، تقريب التهذيب، تحقيق محمد عوامة، سوريا، دار الرشيد، ط1، 1406.
14. ابن حجر، أحمد بن علي، التلخيص الحبير، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1419.
15. ابن حجر، أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق فؤاد عبد الباقي، مصر، الدار السلفية، ط1، 1957.
16. أبو الحسين البصري، محمد بن علي، المعتمد في أصول الفقه، تحقيق خليل لميس، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1403.
17. خطاب، محمد بن محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، بيروت، دار الفكر، ط3، 1412.
18. الخطيب البغدادي، أحمد بن علي، تاريخ بغداد، تحقيق بشار عواد، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1422.
19. ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد، ذيل طبقات الحنابلة، تحقيق عبد الرحمن العثيمين، الرياض، دار العبيكان، ط1، 1425.
20. الزركشي، محمد بن عبد الله، البحر المحيط، القاهرة، دار الكتي، ط1، 1414.
21. السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، بيروت، دار المعرفة، ط1، 1414.
22. سليمان بن داود السجستاني، السنن، تحقيق شعيب الأرنؤوط، دار الرسالة العالمية، بيروت، ط1، 1430.
23. ابن أبي شيبه، عبد الله بن محمد، المصنف، تحقيق سعد الشترى، الرياض، دار كنوز إشبيلية، ط1، 1436.
24. صالح بن أحمد بن حنبل، تمسائل أحمد، تحقيق فضل الرحمن دين، الهند، الدار العلمية، ط1، 1408.
25. الصنعاني، عبد الرزاق بن همام، المصنف، تحقيق دار التأصيل، نشر دار التأصيل، ط2، 1430.
26. الطوفي، سليمان بن عبد القوي، شرح مختصر الروضة، تحقيق عبد الله التركي، بيروت، الرسالة، ط1، 1407.
27. ابن عابدين، محمد أمين، الرد المختار على الدر المختار، القاهرة، مصطفى البابي، ط2، 1386.
28. ابن عقيل الحنبلي، علي بن عقيل، الواضح في أصول الفقه، تحقيق عبد الله التركي، بيروت، الرسالة، ط1، 1420.
29. العلائي، خليل بن كيكلادي، جامع التحصيل في أحكام المراسيل، تحقيق حمدي السلفي، بيروت، عالم الكتب، ط2، 1407.
30. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، روضة الناظر وجنة المناظر، مصر، الريان، ط1، 1423.
31. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني شرح الخرقي، تحقيق عبد الله التركي، الرياض، دار عالم الكتب، ط3، 1417.
32. القرطبي، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق أحمد البردوني، وإبراهيم أطفيش، القاهرة، دار الكتب المصرية، ط2، 1384.
33. ابن القيم، محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية، تحقيق نايف بن أحمد، دار عطاءات العلم، ط4، 1440.

34. الكاساني، أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتب العلمية، ط2، 1406.
35. الكلواذاني، محفوظ بن أحمد، التمهيد في اصول الفقه، تحقيق مفيد أبو عمشة، ومحمد بن علي بن إبراهيم، نشر جامعة أم القرى، ط1، 1406.
36. الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير، تحقيق علي معوض، وعادل عبد الموجود، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1419.
37. المرداوي، علي بن سليمان، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق عبد الله التركي، ط1، 1425.
38. المرداوي، علي بن سليمان، التحبير شرح التحرير، الرياض، مكتبة الرشد، ط1، 1421.
39. ابن مفلح، محمد بن مفلح، أصول الفقه، تحقيق فهد بن محمد السدحان، الرياض، العبيكان، ط1، 1420.
40. ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، الإشراف على منازل الاشراف، تحقيق صغير أحمد الأنصاري، الإمارات، مكتبة مكة، ط1، 1425.
41. ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف، صغير أحمد أبو حماد، الرياض، دار طيبة، ط1، 1405.
42. النووي، يحيى بن شرف، المجموع شرح المذهب، بيروت، دار الفكر.
43. النيسابوري، مسلم بن الحجاج، المسند الجامع، تحقيق فؤاد عبد الباقي، مصر، الدار السلفية، ط1، 1957.
44. النووي، يحيى بن شرف المنهاج شرح صحيح مسلم، بيروت، دار إحياء التراث، ط2، 1392.
45. النووي، يحيى بن شرف، منهاج الطالبين، تحقيق عوض قاسم، بيروت، دار الفكر، ط1، 1425.
46. أبو يعلى، محمد بن الحسين، العدة في أصول الفقه، تحقيق أحمد بن علي المبارك، ط2، 1410.

## أطر التجريم والعقاب عن التعدي على العلم الوطني دراسة في ضوء أحكام قانون العقوبات الليبي

د. عبد الصمد رجب اشميلتا  
أ. أسامة منصور هويدي

### المقدمة:

إن من المتعارف عليه بين كافة دول العالم، أن يكون لكل دولة علمها الخاص بها، والذي يعبر عن رمزية خاصة لها، كما يعبر عن سيادتها الوطنية واستقلالها، وذلك من خلال ما يرمز له في شكله وألوانه المستخدمة، حيث يضيف عليها الخصائص الوطنية.

وهو أمر تاريخي فمنذ القدم كان لكل قبيلة راية، وفي عهد الإسلام جعل الرسول صلى الله عليه وسلم لجيوش المسلمين راية ولواء، وإن تعددت ألوانها كما ظهر على بعضها رمز الهلال الذي أصبح فيما بعد رمزاً إسلامياً، وارتبط اتخاذ الأعلام بالأعمال العسكرية إلا أنه يعبر عن الانتماء والوحدة والترابط بين أفراد الجيش، فهو يمثل ذات الرمزية التي تحملها أعلام الدول اليوم.

فالعلم الوطني يعبر عن الهوية الوطنية، ويكون له قيمته المقدسة باعتباره رمزاً من رموز من رموزها، فيكون المساس به أو إهانته أو الاعتداء عليه بمثابة اعتداء وإهانة وانتهاك لسيادة الأمة، ولذلك تعد جريمة الاعتداء على العلم الوطني من

الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي، لما قد تفضي إليه من إخلال بأمن المجتمع، واعتداء على هيبة الدولة وسلطانها، ما دفع الدول جميعاً إليه إضفاء الحماية الجنائية عليه.

### أهمية الموضوع:

إن موضوع الجريمة محل الدراسة يندرج ضمن الحماية الجنائية لثوابت الهوية الوطنية الليبية - الأمة والدين واللغة والعلم الوطني - واخترتنا أن تقتصر الدراسة على جريمة إهانة العلم الوطني الليبي لاستهتار الكثيرين بهذه الأفعال أولاً، ولما يحمله العلم الوطني من قدسية معنوية وتاريخية للدولة الليبية، وقد ضمن الإعلان الدستوري الصادر في 2011 م في المادة (3) منه معالم العلم الوطني للدولة الليبية من حيث مواصفاته وشكله، وبالتالي حدد موضع الجريمة التي نحن بصدد دراستها والذي تشمله الحماية الجنائية المنصوص عليها في قانون العقوبات.

### إشكالية البحث:

إن الاعتداءات المتكررة على العلم الوطني، والتي تطالنا على وسائل التواصل الاجتماعي، تضع قدرة وفاعلية قانون العقوبات الليبي على المحك، من حيث تحقيق الردع في نفوس المخاطبين بنصومه، فنكون أمام إشكالية نجاعة النصوص القائمة على حماية العلم الوطني من الإساءات التي يتعرض لها، وهذه القضية جانبان: الأول كفاية النصوص القائمة لمواجهة الظاهرة. والثاني فاعلية النصوص على أرض الواقع، والجانب الأول هو محل دراستنا في هذا البحث، لتصاغ إشكالية البحث في سؤالين هما:

- ما حدود الحماية الجنائية التي يوفرها المشرع الليبي للعلم الوطني؟ وما مدى كفاية النصوص القائمة في تحقيق هذه الحماية؟

### نطاق الدراسة:

إن أعلى درجات الحماية القانونية هي الحماية الجنائية، فالمشرع يسبغ حمايته عبر التجريم والعقاب على المصالح الأكثر أهمية والتي يرى أن المساس بها يحدث ضرراً أو خطراً يصعب تدارك آثاره أو أنه يهدد سير الحياة بشكل طبيعي داخل المجتمع، ولما يمثله العلم الوطني عن السيادة الوطنية، وما يحمله من دلالات تاريخية وتعبير عن الهوية الوطنية للبلد أحاطه المشرع الجنائي الليبي بحمايته، هذه الحماية هي محل دراستنا في هذا البحث والتي نص عليها قانون العقوبات الليبي في المادة (205) منه، لبيان حدود التجريم ونطاقه، والعقوبات المفروضة على مرتكب هذه الأفعال.

### منهج البحث:

اعتمد الباحثان في إعداد بحثهما على المنهج التحليلي النقدي والذي يقوم على رصد وتحليل النصوص القانونية الواردة في قانون العقوبات، وإظهار ما شابها من عيوب وقصور.

### خطة البحث:

قسمنا البحث إلى مقدمة وخاتمة ومطلبين وقسما على النحو الآتي:  
المطلب الأول/ التكوين القانوني لجريمة التعدي على العلم الوطني للدولة.  
أولاً/ الركن المفترض.

ثانياً الركن المادي.

ثالثاً الركن المعنوي.

المطلب الثاني / العقوبات المقررة.

أولاً/ العقوبات الأصلية.

ثانياً/ العقوبات التكميلية والتبعية.

ثالثاً/ تقييم العقوبات المقررة.

## المطلب الأول

### التكوين القانوني لجريمة إهانة العلم الوطني للدولة

إن ما يمثله الاعتداء على العلم الوطني للدولة من بالغ الخطر والضرر على الهوية الوطنية للدولة، وعلى سلطاتها وسيادتها، جعل المشرع الليبي يشمله بأعلى درجات الحماية القانونية وهي الحماية الجنائية، حيث أورد نصاً يجرم هذه الأفعال ويعاقب عليها من خلال قانون العقوبات، بغية التصدي لهذه الممارسات، حيث نصت المادة (205) من قانون العقوبات والموسومة بإهانة الأمة وشعائرها، والتي نصت على أنه: "كل من أهان علانية الأمة الليبية أو العلم الوطني أو شعار الدولة، يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على ثلاث سنوات.

وفي القانون الجنائي تشمل عبارة العلم الوطني علم الدولة الرسمي وكل علم آخر يحمل الألوان الوطنية.

وتطبق أحكام هذه المادة أيضاً على من أهان علانية الألوان التي ترمز لمجتمعنا للعلم الوطني".

يتبين من النص السابق أن المشرع اشترط لقيام جريمة إهانة العلم للوطني للدولة توافر ثلاثة أركان تبدو في الآتي:

#### أولاً/ الركن المفترض:

إن الركن المفترض لجريمة التعدي على العلم الوطني للدولة يعد أثراً يشترط القانون تقدمه على أركانها، بحيث لا

يصح الحديث عنها إلا إذا وُجد، فهو بمثابة الشرط الذي يترتب على انعدامه عدم الجريمة.<sup>(1)</sup>

إن العلم الوطني للدولة يعد محلاً لمصلحة جديدة بالحماية القانونية، إلا أن المشرع قدر أن هذه المصلحة لتكون

محلاً للحماية لا يكفي وقوع السلوك المادي فقط بل يجب أن يتم هذا السلوك بصورة علنية، لما لهذه العلنية من مساس

(1)- حسنين إبراهيم عبيد، مفترضات الجريمة، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، ع 2-3، 1979، ص 544.

بمشاعر مواطني الدولة أولاً، ولما لها من دلالات على خطورة إجرامية كامنة في نفس الجاني، وعداء يكنه لهذا البلد قد يقوده إلى ارتكاب أفعال أشد خطورة، هذا التصور لنظر المشرع يتفق وما نص عليه في المادة (205) من قانون العقوبات، حيث أضاف جريمة إهانة العلم الوطني ركناً آخر، إضافة إلى الركنين الأساسيين لكل جريمة -الركن المادي والركن المعنوي- هو ركن العلنية، فلا تقوم جريمة إهانة العلم الوطني إلا إذا ارتكبت بصورة علنية تمكن الغير من مشاهدتها أو حضورها مباشرة أو سماعها في حال ما يدل السمع على مكونات الأفعال المادية للجريمة، وهو مسلك لا نوافق المشرع عليه.

وإذا كان المشرع لم يحدد المقصود بالعلنية في نص المادة (205) فإن القواعد العامة لقانون العقوبات الليبي قد حددت المقصود بارتكاب الجريمة علانية في الفقرة (1) من المادة (16) من قانون العقوبات بقولها: "تعد الجريمة مرتكبة علانية إذا كان ارتكابها:

- أ- بطريق الصحافة أو غيرها من وسائل الدعاية أو النشر.
- ب- في محل عام أو مفتوح أو معروض للجمهور وبحضور عدة أشخاص.
- ج- في اجتماع لا يعد خاصاً نظراً للمكان الذي انعقد فيه أو لعدد الحاضرين أو للغرض الذي عقد من أجله.

هنا تجدر الإشارة أن هذا التعداد الوارد في النص السابق ظاهر أنه على سبيل المثال لا الحصر، ولكن الحالات المذكورة في النص افترض فيها المشرع العلانية بحكم القانون ولا يمكن إثبات العكس ويعاقب عليها ولو استطاع الفاعل إثبات أنه لم يسمع أو يشاهد فعله أحد، وإذا تم الفعل بصورة غير ما ذكر فإن الأمر يحتاج إلى إثبات وقوع العلنية، أي وصول الفعل المجرم إلى مسمع أو مرأى عدد من الناس غير مُعَيَّنِينَ،<sup>(4)</sup> إذاً فقد ذكر المشرع من صور وقوع الجريمة علانية ثلاث صور:

- 1- أن تقع الجريمة عبر الصحف أو أي وسيلة للدعاية أو النشر:

فترتكب الجريمة بصورة علنية إذا استخدم الفاعل لجريمته الكتابة في الصحف أو نشر فيها صوراً أو رسومات أو رموزاً تؤدي غرضه من الجريمة،<sup>(2)</sup> أو استخدم أي وسيلة أخرى للدعاية والنشر كالمصقات واللافتات الطرقية، ويدخل فيها أيضاً وسائل الإعلام المرئي والمسموع.

- 2- أن يتم الفعل في مكان عام أو مفتوح أو معروض للجمهور وبحضور عدة أشخاص:

ويعد المحل عاماً مفتوحاً للجمهور بطبيعته إذا كان ارتياد الناس له بصفة دائمة ومستمرة جائز فعلاً وقانوناً، أي أن عدداً غير محدد من الأشخاص يمكنهم الدخول له أو المرور منه في أي وقت وبصفة مطلقة ليلاً أو نهاراً كالطرق والحدائق العامة وما في حكمها، كما قد يعد المحل عاماً مفتوحاً للجمهور بالتخصيص إذا كان الدخول له مقيداً بأوقات

1- فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، ط2، 2000، ص551-552.

2- عبد الجليل فضيل البرعصي، القانون الليبي وجرائم الصحافة والنشر، مجلس الثقافة العام، سرت- ليبيا، 2008، ص18.

معينة أو شروط معينة يضعها من له سلطة إدارته، كالمسارح والمدارس والدواوين العامة والمطاعم، وهنا لا تتوفر فيه صفة العمومية إلا في الأوقات التي يسمح فيها لجمهور الناس بارتياحه.<sup>(1)</sup>

ويكون المكان معروضاً للجمهور هو المكان الذي يمكن لعدد غير محدد من الأشخاص مشاهدة ما بداخله وإن كان من حيث الأصل ليس عاماً ولا مفتوحاً للجمهور لا بطبيعته ولا بالتخصيص، كشرفات المنازل مثلاً.<sup>(2)</sup> ويشترط لتحقيق العلنية في هذه الحالة أن يكون الفعل وقع بحضور عدة أشخاص، فلا يكفي وقوعه في مثل هذه الأماكن فقط.

3- إذا وقع الفعل في اجتماع لا يعد خاصاً بالنظر إلى المكان الذي انعقد فيه أو لعدد الحاضرين أو للغرض الذي عقد من أجله:

ويكون الاجتماع عاماً من حيث الأصل بناءً على غياب الصلة بين الحاضرين سواء أكانت قرابة أم صداقة أم عمل، فوجود أي صلة من هذه الصلات أو ما يشابهها يجعل الاجتماع خاصاً، وكذلك بأن يكون الدخول غير مقصور على دعوة خاصة وإلا لم يعد الاجتماع عاماً، كما أن المشرع جعل لعدد الحاضرين أثر في اعتباره اجتماعاً عاماً وهنا لم يحدد المشرع عدداً معيناً لأن الأمر يختلف من اجتماع لآخر ومن وقت لآخر، ولذا فهو متروك لتقدير سلطة محكمة الموضوع،<sup>3</sup> كما أن المشرع جعل من الغرض الذي عقد من أجله الاجتماع معياراً لاعتبار الاجتماع عاماً، وهنا نعتقد أن الاجتماع يكون عاماً إذا كان الغرض منه عاماً بحيث يدفع فئات مختلفة من المجتمع إلى حضوره.

ولئن كان قصد المشرع بالعلانية يتمثل في قيام المتهم بارتكاب أي فعل يشكل إهانة للعلم الوطني للدولة على مرأى ومسمع من الناس، أو القيام بارتكابها في مكان عام، فإنها تشمل أيضاً النشر عبر وسائل التواصل الاجتماعي والشبكة الدولية للمعلومات (الإنترنت).<sup>(4)</sup>

ونعتقد أن المشرع كان ينبغي ألا يجعل العلنية شرطاً للتجريم، فتقع الجريمة ولو تم الفعل في صورة غير علنية، مع تشديد العقاب حال ارتكاب الفعل بصورة علنية.

#### ثانياً/ الركن المادي:

1- محمد رمضان باره، قانون العقوبات القسم الخاص، الجزء الأول جرائم الاعتداء على الأشخاص، مكتبة الوحدة، طرابلس- ليبيا، ط3، 2022م، ص339.

2- المرجع نفسه، ص 340.

(3) سيد عبد النبي سيد جودة، العلانية كأحد الأركان الأساسية في الجريمة الصحفية، المجلة القانونية، المجلد 8، العدد 8، نوفمبر 2020، جامعة القاهرة، كلية الحقوق فرع الخرطوم، ص2687.

(4) مصطفى مجدي هرمه، التعليق على قانون العقوبات، المجلد الثاني، دار محمود للطباعة والنشر، القاهرة- مصر، ط2، 2012، ص808.

إن أساس قيام أي جريمة يتمثل في قيام الأركان التي نص المشرع على توافرها والتي من بينها الركن المادي، وبذلك لا يعاقب القانون على مجرد النوايا مهما كانت محملة بالشر، ما لم تظهر إلى السطح الخارجي وتمثل في ظاهر إيجابي أو سلبي، إذ لا قيام لجريمة بدون نشاط مادي، وبذلك لا عقاب في حال عدم توافره.<sup>(1)</sup>

وبالنظر لنص المادة (205) من قانون العقوبات فإنه لم يحدد صوراً محددة لإهانة العلم الوطني على سبيل الحصر، وإنما اكتفى بالنص على أنه: "كل من أهان علانية الأمة اللببية أو العلم الوطني"، وبذلك فإن الأفعال التي تؤدي إلى الإهانة لرمزية العلم الوطني للدولة تعد جميعها أفعال مكونة للركن المادي للجريمة.<sup>(2)</sup>

ولذا سنكتفي ببيان بعض الصور والتي تعد الأكثر انتشاراً لإهانة العلم الوطني، وهي بهذا أهم صور الركن المادي لجريمة إهانة العلم الوطني، وهي كالآتي:

### 1- أفعال التدنيس:

ويقصد بما الإتيان بأفعال تمثل التعدي على العلم الوطني بشكل يظهر فيه التقليل من احترامه والحط من مكانته بصورة مزرية وبشكل يمس الهوية الوطنية واحترام قدسية العلم.<sup>(3)</sup>

وعليه تعد جميع الأفعال المادية التي من شأنها أن تؤدي إلى الإخلال بالاحترام المفروض للعلم الوطني للدولة يعتبر إهانة له، ومن صورها رمي العلم الوطني للدولة في القمامة، أو وضعه على الأرض والدوس عليه، أو وضعه أو تعليقه في مكان لا يتناسب معه كوضعه أو رفعه في أماكن البغاء وممارسة الدعارة.

### 2- أفعال الحرق بالنار:

يعد إضرار العلم الوطني للدولة بالنار من قبل أفعال الإهانة والحط من قدسيته ورمزيته الوطنية، وكذلك يعد من قبل إهانة الأمة التي يعد العلم رمزاً لهويتها الوطنية.

### 3- أفعال التشويه:

ويقصد به في اللغة مصدر شَوّه ومنها تشويه ملامح الوجه، أي بمعنى قبحت،<sup>(4)</sup> أما في الاصطلاح فالتشويه بمعنى الإضرار والفساد الذي يصيب الشيء المادي، فيغير من مظهره ويقبحه، وبذلك يكون تشويه العلم الوطني قد تحقق

(1) مصطفى إبراهيم العربي، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، الجزء الأول، أحكام الجريمة، مكتبة الوحدة، الخمس - ليبيا، 2021 م، ص 183.

(2) إن ما اختاره المشرع من ألفاظ في صياغته لنص المادة (205) من قانون العقوبات، فقد نص على أنه: "كل من أهان"، وبذلك تعد جميع الأفعال التي تقلل من قدر العلم وتقلل من رمزيته وقدسيته كرمز للهوية الوطنية للدولة من الأفعال التي يشملها التجريم وفقاً لنص المادة السابق، وعليه فإن أفعال رفع العلم بشكل منافي لشكله المحدد بالنص الدستوري أو رفع علم دولة أجنبية فوق العلم الوطني للدولة يعد تقييلاً من رمزيته وإهانة له، كما يعد إنزال العلم وتنكيسه دن صفة إهانة له، كما يعتبر من إهانة العلم أيضاً إهمال صيانة وغيرها من الأفعال.

(3) عبد المالك الجندي، الموسوعة الجنائية، دار العلم للجميع للطباعة والنشر، ج3، ط1، بيروت-لبنان، ص738.

(4) محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت - لبنان، 1986، ص148.

بكل ما من شأنه أن يسيء إليه من حيث مظهره كتغير مظهره بالكتابة عليه أو إزالة بعض رموزه أو رسمه بشكل يخالف طبيعته المنصوص عليها في الدستور وبشكل يحط من رمزته ويجعله محل سخرية وإهانة جراء تشويبه.<sup>(1)</sup>

#### 4- التحقير أو الازدراء

وهو أي تناول أو تعدٍ على العلم الوطني بالتسفيه أو الطعن أو السخرية على العلم الوطني أو ألوانه أو شكله أو الرموز التي يجويها (الهلل والنجمة).

وقد أسبغ المشرع الحماية على ألوان العلم الوطني وكل علم يحمل الألوان الوطنية وفقاً لما صرحت به الفقرتين الثانية والثالثة من نص المادة (205)، وهو توجه محمود يضمن مزيداً من الحماية للعلم الوطني ويحفظ رمزته.

#### ثالثاً/ الركن المعنوي:

لا يكفي لقيام الجريمة قانوناً توافر ركنيها المادي والمفترض، وإنما ألزم القانون توافر الكيان المعنوي، الذي يمثل العلاقة النسبية بين الجاني وماديات الجريمة، والتي توضح بأن الفعل المادي صادر عن إرادة إجرامية آثمة، وذلك ما يؤكد بأن للجريمة أصول نفسية تسيطر على ماديتها.

وتأسيساً على ما تقدم فإن المبدأ العام وفقاً للقواعد العامة لقانون العقوبات تقضي أنه لا جريمة بدون خطأ بمعناه العام، وهذا ما يمكن تفسيره بأن الجاني الذي ارتكب جرمته يكون قد أخطأ إما قاصداً ذلك عن علم وإرادة، أو كان نتيجة لخطأ منه ناتج عن إهماله أو رعونة أو طيش منه، وذلك من خلال ما يملكه من إدراك وحرية اختيار يستطيع من خلالها توجيه إرادته وسلوكه والتمييز بين الخير والشر.

والأصل أن ترتكب الجرائم عمداً ولا يعاقب عليها في صورة الخطأ إلا إذا نص المشرع على ذلك، وهذا المبدأ هو صريح نص المادة (62) من قانون العقوبات الليبي والتي جاء نصها (لا يعاقب على فعل أو امتناع يعده القانون جريمة إلا إذا ارتكب عن شعور وإرادة).

ولا يعاقب على فعل يعد جنابة أو جنحة قانوناً إذا لم يرتكب بقصد عمدي ويستثنى من ذلك الجنائيات والجنح التي ينص القانون صراحة على إمكان ارتكابها خطأ أو بتجاوز القصد... عليه فإن جريمة التعدي على العلم الوطني للدولة تعد من الجرائم العمدية، وذلك طبقاً لما ذهب إليه المشرع في نص المادة (205) من قانون العقوبات من عدم النص على إمكان وقوع الجريمة بطريق الخطأ غير العمدي، فإهانة العلم الوطني يعاقب المشرع على ارتكابها بقصدي عمدي فقط.

والقصد الجنائي يتطلب توفر عنصري العلم والإرادة.

(1) يحيى رابع، الحماية الجزائية للعلم والنشيد الوطنيين أثناء المباريات الرياضية، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 7، العدد 2، جوان 2020، ص573.

ويقصد بالعلم هنا سبق تمثل الجاني للوقائع المكونة للجريمة، فيجب أن ينصرف علم الجاني إلى العناصر المكونة للسلوك الإجرامي كما حددها المشرع، فيفترض علم الجاني بأنه يرتكب فعلاً يعد إهانة للعلم الوطني، كما يجب أن يعلم أن محل فعله هو العلم الوطني للدولة. (1)

وهذا لا يعني أن يكون لفرد أو جماعة داخل المجتمع القول بعدم اعترافه بهذا العلم لأسباب سياسية أو قومية بل الجميع ملزم باحترام العلم الذي تعينه التشريعات السارية ووفقاً للشكل والألوان والرموز التي تحددها تلك التشريعات. إلا أنه لا يشترط لتحقيق القصد العلم بنصوص التجريم، فهو علم مفترض بموجب المادة (3) من قانون العقوبات.

كما أنه يشترط العلم بالركن المفترض في الجريمة وهو العلنية، أي لتحقيق العلم ينبغي أن يعلم الفاعل أنه يمارس سلوكه بصورة علنية، فلو أهان العلم الوطني في بيته دون أن يعلم أن أحداً يثبت فعله هذا على أحد مواقع التواصل الاجتماعي مثلاً، لانتفى القصد لعدم تحقق العلم بكافة عناصر الجريمة.

ويقصد بالإرادة اختيار الفاعل مع استطاعته التحكم في تصرفاته أن يرتكب السلوك الإجرامي عن إرادة حرة خالية من أي شائبة ويتجه إلى تحقيق النتيجة الإجرامية، أما إذا كان الشخص قد ارتكب فعله تحت تأثير إكراه أو ضرورة أو سكر اضرائي مثلاً، أو كان صغيراً دون السن القانونية، فهنا تنتفي المسؤولية الجنائية مطلقاً أو تنقص وفقاً للأحوال المقررة قانوناً.

وبعد أن انتهينا من بيان البنيان القانوني لهذه الجريمة من خلال تحديد أركانها وضبط معالم وحدود كل ركن تبقى الحاجة إلى بيان آثار هذه الجريمة من حيث العقوبة المقررة لها طبقاً للقانون، وهي محل بحثنا في المطلب الثاني.

## المطلب الثاني

### العقوبات المقررة على مرتكبي جريمة إهانة العلم الوطني للدولة

تعد العقوبة جزءاً من الجزاء الجنائي، والذي بدوره يمثل المظهر القانوني لرد الفعل الاجتماعي للجنة مرتكبي الجرائم، فالعقوبة أساسها الخطأ المرتكب من الجاني، وتطبق عليه من أجل تحقيق أغراضها، وغالباً ما يكون الردع العام والردع الخاص أو إعادة الإصلاح والتأهيل. (2)

إن العقوبة ما هي إلا جزاء ينطق به القاضي في الحكم القضائي الصادر عن المحكمة الجنائية تثبت من خلاله مسؤولية الفاعل عن فعله الذي يعتبر جريمة قانوناً. (3)

1- عمار تركي السعدون الحسيني، الجرائم الماسة بالشعور الديني "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ط1، 2013، ص119.

(2) سالم محمد الأوجلي، الوجيز في علم العقاب، مطبوعات مكتب الشحومي، بنغازي- ليبيا، ط3، 2007، ص16.

(3) المرجع نفسه، ص17.

إن ما أورده المشرع الوطني في نص المادة (205) من قانون العقوبات يعد حظراً لجميع الأفعال التي تمثل إهانة وتعدي على العلم الوطني للدولة، وتكون العقوبة المقررة وفقاً للنص السابق كما يلي:

#### أولاً/ العقوبات الأصلية:

تعرف العقوبة الأصلية بأنها العقوبة التي يجوز الحكم بها منفردة على الجاني، على أساس كفايتها، لتحقيق معنى الجزاء المقابل لفعله، وقد تمس الجاني في شخصه أو ماله.<sup>(1)</sup>

باستقراء نص المادة (205) من قانون العقوبات، والتي حددت العقوبات التي يجب تطبيقها على مرتكبي جريمة إهانة العلم الوطني للدولة، نجد المشرع قد حدد لهذه الجريمة عقوبة الجنائية باستخدامه مصطلح (السجن)، حيث نصت المادة 53 من قانون العقوبات "الجنائيات هي الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات الآتية: الإعدام. السجن المؤبد. السجن.

ونجد أن المشرع نزل بعقوبة جريمة إهانة العلم الوطني عن الحد الأدنى لعقوبة الجنائية فجعله السجن الذي لا يجاوز الثلاث سنوات وهو الحد الأدنى لعقوبة الجنائية طبقاً للقواعد العامة حيث قضت المادة 21 من قانون العقوبات بأنه "عقوبة السجن هي وضع المحكوم عليه في السجن وتشغيله في الأعمال التي تعينها لوائح السجن ويجب ألا تقل عقوبة السجن عن ثلاث سنوات وألا تزيد على خمس عشرة سنة إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون"، فجعل المشرع هنا الحد الأدنى المنصوص عليه في المادة السابقة الحد الأعلى لعقوبة جريمة إهانة العلم الوطني، وهنا خرج المشرع الأصل ليأخذ بالاستثناء الوارد في عجز المادة (21) من قانون العقوبات والت نصت على أن "عقوبة السجن هي وضع المحكوم عليه وتشغيله في الأعمال التي تعينها لوائح السجن ويجب ألا تقل عقوبة السجن عن ثلاث سنوات وألا تزيد على خمس عشرة سنة إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون"،<sup>2</sup> وهذا يقودنا إلى القول أن المشرع لا يرى في ارتكاب هذه الجريمة مؤشراً على خطورة إجرامية لذا الفاعل، ولهذا نزل بها عن الحدود المقررة لعقوبة السجن، ويدل على صحة هذا التصور لنظر المشرع ما ذهب إليه من ربط وقوع هذه الجريمة بشرط العلنية، ونحن نخالف النظر الذي ذهب إليه المشرع الليبي، فإهانة العلم الوطني هو مؤشر على انعدام الولاء للوطن إذا كان الفاعل مواطناً، ويدل على العدا للبلد إذا كان الفاعل أجنبياً وفي الحاليين في هذا الاعتداء مؤشر على احتمال إقدام الفاعل على جرائم أشد خطورة وأكثر ضرراً على الدولة.

#### ثانياً/ العقوبات التبعية:

(1) محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، ط3، 1998 م، ص686.

(2) مصطفى إبراهيم العربي، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، الجزء الثاني أحكام الجزاء الجنائي، مكتبة زليتن الشعبية، زليتن- ليبيا، ط1، 2022، ص37.

يقصد بالعقوبة التبعية العقوبة التي تتبع العقوبة الأصلية وجوباً بقوة القانون فتلزم السلطة المختصة بتنفيذها دون حاجة إلى حكم يصدر بها من القاضي، ومنها الحرمان من الحقوق المدنية أو الحرمان من ممارسة المهن والفنون، وفقدان الأهلية القانونية.<sup>(1)</sup>

وفي الجريمة محل الدراسة لا يتحقق حصول العقوبة التبعية إلا في الحالة التي يُقضي فيها بالحد الأقصى للعقوبة وهي ثلاث سنوات، حيث نصت المادة "34" من قانون العقوبات بأنه "الحكم بالسجن المؤبد أو السجن لمدة عشر سنوات أو أكثر يتضمن الحرمان الدائم من الحقوق المدنية من يوم صدور الحكم نهائياً. والحكم بالسجن لمدة ثلاث سنوات أو أكثر يتضمن الحرمان من الحقوق المدنية مدة تنفيذ العقوبة ومدة بعد ذلك لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنوات. وإذا قرر الحكم أن الجاني معتاد أو محترف الإجرام في الجنايات أو الجنح أو أن له نزعة إجرامية منحرفة مجرم حرماناً دائماً من الحقوق المدنية".

إذاً فإن العقوبة التبعية لمن حكم عليه في جريمة إهانة علم الدولة بالحد الأقصى للعقوبة وهي ثلاث سنوات، الحرمان المؤقت من الحقوق المدنية مدة العقوبة ومدة بعدها لا تقل عن سنة ولا تزيد عن خمس سنوات. وهنا فإن تحديد مدة الحرمان يحددها القاضي خلافاً للأصل في أن العقوبات التبعية تلحق العقوبة الأصلية بقوة القانون ولا حاجة للنطق بها، لأن المشرع لم يحدد مدة الحرمان تحديداً قطعياً نافياً للجهالة، وإنما جعلها بين حدين، ما يستدعي تدخل جهة لتحديد مدة الحرمان هذه، فيكون الأمر للقاضي فلو لم يكن هو لتدخلت السلطة التنفيذية في تحديد مدة العقوبة وهذا يخالف مبدأ الشرعية الجنائية الذي يجعل وضع العقوبات للمشرع، وتعيينها والنطق بها من صلاحيات القضاء، ووضعها موضع التنفيذ من صلاحيات السلطة التنفيذية، والقول بغير ذلك يخرق كما قلنا مبدأ الشرعية.<sup>(2)</sup>

### ثالثاً/ تقييم العقوبات المقررة:

إن تجريم الأفعال التي تشكل إهانة العلم الوطني للدولة من قبل المشرع يعكس تنبه المشرع لخطورة هذه الأفعال لما تعكسه من مساس بالقيم الوطنية الجامعة، وهيبة الدولة واحترامها، وهذا التجريم يدفع إلى احترام سيادة الدولة وسلطانها. استخلاصاً مما سبق فإن اختيار المشرع لعقوبة السجن واعتبار إهانة العلم الوطني من الجنايات أمر موفق، إلا أن تحديد العقوبة بما ينزل بها عن الحد الأدنى لعقوبة السجن أمر غير محمود فقد يهون من خطورة الفعل في قلوب المواطنين، ولا يعكس شعوراً من المشرع الجنائي بأهمية ورمزية العلم الوطني، خاصة وأن المشرع قد اشترط العلنية لهذا الفعل، وإتيان هذا الفعل بحضور أشخاص آخرين أو في اجتماعات عامة قد يؤدي إلى شجار أو أعمال شغب أو عنف أو أي صورة من صور الإخلال بالأمن العام، ولهذا نعتقد أن المشرع لم يقدر خطورة الإقدام على هذا الفعل بصورة علنية وما قد يترتب عنه من أضرار، فكانت العقوبة أقل من الخطر الذي تحدثه الجريمة.<sup>(3)</sup>

(1) نص المادة (40) من قانون العقوبات الليبي.

(2) مصطفى إبراهيم العربي، المرجع السابق، ص 61.

(3) يحيى رابح، المرجع السابق، ص 580.

وعليه فإن ما نص عليه المشرع وفقاً للمادة (205) من قانون العقوبات قد شمل في نطاق التجريم كل الأفعال التي من شأنها أن تؤدي لإهانة العلم الوطني للدولة، إلا أنه قد أقر لها عقوبة السجن الذي لا تتجاوز أقصى مدته الثلاث سنوات، دون حسن تقدير للأضرار التي قد تلحق نتيجة ارتكاب بعض صورها.

## الخاتمة

الحمد لله الذي بفضلته تتم الصالحات، من خلال دراسة جريمة إهانة العلم الوطني، توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات نوردتها على النحو الآتي:

### أولاً/ النتائج:

يعد العلم الوطني للدولة من الثوابت الوطنية ذات القيمة الرمزية المقدسة والمعبرة عن الهوية الوطنية، والتي لا يسمح بالاعتداء عليها أو المساس برمزيتهما. وُفق المشرع الوطني الليبي في إضفاء حمايته الجنائية على العلم الوطني للدولة واعتبر كل الأفعال التي تمس رمزيته أو تحط من قدره إهانة، واعتبرها جريمة بوصف الجنائية. أضاف المشرع لركني الجريمة المادي والمعنوي ركناً ثالثاً هو علنية ارتكاب الجريمة، وفي هذا تضييق لنطاق الحماية المقررة للعلم الوطني.

تُعد جريمة التعدي على العلم الوطني للدولة من الجرائم العمدية التي لا عقاب عليها إذا وقعت بطريق الخطأ. نزل المشرع الليبي بعقوبة السجن عن هذه الجريمة إلى ما دون حدها الأدنى فجعل عقوبتها السجن مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات، وهنا لم يوفق المشرع لأنه أضعف من حماية العلم الوطني.

### ثانياً/ التوصيات:

ينبغي إعادة النظر في شرط العلنية، فرمزية العلم الوطني وقديسيته تقتضي حمايته بغض النظر عن وقوع الاعتداء بصورة علنية أم خاصة، وتكون العلنية ظرفاً مشدداً للعقوبة. نأمل من المشرع الليبي إعادة النظر في العقوبة المقررة لجريمة إهانة العلم الوطني بتشديدها لتحقيق حماية كافية للعلم الوطني.

## قائمة المراجع

### أولاً: الكتب:

- 1- سالم محمد الأوجلي، الوجيز في علم العقاب، مطبوعات مكتب الشحومي، بنغازي-ليبيا، ط3، 2007.
- 2- عبد الجليل فضيل البرعصي، القانون الليبي وجرائم الصحافة والنشر، مجلس الثقافة العام، سرت- ليبيا، 2008.
- 3- عبد المالك الجندي، الموسوعة الجنائية، دار العلم للجميع للطباعة والنشر، ج3، ط1، بيروت-لبنان.
- 4- عمار تركي السعدون الحسيني، الجرائم الماسة بالشعور الديني "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2013.

- 5- فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، ط2، 2000.
- 6- محمد رمضان باره، قانون العقوبات القسم الخاص، الجزء الأول جرائم الاعتداء على الأشخاص، مكتبة الوحدة، طرابلس- ليبيا، ط3، 2022م.
- 7- محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، ط3، 1998 م.
- 8- مصطفى إبراهيم العربي، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، الجزء الأول، أحكام الجريمة، مكتبة الوحدة، الخمس- ليبيا، 2021 م.
- 9- مصطفى إبراهيم العربي، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، الجزء الثاني أحكام الجزاء الجنائي، مكتبة زيتن الشعبية، زيتن- ليبيا، ط1، 2022م.
- 10- مصطفى مجدي هرمه، التعليق على قانون العقوبات، المجلد الثاني، دار محمود للطباعة والنشر، القاهرة- مصر، ط2، 2012.

#### ثانياً: البحوث العلمية المحكمة:

- 11- حسنين إبراهيم عبيد، مفترضات الجريمة، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، ع 2-3، 1979.
- 12- سيد عبد النبي سيد جودة، العلانية كأحد الأركان الأساسية في الجريمة الصحفية، المجلة القانونية، المجلد 8، العدد 8، نوفمبر 2020، جامعة القاهرة، كلية الحقوق فرع الخرطوم.
- 13- يحيى رايح، الحماية الجزائية للعلم والنشيد الوطنيين أثناء المباريات الرياضية، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 7، العدد 2، جوان 2020، جامعة مولاي الطاهر سعيد.

#### ثالثاً: التشريعات:

- 14- الإعلان الدستوري الصادر في 2 أغسطس 2011م.
- 15- قانون العقوبات الليبي الصادر في 28 نوفمبر 1953م.

#### رابعاً: المعاجم:

- 16- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت - لبنان، 1986.

## التسؤل بين التجريم وعدمه، وسبل علاجه في النظامين الجنائيين، الإسلامي والوضعي

د/ محمد رافع سالم علي

عضو هيئة تدريس بكلية القانون بجامعة عمر المختار

ملخص البحث:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان حقيقة التسول في الشريعة الإسلامية، وإظهار المحذور منه، وبيان أحكامه، وشروطه، وسبل علاجه، مع مقارنة ذلك بمفهومه لدى القانون الوضعي وسبل علاجه فيه. وقد أستخدم للوصول إلى هذه الأهداف منهج اعتمد فيه على أسلوب الاستقراء والتحليل، والذي وُصل من خلاله إلى نتائج من جملتها: أن المقصود بالتسول في الشريعة الإسلامية هو: طلب شخص من غيره مالا على وجه الاستكثار أو التكاثر، دون أن يكون له وجه حق فيه. أما في القانون الوضعي فلم يرد فيه تعريف للتسول؛ مما أدى لاضطراب تنظيمه له.

كما ظهر أن أسباب التسول هي: الفقر، والطمع وحب المال وطول الأمل، والكسل، والنظر إلى ما في أيدي المترفين. وأن الأصل فيه التحريم؛ للأدلة الواردة في ذلك، ولآثاره السلبية على الفرد والمجتمع، إلا أنه قد يباح بضوابط معينة. وقد ظهر أن الإسلام عالج أسباب التسول، فضلا عن جريمة التسول، خلافا للقانون الوضعي الذي لم يعالج سوى الجريمة، وهو علاج يقصر عن العلاج الشرعي لها.

This study aims to clarify the reality of beggary in Islamic law, and to show what is prohibited from it, and to clarify its provisions, conditions, and ways of treating it, while comparing that with its concept in positive law and ways to treat it. A method was used to reach these goals in which he relied on the methods of induction and analysis, through which he reached conclusions, including: What is meant by beggary in Islamic law is: by which a person asks for money from others in the form of excess or laziness, without having a right to it. . As for positive law, there is no definition of beggary. Which led to the disturbance of his organization. It also appeared that the causes of beggary are: poverty, greed, love of money, long hope, laziness, and looking at what is in the hands of the affluent. and that the original prohibition; Because of the evidence contained in that, and its negative effects on the individual and society, but it may be permissible with certain controls. It appeared that Islam treated the causes of beggary, as well as the crime of beggary, in contrast to the positive law that only dealt with the crime, a treatment that falls short of the legal treatment for it.

#### مقدمة:

بسم الله، والصلاة والسلام على رسول الله ﷺ، وعلى آله وصحبه ومن والاه. وبعد:

فإنَّ الناظر في النظام الجنائي الشرعي، ليجد أبهة تشريعية منقطعة النظير، أعجزت البشر عن مجاراتها، دقة وشمولا ونجاعة، فإذا كان أساس العقاب في النظم الوضعية قائم على ارتكاب المحظورات البشرية المادية، فإن أساسها في النظام الشرعي قائم على الكمال الإنساني الروحي والمادي، فالشريعة لا توجد العقاب على الجرم حتى تسد الطرق إليه بوسائل تغني الناس عن الوقوع فيه، فإذا أبلغت الإنسان إلى حد الكمال الروحي والمادي، فحينها من ارتكب حال كماله المحذور استحق تقويمه بالعقاب.

وهذه الفلسفة الجنائية تظهر جلية في مكافحة جريمة التسول في المجتمع، إذ عالج الإسلام أسبابه علاجا روحيا وماديا، ثم أوجد العقاب على فعله، خلافا للقوانين الوضعية التي لم تشمر نصوصها ولا اجتهد واضعوها في غير سن العقوبات على مرتكبيها، دون النظر لأسبابها، ولا لعلاجها. ولذلك نشاهد يوما تلو الآخر ازدياد جموع المتسولين، وانتشارهم، برغم صرامة القوانين الجنائية الوضعية، وازدياد حملات القبض التي تلحق هؤلاء المتسولين.

#### أهمية الموضوع:

لعلها تظهر في إظهار مدى نجاعة التشريع الجنائي الإسلامي في مكافحة التسول، مقارنة بالتشريع الجنائي الوضعي، وبيان السبل التي بها يُقضى على هذه الظاهرة الإجرامية.

#### سبب اختيار الموضوع:

جاء هذا البحث، محاولة لجمع مسائله في صورة قشبية، وربطها بأدلتها، وأحكامها، ومقارنتها بالقانون الوضعي؛ إظهارا لمزية من مزايا التشريع الجنائي الإسلامي.

#### منهج البحث:

وقد استعمل في هذا البحث منهجا يجمع بين الاستقراء والتحليل، وذلك على النحو التالي:

- 1 - استقراء الآراء الفقهية في كل مسألة، بالرجوع إلى المصادر الأساسية لكل مذهب، والتعليق على ما يحتاج إلى تعليق، ثم اختيار الرأي الراجح في المسألة إذا كانت مما طرفها الخلاف بين الفقهاء.
- 2 - الاهتمام بتخريج الأحاديث والآثار الواردة في البحث، وعزوها إلى مصادرها الأصلية.
- 3 - الحرص على تقديم الأدلة من القرآن والسنة، وقد حاولت الاعتماد على ما اتفق عليه الشيخان، فإن لم يكن ففي ما انفرد به أحدهما، وإلا فإني ألجأ إلى كتب السنن الأربعة، ثم إلى غيرها من كتب الحديث والأثر.
- 4 - مقارنة التسول من حيث تعريفه، وسبل علاجه في الشريعة الإسلامية بنظائرها في القانون الوضعي، ما استطعت لذلك سبيلا، مكتفيا بالقانوني الليبي والمصري.

#### خطة البحث:

سنقسم هذا البحث إلى مبحثين، سنتناول في الأول منه بيان ماهية التسول وأحكامه، وهذا بدوره سينقسم إلى مطلبين، الأول في مفهوم التسول، والثاني في بيان أحكامه. أما المبحث الثاني فسيكون في بيان سبل معالجة التسول، وهو بدوره سينقسم إلى ثلاثة مطالب، الأول في معالجة أسباب التسول في الشريعة الإسلامية، والثاني في معالجة جريمة التسول في الشريعة الإسلامية، أما الثالث ففي معالجة جريمة التسول في القانون الوضعي. وأسأل الله عز وجل أن يتقبل عملي هذا، وأن ينفع به، وأن لا يجرمني أجره في حياتي وبعد مماتي.

### المبحث الأول

#### ماهية التسول وأحكامه

سيتناول هذا البحث التعريف مفهوم التسول، وبيان أحكامه، وذلك وفقا للمطلبين التاليين:

## المطلب الأول

### مفهوم التسول

ليان مفهوم التسول، ينبغي إظهار تعريفه، وبيان أسبابه، وذلك وفق الفرعين التاليين:

#### الفرع الأول: تعريف التسول:

سيتناول في هذا الفرع تعريف التسول في اللغة، وفي اصطلاح الفقهاء، وفي القانون الوضعي، وذلك وفقا

للفقرات الثلاث التالية:

#### أولا: تعريف التسول في اللغة:

التَسَوَّلُ لغة: من السَّوَّلَ، وهو مصدر سَأَلَ، تقول: سألته الشيء؛ أي استعطيته إياه<sup>(1)</sup>، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا يَسْأَلُكُمْ أَمْوَالَكُمْ﴾ محمد: 36. وتقول أيضا: سألته عن الشيء: أي استخبرته إياه<sup>(2)</sup>، ومنه قوله تعالى: ﴿لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءَ إِنْ تُبَدَّ لَكُمْ تَسْؤُكُمْ﴾ المائدة: 101، وقوله تعالى: ﴿فَاسْأَلْ بِهِ خَيْرًا﴾ الفرقان: 59. وسَوَّلَ الشيء: زينته وحسنه في النفس<sup>(3)</sup>، ومنه قوله تعالى: ﴿بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْرًا﴾ يوسف: 18.

#### ثانيا: تعريف التسول اصطلاحا:

فلم يرد فيما وقفت عليه من كتب الفقهاء المتقدمين تعريفا للتسول، غير أنه قد عُرِفَ عند بعض المعاصرين بتعريفات عدة، منها أنه: "طلب الصدقة من الأفراد في الطرق العامة"<sup>(4)</sup>. ولعله يؤخذ على هذا التعريف قصره التسول في الأمكنة العامة، وهو لا يصح، إذ كما يقع كذلك، قد يقع في الأماكن الخاصة. كما أنه لم يضبط التسول المحظور بضابطه الذي يميزه عن غيره من التساؤلات.

ومنهم من عرفه بفاعله فقال: "المتسول هو الشخص الذي يتعیش من التَسَوَّل ويجعل منه حرفة له ومصدرا وحيدا للرزق"<sup>(5)</sup>. ولعله مما يؤخذ على هذا التعريف قصره للتسول فيمن ليست له حرفة غير التسول، واستعماله للمعروف في ألفاظ التعريف، إضافة لخلوه من معيار تحديد التسول المحظور.

1 - وبهذا المعنى قد يُطلق على التسول لفظ شحادة، والشحاذ: المتسول. انظر: الفيومي، 306/1، مادة شحذ. الفيروزآبادي، ص334، مادة شحذ.

2 - ابن منظور، 318/11، مادة سأل.

3 - ابن منظور، 350/11، مادة سول.

4 - ابن حميد، 4168/9.

5 - المرجع السابق، الموضع نفسه.

ولعله في تعريف السؤال نفسه بأنه: "طلب الأدنى من الأعلى"<sup>(1)</sup>؛ بيان لبعض التسول، فالأدنى هنا هو المتسول، أما الأعلى فهو المسؤول، وفي هذا قال النبي ﷺ: «اليد العليا خير من اليد السفلى، واليد العليا المنفقة، والسفلى السائلة»<sup>2</sup>. غير أن هذا التعريف يظهر فيه المعنى العام للتسول، والذي يدخله المحظور منه وغير المحظور.

وبذا يمكن تعريف التسول بمعناه الخاص الذي يظهر فيه معنى الحظر بأنه: طلب شخص من غيره مالا على وجه الاستكثار أو التكاثر، دون أن يكون له وجه حق فيه. فالمتسول بهذا المعنى هو من يطلب من غيره أن يعطيه من ماله، دون وجه حق. وبذا يظهر أن التسول قد يكون مشروعاً، متى كان بوجه حق، كما سيظهر عند بيان ضوابط التسول.

### شرح التعريف:

قولنا: "طلب شخص من غيره" فالطلب هنا أي السؤال الموجه للغير بانكسار وتذلل. أما قولنا: "مالاً" لإخراج سؤال ما لا يكون مالا، كسؤال المساعدة البدنية أو العلمية، كما سيظهر في هذا المبحث عند الكلام عن ضوابط التسول الممنوع. وقولنا: "على وجه الاستكثار أو التكاثر" أي أن يكون على وجه غير مشروع، فالاستكثار يكون على ظهر غنى، أما التكاثر فيكون بسبب عجز قلبي مع القدرة البدنية على التكسب. كما سيظهر عند بيان ضوابط التسول الممنوع. وقولنا: "دون أن يكون له وجه حق فيه" أي دون أن يكون على المسؤول دين للسائل، أو حق في الإنفاق، فحينئذ يحق له أن يسأله ويطلبه به. وبذا لا يكون سؤال الزوجة لزوجها أو الابن لأبيه من التسول الممنوع.

### ثالثاً: تعريف التسول في القانون الوضعي:

ذكر التسول في قانون العقوبات الليبي تحت بند الجرح والمخالفات المتعلقة بالنظام العام. وجاءت المادة (475) خاصة به، فنصت على أنه: "كل من تسول في محل عام أو مفتوح للجمهور، بطريقة منفرة أو مزرية أو باختلاق مرض أو عاهة أو باستعمال الشعوذة؛ يُعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر". فكان نص مقتضب ذكر فيه صور التسول حصراً. ويلاحظ على هذا النص ما يلي:

- 1 - خلوه من تصور جريمة التسول، وهذا لا شك باعث على قصور الحكم فيه.
- 2 - حصره للتسول الممنوع فيما يكون واقعا في محل عام، كالمساجد والمنتهات والجامعات، ولعل هذا كان بسبب إرادة المشرع الوضعي في إخفاء هذه الجريمة عن المظهر العام للدولة، دون الاهتمام بمعالجتها، ثم إن هذه الجريمة كما تقع في الأماكن العامة، تقع أيضا في الأماكن الخاصة، كالمنازل والمزارع ونحوها، وبذا لا معنى لتجريمها في حالها الأول دون الثاني.
- 3 - كذلك حصره لكيفية التسول في ظهور المتسول بهيئة معينة غير لائقة، ولعل هذا التوجه من المشرع الوضعي كان مراعاة لغالب حال المتسولين الذين يظهرون بمظهر مُردى؛ لاستمالة عطف الناس، وأخذ أموالهم. غير أن التسول صار

1 - الجرجاني، ص 123.

2 - أخرجه البخاري، كتاب الزكاة، باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى، حديث رقم 1427. ومسلم، كتاب الزكاة، باب بيان أن اليد العليا خير من اليد السفلى، وأن اليد العليا هي المنفقة وأن السفلى هي الآخذة، حديث رقم 1033.

يحدث بهيئات لا يظهر فيها ذلك، كجلوس المتسول بكامل أناقته أما مسجد وبين يديه منديلا مظهر تسوله، أو وقوفه على الطريق حاملا ورقة طبية قد تكون مزورة.

4 - ذكر في النص أن التسول قد يقع باستعمال الشعوذة، وهذه اللفظة غير مُعرفة في القانون الوضعي، بل إن القانون الوضعي لا يعترف بالشعوذة نفسها.

5 - لم يميز المشرع بين التسول المحظور وغيره، وإنما جعل جميع المسألة مُحرمة. وهذا لا شك مخالف للشرع وللواقع، فمن المسألة ما تحل، كما سيظهر خلال هذا البحث.

والملاحظ أن المشرع المصري أوجد قانونا خاصا بالتسول، تمثل في القانون رقم 49 لسنة 1933م بشأن التسول، تضمن اثنتا عشرة مادة، إلا أنه جاء أيضا - كما هو حال قانون العقوبات الليبي سالف الذكر - خلو من تعريف التسول محل الجريمة؛ وبذا أخذ عليه أيضا عدم تصور المسألة محل التجريم، إضافة إلى المنع المطلق للتسول دون رعاية بعض الظروف التي قد تضطر الشخص للتسول.

غير أن القانون المصري وإن كان قد ركّز على محل وقوع التسول، باشتراط أن يكون عاما - كما هو حال القانون الليبي - إلا أنه لم يهمل التسول الواقع في المحال الخاصة من التجريم، إذ نص في مادته 4 على أنه: "يعاقب بالعقوبة المبينة في المادة السابقة كل شخص يدخل بدون إذن في منزل أو محل ملحق به بغرض التسول". غير أن تقييد الدخول هنا بكونه بلا إذن، لا يُفهم منه سبب التجريم، أهو للتسول نفسه؟ أم للدخول بلا إذن؟، ولعل الأجدد أن يحذف اشتراط الدخول وكذا انعدام الإذن للتجريم، ليستقيم التجريم للتسول عموما.

## الفرع الثاني: أسباب التسول:

### 1 - الفقر وقلة ذات اليد:

إذ لا شك أن الفقر بلاء يُمحّص به الله تعالى بعض عباده ويختبرهم، أيصرون أم يجزعون؟، قال تعالى: ﴿وَلَنَبْلُوَنَّكُمْ بِشَيْءٍ مِّنَ الْخَوْفِ وَالْجُوعِ وَنَقْصٍ مِّنَ الْأَمْوَالِ وَالْأَنْفُسِ وَالثَّمَرَاتِ وَبَشِّرِ الصَّابِرِينَ﴾ البقرة: 155، فالفقر من أهم الأسباب الدافعة للتسول، وقد كان النبي ﷺ يستعبد من فتنه الفقر<sup>(1)</sup>. وقد نهي النبي ﷺ سعد بن أبي وقاص حينما أراد أن يوصي بأكثر من ثلث ماله وله أولاد: «الثلث والثلث كثير إنك أن تذر ورثتك أغنياء، خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس»<sup>(2)</sup>؛ فدل على أن من أسباب التسول الفقر.

والملاحظ أن الفقر قد يكون بسبب بخل الأغنياء، ومنع الزكاة، ولذلك كان من سبل معالجة التسول الحث على الصدقات ودفع حاجات الفقراء كما سيظهر عند الكلام عن سبل معالجة التسول في المبحث الثاني.

### 2 - الطمع وحب المال وطول الأمل:

1 - البخاري، كتاب الدعوات، باب التعوذ من فتنه الفقر، حديث رقم 6377. ومسلم، كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب التعوذ من العجز والكسل وغيره، برقم 2706.

2 - أخرجه البخاري، كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث، حديث رقم 2743. ومسلم، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، حديث رقم 1650.

فالإفراط في حب للمال يدفع صاحبه للطمع، وطول الأمل، وفي ذلك قال تعالى: ﴿وَإِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ﴾ العاديات: 8، أي حبه للمال شديد<sup>(1)</sup>. وقال النبي ﷺ: «لا يزال قلب الكبير شاباً في اثنتين؛ حب الدنيا، وطول الأمل»<sup>(2)</sup>، وقال ﷺ: " لو كان لابن آدم واديان من مال لابتغى ثالثاً، ولا يملأ جوف ابن آدم إلا التراب، ويتوب الله على من تاب"<sup>(3)</sup>.

ولما كان الإنسان مجبول على حب المال، لقوله تعالى: ﴿وَتُحِبُّونَ الْمَالَ حُبًّا جَمًّا﴾ الفجر: 20، جاءت النصوص الشرعية حاثمة على الصبر وعدم إذلال النفس، وطلب المال من وجوهه المشروعة، والإيمان بأن الله سبحانه هو الرزاق المعطي، وفي ذلك قال النبي ﷺ: «أيها الناس اتقوا الله وأجملوا في الطلب، فإن نفساً لن تموت حتى تستوفي رزقها وإن أبطأ عنها، فاتقوا الله وأجملوا في الطلب، خذوا ما حل، ودعوا ما حرم»<sup>(4)</sup>. وبذا ينبغي التوسط في إزاء المال بين الشره والانهماك عليه، وبين تركه والإعراض عنه.

### 3 - الكسل "البطالة" :

الكسل هو عدم انبعاث النفس للخير وقلة الرغبة مع إمكانه<sup>(5)</sup>، فمادام المتكاسل يحصل على المال من غير جهد، ولا مشقة؛ فلن يعمل. وقد تعوذ النبي ﷺ من الكسل بقوله: «اللهم إني أعوذ بك من العجز والكسل...»<sup>(6)</sup>. وقد جاء الحث على السعي في طلب الرزق في نصوص شرعية كثيرة، منها قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ﴾ الملك: 15. وقول النبي ﷺ: «لو أنكم تتوكلون على الله حق توكله؛ لرزقكم كما يرزق الطير، تغدو خماصاً، وتروح بطاناً»<sup>(7)</sup>، والتوكل على الله يكون بأخذ الأسباب المشروعة، أما التوكل على الناس ففيه ترك لتلك الأسباب، من ذلك ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما في تفسير سبب نزول قوله تعالى: ﴿وَتَزَوَّدُوا فَإِنَّ خَيْرَ الزَّادِ التَّقْوَى﴾ البقرة: 197؛ أنه كان أهل اليمن يُحْجُونَ ولا يتزودون، ويقولون: نحن المتوكلون، فإذا قدموا مكة؛ سألوا الناس؛ فأُنزلت هذه الآية<sup>(8)</sup>.

### 4 - النظر إلى ما في أيدي المترفين وما هم فيه من نعيم:

- 1 - وفي معناه مذهبان، أحدهما: أنه شديد المحبة للمال. والثاني: أنه حريص بخيل من محبة المال. وكلاهما صحيح. انظر: ابن كثير، 447/8.
- 2 - أخرجه البخاري، كتاب الرقاق، باب من بلغ ستين سنة، فقد أعذر الله إليه في العمر، برقم 6420.
- 3 - أخرجه البخاري، كتاب الرقاق، باب ما يتقى من فتنة المال، حديث رقم 6436.
- 4 - أخرجه ابن ماجه، كتاب التجارات، باب الاقتصاد في طلب المعيشة، برقم 2144.
- 5 - النووي، 28/17.
- 6 - ونصه: «اللهم إني أعوذ بك من العجز والكسل، والجبن والهرم، وأعوذ بك من فتنة الحيا والممات، وأعوذ بك من عذاب القبر». أخرجه البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب ما يتعوذ من الجبن، حديث رقم 2823. ومسلم، كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب التعوذ من العجز والكسل وغيره، حديث رقم 2706.
- 7 - أخرجه ابن حنبل، مسند عمر بن الخطاب رضي الله عنه، حديث رقم 205.
- 8 - أخرجه البخاري، كتاب الحج، باب قوله تعالى: ﴿وَتَزَوَّدُوا فَإِنَّ خَيْرَ الزَّادِ التَّقْوَى﴾، حديث رقم 1523. وانظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 411/2.

نهى الشرع المرء عن النظر إلى ما عند غيره من النعيم، فقال تعالى: ﴿وَلَا تَمُدَّنَّ عَيْنَيْكَ إِلَىٰ مَا مَتَّعْنَا بِهِ أَزْوَاجًا مِنْهُمْ زَهْرَةَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا لِنَفِثَنَّهُمْ فِيهِ وَرِزْقًا خَيْرًا وَابْنً﴾ طه: 131، "فإن الله تعالى يقول لنبيه محمد ﷺ: لا تنظر إلى ما هؤلاء المترفون وأشباههم ونظراؤهم فيه من النعيم، وإنما هو زهرة زائلة ونعمة حائلة، لنختبرهم بذلك"<sup>(1)</sup>. وأمر بالنظر إلى من هم دون الناظر في المال؛ كي لا تحتقر نعمة الله عليك، فعن النبي ﷺ أنه قال: «انظروا إلى من أسفل منكم، ولا تنظروا إلى من هو فوقكم، فهو أجدر أن لا تزدروا نعمة الله»<sup>(2)</sup>، فالإنسان إذا رأى من فضّل عليه في الدنيا؛ طلبت نفسه مثل ذلك، واستصغر ما عنده من نعمة، وحرص على الزيادة، ولعل ذلك يدفعه للتسول المحظور<sup>(3)</sup>.

## المطلب الثاني

### أحكام التسول

للتسول حكما أصليا ينطبق كقانون عام على كافة المكلفين، وهو ما يُعرف بالعزيمة، إلا أنه ثمة حكما استثنائيا في بعض الحالات، وهو ما يعرف بالرخصة، وبيان ذلك يظهر ضوابط التسول الممنوع، والتسول الجائز، وليبيان كل ذلك سينقسم هذا المطلب لثلاث فروع، كما يلي:

**الفرع الأول: التسول بين العزيمة والرخصة:**

الأصل في التسول الحظر، وهذا ما تمثله العزيمة، إلا أن هذا الحظر قد يُرفع نتيجة لظروف خاصة تجعل التسول مباحا أو مندوبا أو واجبا، وبذا سنبين في هذا الفرع العزيمة في التسول، ثم الرخصة فيه.

**أولا: العزيمة في التسول:**

الأصل في التسول المنع؛ للنصوص الدالة على ذلك، لما يحتمله من آثار سيئة على الفرد والمجتمع. وفيما يلي بيان لهذه الأدلة، ثم بيان لأهم آثار التسول الممنوع:

#### (أ): أدلة منع التسول:

اتفق الفقهاء على أن التسول حرام على كل قوي على الكسب أو غني<sup>(4)</sup>. لما جاء فيه من ذم ووعيد شديد، يظهر أهمه فيما يلي:

1 - ابن كثير، 287/5.

2 - أخرجه مسلم، كتاب الزهد والرقائق، بدون باب، حديث برقم 2963.

3 - النووي، 97/18.

4 - ابن حزم، ص 155.

1- قول النبي ﷺ: «من سأل الناس أموالهم تكثرأ، فإنما يسأل جمراً، فليستقل أو ليستكثر»<sup>(1)</sup>. "ومعناه أنه يعاقب بالنار، ويحتمل أن يكون على ظاهره وأن الذي يأخذه يصير جمراً يكوى به"<sup>(2)</sup>. وقوله " فليستقل " أمر للتهكم ومثله ما عطف عليه أو للتهديد من باب ﴿اعْمَلُوا مَا شِئْتُمْ﴾ فصلت: 40، فدليل على أن سؤال التكثر محرم، وهو السؤال لقصد الجمع من غير حاجة<sup>(3)</sup>.

2- قول النبي ﷺ: «لا تزال المسألة بأحدكم حتى يلقى الله وليس في وجهه مُرْغَةُ لحم»<sup>(4)</sup>. "ومُرْغَةُ: بضم الميم وإسكان الزاي أي قطعة، قال القاضي: "قيل معناه يأتي يوم القيامة ذليلاً ساقطاً لا وجه له عند الله وقيل هو على ظاهره فيحشر ووجهه عظم لا لحم عليه عقوبة له وعلامة له بذنبه حين طلب وسأل بوجهه... وهذا فيمن سأل لغير ضرورة سؤالاً منها عنه وأكثر منه"<sup>(5)</sup>.

3- بين النبي ﷺ من تجوز له المسألة فيما يروى عنه أنه قال: «من سأل وعنده ما يغنيه، فإنما يستكثر من النار، فقالوا: يا رسول الله، وما يغنيه؟، قال: قدر ما يغديه ويعشيه»، وفي رواية: «أن يكون له شبع يوم وليلة، أو ليلة ويوم»<sup>(6)</sup>. قال الطيبي: يعني من كان له قوت هذين الوقتين لا يجوز أن يسأل في ذلك اليوم صدقة التطوع وأما في الزكاة المفروضة فيجوز للمستحق أن يسألها بقدر ما يتم به نفقة سنة له ولعياله وكسوتهما لأن تفريقها في السنة مرة واحدة. وقال الخطابي: "فقد اختلف الناس في تأويله فقال بعضهم من وجد غداء يومه وعشاءه لم تحل له المسألة على ظاهر الحديث. وقال بعضهم إنما هو فيمن وجد غداء وعشاء على دائم الأوقات فإذا كان ما يكفيه لقوته المدة الطويلة فقد حرمت عليه المسألة"<sup>(7)</sup>.

4- ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من سأل وله قيمة أوقية، أو عدلها، فقد ألحف»<sup>(8)</sup>. والأوقية: أربعون درهماً. وقوله: أو ما يعادلها: أي ما يساويها من ذهب أو مال آخر. والإلحاف: الإلحاح في المسألة<sup>(9)</sup>. وقد يُضاف إلى هذا أيضاً النصوص الواردة في الشرع دالة على حرمة الكذب والتدليس، خاصة وأن أكثر من يمتن التسول يتلبس بمظهر المعاق، ليستميل عواطف الناس، ليعطوه.

#### (ب): آثار التسول الممنوع:

جاء في إحياء علوم الدين القول بأن: "السؤال حرام في الأصل... لأنه لا ينفك عن ثلاثة أمور محرمة:

- 1 - أخرجه مسلم، كتاب الزكاة، باب كراهة المسألة للناس، حديث رقم 1041.
- 2 - النووي، 131/7.
- 3 - الشوكاني، 193/4.
- 4 - أخرجه مسلم، كتاب الزكاة، باب كراهة المسألة للناس، حديث رقم 1040.
- 5 - النووي، 130/7.
- 6 - أخرجه أبو داود، كتاب الزكاة، باب من يعطي من الصدقة، وحد الغني، برقم 1629.
- 7 - العظيم آبادي، 25/5.
- 8 - أخرجه أبو داود، كتاب الزكاة، باب من يعطي من الصدقة، وحد الغني، برقم 1628.
- 9 - العظيم آبادي، 23/5.

الأول: إظهار الشكوى من الله تعالى، إذ السؤال إظهار للفقر، وذكر لقصور نعمة الله تعالى عنه وهو عين الشكوى.  
الثاني: أن فيه إذلال السائل نفسه لغير الله تعالى، وليس للمؤمن أن يذلل نفسه لغير الله، بل عليه أن يذلل نفسه لمولاه، فإن فيه عزة، فأما سائر الخلق فإنهم عباد أمثاله، فلا ينبغي أن يذلل لهم إلا للضرورة، وفي السؤال ذل للسائل بالإضافة إلى إيذاء المستعمل.

الثالث: أنه لا ينفك عن إيذاء المستعمل غالباً، لأنه ربما لا تسمح نفسه بالبذل عن طيب قلب منه، فإن بذل؛ حياء من السائل أو رياء، فهو حرام على الآخذ، وإن منع، ربما استحيا وتأذى في نفسه بالمنع، إذ يرى نفسه في صورة البخلاء، ففي البذل نقصان ماله، وفي المنع نقصان جاهه، وكلاهما مؤذيان، والسائل هو السبب في الإيذاء، والإيذاء حرام إلا بضرورة<sup>1</sup>. فظهرت بذلك الآثار السلبية للتسول. ويمكن إضافة آثار أخرى للتسول، هي:

1- التسول يؤدي إلى ضعف الإنتاج؛ بتقاعس المتسولون عن العمل، بعد أن وجدوا في التسول الراحة أو العمل البسيط، مقابل الكسب الكبير.

2- منع وصول الصدقات إلى مستحقيها، خاصة وأن كثير من الفقراء المتعفين يمنعهم الحياء من الوقوف على أبواب أصحاب الأموال لطلب الزكاة، في حين تجرأ هؤلاء المتكاثرين، واعتادوا الوقوف، وضايقوا أصحاب الحاجات، مع تقصير بعض أصحاب الأموال في البحث عن المتعفين.

3- التسول الممنوع قد يضطر الفقير المتعفف إلى الخروج للتسول؛ إذا لم يصل إليه حقه في الزكاة، واشتد عليه الأمر، وهذا فيه مذلة له.

4- تعريض المتسول نفسه لعدم قبول شهادته؛ لارتكابه ما يجرم مروءته، ويسقط عدالته<sup>(2)</sup>.

5- تضييع الأسرة إذا ما نُج بها في مجال التسول، وضياح اعتزاز الطفل بكرامته، وتربيته على دناءة النفس، وحرمانه حقه من الأدب والتربية والتعليم.

6- اشمئزاز الناس منه واستتقاهم له، لأنه يوقعهم في الحرج عند إلحاحه عليهم بالسؤال، حتى يُخرج المعطي ما أعطى على كره، أو حياء، وليس له رغبة في الإعطاء.

7- ازدياد نعمة الله عليه، والنظر إلى من هو فوقه، فيزداد بالسؤال فقراً كما قال النبي ﷺ: «ما فتح عبد باب مسألة إلا زاده الله بها فقراً»<sup>(3)</sup>.

8- قد يكون في التسول ستار يُخفي وراءه أصحاب المآرب الخبيثة مآرهم الضارة بالمجتمع أو أفرادهم، وذلك بأن يُظهروا ضعفهم وانكسارهم؛ ليصرفوا أنظار الناس عنهم، ويؤمن جانبهم، ليطلقوا سمومهم دون أن يُفطن لهم.

9- تعريض المتسول نفسه للوعيد الشديد الوارد في النصوص الناهية عن التسول الممنوع، كما سيظهر خلال الفقرة التالية عند ذكر أدلة منع التسول.

1 - الغزالي، 210/4.

2 - مالك، 18/4. الشافعي، 225/6. ابن قدامة: المغني 163/10.

3 - أخرجه الترمذي، أبواب الزهد، باب ما جاء مثل الدنيا مثل أربعة نفر، حديث رقم 2325.

ثانيا: الرخصة في التسول:

راعت الشريعة الإسلامية حال بعض المكلفين، ممن يقعوا في مشقة زائدة، فأوجدت لهم رخصا للخروج من تلك المشاق، ومن ذلك تجويزها للتسول لبعض الناس في أحوال معينة، بضوابط معينة، كما سيظهر عند الكلام عن ضوابط التسول التالي ذكرها.

**الفرع الثاني: ضوابط التسول الممنوع منه وغير الممنوع:**

تقدم القول أن التسول هو طلب المال من الغير على وجه العطية والإحسان، وأنه ليس كل عطاء على هذا الوجه محظور، وإنما تعترى التسول الأحكام التكليفية، فقد يكون ممنوعا، وهذا هو الأصل، وقد يكون جائزا. وبذا لزم بيان المحظور منه ببيان ضوابطه، ليظهر من خلاله ما ليس كذلك.

ويظهر من نصوص الشريعة وكلام الفقهاء أن ضوابط التسول المحظور بعضها يتعلق بالمتسول "الجاني"، وبعضها يتعلق بقصد المتسول "القصد الجنائي"، وبعضها يتعلق بمحل السؤال "محل الجريمة". وبيان ذلك فيما يلي:

**أولا: الضوابط الخاصة بالمتسول "الجاني":**

يُشترط في المتسول لكي يوصف تسوله بالخطر شروط عامة، وأخرى خاصة، فأما العامة فهي ما يلزم توافرها في شخص الجاني في كل الجرائم ليكون أهلا للتكليف، وهي البلوغ والعقل<sup>(1)</sup>. لقول النبي ﷺ: «رُفِعَ القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يعقل»<sup>(2)</sup>. أما الشروط الخاصة، فهي ما يلزم توافرها في شخص المتسول دون غيره، وهي ما يلي:

**1- أن يكون المتسول صحيح البدن، قادرا على الكسب حقيقة:**

فقد اتفق الفقهاء على أن المسألة مُحَرَّمَةٌ على كل قوي على الكسب<sup>(3)</sup>، لقول النبي ﷺ: «لا تحل الصدقة لغني، ولا لذي مِرَّةٍ سَوِيٍّ»<sup>(4)</sup>، والمرة: القوة، أي ولا لقوي على الكسب. وسوي: أي صحيح البدن تام الحلقة<sup>(5)</sup>. وما

1 - الأمدي، 1/151.

2 - أخرجه ابن ماجة، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، برقم 2041. وأبو داود، كتاب الحدود، باب المجنون يسرق أو يصيب حدا، برقم 4398. والترمذي، أبواب الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، برقم 1423.

3 - ابن حزم، ص 250. ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، 2/87.

4 - أخرجه ابن ماجة، كتاب الزكاة، باب من سأل عن ظهر غني، برقم 1839. وأبو داود، كتاب الزكاة، باب من يعطي من الصدقة، وحد الغني، برقم 1634. والترمذي، أبواب الزكاة، باب من لا تحل له الصدقة، برقم 652. والنسائي، كتاب الزكاة، إذا لم يكن عنده دراهم وكان عنده عدلها، برقم 2389.

5 - العظيم آبادي، 5/30.

روي أن رجلين أتيا للنبي ﷺ يسألانه من الصدقة، فقلَّب فيهما البصر ورآهما جُلْدَيْن<sup>(1)</sup>، فقال: «إن شئتما أعطيتكما ولا حظَّ فيها لغني ولا لقوي مكتسب»<sup>(2)</sup>.

أما المريض ومن في حكمه، كالشيخ الكبير، فعابا لا يستطيع أحدهما العمل لسد حاجته ومن يعول؛ لضعفه، وبذا يلزم نفقته ومن يعول في بيت مال المسلمين؛ إن كانوا فقراء، ويباح لهم التسول؛ إن لم يجدوا ما ينفقون به على أنفسهم وأهلبيهم؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ البقرة: 173، بل ويجب عليهم ذلك إن خشوا على أنفسهم التهلكة؛ لقوله عز وجل: ﴿وَلَا تُلْفُؤْا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ البقرة: 195.

وصحة البدن وحدها لا تمنع من التسول حتى يُقرن بها القدرة على العمل والكسب، بتجارة أو حرفة أو نحوها، وهذا يستدعي قوة وقدرة بسبب علم، لحديث النبي ﷺ الوارد فيه منع القوي المكتسب من التسول<sup>(3)</sup>. أما إذا كان المرء صحيح البدن غير قادر على الكسب، بسبب عته أو جهل أو أي مانع ليس من جهته يمنعه من التكسب<sup>(4)</sup>؛ فهذا تصح مسألته عند الحاجة، وفي ذلك جاء في نيل الأوطار القول بأن: «مجرد القوة لا يقتضي عدم استحقاق الصدقة إلا إذا فُرِنَ بها الكسب»<sup>(5)</sup>.

## 2- أن يكون المتسول غنيا:

فلا شك أنَّ الواجد للمال، بتجارة دائرة، أو صنعة دائرة، أو مال مُدخر يكفيه وعياله؛ لا يجوز له التسول. دليله ما ورد من أحاديث دلت على المنع، منها قول النبي ﷺ: «لا تحل الصدقة لغني»<sup>(6)</sup>. وما روي عنه ﷺ في الرجلين اللذين سألاه الصدقة، فقال لهما: «إن شئتما أعطيتكما ولا حظَّ فيها لغني...»<sup>(7)</sup>. وقوله ﷺ: «من سأل الناس أموالهم تكتراً، فإنما يسأل جمراً، فليستقل أو ليستكثر»<sup>(8)</sup>. وكذا قوله ﷺ: «من سأل وعنده ما يغنيه، فإنما يستكثر من النار، فقالوا: يا رسول الله، وما يغنيه؟، قال: قدر ما يغديه ويعشبه»، وفي لفظ: «أن يكون له شبع يوم وليلة، أو ليلة ويوم»<sup>(9)</sup>. وقد اختلف الفقهاء في حد الغني الذي يمنع التسول على سبعة أقوال، بيانها فيما يلي:

- 1 - جلدین: أي قویین شدیدین. الشوکانی، 190/4.
- 2 - أخرجه النسائي، كتاب الزكاة، مسألة القوي المكتسب، برقم 2390. وفيه دليل على أنه يستحب للحاكم أو للمعطي الوعظ والتحذير وتعريف الناس بأن الصدقة لا تحل لغني ولا ذي قوة على الكسب كما فعل رسول الله ﷺ. الشوکانی، 190/4.
- 3 - تقدم ذكره وتخريجه.
- 4 - كحال البطالة الاضطرارية اليوم، إذ قد يكون المرء فيها قوي البدن إلا أنه لا يجد عملاً يعمله، أو يجد من العمل ما لا يسد به حاجته وعياله، فتصح له المسألة عند حاجته.
- 5 - الشوکانی، 190/4. وانظر أيضاً: القراني: الذخيرة، 144/3. والشافعي، 91/2.
- 6 - تقدم تخريجه.
- 7 - تقدم تخريجه.
- 8 - تقدم تخريجه.
- 9 - تقدم تخريجه.

فالقول الأول: أن حد الغنى أن يملك ما يُعَدِّيهِ ويعشِّيهِ، للحديث المذكور أخيراً. فمن كان له قوت هذين الوقتين لا يجوز أن يسأل في ذلك اليوم صدقة التطوع. وأما في الزكاة المفروضة؛ فيجوز للمستحق أن يسألها بقدر ما يتم به نفقة سنة له ولعياله وكسوتهم؛ لأن تفريقها في السنة مرة واحدة<sup>(1)</sup>. وهذا قول للمالكية<sup>(2)</sup>.

والقول الثاني: أن حده ملك نصاب الزكاة، لقول النبي ﷺ في الزكاة: «تؤخذ من أغنيائهم، فترد على فقرائهم»<sup>(3)</sup>، قالوا: فوصف من تؤخذ منه الزكاة بالغني، وقد قال: «لا تحل الصدقة لغني»<sup>(4)</sup>. وهذا قول الحنفية<sup>(5)</sup>.

أما القول الثالث: أنه من يجد غداء وعشاء على دائم الأوقات، بأن يكفيه لقوته المدة الطويلة<sup>(6)</sup>. وهو قول للمالكية<sup>(7)</sup>.

والقول الرابع: أن حده من يملك أربعين درهماً. لحديث النبي ﷺ أنه قال: «من سأل وله قيمة أوقية أو عدلها؛ فقد ألحف»<sup>(8)</sup>. وهو قول للمالكية، إلا أن أنصار هذا القول اختلفوا في حكم المسألة هاهنا، فمنهم من رأى حرمتها، ومنهم من رأى كراهتها<sup>(9)</sup>.

أما القول الخامس: أنه الكفاية أو ملك خمسين درهماً أو قيمتها من الذهب، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من سأل، وله ما يغنيه، جاءت مسألته يوم القيامة خدوشاً، أو خموشاً، أو كدوحاً في وجهه»، قيل: يا رسول الله، وما يغنيه؟ قال «خمسون درهماً، أو قيمتها من الذهب»<sup>(10)</sup>. وهذا قول عند الحنابلة<sup>(11)</sup>.

والقول السادس: أنه لا حد له، وإنما يُنَاطُ بالحاجة، دون ما يملكه المرء، فمن احتاج لمأكل أو ملبس أو مسكن أو نحوها من الحاجيات التي لا يستغني عنها الإنسان عادة في معاشه؛ صح له السؤال. وهو قول للمالكية، وقول الشافعية، ورواية عند الحنابلة<sup>(12)</sup>، ويمكن الاستدلال له بحديث النبي ﷺ أنه قال: «المِسْأَلَةُ كَدُّ يَكُدُّ الرَّجُلُ وَجْهَهُ»<sup>(13)</sup>، إلا أن يسأل

1 - الشوكاني، 190/4. العظيم آبادي، 25/5. ابن حجر، 342/3.

2 - الخطاب، 348/2.

3 - أخرجه البخاري، كتاب الزكاة، باب وجوب الزكاة، حديث رقم 1395. ومسلم، كتاب الإيمان، باب الدعاء إلى الشهادتين وشرايع الإسلام، حديث رقم 19.

4 - تقدم تحريجه.

5 - الكاساني، 48/2.

6 - العظيم آبادي، 25/5.

7 - الخطاب، 347/2.

8 - تقدم تحريجه. وقد سبق القول بأن الأوقية أربعين درهماً.

9 - الخطاب، 347/2.

10 - أخرجه ابن ماجه، كتاب الزكاة، باب من سأل عن ظهر غنى، برقم 1840. وأبو داود، كتاب الزكاة، باب من يعطي من لصدقة، وحد الغنى، برقم 1626. والترمذي، أبواب الزكاة، باب من تحل له الزكاة، برقم 650. والنسائي، كتاب الزكاة، حد الغنى ما هو، برقم 2384. والخموش والكدوح: الخدوش. ابن الأثير، 79/2، مادة خمش، و155/4، مادة كدح.

11 - ابن قدامة: الكافي، 429/1.

12 - الخطاب، 347/2. الماوردي، 314/15. ابن قدامة: الكافي، 429/1.

13 - الكد: الإتعاب، يقال: كد يكد في عمله كدا، إذا استعجل وتعب. وأراد بالوجه ماء ورونقه. ابن الأثير، 155/4، مادة كدد.

الرَّجُلُ سُلْطَانًا، أَوْ فِي أَمْرٍ لَا بُدَّ مِنْهُ»<sup>(1)</sup>. فقوله: «أو في أمر لا بد منه» فيه دليل على جواز المسألة عند الضرورة، والحاجة التي لا بد عندها من السؤال<sup>(2)</sup>، كما في الحَمَالَةِ وَالْفَاقَةَ وَالْجَائِحَةَ<sup>(3)</sup>، فعن قبيصة بن مخارق قال: تحملت حمالة فأتيت رسول الله ﷺ أسأله فيها فقال: «أقم يا قبيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها» قال: ثم قال رسول الله ﷺ: «يا قبيصة إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة: رجل تحمل حمالة، فحلت له المسألة حتى يصيبها، ثم يمسك، ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله، فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش - أو قال سدادا من عيش - ورجل أصابته فاقة حتى يقوم ثلاثة من ذوي الحجا من قومه: لقد أصابت فلانا فاقة، فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش - أو قال سدادا من عيش - فما سواهن من المسألة يا قبيصة سحتا يأكلها صاحبها سحتا»<sup>(4)</sup>، فقوله: «ثم يمسك» دليل على أنه غني، لأن الفقير ليس عليه أن يمسك عن السؤال مع فقره<sup>(5)</sup>. وكذا أستدل له بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «للسائل حق، وإن جاء على فرس»<sup>(6)</sup>، فهذا قد ملك فرسا، إلا أنه استحق السؤال. ولأن الغنى ضد الحاجة، وهي تذهب بالكفاية، وتوجد مع عدمها<sup>(7)</sup>.

ولعل القول الأخير هو الراجح؛ لأن الغنى في الناس مختلف، فمنهم من يغنيه القليل لقلة عياله وخفة مؤنته، ومنهم من لا يغنيه إلا الكثير لكثرة عياله وشدة مؤنته، فهذا مما يجتهد فيه<sup>(8)</sup>.

### 3- أن لا يكون للمتسول حق فيما يسأل:

يُشْتَرَطُ فِي الْمَسْأَلَةِ أَنْ لَا يَكُونَ لِلْمَتَسَوِّلِ حَقٌّ فِي مَا يُسْأَلُ بِأَيِّ وَجْهِ مِنَ الْوُجُوهِ، وَذَلِكَ بَأَنَّ لَا يَكُونَ دَائِنًا لِلْمَسْئُولِ، أَوْ لَهُ حَقٌّ عَامٌّ فِي مَا يُسْأَلُهُ. وَذَلِكَ كَسُؤَالِ الْوَالِدِينَ، أَوْ الْوَلَدِ، أَوْ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلاَّخَرِ، أَوْ سُؤَالِ الصَّدِيقِ، فَلَا

1 - أخرجه الترمذي، أبواب الزكاة، باب ما جاء في النهي عن المسألة، حديث رقم 681. والنسائي، كتاب الزكاة، مسألة الرجل ذا سلطان، برقم 2391.

2 - الشوكاني، 4/193.

3 - المباركفوري، 3/290. "الحَمَالَةُ": هي ما يتحمله الإنسان ويلتزمه في ذمته بالاستئذنان ليدفعه في إصلاح ذات البين. وقد كانت العرب إذا وقعت بينهم فتنة اقتضت غرامة في دية أو غيرها؛ قام أحدهم ف تبرع بالتزام ذلك والقيام به، حتى ترتفع تلك الفتنة الثائرة، ولا شك أن هذا من مكارم الأخلاق، وكانوا إذا علموا أن أحدهم تحمل حمالة بادروا إلى معونته أو أعطوه ما تبرأ به ذمته، وإذا سأل لذلك لم يعد نقصا في قدره بل فخرا. و"الجائحة": هي ما اجتاحت المال وأتلفه إتلافا ظاهرا، كالسيل والحريق. و"الفاقة": هي الفقر والحاجة. الشوكاني، 4/200.

4 - أخرجه مسلم، كتاب الزكاة، باب من تحل له المسألة، حديث رقم 1044. وقوله: "قواما" أي ما تقوم به حاجته ويستغني به. وقوله: "سدادا" أي ما تُسد به الحاجة والحل. وقوله: "من ذوي الحجا" أي مقصور العقل، وإنما جعل العقل معتبرا؛ لأن من لا عقل له لا تحصل الثقة بقوله. وإنما قال: "من قومه" لأهم أخصب بحاله وأعلم بباطن أمره، والمال مما يخفى في العادة ولا يعلمه إلا من كان خبيرا بحاله. وقوله: "فَسُحَّتْ" أي حرام، وسمي سحتا لأنه يسحت: أي يُحَقَّقُ. الشوكاني، 4/200.

5 - ابن عبد البر: الاستذكار، 3/206.

6 - أخرجه أبو داود، كتاب الزكاة، باب حق السائل، برقم 1665. وفيه الأمر بحسن الظن بالمسلم الذي امتهن نفسه بذل السؤال، فلا يقابله بسوء الظن به واحتقاره، بل يُكرمه بإظهار السرور له، ويُقدَّرُ أنَّ الفرس التي تحته عارية أو أنه ممن يجوز له أخذ الزكاة مع الغنى، كمن تحمل حمالة أو غرم غرما؛ لإصلاح ذات البين، أو يكون من أصحاب سهم السبيل؛ فيباح له أخذها مع الغنى عنها. العظيم آبادي، 5/57.

الشوكاني، 4/192.

7 - ابن قدامة: الكافي، 1/429.

8 - الخطاب، 2/348.

يُعد ذلك من التسول الممنوع، لقوله تعالى: ﴿وَلَا عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخْوَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَامِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخْوَالِكُمْ أَوْ بُيُوتِ خَالَاتِكُمْ أَوْ مَا مَلَكَتْهُم مَفَاتِحُهُ أَوْ صَدِيقِكُمْ﴾ النور: 61. وذلك لأنه ليس من التسول الذي يقع على وجه الذل، وإنما يُعطى السائل انفاذاً لحق الأبوة أو الزوجية أو الرحم أو الصداقة أو الجوار<sup>(1)</sup>.

ومما يدخل فيما يكون للمتسول حق عام فيه؛ سؤال ولي الأمر، لقول النبي ﷺ: «المسألة كدُّ يَكُدُّ الرَّجُلُ وَجَهَهُ، إِلَّا أَنْ يَسْأَلَ الرَّجُلَ سُلْطَانًا»<sup>(2)</sup>، فقد خصص هذا الحديث عموم أدلة تحريم السؤال<sup>(3)</sup>، فلا يدخل في المنع سؤال الرجل ولي الأمر ولو كان غنيا؛ لأن له حق في بيت المال، ولا مِنَّةٌ للسلطان على السائل<sup>(4)</sup>.

ثانياً: الضوابط الخاصة بالقصد من التسول "القصد الجنائي":

يختلف حكم التسول باختلاف قصد المتسول من تسوله، فتارة يُجرم بذلك، وتارة يباح، وتارة يُندب، وتارة أخرى يوجب.

فيُحرِّم التسول إذا كان القصد منه التكثر من المال<sup>(5)</sup>؛ للأحاديث الواردة في ذلك، كقول النبي ﷺ: «من سأل الناس أموالهم تكثرأً، فإنما يسأل جمرأً»<sup>(6)</sup>، وهو السؤال لقصد الجمع من غير حاجة<sup>(7)</sup>. وكذا قوله ﷺ: «من سأل وعنده ما يغنيه، فإنما يستكثر من النار»<sup>(8)</sup>.

أما إذا لم يكن القصد من التسول التكثر من المال لحق السائل؛ جازت المسألة، ولو كان السائل غنياً، ويظهر ذلك فيما إذا كان السائل يسأل لغيره، كمن تحمل حمالة، فإنه يجوز بل يُندب له سؤال الناس من أموالهم بإجماع<sup>(9)</sup>، لما فيه من التعاون على البر والتقوى، ولقول النبي ﷺ: «إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة: رجل تحمل حمالة، فحلت له المسألة حتى يصيبها، ثم يمسك...»<sup>(10)</sup>. ويُضاف إليه ما سبق تقريره في الشرط الرابع من صحة سؤال الرجل لولي الأمر من المال العام، حتى وإن كان غنياً؛ لثبوت حقه في ذلك المال<sup>(11)</sup>.

1 - الغزالي، 212/4.

2 - تقدم تخريجه.

3 - الشوكاني، 193/4. وقد تقدم ذكر هذه الأحاديث عند الكلام عن أدلة منع التسول.

4 - المباركفوري، 290/3.

5 - ابن عبد البر: التمهيد، 105/4.

6 - تقدم تخريجه.

7 - الشوكاني، 193/4.

8 - تقدم تخريجه. ومنها أيضاً قول ﷺ: «لا تحل الصدقة لغني، ولا لذي مِرَّةٍ سويٍّ». وقول ﷺ للذين سألاه الصدقة وكانا جلدتين: «إن شئتما أعطيتكما ولا حظَّ فيها لغني ولا لقوي مكتسب». وكذا قوله ﷺ: «من سأل، وله ما يغنيه، جاءت مسألته يوم القيامة خدوشاً...» تقدم تخريجها.

9 - الشوكاني، 200/4. ابن عبد البر: الاستدكار، 206/3.

10 - تقدم تخريجه.

11 - الشوكاني، 200/4.

ويُقاس على الحَمِيل من يسأل الناس لبناء مسجد، أو صيانته، أو بناء دار رعاية، أو جمع تبرعات للفقراء، أو لعلاج مريض، أو نحو ذلك.

### ثالثاً: الضوابط الخاصة بمحل التسول "محل الجريمة":

يظهر من نصوص الفقهاء المتقدم الإشارة إليها خلال بيان ضوابط التسول الممنوع؛ اشتراط أن يكون ما يطلبه المتسول مالا، لأن به يحصل الاستكثار الممنوع، ودليل ذلك قول النبي ﷺ: «من سأل الناس أموالهم تكثرأ...»<sup>(1)</sup>، فهو نص في المسألة.

أما إذا كان محل التسول أمر معنوي، كخدمة بدنية، أو معرفية، فلا تدخل في التسول الممنوع، حتى وإن كانت تلك الخدمة لها مقابل مادي، لأن أخذها لا يحدث به الاستكثار الواقع في المال الحقيقي، ثم إنه لم يُعتد أن امتن متسول ما تسول الخدمات، وإنما الامتهان واقع على جمع الأموال من الناس.

### الفرع الثالث: ضوابط التسول الجائز:

ذُكر سابقاً عند الكلام عن ضوابط التسول الممنوع، اشتراط أن يكون المتسول صحيح البدن، قادراً على الكسب، أو غنياً، وأن لا يكون له حق فيما يسأل. فإذا اختل أحد هذه الشروط؛ صح التسول، وبذا يمكن القول بأن التسول لا يُجاز إلا إذا تحقق عكس أحد هذه الشروط - كما سبق تقريره في تلك الشروط - بأن يكون المتسول ضعيف البدن، أو لا قدرة له على الكسب، أو كان فقيراً، أو له حق فيما يطلبه.

ولما كان جواز التسول خلاف الأصل؛ وضعت له الشريعة الإسلامية ضوابطاً تدور حول حفظ كرامة السائل، وعدم أذية المسؤول، ينبغي مراعاتها لمن حلت له المسألة، وهي تتمثل فيما يلي:

**1 - عدم الإلحاح في المسألة وأذية المسؤول:** لأن في الإلحاح مذلة للسائل، وأذية للمسؤول، وفي ذلك قال النبي ﷺ: «لا تُلْحِقُوا في المسألة، فوالله لا يسألني أحد منكم شيئاً، فُتُخْرِجَ لَهُ مَسْأَلَتُهُ مِنِّي شيئاً، وأنا له كاره، فيبارك له فيما أُعْطِيَتْهُ»<sup>(2)</sup>، والإلحاح: الإلحاح<sup>(3)</sup>. وإنما نهي عن الإلحاح؛ لما يؤدي إليه من الإبرام واستئغال السائل، وإخجال المسؤول، حتى أنه إن أخرج شيئاً أخرجه عن غير طيب نفس، بل عن كراهة وتبرُّم، وما أُستخرج كذلك لم يبارك فيه؛ لأنه مأخوذ على غير وجهه، ولذلك قال: «فُتُخْرِجَ له المسألة شيئاً وأنا كاره له»<sup>(4)</sup>.

وقد حكى صاحب الإحياء الاجماع على حرمة من أخذ شيئاً مع العلم بأن باعث المعطي الحياء منه أو من الحاضرين، ولولا ذلك لما أعطاه، وبين أن "حُكْمَهُ حَكْمُ أَخْذِ مَالِ الْغَيْرِ بِالضَّرْبِ وَالْمَصَادِرَةِ، إِذْ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَضْرِبَ ظَاهِرَ جِلْدِهِ بِسِيَاطِ الْخَشَبِ، أَوْ يَضْرِبَ بَاطِنَ قَلْبِهِ بِسُوءِ الْحَيَاءِ وَخَوْفِ الْمَلَامِ، وَضَرْبِ الْبَاطِنِ أَشَدَّ نَكَايَةً فِي قُلُوبِ الْعُقَلَاءِ... ثم قال: ينبغي أن لا يعين شخصاً بالسؤال بعينه، بل يلقي الكلام عرضاً، بحيث لا يقدم على البذل إلا متبرع

1 - تقدم تحريجه.

2 - أخرجه مسلم، كتاب الزكاة، باب النهي عن المسألة، برقم 1038.

3 - العظيم آبادي، 23/5.

4 - القرطبي: المفهم، 83/3.

بصدق الرغبة، وإن كان في القوم شخص مرموق لو لم يبذل لكان يلام؛ فهذا إيذاء، فإنه ربما يبذل كرها خوفاً من الملامة، ويكون الأحب إليه في الباطن الخلاص لو قدر عليه من غير الملامة. وأما إذا كان يسأل شخصاً معيناً؛ فينبغي أن لا يصرح، بل يُعَرِّض تعريضاً يبقى له سبيلاً إلى التغافل إن أراد، فإذا لم يتغافل مع القدرة عليه؛ فذلك لرغبته وأنه غير متأذٍ به<sup>(1)</sup>.

**2 - أن يكون السؤال بقدر ما يدفع به حاجته:** وذلك حتى لا يصير المتسول متكثراً من أموال الناس، فيدخل في التسول الممنوع كما سبق بيانه في شروطه، خاصة وأن حل التسول ثبت للضرورة أو الحاجة، فصار كأكل الميتة أو شرب الخمر عند الاضطرار إذ يؤخذ منها ما تندفع به الضرورة<sup>(2)</sup>. وقد تقدم حديث النبي ﷺ أنه قال: «إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة: رجل تحمل حمالة، فحللت له المسألة حتى يصيبها، ثم يمسك، ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله، فحللت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش، ورجل أصابته فاقة... فحللت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش»<sup>(3)</sup>، فقوله: «قواماً» أي ما تقوم به حاجته ويستغني به. وقوله: «سداداً» أي ما تُسد به الحاجة والحل<sup>(4)</sup>.

**3 - تجنب السؤال في المساجد:** وقد اختلف الفقهاء في حكم التسول في المساجد على أربعة أقوال، بيانها فيما يلي:

**القول الأول:** كراهته. وبه قال الشافعية، بعض الحنابلة<sup>(5)</sup>. استدلالاً بما يلي:

لقوله تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أُذِنَ لِلَّهِ أَنْ تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ يُسَبِّحُ لَهُ فِيهَا بِالْغُدُوِّ وَالْآصَالِ﴾ النور، 36، فوجب تنزيهها عما عدا هذا من أمور الدنيا ومعاشها<sup>(6)</sup>. وقول النبي ﷺ: «من سمع رجلاً يَنشُدُ ضَالَّةً في المسجد فَلْيُثْلُ لَا رَدَّهَا اللهُ عَلَيْكَ فَإِنَّ الْمَسَاجِدَ لَمْ تُبْنَ لهذا»<sup>(7)</sup>، أي أنها بُنيت لذكر الله تعالى والصلاة والعلم والمذاكرة في الخير ونحوها<sup>(8)</sup>. وقد صرفوا النهي هنا عن التحريم إلى الكراهة بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «هل منكم أحد أطعم اليوم مسكيناً؟»، فقال أبو بكر رضي الله عنه: دخلت المسجد، فإذا أنا بسائل يسأل، فوجدت كسرة خبز في يد عبد الرحمن، فأخذتها منه فدفعتها إليه<sup>(9)</sup>. فأقره النبي ﷺ ولم ينكره، وبذلك يُعرف أن النهي عن السؤال في المسجد إن ثبت محمول على الكراهة<sup>(10)</sup>. ولعله يُجاب عليه بأنه لم يرد في الحديث جواز السؤال في المسجد، وإنما ورد فيه صحة إعطاء السائل فيه فقط، أما السؤال

1 - الغزالي، 212/4.

2 - الغزالي، 213/4.

3 - تقدم تحريجه.

4 - الشوكاني، 200/4.

5 - السيوطي، 103/1. ابن مفلح، 187/3.

6 - القراني: الذخيرة، 345/13.

7 - أخرجه مسلم، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب النهي عن نشد الضالة في المسجد وما يقوله من سمع الناشد، برقم 568. ينشد: أي يطلب. ابن الأثير، 53/5، مادة نشد. وضالة: الحيوان الضائع، والجمع الضوال، مثل دابة ودواب، ويقال لغير الحيوان ضائع ولقطة. الفيومي، 363/2، مادة ضلل.

8 - النووي، 55/5.

9 - أخرجه أبو داود، كتاب الزكاة، باب المسألة في المسجد، برقم 1670.

10 - السيوطي، 103/1.

فيه فقد ثبتت حرمة عبارات أحاديث جاء فيها النهي عن السؤال في المسجد كما سيأتي في أدلة القول التالي، فتقدّم العبارة على الإشارة.

**القول الثاني:** حرمة. وبه قال بعض الحنفية، وبعض المالكية، وبعض الحنابلة<sup>(1)</sup>. استدلالا بقول النبي ﷺ: «من سمع رجلا ينشئ ضالة في المسجد فليقل لا ردّها الله عليك فإن المساجد لم تُبَن لهذا»<sup>(2)</sup>، وذلك لأن المساجد سوق الآخرة، ولأنه قد يشغب على من يكون في الصلاة<sup>(3)</sup>. ويقاس على إنشاد الضالة في المسجد السؤال فيه، بجامع المطالبة بأمر مادي دنيوي، والعلة في المقيس أظهر، إذ أن ناشد الضالة يبحث عن ماله دون شبهة، ومع ذلك أمر الشارع الحضور في المسجد أن يدعوا عليه ألا يجد ضالته، أما السائل فهو لا يطلب ماله، بل يطلب أموال الآخرين، والشبهة قائمة ألا يكون محتاجاً حاجة تضطره لذلك<sup>(4)</sup>.

**القول الثالث:** إباحته مطلقاً. وهو قول بعض المالكية، وبعض الحنابلة<sup>(5)</sup>. استدلالاً بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «هل منكم أحد أطعم اليوم مسكيناً؟»، فقال أبو بكر رضي الله عنه: دخلت المسجد، فإذا أنا بسائل يسأل، فوجدت كسرة خبز في يد عبد الرحمن، فأخذتها منه فدفعتها إليه<sup>(6)</sup>. وقد أجيب عليه في أدلة القول الأول. كما استدلوا أيضاً بالمعقول: إذ إن الحرمان يغلب السؤال في هذه الأوقات، ومشاهد الصلوات مظنة الرحمة، ورقة القلوب الباعثة على الصدقات، فأبيح للضرورة مخافة الضيعة<sup>(7)</sup>.

**القول الرابع:** جوازه بشروط، وهي: أن يكون السؤال لضرورة، وأن لا يلحف في سؤاله، وأن لا يؤذي المصلين بتخطي رقابهم أو المرور بين أيديهم أو بجهور صوته. وهذا القول هو المختار عند الحنفية، وقول ابن تيمية<sup>(8)</sup>. فإن تخلف أحد هذه الشروط؛ صار السؤال مكروهاً عند الحنفية، محرماً عند ابن تيمية؛ لإلحاق الأذى بالمصلين<sup>(9)</sup>. استدلالاً بما ورد أن قوماً من مُضَرَّ جَاءُوا لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ صدر النهار حُفَاءَ عُرَاةٍ مُجْتَابِي التِّمَارِ أَوْ الْعَبَاءِ<sup>(10)</sup>؛ فَتَمَعَّرَ<sup>(11)</sup> وجه رسول الله ﷺ لما رأى بهم من الفاقة، فدخل ثم خرج، فأمر بلالا فأذّن وأقام، فصلّى ثم خطب فقال: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمْ

1 - الحصكفي، 659/1. القرطبي: البيان والتحصيل، 160/18. ابن مفلح، 187/3.

2 - تقدم تحريجه.

3 - الونشريسي، 191/1.

4 - الحياط، ص 144.

5 - الونشريسي، 191/1. أبو الفرج، ص 423.

6 - تقدم تحريجه.

7 - الونشريسي، 191/1.

8 - ابن عابدين، 164/2. ابن تيمية: مجموع الفتاوى، 206/22.

9 - ابن عابدين، 164/2. ابن تيمية: مجموع الفتاوى، 206/22.

10 - أي لابسها. يقال اجتنبت القميص والظلام: أي دخلت فيهما. وكل شيء قطع وسطه فهو مجّوب ومجّوب. والنمار: كل شملة مخططة من مآزر الأعراب فهي نمرة، وجمعها: نمار، كأنها أخذت من لون النمر؛ لما فيها من السواد والبياض. وهي من الصفات الغالبة، أراد أنه جاءه قوم لابسوا أزر مخططة من صوف. ابن الأثير، 310/1 مادة جوب، و 118/5، مادة نمر.

11 - تمعّر: أي تعبّر. النووي، 102/7.

الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ ﴿١﴾ إِلَى آخِرِ آيَةِ، ﴿إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ النساء: (1) والآية التي في الحشر: ﴿اتَّقُوا اللَّهَ وَاتَّقُوا نَفْسَ مَا قَدَّمْتُمْ لِغَدٍ وَاتَّقُوا اللَّهَ﴾ الحشر: (18) "تصدق رجل من ديناره، من درهمه، من ثوبه، من صاع بره، من صاع تمره - حتى قال - ولو بشق تمره" قال: فجاء رجل من الأنصار بصرة كادت كفه تعجز عنها، بل قد عجزت، قال: ثم تتابع الناس، حتى رأيت كومين من طعام وثياب، حتى رأيت وجه رسول الله ﷺ يتهلل، كأنه مُدْهَبَةٌ<sup>(1)</sup>. فدل الحديث على جواز السؤال في المسجد عند الحاجة، لفعل النبي ﷺ. ويمكن الجواب عليه بأن سؤاله ﷺ الناس لم يكن لنفسه بل كان لغيره<sup>(2)</sup>. ثم إن النبي ﷺ لم يسأل الناس مباشرة، ولم يقل: أعطوهم، بل بيّن لهم فضل الصدقة، ثم عرض بقوله: «تصدق رجل من ديناره... الحديث»، ولم يكن ذلك إلا من حاجة شديدة، وأي حاجة أكبر من أن يأتي قوم حفاة، عراة، قد لبسوا ملابس بالية من الفاقة، ولما كان الحال لا يحتمل التأخير؛ أمر النبي ﷺ بلالاً فأذن فأقام فصلى، ثم حث الناس على الصدقة، بخلاف التسول اليوم، فهو واقع عقب الصلوات، وبصوت عالٍ، مما فيه انشغال وإشغال عن الصلاة.

ولعلّه يمكن الاستدلال لهذا القول بمقاصد الشرع، إذ إن في المسألة هنا حفظ للحياة أو دفع لهلاك محقق، يقابله حفظ إقبال المصلين على الصلاة وعدم التشويش عليهم، وكذا حفظ كرامة السائل من ذل السؤال، وبذا يُقدم حفظ النفس على ما دونه، خاصة إذا ما ضُبط السؤال في المسجد بتلك الضوابط المذكورة في أول هذا القول. ولعل الراجح هو القول الأخير؛ لما ذُكر في تعليقه من أن الأخذ به ينسجم ومقاصد الشريعة الإسلامية.

## المبحث الثاني

### سبل معالجة التسول

اهتمت الشريعة الإسلامية بمعالجة أسباب التسول قبل معالجته كجريمة واقعة، فأوجدت سبلا ناجعة لمعالجة أسبابه، وتوقعت أن توجد نفوسا مريضة لا يُصلحها الوعظ والعلاج المسبق لأسباب التسول، فاحتاج معها لعلاج أكثر حدة؛ فأوجدت سبلا لمعالجة جريمة التسول تمثلت في المصادرة والحبس والضرب. وفي المقابل أوجد القانون الوضعي سبلا وحيدا لمعالجة جريمة التسول دون أسبابها تمثلت في الحبس للمتسول. ولبيان تلك السبل سينقسم هذا المبحث لثلاثة مطالب على النحو التالي:

### المطلب الأول

1 - أخرجه مسلم، كتاب الزكاة، باب الحث على الصدقة ولو بشق تمره، أو كلمة طيبة وأنها حجاب من النار، برقم 1017 . وقوله: "يتهلل": أي يستنير فرحا وسرورا. و"مذهبة": ذكر القاضي وجهين في تفسيره، أحدهما معناه فضة مذهبة، فهو أبلغ في حسن الوجه وإشراقه. والثاني: شبهه في حسنه ونوره بالمذهبة من الجلود، وجمعها مذاهب، وهي شيء كانت العرب تصنعه من جلود وتجعل فيها خطوط مذهبة يرى بعضها إثر بعض. النووي، 103/7. وفيه جواز سؤال المرء في المسجد لغيره، كما يفعله اليوم قِيمي المساجد، وأرباب الجمعيات الخيرية، بشرط مراعاة الضوابط التي ذكرها أصحاب هذا القول.

2 - الونشريسي، 191/1.

## معالجة أسباب التسول في الشريعة الإسلامية

أوجد الشرع أسبابا لمنع وقوع التسول المحظور في مجتمع ما، تعتمد على الترغيب بإتيان أعمال معينة، والترهيب من إتيان أخرى، وجعل العمل على ذلك ومراعاته من صميم عمل المحتسب<sup>(1)</sup>. فإذا روعيت تلك الأسباب؛ تحقق أثرها في منع التسول. ولعل أهمها يظهر فيما يلي:

1 - الحث على التعوذ من الفقر: إذ جعل الدعاء دافعا للمكاره عموما والنجاة منها، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: "لَا يَرُدُّ الْقَضَاءُ إِلَّا الدُّعَاءُ"<sup>(2)</sup>، وقد أمر النبي ﷺ بدعاء الله بالنجاة من الفقر، فقال ﷺ: «تعوذوا بالله من الفقر»<sup>(3)</sup>. وقد كان ﷺ نفسه يتعوذ منه، بقوله ﷺ: «اللهم إني أعوذ بك من الكفر والفقر»<sup>(4)</sup>.

2 - الترغيب في الاستعفاف عن مسألة الناس، لقوله ﷺ: «اليد العليا خير من اليد السفلى»<sup>(5)</sup>. وقوله ﷺ: «من يستعفف يعفه الله، ومن يستغن يغنه الله، ومن يصبر يصبره الله، وما أعطي أحد من عطاء خير وأوسع من الصبر»<sup>(6)</sup>.

3 - الترغيب في العمل والسعي لطلب الرزق، لقوله ﷺ: «لأن يأخذ أحدكم حبله، فيأني بجزمة الحطب على ظهره، فيبيعهها، فيكف الله بها وجهه؛ خير له من أن يسأل الناس أعطوه أو منعوه»<sup>(7)</sup>. وقوله ﷺ: «يكف الله بها وجهه»: أي يمنعه الله تعالى ويحميه بسببها من أن يريق ماء وجهه ويدل نفسه بالسؤال. و"خير" هنا ليست أفعل تفضيل، بل من قبيل قوله تعالى: ﴿أَصْحَابُ الْجَنَّةِ يَوْمَئِذٍ خَيْرٌ مُسْتَقَرًّا﴾ الفرقان: 24، وهذا فيه حث على التعفف وتفضيل الكسب والسعي على البطالة<sup>(8)</sup>.

4 - الترغيب في التصدق بالمال على المحتاجين، لما فيه من نفع للمحتاجين في الدنيا، وللمتصدق في الدارين، وفي ذلك قال النبي ﷺ: «إن الصدقة لتطفي غضب الرب، وتدفع ميتة السوء»<sup>(9)</sup>. وقال ﷺ أيضا: «ما من يوم يصبح العباد فيه، إلا ملكان ينزلان، فيقول أحدهما: اللهم أعط منفقا خلفا، ويقول الآخر: اللهم أعط ممسكا تلفا»<sup>(10)</sup>، وهذا

1 - جاء في معالم القرية القول بأنه: "من وظائف المحتسب أنه إن رأى رجلا يتعرض لمسألة الناس، وطلب الصدقة، وعلم أنه غني إما بمال أو عمل؛ أنكره عليه، وأدبه فيه". ابن الأخوة: ص 29.

2 - أخرجه الترمذي، أبواب القدر، باب ما جاء لا يرد القدر إلا الدعاء، حديث رقم 2139.

3 - أخرجه ابن ماجه، كتاب الدعاء، باب ما تعوذ منه رسول الله ﷺ، برقم 3842. والنسائي، كتاب الاستعاذة، الاستعاذة من القلة، برقم 7846.

4 - أخرجه أبو داود، كتاب الأدب، أبواب النوم، باب ما يقول إذا أصبح، برقم 5090. والنسائي، كتاب الاستعاذة، الاستعاذة من الفقر، برقم 7849.

5 - سبق تحريجه.

6 - أخرجه البخاري، كتاب الزكاة، باب الاستعفاف عن المسألة، حديث رقم 1469. ومسلم، كتاب الزكاة، باب فضل التعفف والصبر، حديث رقم 1053.

7 - أخرجه البخاري، كتاب الزكاة، باب الاستعفاف عن المسألة، حديث رقم 1471.

8 - المناوي، 257/5.

9 - أخرجه الترمذي، أبواب الزكاة، باب ما جاء في فضل الصدقة، حديث رقم 664.

10 - أخرجه البخاري، كتاب الزكاة، باب قوله تعالى: ﴿فَأَمَّا مَنْ أَعْطَى وَاتَّقَى...﴾، حديث رقم 1442. ومسلم، كتاب الزكاة، باب في المنفق والممسك، حديث رقم 1010.

في الإنفاق في الطاعات ومكارم الأخلاق وعلى العيال وَالضَّيْفَانِ وَالصَّدَقَاتِ ونحو ذلك بحيث لا يُدْمُ ولا يُسْمَى سَرَفًا، والإمساك المذموم هو الإمساك عن هذا<sup>(1)</sup>. فالتصدق على الفقراء والمحتاجين قد يكون سببا لحمل المسلم الفقير إلى الغنى، بدلا من أن يمد يده إلى الأغنياء تسولا.

5 - الترغيب في قضاء حوائج المحتاجين: إذ حث الشرع على القيام على حاجة الناس عموما ومساعدتهم في البر ودفع حاجتهم، قال ﷺ: «من كان في حاجة أخيه؛ كان الله في حاجته، ومن فرَّج عن مسلم كربة؛ فرَّج الله عنه بها كربة من كربات يوم القيامة»<sup>(2)</sup>. ثم خص الأيتام والأرامل والمساكين بمزيد عناية، فحث على برهم بالإحسان إليهم، والتصدق عليهم؛ لضعفهم، ومسيب حاجتهم للمساعدة، فقال ﷺ: «أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وقال بإصبعيه السبابة والوسطى»<sup>(3)</sup>. وقال ﷺ: «الساعي على الأرملة والمسكين كالمجاهد في سبيل الله. وَأَحْسَبُهُ قَالَ: وكالقائم الذي لا يفتر، وكالصائم الذي لا يفطر»<sup>(4)</sup>.

ومن وجوه البر ودفع حاجة الناس: إمهال المعسر، أو العفو عنه، فعن النبي ﷺ أنه قال: «تَلَقَّتِ الْمَلَائِكَةُ رُوحَ رَجُلٍ مِّنْ كَانَ قَبْلِكَم، فَقَالُوا: أَعْمَلْتَ مِنَ الْخَيْرِ شَيْئًا؟ قَالَ: لَا، قَالُوا: تَذَكَّرَ، قَالَ: كُنْتُ أَدَايْنِ النَّاسِ فَأَمَرَ فِتْيَانِي أَنْ يُنْظَرُوا الْمَعْسِرَ، وَيَتَجَوَّزُوا عَنِ الْمَوْسِرِ، قَالَ: قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: تَجَوَّزُوا عَنْهُ»<sup>(5)</sup>.

6 - الترهيب من شح النفس والطمع، وقد كان النبي ﷺ يتعوذ من الطمع بقوله: «اللهم إني أعوذ بك من نفس لا تشبع»<sup>(6)</sup>. فالغنى الحقيقي هو غنى النفس، لقوله ﷺ: «ليس الغنى عن كثرة العَرَضِ<sup>(7)</sup> ولكن الغنى عن النَّفْسِ»<sup>(8)</sup>. فالقناعة والرضا بالكفاف مطلب شرعي؛ لقوله ﷺ: «قد أفلح من أسلم، ورزق كفافًا، وَقَنَّعَهُ اللَّهُ بِمَا آتَاهُ»<sup>(9)</sup>.

7 - الترهيب من مقارفة التسول؛ لما ورد فيه من وعيد شديد كما سبق بيانه في أدلة منع التسول بالمبحث

الأول.

1 - النووي، 95/7.

2 - أخرجه البخاري، كتاب المظالم والغصب، باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه، حديث رقم 2442. ومسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظلم، حديث رقم 2580.

3 - أخرجه البخاري، كتاب الأدب، باب فضل من يعول يتيمًا، حديث رقم 6005.

4 - أخرجه البخاري، كتاب الادب، باب الساعي على المسكين، حديث رقم 6007. ومسلم، كتاب الزهد والرقاق، باب الإحسان إلى الأرملة والمسكين واليتيم، حديث رقم 2982.

5 - أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب من أنظر موسرا، حديث رقم 2077. ومسلم، كتاب المساقاة، باب فضل إنظار المعسر، حديث رقم 1560. وقوله: "ويتجوزوا" من التجاوز والتجوز ومعناها المساحة في الاقتضاء والاستيفاء وقبول ما فيه نقص يسير. النووي، 224/10.

6 - أخرجه مسلم، كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب التعوذ من شر ما عمل ومن شر ما لم يعمل، برقم 2722.

7 - العَرَضُ: هو متاع الدنيا ومعنى الحديث: الغنى المحمود غنى النفس وشبعها، وقلة حرصها، لا كثرة المال مع الحرص على الزيادة، لأن من كان طالباً للزيادة لم يستغن بما معه، فليس له غنى. النووي، 140/7.

8 - أخرجه البخاري، كتاب الرقاق، باب الغنى غنى النفس، حديث رقم 6446. ومسلم، كتاب الزكاة، باب ليس الغنى عن كثرة العرض، حديث رقم 1051.

9 - أخرجه مسلم، كتاب الزكاة، باب في الكفاف والقناعة، برقم 1054. الكفاف: هو الذي لا يفضل عن الشيء، ويكون بقدر الحاجة إليه. ابن الأثير، 191/4. النووي، 147/7.

8 - الترهيب من الاكتناز والترغيب في الزكاة: فللمال وظيفة تُضاد اکتنازه، إذ يُراد له دورانه ليستفيد منه المجتمع في دوران عجلة الاقتصاد، وهذا العموم في النفع جعل المالك الحقيقي للمال هو الله، وبذا كان أداء ما تعلق به من حق إلهي واجب على مالك رقبته، وحق الله في المال أداء زكاته متى بلغ نصاباً، فيؤخذ من أغنياء المسلمين ويُعطى لفقرائهم، وفي ذلك قال النبي ﷺ: «ما من صاحب كنزٍ (1) لا يؤدي زكاته، إلا أُحْمِيَ عليه في نار جهنم، فَيُجْعَلُ صفائح، فَيُكوى بها جنباه وجبينه، حتى يحكم الله بين عباده، في يوم كان مقداره خمسين ألف سنة» (2). ولا شك أن أداء الزكاة يُعد سبيلاً مهماً لعلاج التسول؛ إذ بالزكاة تُدفع حاجة كثير من الناس بما يغنيهم عن المسألة.

9 - ترغيب الدولة في القيام بواجبها تجاه مواطنيها، بتوفير كفايتهم في العيش الكريم، دون إسراف ولا تقتير، حسب استطاعتها، وذلك من غير الأموال المحببة عن طريق الزكاة والصدقة، ولولي الأمر عند الاضطرار الأخذ من مال الأغنياء ليسد حاجة الفقراء (3). وفي هذا قال النبي ﷺ: «إن في المال لحقاً سوى الزكاة» (4)، كفكاك الأسير وإطعام المضطر وسقي الظمآن وعدم منع الماء والملح والنار وانفاذ محترم أشرف على الهلاك، ونحو ذلك (5). ولا شك أن ما يمس بعض المجتمع؛ يمس سائرهم، مصداقاً لقول النبي ﷺ: «مثل المؤمنين في توادهم، وتراحمهم، وتعاطفهم مثل الجسد إذا اشتكى منه عضو؛ تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى» (6).

فللفرد المسلم في الدولة المسلمة كفايته ومن يعول، وحد الكفاية هو: بيت يأويه، وثوب يستر عورته، وخبز يسد جوعه، وماء يروي عطشه، لقول النبي ﷺ: «ليس لابن آدم حق في سوى هذه الخصال: بيت يسكنه، وثوب يوارى عورته، وجلف الخبز والماء» (7).

10 - يُضاف إلى ذلك بعض الأمور التي يُرجى منها استغناء المرء، وبذا كفه عن المسألة، وهي: شكر النعم، والاستغفار، وصلة الرحم.

فشكر النعم يزيد لها، والأدلة على ذلك كثيرة، منها قوله تعالى: ﴿لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾ إبراهيم: 7، وبالشكر يُفتح على العبد أبواب الخير، لقوله تعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ الْقُرَىٰ آمَنُوا وَاتَّقَوْا لَفَتَحْنَا عَلَيْهِم بَرَكَاتٍ مِّنَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ﴾ الأعراف: 96.

وكذا التوبة والاستغفار مظنة الفرج والتوسعة، لقوله تعالى: ﴿فَقُلْتُ اسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ إِنَّهُ كَانَ غَفَّارًا، يُرْسِلِ السَّمَاءَ عَلَيْكُمْ مِدْرَارًا، وَيُمْدِدْكُمْ بِأَمْوَالٍ وَيُبَيِّنْ وَيَجْعَلْ لَكُمْ جَنَّاتٍ وَيَجْعَلْ لَكُمْ أَنْهَارًا﴾ نوح: 10-11-12.

1 - الكنز هنا: كل مال وجبت فيه الزكاة فلم تؤد. النووي، 68/7.

2 - أخرجه مسلم، كتاب الزكاة، باب إثم مانع الزكاة، حديث رقم 987.

3 - المناوي، 472/2.

4 - أخرجه الترمذي، أبواب الزكاة، باب ما جاء أن في المال حقاً سوى الزكاة، برقم 659.

5 - المباركفوري، 262/3.

6 - أخرجه مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم، برقم 2586.

7 - أخرجه الترمذي، أبواب الزهد، باب ما جاء في الزهادة في الدنيا، برقم 2341. الجِلْف: الظرف مثل الحُجْح، يريد ما يترك فيه الخبز، وقد ذُكر هنا الظرف وأراد به المظروف: أي كسرة خبز وشرية ماء. ابن الأثير، 287/1. المباركفوري، 5/7.

وصلة الرحم تزيد في الرزق وفي العمر؛ لقول النبي ﷺ: «من أحب أن يُيسر له في رزقه، ويُيسر له في أثره، فَلْيَصِلْ رحمه»<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### معالجة جريمة التسول في الشريعة الإسلامية

إذا لم تنجح سبل معالجة أسباب التسول في وقوعه، كانت هناك سبلا شرعية لمعالجته، تتمثل في جملة من العقوبات التعزيرية تظهر في: المصادرة، والضرب، والحبس، وبيانها فيما يلي:

#### الفرع الأول: عقوبة المصادرة:

المصادرة لغة: مصدر صادر، وهي استلاء الدولة على المال عقوبة<sup>(2)</sup>. ولا يخرج معناه الاصطلاحي عن ذلك<sup>(3)</sup>. وقد اختلف العلماء في حكم مصادرة مال الجاني محل الجريمة على قولين، بيانها فيما يلي:

**القول الأول:** عدم جواز مصادرة المال، فلا يُعاقب المذنب بأخذ ماله محل الجريمة. وهذا قول الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة<sup>(4)</sup>. استدلالا بما يلي:

1 - إنَّ القول بمصادرة المال فيه مخالفة صريحة للنصوص العامة من الكتاب والسنة التي تدل دلالة قطعية على حرمة مال المسلم وعدم جواز أخذه بغير حق، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ البقرة: 188، وما ورد عن النبي ﷺ أنه قال: «إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ بَيْنَكُمْ حَرَامٌ»<sup>(5)</sup>. وقد يجاب على هذا، بأن المصادرة وهي تعزير بأخذ المال كانت تأديبا للمذنب في ماله الذي تعلق به الذنب، وردعا لغيره، خاصة إذا عُلِمَ أنَّ المصادرة تقديرها مُفوض إلى الحاكم، الذي قد يرى أنَّ المصلحة تقتضي ذلك، وليس في هذا أكل لأموال الناس بالباطل، ولا التعرض لحرمتها.

2 - إنَّ المصادرة كانت في صدر الإسلام ثم نُسخَت بالإجماع<sup>(6)</sup>. وقد أجاب ابن تيمية على هذا بقوله: "إنَّ من قال إنَّ هذه العقوبات منسوخة وأطلق ذلك فقد غلط على مذاهب الأئمة نقلا واستدلالا، ولم يجيء عن النبي ﷺ

1 - أخرجه البخاري، كتاب الأدب، باب من بسط له في الرزق بصلة الرحم، حديث رقم 5986. ومسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب صلة الرحم وتحريم قطيعتها، برقم 2557.

2 - عمر، 1279/2.

3 - القماطي، ص 118.

4 - انظر: ابن نجيم، 44/5. القرطبي: البيان والتحصيل، 359/9. الرملي، 22/8. البهوتي، 228/6.

5 - أخرجه البخاري، كتاب العلم، باب قول النبي ﷺ: رب مبلغ أوعى من سامع، وقد أخرجه في غير موضع، حديث رقم 67. ومسلم، كتاب القسامة والمحاريق والقصاص والديات، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال، حديث رقم 1679.

6 - انظر: ابن عابدين، 61/4. القرطبي: البيان والتحصيل، 319/9-320.

شيء قط يقتضي أنه حرم جميع العقوبات المالية، بل إنّ أخذ الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة بذلك بعد موته دليل على أنّ ذلك محكم غير منسوخ. والمدعون للنسخ ليس معهم حجة بذلك لا من كتاب ولا من سنة<sup>(1)</sup>.

3 - إنّ القول بالتعزير المالي فيه تسليط للظلمة من الحكام على أموال الناس، وإغراء لهم على مصادرة الأموال بغير حق<sup>(2)</sup>. ويمكن الإجابة على هذا بأنه وإن كان استدلالاً له وجهته، إلا أنه لا يُنكر مدى أهمية المصادرة في ردع العصاة الظالمين، خاصة إذا رُوعي فيه العدل، واجتناب الهوى. كما أنّ انتظام شؤون الدولة والرقابة على أموالها وأيلولتها الأموال التي تؤخذ كعقوبات لصالح الخزانة العامة، وسن العقوبات عن طريق الهيئات المختصة بالتشريع، وعدم توقيع العقوبة إلا عن طريق القضاء، كل ذلك ربما يكون كفيلاً لعدم اتخاذ عقوبة المصادرة وسيلة لكل أموال الناس بالباطل<sup>(3)</sup>.

**القول الثاني:** جواز مصادرة المال محل الجريمة. وهذا قول أبي يوسف من الحنفية وابن تيمية وابن القيم<sup>(4)</sup>. استدلالاً بما يلي:

1 - ما رُوِيَ عن النبي ﷺ أنه أمر يوم خيبر بكسر القدور التي طبخ فيها لحم الحمر الإنسية، ثم استأذنه في غسلها فأذن لهم<sup>(5)</sup>، فدل على جواز الأمرين<sup>(6)</sup>.

2 - ما رُوِيَ عن عمر وعلي رضي الله عنهما من تحريق المكان الذي يباع فيه الخمر، وكذلك تحريق عمر رضي الله عنه قصر سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه لما احتجب فيه عن الرعية<sup>(7)</sup>.

والذي يظهر رجحانه هو القول الأخير، أي جواز التعزير بأخذ المال؛ لاتفاقه والسياسة الشرعية في منح الحاكم سلطة اتخاذ التدابير والإجراءات التي يرى صلاحيتها في تدبير شؤون الأمة وإصلاح الرعية، حسب مقتضيات كل عصر ومكان. كما أنّ التعزير بأخذ المال فيه زجر للجاني وتأديب له، لأن غرم المال أحياناً يكون أجزر للنفوس من العقوبة بغيره في بعض الجرائم، لعزة المال عليها<sup>(8)</sup>.

والملاحظ أنّ الحنفية القائلين بالمنع نصوا على أنه لا يجوز لأحد أخذ مال آخر بغير سبب شرعي<sup>(9)</sup>، مما يدل بمفهومه أنه إذا وُجد سبب شرعي؛ جاز مصادرة المال، والمصادرة هنا لا تخرج عن هذا المعنى، إذ أنّها تأديب للمذنب وزجر له ولغيره، في أمور لا يحتل فيها التعاطف أو اللين، كما هو حال ظاهرة التسول.

1 - ابن تيمية: الحسبة، 111/28.

2 - ابن عابدين، 61/4.

3 - القماطي، ص 67.

4 - انظر: ابن الهمام، 345/5. ابن تيمية: الحسبة، 111/28. ابن القيم، ص 386.

5 - أخرجه البخاري، كتاب المغازي، باب غزوة خيبر، حديث رقم 4196. ومسلم، كتاب الجهاد والسير، باب غزوة خيبر، حديث رقم 1802.

6 - ابن القيم، ص 386.

7 - ابن تيمية: الحسبة، 110-111/28. ابن قيم، مرجع سابق، ص 386. وردت هذه الآثار في أغلب كتب السياسة الشرعية ونظام القضاء، ولم أقف عليها فيما اطّلت عليه من كتب الحديث.

8 - القماطي، ص 67.

9 - ابن عابدين، 62/4.

ومما يَرَّجَحُ القول بالإجازة في هذا الصدد؛ ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه سمع سائلا يسأل بعد المغرب، فقال لواحد من قومه: عَشَّ الرجل؛ فعشَّاه، ثم سمعه ثانيا يسأل، فقال: ألم أقل لك عَشَّ الرجل، قال: قد عشيتَه، فنظر عمر فإذا تحت يده مخللة مملوءة خبزا، فقال: لست سائلا، ولكنك تاجر، ثم أخذ المخللة ونثرها بين يدي إبل الصدقة، وضربه بِالرَّيَّةِ، وقال لا تعد<sup>(1)</sup>. فدل على جواز مصادرة مال المتسول، عقوبة له.

### الفرع الثاني: عقوبة الضرب:

للضَّرْبِ في اللغة معان، منها: الإصابة باليد أو السوط أو بغيرهما، يقال: ضربه بيده أو بالسوط يضربه ضربا: علاه به، والسير في الأرض ابتغاء الرزق أو الغزو في سبيل الله، وصياغة النقود، وطبعها، وتضعيف أحد العددين بالآخر، وضرب الدف<sup>(2)</sup>. ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للضرب عن هذه المعاني اللغوية<sup>(3)</sup>.

وقد ثبت مشروعية الضرب كعلاج للتسول المحظور في الأثر المتقدم عن عمر رضي الله عنه، إذ ضرب من يتصنع المسكنة لينال عطف الناس وعطائهم، كما سبق ذكره قريبا.

ولا خلاف بين العلماء في أنَّ الضرب في الحدود يكون بالسوط، أما الضرب للتعزير فيكون بالسوط واليد<sup>(4)</sup>. ولا بد في السوط أن يكون وسطا بين قضيب، وعصا، ورطب، ويابس، لما روي: أنَّ رجلا اعترف على نفسه بالزنا في عهد رسول الله ﷺ فدعا له رسول الله ﷺ بسوط فأتي بسوط مكسور فقال: فوق هذا، فأتي بسوط جديد لم تقطع ثمرته فقال: دون هذا، فأتي بسوط قد ركب به ولان، فأمر به رسول الله ﷺ فجلد<sup>(5)</sup>. وكذا الضرب يكون وسطا أيضا، لا شديدا فيقتل، ولا ضعيفا فلا يردع، لأن المقصود تأديبه، لا قتله. ويُفَرَّق على الأعضاء، فلا يجمع على عضو واحد، ويتقي المقاتل، كالوجه، والرأس، والنحر، والفرج<sup>(6)</sup>.

### الفرع الثالث: عقوبة الحبس:

الحَبْسُ لغة: المنع والإمساك، ثم أطلق على المَوْضِعِ، وجمعه حُبُوسٌ، وَحَبَسْتُهُ بمعنى وقفته فهو حَبِيسٌ<sup>(7)</sup>. ولا يخرج معناه الاصطلاحي عن ذلك<sup>(8)</sup>.

والملاحظ أنه لم يكن على عهد النبي ﷺ وأبي بكر رضي الله عنه حبس معد لسجن الناس، ولكن لما انتشرت الرعية في زمن عمر رضي الله عنه واتسعت رقعة بلاد المسلمين ابتاع بمكة دارا وجعلها سجنا<sup>(9)</sup>.

1 - الغزالي، 211/4.

2 - ابن منظور، 543/1، مادة ضرب. الفيومي، 359/2، مادة ضرب.

3 - الجرجاني، ص 137.

4 - ابن عابدين، 352/1. الخطاب، 318/6. المغني، 319/8.

5 - مالك: الموطأ، كتاب الحدود، باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا، برقم 12.

6 - الكاساني، 64/7. الدسوقي، 354/4-355. القليوبي، 205/4. ابن قدامة: المغني، 167/9 و 177/9.

7 - الفيومي، 118/1، مادة حبس.

8 - انظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 398/35. ابن القيم، ص 149. قلعجي، ص 174، مادة حبس.

9 - انظر: ابن تيمية: مجموع الفتاوى، 398/35. ابن القيم، ص 149.

وقد ثبتت مشروعية الحبس بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول. فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَأَسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةٌ مِّنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَقَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾ النساء: 15، وقوله عز وجل: ﴿تَحْسِبُوهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَئِيسِمَانٍ بِاللَّهِ﴾ المائدة: 106، فأرشدت الآيات إلى حبس من توجب عليه الحق حتى يؤديه<sup>(1)</sup>. ومن السنة ما روي عن النبي ﷺ أنه حبس رجلا في تهمة<sup>(2)</sup>. وقد أجمع الصحابة ومن بعدهم من غير نكير على مشروعية الحبس<sup>(3)</sup>. كما أنّ الحاجة قد تدعو إلى إقرار الحبس للكشف عن المتهم، ولكف أهل الجرائم.

وقد ذكر صاحب الفروق ثمانية مواضع يشرع فيها الحبس دون غيرها، وهي، الأول: حبس الجاني لغيبة المجني عليه حفظا لمحل القصاص. والثاني: حبس الأبق سنة حفظا للمالية رجاء أن يعرف ربه. الثالث: حبس من أشكل أمره في العسر واليسر اختبارا لحاله فإذا ظهر حاله حكم بموجبه عسرا أو يسرا. الرابع: حبس الجاني تعزيرا وردعا عن معاصي الله تعالى. الخامس: حبس من امتنع من التصرف الواجب الذي لا تدخله النيابة، كحبس من أسلم على أختين أو عشرة نسوة أو امرأة وابنتها وامتنع من التعيين. السادس: حبس من أقر بمجهول عين أو في الذمة وامتنع من تعيينه فيحبس حتى يعينه، فيقول: العين هو هذا الثوب أو هذه الدابة ونحوهما، أو الشيء الذي أقررت به هو دينار في ذمتي. والسابع: حبس الممتنع في حق الله تعالى الذي لا تدخله النيابة عند الشافعية كالصوم وعندنا -أي المالكية- يقتل فيه كالصلاة. الثامنة: حبس الممتنع عن دفع الحق إلجاء إليه<sup>(4)</sup>. ولعل الموضوع الرابع يدخل فيه حبس المتسول.

أما فيما يتعلق بمدة الحبس، فهي مفوضة لرأى الحاكم، لأنها تختلف باختلاف ظروف كل مجرم، وباختلاف الأزمنة والأمكنة، والشرط في الحبس أن يكون كافيا لزرع الجاني، فمن الجانين من يجبس يوما، ومنهم من يجبس إلى غاية غير مقدرة، إذ التعزير مشروع للتأديب والزرع، فيجب إذا تقرر الحبس تعزيرا، أن يكون وافيا بالعرض من تشريعه<sup>(5)</sup>.

### المطلب الثالث

#### معالجة جريمة التسول في القانون الوضعي

دأبت التشريعات الوضعية -وعلى رأسها المادة (475) من قانون العقوبات الليبي، والقانون المصري رقم (49) بشأن التسول- على عد جريمة التسول من الجناح المتعلقة بالنظام العام، وقصرت عقوبته على الحبس فقط. ولا شك أن من المتسولين من لا يردعه الحبس، خاصة إذا ما كان الحبس مقدرا بأشهر قليلة، كما هو حال تلك القوانين. والملاحظ

1 - القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 352/6.

2 - أخرجه أبي داود، كتاب الأفضية، باب في الحبس في الدين وغيره، برقم 3630. والترمذي، كتاب الديات، باب ما جاء في الحبس في التهمة، برقم 1417.

3 - انظر: ابن نجيم، 307/6. ابن حجر، 76/5 و 414/7. الشوكاني، 217/9 - 218.

4 - القرطبي: الفروق، 1221/4.

5 - أبو يعلى، ص 315.

أنه يجعل التسول من جرائم النظام العام لا الأشخاص، يؤكد ما سبق تقريره عند تعريف التسول في القانون الوضعي من أن هذه القوانين تهدف من وراء تجريم التسول إلى القضاء على مشاهدته في الأوساط العامة أمام الجمهور، دون مراعاة للأذى الواقع على المسؤول، إذ لا شك أنه أول من يؤدي بذلك، نفسيا وماديا، وهذا ما يميز التنظيم الشرعي للتسول عن التنظيم الوضعي له، إذ تقدم القول في أكثر من موضع أن علماء الشريعة راعوا مسألة الأذى الواقع جراء التسول، وأنه أذى يمس المسؤول فضلا عن المتسول، ولذلك كان التسول المحظور ممنوعا شرعا على أي كيفية كان وفي أي محل وقع. والملاحظ أنه لا يوجد في القانون الوضعي سبلا لمعالجة أسباب التسول، إذ كما تقدم قد يكون بسبب البطالة أو الفقر أو الطمع أو نحوها، وهذه تحتاج لمعالجات وعظية تشتمل على الترغيب بوعد الله، والترهيب من وعيد، وهذه الوسيلة لا تجدها في القوانين الوضعية؛ لطغيان المادة عليها، وانعدام الروح فيها، ولا شك أن إصلاح الروح أولى من إصلاح المادة، فالثانية تنقاد للأولى لا العكس، وهذا ما ضمن للتنظيم الشرعي نجاعته في مكافحة الجرائم وأسبابها على مر العصور، بينما يكثر في النظم الوضعية التهرب من إلزاميتها، والتفنن في عصيانها، فالكل فيها يعمل لمصلحته المادية البحتة دون مراعاة لعوز الآخرين أو مصالحهم، لأن القانون لا يمنح الثواب والأجر لمن يدفع حاجة الناس ويساعدهم لله عز وجل، ولكنه يُنزل العقاب على من يُخالفه، ولا شك أن هذا ظلم لن يلتزم به إلا المجرم عليه.

## □ الخاتمة

يخلص من خلال ما تقدم في هذا البحث إلى جملة من النتائج تتمثل فيما يلي:

- 1 - للتسول في الشرع معنيين، عام: يراد به سؤال الأذى للأعلى. وخاص يراد به طلب شخص من غيره مالا على وجه الاستكثار أو التكاسل، دون أن يكون له وجه حق فيه. ولم يرد في القانون الوضعي تعريف للتسول؛ مما أدى لاضطراب تنظيمه له.
- 2 - للتسول أسباب ظهرت في: الفقر، والطمع وحب المال وطول الأمل، والكسل، و النظر إلى ما في أيدي المترفين.
- 3 - الأصل في التسول التحريم، وقد سمي هذا بالعزيمة، ليقابلها رخصة تتمثل في إباحة التسول أو ندبه بشروط معينة.
- 4 - للتسول آثار سلبية على الفرد والمجتمع، تظهر في إذلال السائل، وإيذاء المسؤول، وإضعاف الإنتاج، ومنع وصول الصدقات لمستحقيها، وإفساد الأسر، وسبيل لدخول ذوي المآرب الخبيثة للمجتمع.
- 5 - للتسول الممنوع شروط منها ما يتعلق بالتسول نفسه، ومنها ما يتعلق بالقصد من التسول، ومنها ما يتعلق بمحل السؤال.
- 6 - وكذا للتسول الجائز ضوابط تظهر فيما يلي: إذا كان المتسول محتاجا وغير قادر على الكسب، أو كان له حق فيما يسأله، أو لم يكن يقصد من التسول التكبسب لنفسه. فإذا صح لشخص التسول وجب مراعاة جملة من الضوابط هي: عدم الإلحاح في التسول، وأن يكون الأخذ بقدر ما يدفع به حاجته، وأن لا يتسول في المساجد، وهذا الأخير محل خلاف بين العلماء على أربعة أقوال، وقد رُجح القول بجوازه بشروط، هي: أن يكون السؤال لضرورة، وأن لا يلحف في سؤاله، وأن لا يؤذي المصلين بتخطي رقابهم أو المرور بين يدهم أو بجهور صوته.
- 7 - حرص الإسلام على معالجة التسول بمعالجة أسبابه أولا، ثم معالجته كجريمة، فمعالجة أسبابه كان بالترغيب والترهيب، متمثلا في الحث على التعوذ من الفقر، والترغيب في الاستعفاف والعمل والتصدق وقضاء حوائج المحتاجين، وشكر النعم، والاستغفار، وصلة الرحم، والترهيب من شح النفس والطمع والتسول والاكتناز، وترغيب الدولة في القيام بواجبها تجاه مواطنيها. أما معالجته كجريمة فتمثل في جملة من العقوبات التعزيرية التي ظهر في المصادرة والضرب والحبس. أما معالجة التسول في القانون الوضعي فقد وُجِّه لمعالجة الجريمة دون أسبابها، فاقترنت على العلاج بالحبس فقط.
- وفي الختام أوصي القائمين على السلطة التشريعية أن يكتفوا بالتنظيم الشرعي للتسول، ففيه الكفاية والدقة والنجاعة لعلاجها، كيف لا وهو من لدن حكيم خبير سبحانه وتعالى.

والحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله ﷺ.

## ثبت المصادر والمراجع

- 1- ابن الأثير، مجد الدين، 606هـ. النهاية في غريب الحديث والأثر، دط، 1979م. بيروت: المكتبة العلمية.
- 2- ابن الأخوة، محمد، 729هـ. معالم القرية في طلب الحسبة، دط، دت. كميردج: دار الفنون.
- 3- ابن القيم، محمد، 751هـ : الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ط1 ، 1428هـ. مكة المكرمة: دار عالم الفوائد.
- 4- ابن الهمام، محمد، 861هـ. شرح فتح القدير، دط، دت. بيروت: دار الفكر.
- 5- ابن تيمية، أحمد، 728هـ. الحسبة في الإسلام، ط1، دت. بيروت: دار الكتب العلمية.
- 6- ابن تيمية، أحمد، 728هـ. الفتاوى الكبرى، ط1، 1408هـ-1987م. بيروت: دار الكتب العلمية.
- 7- ابن تيمية، أحمد، 728هـ. مجموع الفتاوى، دط، 1995م. المدينة النبوية، السعودية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.
- 8- ابن حجر، أحمد، 852هـ. فتح الباري شرح صحيح البخاري، دط، دت. بيروت: دار المعرفة.
- 9- ابن حزم، علي. 456هـ. مراتب الإجماع، دط، دت. بيروت: دار الكتب العلمية.
- 10- ابن حميد، صالح. نضرة النعيم في مكارم أخلاق الرسول الكريم ﷺ، ط4. دت. جدة: دار الوسيلة.
- 11- ابن حنبل، أحمد، 241هـ. مسند الإمام أحمد بن حنبل، ط1، 1421هـ، 2001م. بيروت: مؤسسة الرسالة.
- 12- ابن عابدين، محمد. 1252هـ. رد المختار على الدر المختار، ط2، 1992م. بيروت، لبنان: دار الفكر.
- 13- ابن عبد البر، يوسف، 463هـ. الاستذكار، ط1، 1421هـ-2000م. بيروت: دار الكتب العلمية.
- 14- ابن عبد البر، يوسف، 463هـ. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، دط، 1387هـ. المغرب: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية.
- 15- ابن قدامة، عبد الله، 620هـ. الكافي في فقه الإمام أحمد، ط1، 1414هـ-1994م. بيروت: دار الكتب العلمية.
- 16- ابن قدامة، عبد الله، 620هـ. المغني، دط. 1968م. القاهرة: مكتبة القاهرة.
- 17- ابن كثير، إسماعيل، 774هـ. تفسير القرآن العظيم، ط1، 1419هـ. بيروت: دار الكتب العلمية.
- 18- ابن ماجه، محمد. 273هـ. سنن ابن ماجه، دط. القاهرة، مصر: دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي.
- 19- ابن مفلح، محمد، 763هـ. الفروع، ط1، 1424هـ-2003م. بيروت: مؤسسة الرسالة.
- 20- ابن منظور، محمد، 711هـ. لسان العرب، ط3، 1414هـ. بيروت: دار صادر.
- 21- ابن نجيم، زين الدين، 970هـ. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، دت. القاهرة: دار الكتاب الإسلامي.
- 22- أبو الفرج، عبد الرحمن، 682هـ. الشرح الكبير على متن المقنع، دط، دت. القاهرة: دار الكتاب العربي.

- 23- أبو داود، سليمان. 275هـ. سنن أبي داود، دط. صيدا، لبنان: المكتبة العصرية.
- 24- أبو يعلى، محمد، 458هـ. الأحكام السلطانية، ط2، 2000م. بيروت: دار الكتب العلمية.
- 25- الآمدي، علي، 631هـ. الإحكام في أصول الأحكام، دط، دت. بيروت: المكتب الإسلامي.
- 26- البخاري، محمد. 256هـ. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه "صحيح البخاري"، ط1، 1422هـ. بيروت، لبنان: دار طوق النجاة "مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي.
- 27- البهوتي، منصور، 1051هـ. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، المعروف بشرح منتهى الإرادات، ط1، 1414هـ، 1993م. الرياض: عالم الكتب.
- 28- الترمذي، محمد، 279هـ. سنن الترمذي، ط2، 1975م. القاهرة: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي.
- 29- الجرجاني، علي، 816هـ. التعريفات، ط1، 1983م. بيروت: دار الكتب العلمية.
- 30- الحصكفي، محمد. 1088هـ. الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، ط1، 2002م. بيروت: دار الكتب العلمية.
- 31- الخطاب، محمد، 954هـ. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3، 1412هـ-1992م. بيروت: دار الفكر.
- 32- الخياط، محمد. أحكام المسألة والاستجداء في الفقه الإسلامي، دت. السعودية: رسالة ماجستير مقدمة بكلية الشريعة بجامعة أم القرى.
- 33- الدسوقي، محمد، 1230هـ. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دط، دت. بيروت: دار الفكر.
- 34- الرملي، محمد، 1004هـ. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط الأخيرة، 1984م. بيروت: دار الفكر.
- 35- السيوطي، جلال الدين، 911هـ. الحاوي للفتاوى، دط، 1424هـ-2004م. بيروت: دار الفكر.
- 36- الشافعي، محمد، 204هـ. الأم، دط، 1990م. بيروت: دار المعرفة.
- 37- الشوكاني، محمد، 1250هـ. نيل الأوطار، ط1، 1412هـ-1993م. مصر: دار الحديث.
- 38- العظيم آبادي، محمد أشرف، 1329هـ. عون المعبود شرح سنن أبي داود، ط2، 1415هـ. بيروت: دار الكتب العلمية.
- 39- الغزالي، محمد. 505هـ. إحياء علوم الدين، دط، دت. بيروت: دار المعرفة.
- 40- الفيروزآبادي، محمد، 817هـ. القاموس المحيط، ط8، 1426هـ-2005م. بيروت: مؤسسة الرسالة.
- 41- الفيومي، أحمد، 834هـ. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، دط، دت. بيروت: المكتبة العلمية.
- 42- القانون المصري رقم 49، الصادر سنة 1933م، بشأن التسول.
- 43- القراني، أحمد. 684هـ. أنوار البروق في أنواء الفروق "الفروق"، دط، دت. الرياض: عالم الكتب.
- 44- القراني، أحمد، 684هـ. الذخيرة، ط1، 1994م. بيروت: دار الغرب الإسلامي.

- 45- القرطبي، أحمد، 656هـ. المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، ط1، 1417هـ-1996م. دمشق- بيروت: دار ابن كثير- دار الكلم الطيب.
- 46- القرطبي، محمد، 520هـ. البيان والتحصيل، ط2، 1988م. بيروت: دار الغرب الإسلامي.
- 47- القرطبي، محمد، 671هـ. الجامع لأحكام القرآن، ط2، 1964م. القاهرة: دار الكتب المصرية.
- 48- القليوبي، أحمد، 1069هـ. حاشية على شرح المحلى لمنهاج الطالبين، دط، 1415هـ-1995م. بيروت: دار الفكر.
- 49- القماطي، حميد. العقوبات المالية بين الشريعة والقانون، ط1، 1986م. طرابلس، ليبيا: المنشأة العامة.
- 50- الكاساني، أبو بكر، 587هـ. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، 1986م. بيروت: دار الكتب العلمية.
- 51- الماوردي، علي، 450هـ. الحاوي الكبير، ط1، 1419هـ-1999م. بيروت: دار الكتب العلمية.
- 52- المباركفوري، محمد، 1353هـ. تحفة الأحمدي بشرح جامع الترمذي، دط، دت. بيروت: دار الكتب العلمية.
- 53- المناوي، عبد الرؤوف، 1031هـ. فيض القدير شرح الجامع الصغير، ط1، 1356هـ. مصر: المكتبة التجارية الكبرى.
- 54- النسائي، أحمد، 303هـ. السنن الكبرى، ط1، 1421هـ-2001م. بيروت: مؤسسة الرسالة.
- 55- النووي، يحيى، 676هـ. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط2، 1392هـ. بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- 56- الونشريسي، أحمد، 914هـ. إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، ط1، 1427هـ-2006م. بيروت: دار ابن حزم.
- 57- عمر، أحمد. 1424هـ. معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، 2008م. بيروت: عالم الكتب.
- 58- قانون العقوبات الليبي الصادر سنة 1954م.
- 59- قلعجي، محمد وآخرون. معجم لغة الفقهاء، ط2، 1408هـ-1988م. الأردن: دار النفائس.
- 60- مالك، مالك، 179هـ. المدونة، ط1، 1415هـ-1994م. بيروت: دار الكتب العلمية.
- 61- مسلم، مسلم. 261هـ. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ "صحيح مسلم"، دط، دت. بيروت: دار إحياء التراث العربي.

## التعويض الاتفاقي ما بين سلطان الإرادة وسلطة القاضي

### "دراسة تحليلية مقارنة"

دكتورة. امد لله الجعيدي محمد عمر

عضو هيئة تدريس بكلية القانون/ جامعة سرت

#### الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى عرض النظام القانوني للتعويض الإتفاقي، مع إستعراض كيفية تنظيم المشرع الليبي والمصري والفرنسي - بشكل أساسي - للتعويض الإتفاقي إستناداً للحرية التعاقدية مع الإشارة لبعض الأنظمة العربية كلما تطلبت المقارنة ذلك، ومدى إعتبار رقابة القاضي عليه خرق لمبدأ سلطان الإرادة أو تدعيماً له، وهل يوفر التنظيم القانوني للتعويض الاتفاقي الحماية اللازمة لحرية المتعاقدين، وإلى أي مدى يكفل استقرار المعاملات ويضمن الثقة بين المتعاقدين، حيث يعتبر التعويض الاتفاقي أحد الطرق المهمة لتنفيذ الالتزام بطريق التعويض نظراً لأهميته في الحياة العملية، و لكونه كثير الاستخدام في العقود التي يلتزم أحد طرفيها بالقيام بعمل في أجل محدد، وهو ما ستعرض له في هذا البحث من خلال ماهية هذا التعويض وصوره، وتمييزه عما يختلط به من أنظمة قانونية، ومدى سلطة القاضي في تعديل قيمته إما بالتخفيض أو بالزيادة.

#### مقدمة

في أغلب الأحيان يتم تنفيذ الالتزام طواعية واختياراً من جانب المدين استجابة لعنصر الديونية ، حيث يعتبر التنفيذ العيني الاختياري "الوفاء البسيط" من أفضل طرق تنفيذ الالتزام، لأنه يوفر الوقت والجهد والمال، ويجنب المدين الوقوع في نزاعات مستقبلية مع الدائن وما يستتبع ذلك من مصاريف قضائية و طول الإجراءات، لكن أحياناً قد يمتنع المدين عن تنفيذ التزامه العقدي أو قد يتسبب بخطئه في ذلك مما يؤدي إلى عرقلة السير الحسن للعقد ، فإذا ترتب على عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ ضرراً للطرف الآخر التزم من كان سبباً في ذلك بتعويضه مكان التنفيذ العيني للالتزام. وهذا ما اصطلح عليه بالتنفيذ بطريق التعويض، لذلك منح القانون المتعاقدين الاتفاق على التعويض مقدماً، سواء في العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق وهو ما يسمى بالشرط الجزائي أو بالتعويض الاتفاقي كأحد طرق تقدير التعويض إضافة للتعويض القانوني والتعويض القضائي.

ومن المعلوم، أن التعويض الاتفاقي يتم الاتفاق عليه مقدماً قبل وقوع الضرر، وهو غالباً ما يحمل في طياته طابعاً تهديدياً لحمل المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، لذلك منح القانون قاضي الموضوع صلاحية تخفيض مبلغ التعويض المتفق عليه ولكن ضمن ضوابط معينة كما سنرى لاحقاً.

وبالرغم من أن عدم الاتفاق على التعويض مقدماً، لا يمنع الدائن من اللجوء للقضاء للمطالبة بالتعويض وهو ما يسمى بالتعويض القضائي، إلا أن التعويض الاتفاقي - كما سنرى - يمنح الدائن العديد من المزايا، من أهمها أن عبء الإثبات ينتقل إلى المدين، فعليه أن ينفى وقوع الضرر أو يثبت أن الضرر قد وقع بسبب أجنبي لا يد له فيه حتى يتخلص من المسؤولية التي تلزمه بالتعويض الاتفاقي.

وفي المقابل، ضيق المشرع من حالات حق الدائن في زيادة التعويض الاتفاقي، باعتبار أن الاتفاق على التعويض مسبقاً هو أحد صور التخفيف من آثار المسؤولية العقدية، وبناءً على ذلك لا يجوز للدائن المطالبة بزيادة قيمة التعويض الاتفاقي إلا إذا ارتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً.

#### أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في تسليط الضوء على موضوع كثر استعماله في مختلف العقود، حيث انتشر إدراج الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) لضمان تنفيذ الالتزام، باعتباره أحد صور التنفيذ بطريق التعويض.

#### مشكلة البحث:

نتيجة لندرة الدراسات المعمقة لهذا الموضوع، وفي محاولة للوصول إلى أسباب ندرة الأحكام القضائية المتعلقة بالتعويض الاتفاقي سوف نقوم بتسليط الضوء عليه لكونه يشكل أهمية كبيرة خاصة وأنه يضع جملة من المبادئ القانونية ومنه نطرح الإشكالية بالتساؤل عن:

كيفية تنظيم المشرع الليبي للتعويض الاتفاقي استناداً للحرية التعاقدية؟ وهل السلطة الرقابية للقاضي حياله تشكل خرقاً لهذه الحرية ولبدأ سلطان الإرادة أم هو تدعيماً له؟ وهل يوفر التنظيم القانوني للتعويض الاتفاقي الحماية اللازمة لحرية المتعاقدين؟ وإلى أي مدى يكفل استقرار المعاملات ويضمن الثقة بين المتعاقدين؟ عليه سوف نجيب على هذه التساؤلات من خلال هذا البحث.

#### منهج البحث:

سوف نتبع المنهج التحليلي المقارن المناسب لمثل هذه المواضيع، والذي يقوم على تحليل النصوص القانونية ومعرفة تفاصيل الموضوع، كما يقوم على المقارنة بين كل من:

- القانون المدني الليبي والفرنسي والمصري - بشكلٍ أساسي - وبعض الأنظمة العربية كلما استدعت المقارنة ذلك، واستخلاص أوجه الشبه والاختلاف بينها.

- المقارنة بين التعويض الاتفاقي وبعض الأنظمة القانونية التي قد تختلط به.

- المقارنة بين التعريفات التشريعية والاتجاهات الفقهية وبعض الأحكام القضائية ذات العلاقة مع بيان

رأينا القانوني كلما أمكن.

## خطة البحث:

سوف نقوم بتقسيم البحث إلى مبحثين يسبقهما مقدمة ونختتمهما بخاتمة، بالنسبة للمبحث الأول سنتناول فيه ماهية التعويض الاتفاقي. أما المبحث الثاني سوف نتعرض فيه لصور التعويض الاتفاقي وسلطة القاضي في الرقابة عليه، ونختتم الدراسة بأهم ما سنتوصل إليه من نتائج وتوصيات.

## المبحث الأول

## ماهية التعويض الاتفاقي

للقوف على ماهية التعويض الاتفاقي أو ما يسمى بالشرط الجزائي، إرتأينا أن نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب؛ سنخصص المطلب الأول لبيان مفهوم التعويض الاتفاقي، أما المطلب الثاني فسنبين فيه خصائص التعويض الاتفاقي وأهميته العملية، أما المطلب الثالث فسنخصصه للتمييز بين التعويض الاتفاقي وبعض الأنظمة المشابهة.

## المطلب الأول

## تعريف التعويض الاتفاقي

وهو ما سنتناوله في الفرعين التاليين بشيء من التفصيل والتوضيح.

## الفرع الأول: التعريف التشريعي

نظراً لأهمية التعويض الاتفاقي، حرصت التشريعات المدنية على تنظيمه، وبيان أحكامه، فقد عرفه المشرع الفرنسي -على سبيل المثال- في مادتين، المادة (1126) والتي تنص على أن: " الشرط الجزائي هو الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضماناً لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ"، أما المادة (1229) فتتنص على أنه: " تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي ". من خلال هذين النصين نرى أن التعريف الأول يعتبر عام وناقص إذ اقتصر على عدم التنفيذ وأما الثاني فقد لقي معارضة شديدة من قبل الفقهاء الفرنسيين اللذين يعتبرون الشرط الجزائي تقوية. وما يمكن ملاحظته أن المشرع الفرنسي بإعطائه هذا التعريف المزدوج قد فتح مجال الخلاف أمام الفقه حول الطبيعة القانونية لهذا الشرط.

أما المادة (226) من القانون المدني الليبي الصادر في 28 نوفمبر 1953 فقد نصت على أنه: " يجوز للمتعاقدين أن يحددوا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد من (218) إلى(223)". وحسنا فعل المشرع الليبي الذي لم يعرف الشرط الجزائي بل اكتفى بتأكيد مشروعيته وبيان أحكامه، ونلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع لم يحدد العقود التي يجوز فيها تضمين هذا الاتفاق والعقود التي لا يجوز فيها تضمينه بل جعله جائزاً في كل العقود.

أما القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 فقد نص في المادة (223) على ما يلي: " يجوز للمتعاقدين

أن يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد من 215 إلى 220".

فالتعويض الاتفاقي أو ما يسمى بالشرط الجزائي عادةً ما يوضع كشرط من شروط العقد الأصلي، ولكن هذا لا يمنع أن يكون في اتفاق لاحق للعقد.

### الفرع الثاني: التعريف الفقهي

عرفه جانب من الفقه بأنه "التعويض الذي يقوم بتقديره المتعاقدان مقدماً بدلاً من تركه للقاضي، والذي يستحقه الدائن إذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه أو يتفقان على مقدار التعويض في حال تأخر المدين عن تنفيذ التزامه"<sup>(1)</sup>.  
في حين عرفه جانب آخر بأنه: "اتفاق مسبق بين المتعاقدين على تقدير قيمة التعويض في حالة إخلال المدين بالتزامه العقدي"<sup>(2)</sup>.

وعرفه جانب آخر من الفقه بأنه: "اتفاق بين المتعاقدين على قيمة محددة يلتزم بسدادها من يخالف التزام أو أكثر من الالتزامات العقدية في عقد ما ويستحق السداد عند عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه"<sup>(3)</sup>.

وعرفه جانب آخر بأنه "اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذم يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به أو تأخر في تنفيذه"<sup>(4)</sup>. ويعرفه جانب فقهي بأنه "اتفاق مسبق على تحديد مقدار التعويض عند عدم التنفيذ أو التأخير فيه"<sup>(5)</sup>.

ونلاحظ أن التشريعات السابقة، قد حصرت الاتفاق على التعويض في نطاق الالتزامات العقدية، في حين أنه من المتصور أن يكون التعويض الاتفاقي في نطاق الفعل الضار، ومثال ذلك في حال بطلان بيع ملك الغير وكان المتعاقدان قد حددا مبلغ التعويض عند فسخ العقد<sup>(6)</sup>.

لذلك فإننا نرى يجب عدم حصر الاتفاق على التعويض الاتفاقي في إطار العلاقات التعاقدية، فمن المتصور أن يكون مصدره الفعل الضار على الرغم من ندرة الحالات التي يكون فيها الفعل الضار مصدراً للتعويض الاتفاقي. وعليه يمكننا أن نعرف التعويض الاتفاقي بأنه التعويض الذي يتفق المتعاقدان على تقديره، وإلزام المدين به بسبب الأضرار التي قد تلحق الدائن من جراء إخلاله بالتزام عقدي أو واجب يفرضه القانون.

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإثبات - آثار الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص851.

(2) د. سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص249.

(3) د. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزامات، المصادر - الأحكام - الإثبات، الكتاب الثاني، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، 2008، ص51.

(4) د. وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، دار الفكر، القاهرة، 2006، ص245.

(5) د. محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام، دار الكتب الوطنية، بنغازي، 2013، ص42.

(6) د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، آثار الحقوق الشخصية، أحكام الالتزام: دراسة موازنة، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، هامش ص230.

## المطلب الثاني

## خصائص التعويض الاتفاقي وأهميته العملية

سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين يتضمن الأول خصائص التعويض الاتفاقي ويتناول الفرع الثاني أهميته في الحياة العملية على النحو التالي:

## الفرع الأول: خصائص التعويض الاتفاقي

يعتبر التعويض الاتفاقي أحد الطرق المهمة لتنفيذ الالتزام بطريق التعويض، وله العديد من الخصائص وهي كالآتي:

1 - لما كانت الغاية من التعويض الاتفاقي هي مجرد تقدير التعويض المستحق عن الإخلال بالالتزام ما، فهو لا يمكن أن يقوم مستقبلاً بذاته، بل لا بد أن يستند في وجوده إلى ذلك الالتزام، فالتعويض الاتفاقي اتفاق تابع يستهدف خدمة التزام معين عن طريق تحديد التعويض المستحق عند الإخلال به<sup>(1)</sup>.

ويترتب على أن التعويض الاتفاقي تعويض تابع للالتزام الأصلي عدة نتائج يمكن إجمالها فيما يلي:

- أ- إذا كان محل الالتزام الأصلي غير مشروع، فالعقد يكون باطلاً ويمتد هذا البطلان إلى التعويض الاتفاقي. فإذا بطل العقد سقط الالتزام الأصلي، وسقط تبعاً لذلك التعويض الاتفاقي وإذا (سقط الأصل سقط الفرع)<sup>(2)</sup>. ولكن العكس غير صحيح، فبطلان التعويض الاتفاقي لا يؤدي إلى بطلان الالتزام الأصلي<sup>(3)</sup>، فعلى سبيل المثال لو اتفق طرفا العقد، على أنه إذا أخل المدين بالتزامه فعليه تعويض الدائن ففي هذه الحالة يبطل الشرط الجزائي ويبقى الالتزام الأصلي صحيحاً.
- ب- إن انقضاء العقد المتضمن تعويض اتفاقي بالفسخ يؤدي إلى زوال الالتزام الأصلي ويزول معه بالتبعية الالتزام بالتعويض القضائي، حتى ولو لم يكن التعويض الاتفاقي قد أدرج في العقد الأصلي بل تضمنه اتفاق لاحق<sup>(4)</sup>.

وفي حكم لها، قضت محكمة النقض المصرية بما يلي: "الشرط الجزائي، التزام تابع للالتزام الأصلي، والقضاء بفسخ العقد المتضمن للشرط، أثره سقوط الشرط الجزائي ومؤداه عدم الاعتماد بالتعويض المقدر بمقتضاه حال استحقاق التعويض"<sup>(5)</sup>.

ت- العبرة بالالتزام الأصلي لا بالتعويض الاتفاقي، فلا يستطيع الدائن أن يطالب إلا بالالتزام الأصلي. وينبغي

(1) د. عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في أحكام الالتزام، مطبعة نهضة مصر، بدون سنة، القاهرة، ص92.

(2) د. ياسين محمد الجبوري، مرجع سابق، ص241 وما بعدها.

(3) د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص82.

(4) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص83.

(5) حكم محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 5487 لسنة 88 قضائية، الدوائر المدنية، جلسة 2019/4/6، الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية: [www.cc.gov.eg](http://www.cc.gov.eg)، تاريخ الدخول على الموقع 2021/10/4.

على ذلك أن التعويض الاتفاقي لا يعتبر التزاماً تخييرياً ولا التزاماً بديلاً<sup>(1)</sup>.

ث- أن التعويض الاتفاقي طريق احتياطي يتطلب لتطبيقه توافر شروط مسؤولية المدين طبقاً للقواعد العامة، وعليه إذا طالب الدائن بتطبيق الشرط الجزائي وكان التنفيذ العيني ممكناً واصر المدين على تنفيذ التزامه عيناً وجب التنفيذ العيني<sup>(2)</sup>، كما أن المدين ليس له أن يتمسك بدفع مبلغ التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) متى ما تمسك الدائن بالتنفيذ العيني للعقد وكان ممكناً وغير مرهق للمدين، فالأصل هو تنفيذ الالتزام.

ج- إن جميع الأوصاف التي تلحق الالتزام الأصلي تلحق بالتبعية الالتزام بالتعويض الاتفاقي، ويعتبر هذا الالتزام موصوفاً بوصف الالتزام الأصلي، كأن يكون الالتزام الأصلي معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل<sup>(3)</sup>.

## 2 - التعويض الاتفاقي مقدراً تقديراً جزافياً.

وكما أشرنا سابقاً، فإن التعويض الاتفاقي يقدر من قبل الأطراف جزافياً ويحمل في طياته تهديداً لحمل المدين على تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً، وغالباً ما يكون ذلك التقدير عرضةً لإعادة النظر فيه من قبل القضاء، وكما سنرى لاحقاً لا يتردد القضاء في تخفيض مبلغ التعويض الاتفاقي المبالغ فيه لدرجة كبيرة<sup>(4)</sup>.

## الفرع الثاني: الأهمية العملية للتعويض الاتفاقي

للتعويض الاتفاقي أهمية كبيرة من الناحية العملية، حيث أنه يعفي الدائن من إثبات الضرر الذي يصيبه بسبب إخلال المدين بتنفيذ التزامه<sup>(5)</sup>. كما أنه كثير الاستخدام في العقود التي يلتزم أحد طرفيها بالقيام بعمل في أجل محدد، كعقود التوريد والمقاولة والنقل، فعقود المقاولة على سبيل المثال تتضمن شرطاً جزائياً، يلزم المفاوض بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو عن كل أسبوع يتأخر فيه المفاوض عن تسليم العمل المعهود إليه إنجازه<sup>(6)</sup>.

وغالباً ما يتفق المتعاقدان على مبلغ يزيد كثيراً عن الضرر الذي يتوقعانه، فيكون التعويض الاتفاقي بمثابة تهديد مالي، وقد يتفقان على مبلغ يقل كثيراً عما يتوقعانه من ضرر فيكون التعويض الاتفاقي بمثابة تخفيف أو إعفاء من المسؤولية<sup>(7)</sup>.

وتقدير مبلغ التعويض الاتفاقي غالباً ما يكون نقداً، ولكن ذلك لا يمنع أن يكون شيئاً غير النقود، كما لو اشترط مؤجر الأرض الزراعية على المستأجر بأن يخلبها في ميعاد معين وإلا ستصبح المزروعات الموجودة فيها ملكاً له، كتعويض عند عدم تنفيذ المستأجر لالتزامه بالإخلاء في الموعد المتفق عليه<sup>(8)</sup>.

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 860-861.

(1) د. محمد علي البدوي الأزهرى، مرجع سابق، ص 44.

(3) د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 83.

(4) د. ياسين محمد الجبوري، مرجع سابق، ص 242-243.

(5) د. ياسين محمد الجبوري، مرجع سابق، ص 231.

(6) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 852.

(7) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الالتزامات، بدون طبعة، بدون دار نشر، 1964، ص 178.

(8) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 62.

فإذا اتفق المتعاقدان على تقدير مقدار التعويض تقديراً جزافياً، فهذا الاتفاق يعتبر تسليمياً من المدين بأن إخلاله بتنفيذ التزامه يترتب عليه ضرر للدائن يستوجب معه التعويض، ويتضمن تقديراً بمبلغ التعويض، فيخفف بذلك عبء الإثبات عن الدائن، ويسهل مهمة القاضي في تقدير التعويض في حال حدوث نزاع عليه<sup>(1)</sup>.

كما أنه يعد وسيلة إكراه للمدين على التنفيذ خاصة إذا كان مقدار الشرط مبالغاً فيه فهو يستخدم كوسيلة لإفقار المدين وإثراء الدائن. كما انه عند وجود شرط جزائي يكون الضرر مفترض ويتحدد مقداره بمقدار الشرط الجزائي المتفق عليه وهذا ما ينقل عبء إثبات الضرر من الدائن الى المدين وبذلك يوفر على الدائن مغبة الجدل حول مقدار الضرر الذي لحق به نتيجة عدم التنفيذ أو التأخير فيه. كما يعد التعويض الاتفاقي وسيلة من وسائل تخفيف المسؤولية العقدية في حال ما إذا كان مقدار التعويض المتفق عليه أقل من الضرر الذي يقع على الدائن نتيجة عدم التنفيذ أو التأخير فيه وهو أيضاً وسيلة بمقتضاها يتفادى الطرفان تحكم القاضي عند تقدير التعويض.<sup>(2)</sup> وبذلك نستنتج أن الهدف من الشرط الجزائي هو تجنب المتعاقدين اللجوء إلى القضاء وتفادي النزاع الذي يثور بشأن إثبات الضرر .

### المطلب الثالث

#### تمييز التعويض الاتفاقي عن بعض الأنظمة المشابهة

قد يشتهب التعويض الاتفاقي مع بعض النظم القانونية والتي تعتبر جزاءً يفرض على المدين عندما يخل بتنفيذ التزامه أو يتأخر فيه، ومن هذه الأنظمة الغرامة التهديدية والعربون، وتندق التفرقة بين التعويض الاتفاقي والتعويض القضائي باعتبارهما من طرق تنفيذ الالتزام بطريق التعويض.

وقد ارتأينا أن نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، الفرع الأول سنعالج فيه التمييز بين التعويض الاتفاقي والتعويض القضائي، أما الفرع الثاني فسنخصصه للتمييز بين التعويض الاتفاقي والغرامة التهديدية، أما الفرع الثالث فسنخصصه للتمييز بين التعويض الاتفاقي والعربون.

#### الفرع الأول: التمييز بين التعويض الاتفاقي والتعويض القضائي

يعتبر التعويض القضائي هو الأصل في إطار المسؤولية المدنية، والتعويض الذي يستحقه الدائن جراء إخلال المدين بالتزامه العقدي أو القانوني، ويكون إما تعويضاً عن التأخير في التنفيذ، أو عن عدم التنفيذ<sup>(3)</sup>، ويكون التعويض القضائي بناءً على حكم من قاضي الموضوع، وهذا ما نصت عليه المادة (224) من القانون المدني الليبي<sup>(4)</sup>.

وعند إجراء مقارنة بين التعويض الاتفاقي والتعويض القضائي، يتبين أن هناك العديد من أوجه التشابه والاختلاف بين النظامين نجملها بالآتي:

- (1) د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 178.
- (2) د. محمد علي البدوي الازهري، مرجع سابق، ص 43.
- (3) د. ياسين محمد الجبوري، مرجع سابق، ص 220.
- (4) تقابل المادة (215) من القانون المدني المصري والمادة (1135) من القانون المدني الفرنسي.

## أولاً: أوجه التشابه بين التعويض الاتفاقي والتعويض القضائي

- 1- التعويض القضائي والتعويض الاتفاقي من طرق تنفيذ الالتزام بطريق التعويض، حيث نظمهما المشرع الليبي في الفصل الثاني من الباب الثاني في آثار الالتزام تحت عنوان التنفيذ بطريق التعويض، وخصص له المواد (218-229) من القانون المدني.
- 2- يشترط لاستحقاق التعويض بشكل عام توافر أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية<sup>(1)</sup>.
- 3- يشترط لاستحقاق التعويض، إعدار المدين، سواءً أكان التعويض قضائياً أم اتفاقياً، حيث نصت المادة (221) من القانون المدني الليبي على أنه "لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين ما لم ينص على غير ذلك".

## ثانياً: أوجه الاختلاف بين التعويض الاتفاقي والتعويض القضائي

- 1- أولاً يختلف التعويض الاتفاقي عن التعويض القضائي من حيث المصدر، فالأول مصدره الاتفاق والثاني مصدره الحكم القضائي.
- 2- إن التعويض الاتفاقي يجعل وقوع الضرر مفترضاً لا يكلف الدائن بإثباته، وعلى المدين أن ينفى وقوع الضرر، فعليه لا على الدائن عبء الإثبات<sup>(2)</sup>، في حين أنه على الدائن إثبات الضرر وعلى المدين نفيه إذا كان التعويض قضائياً هذا ما نصت عليه المادة (1/227) من القانون المدني الليبي حيث نصت على ما يلي: "لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر".
- 3- يتم تقدير التعويض القضائي من قبل قاضي الموضوع بعد وقوع الضرر، بينما يتم تقدير التعويض الاتفاقي قبل وقوع الضرر.
- 4- إن التعويض الاتفاقي يحمل في طياته طابعاً تهديدياً مبالغاً فيه، لذا نجد أن المدين في أحياناً كثيرة يلجأ إلى القضاء لتخفيض قيمة التعويض بما يتناسب مع قيمة الضرر الفعلي الذي لحق بالدائن، في حين أن تقدير التعويض من قبل قاضي الموضوع يتناسب مع مقدار الضرر الذي لحق الدائن جراء عدم التنفيذ العيني للالتزام أو التأخير فيه<sup>(3)</sup>.
- 5- لا يكفي أن يثبت المدين أن تقدير التعويض الاتفاقي يزيد عن مقدار الضرر الذي وقع فعلاً، فإذا لم يثبت أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، فإن القاضي لا يخفض التعويض الاتفاقي حتى لو زاد التقدير الوارد فيه على الضرر زيادة غير كبيرة، وحتى إذا أثبت المدين أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة وخفض القاضي مبلغ التعويض، فإن التخفيض يكون إلى حد يتناسب مع الضرر ولا يتحتم أن يكون مساوياً

(1) د. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص78.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص875.

(3) د. محمد علي البدوي الأزهرى، مرجع سابق، ص39.

للضرر<sup>(1)</sup>. بينما في التعويض القضائي، غالباً ما يسعى القاضي لتقدير قيمة التعويض بما يساوي قيمة الضرر الذي وقع فعلاً.

### الفرع الثاني: التمييز بين التعويض الاتفاقي والغرامة التهديدية

تعتبر الغرامة التهديدية من وسائل التنفيذ العيني الغير مباشرة المتاحة أمام الدائن عندما يتمتع المدين عن تنفيذ التزامه<sup>(2)</sup>. وقد نظمها المشرع الليبي في المادتين (216-217) من القانون المدني. ويعرفها جانب من الفقه بأنها: "حكم وقفي يتزايد مع استمرار إصرار المدين وتعتته على الامتناع عن التنفيذ، ثم يحل محله حكم نهائي لجمع مبلغ الغرامة النهائي، وتقدير التعويض الذي يتحمله المدين عن تأخيره في التنفيذ، مراعيًا مقدار الضرر الذي لحق بالدائن"<sup>(3)</sup>.

ويعرفها جانب آخر من الفقه بأنها "عبارة عن مبلغ من المال (نقدي في الغالب) يحكم به القاضي على المدين المماطل عن كل فترة زمنية (يوم أو أسبوع أو شهر...) يتأخر فيها المدين عن الوفاء بالتزام يقتضي تنفيذه تدخله الشخصي"<sup>(4)</sup>.

وعند إجراء مقارنة بين التعويض الاتفاقي والغرامة التهديدية، تبين أن هناك العديد من أوجه التشابه والاختلاف بين النظامين، نجملها في الآتي:

### أولاً: أوجه التشابه بين التعويض الاتفاقي والغرامة التهديدية

- 1- أن كليهما ذو طابع تهديدي، فالغرامة التهديدية تهدف إلى الضغط على المدين لتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً<sup>(5)</sup>، وكذلك الحال فإن التعويض الاتفاقي يحمل في طياته طابعاً تهديدياً عند الاتفاق عليه، حتى يظهر الدائن أهمية التنفيذ العيني للالتزام من قبل المدين.
- 2- أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية عند تقدير قيمة الغرامة التهديدية<sup>(6)</sup>. وكذلك الحال بالنسبة للتعويض الاتفاقي، فغالباً ما يعدل القاضي قيمة التعويض الاتفاقي ليتناسب مع قيمة الضرر.

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 876.

(2) هناك خلاف فقهي حول لفظي الغرامة التهديدية والتهديد المالي، فالبعض يفضل استخدام لفظ التهديد المالي على أساس أن هذا اللفظ استخدم قبل تقنين أحكام الغرامة التهديدية، وأن استخدام لفظ الغرامة التهديدية هو أقرب إلى موضوعات القانون الجنائي، ومنهم على سبيل المثال د. إسماعيل غانم في كتابه النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، بدون طبعة، مكتبة عبد الله وهبة للنشر والتوزيع، القاهرة، 1967، ص 22، إلا أن غالبية الفقه جمعت بين اللفظين - الغرامة التهديدية والتهديد المالي - باعتبارها يعبران عن فكرة واحدة وهي أحد الوسائل التي تهدف إلى إجبار المدين على تنفيذ التزامه، ومنهم د. عبد الفتاح عبد الباقي في كتابه أحكام الالتزام، ص 57. وكذلك د. محمد حسام محمود لطفى في كتابه النظرية العامة للالتزام، المصادر - الأحكام - الإثبات، ص 24.

(3) د. بلحاج العربي، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 90.

(4) د. محمد علي البدوي، مرجع سابق، ص 33.

(5) د. أنور سلطان، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 62.

(6) أنظر المادة (2/216) من القانون المدني الليبي.

3- إن فرض الغرامة التهديدية لا يثار إلا إذا تخلف المدين عن التنفيذ العيني للالتزام أو تأخر في التنفيذ وكذلك الحال بالنسبة للتعويض الاتفاقي.

#### ثانياً: أوجه الاختلاف بين التعويض الاتفاقي والغرامة التهديدية

- 1- إن الغاية من الغرامة التهديدية كسر عناد المدين إذا امتنع عن تنفيذ التزامه، بينما الغاية من التعويض الاتفاقي جبر الضرر الذي لحق الدائن جراء عدم التنفيذ العيني للالتزام أو التنفيذ المتأخر.
- 2- إن مصدر الغرامة التهديدية الحكم القضائي، حيث نصت المادة (213/أ) من القانون المدني البحريني على ما يلي: "... كما يجوز له أن يطلب الحكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك". بينما مصدر التعويض الاتفاقي الاتفاق.
- 3- على الرغم من أن الغرامة التهديدية تفرض بموجب حكم قضائي، لكنه حكم تهديدي لا يجوز تنفيذه إلا بعد تحويله إلى تعويض نهائي، بخلاف التعويض الاتفاقي الذي يعد قابلاً للتنفيذ، حتى لو تم تحفيضه فيما بعد<sup>(1)</sup>.
- 4- الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني، أما التعويض الاتفاقي فهو متصل بالتعويض، وعلى أساس ما وقع بفعل المدين من ضرر ولا يتصل بالتنفيذ العيني<sup>(2)</sup>.
- 5- لا يستحق التعويض الاتفاقي، إلا بتوافر عناصر المسؤولية في مواجهة المدين، وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية، بينما لا يشترط ذلك لفرض الغرامة التهديدية<sup>(3)</sup>، لاختلاف الغاية بين التعويض الاتفاقي والغرامة التهديدية.
- 6- الغرامة التهديدية تقدر عن كل وحدة زمنية أو عن كل فترة يخل فيها المدين بالتزامه، أما التعويض الاتفاقي فلا يقدر على هذا النحو، إلا إذا كان تعويضاً عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، فإذا كان تعويضاً عن عدم التنفيذ فإنه يقدر عادةً بمبلغ مقطوع<sup>(4)</sup>.
- 7- لا محل لفرض الغرامة التهديدية على المدين في القانون المدني الليبي إلا إذا كان محل التزام المدين هو القيام بعمل، وكان شخص المدين محل اعتبار في تنفيذ الالتزام<sup>(5)</sup>، إما لأن طبيعة الالتزام تقتضي ذلك أو أن شخص المدين محل اعتبار بالاتفاق، بينما لا يشترط ذلك في التعويض الاتفاقي.

(1) د. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، ص 82.

(2) د. ياسين محمد الجبوري، مرجع سابق، ص 244.

(3) د. سمير عبد السيد تناغوا، أحكام الالتزام والإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2009، ص 249 - 250.

(4) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 866.

(5) وسعت العديد من التشريعات من نطاق تطبيق الغرامة التهديدية، حيث سمحت تطبيقها إذا كان محل التزام المدين القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، كما هو الحال في القانون المدني المصري في المادة (213) منه، وكذلك في القانون المدني السوري رقم (48) لسنة 1949 في المادة (1/214) منه.

## الفرع الثالث: التمييز بين التعويض الاتفاقي والعربون

يقصد بالعربون المبلغ المالي الذي يدفعه أحد طرفي العقد إلى الآخر وقت إبرام العقد، إما للدلالة على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز الرجوع فيه، أو للدلالة على أن يحتفظ كلا الطرفين بحق العدول عن العقد إن شاء خلال فترة محددة، شريطة أن يخسر مبلغ العربون<sup>(1)</sup>.

وقد اختلفت التشريعات حول دلالة العربون<sup>(2)</sup>، فقد جعل المشرع الليبي العربون دلالة على حق العدول وهذا ما نصت عليه المادة (103\1) من القانون المدني، حيث جاء فيها ما يلي: "دفع العربون، وقت إبرام العقد، يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك" وتقابلها المادة (1590) من التقنين المدني الفرنسي والمادة (103) من القانون المدني المصري.

من خلال هذا النص نستنتج وجوب التعويل على نية المتعاقدين في دلالة العربون وما إذا كان المقصود به البدء في تنفيذ العقد أم خيار العدول عنه، وبالتالي فإن دلالة العدول لا يأخذ بها إذا ثبت أن نية الطرفين قصدت إلى أن تجعل من دفع العربون بدءاً في تنفيذ العقد وهذا ما قضت المحكمة العليا الليبية<sup>(3)</sup>.

وعند إجراء مقارنة بين التعويض الاتفاقي والعربون، تبين أن هناك العديد من أوجه التشابه والاختلاف بين النظامين، نجملها بالآتي:

## أولاً: أوجه التشابه بين التعويض الاتفاقي والعربون

- 1- إن كلاً من التعويض الاتفاقي والعربون لا يلجأ لهما إلا عند الإخلال بالعقد من قبل أحد طرفيه<sup>(4)</sup>.
- 2- إن كلاً من التعويض الاتفاقي والعربون يمتازان بطابع التبعية للالتزام الأصلي.
- 3- إن كلاهما لا يستحق إذا تقرر فسخ العقد أو بطلانه<sup>(5)</sup>.

## ثانياً: أوجه الاختلاف بين التعويض الاتفاقي والعربون

- 1- أن الالتزام بدفع العربون قائم حتى لو لم يترتب على العدول عن العقد أي ضرر، أما التعويض الاتفاقي فلا يستحق إلا إذا وقع ضرر للدائن<sup>(6)</sup>.

(1) د. عدنان إبراهيم السرحان، د. نوري محمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات: دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 104.

(2) فبعض التشريعات اعتبرت العربون دلالة على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز الرجوع فيها ومنها القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، حيث نصت المادة (1/92) منه على ما يلي: "يعتبر دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك". بينما جعلت تشريعات أخرى العربون للدلالة على حق العدول وهذا هو موقف القانون المدني الفرنسي والمصري والسوري والأردني.

(3) حكم المحكمة العليا الليبية، طعن مدني رقم 28\9 بتاريخ 12 أبريل 1964، نقلاً عن محمد البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، مصادر الالتزام، دار الكتب الوطنية، بنغازي، 2018، ص 87.

(4) د. عدنان إبراهيم السرحان، د. نوري محمد خاطر، مرجع سابق، ص 105.

(5) المرجع السابق، ص 105.

(6) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 864.

- 2- العربون لا يجوز تعديله بالزيادة أو التخفيض، لعدم الارتباط بينه وبين الضرر، بينما التعويض الاتفاقي يجوز أن يخفضه القاضي حتى يتناسب مع الضرر<sup>(1)</sup>.
- 3- لا يعتبر التعويض الاتفاقي التزاماً تخييراً ولا بديلاً، فلا يستطيع الدائن أن يختار بين الالتزام الأصلي والتعويض الاتفاقي<sup>(2)</sup>. بل يجب على المدين تنفيذ الالتزام الأصلي إذا طلب إليه الدائن ذلك، بينما يمكن تكييف العربون بأنه التزام بدلي، ففي البيع مع العربون مثلاً، يلتزم المشتري التزاماً أصلياً بدفع الثمن في مقابل أخذ المبيع، وله إذا شاء أن يعدل عن هذا المحل الأصلي - دفع الثمن في مقابل أخذ المبيع - إلى محل بدلي هو دفع مبلغ العربون في غير مقابل<sup>(3)</sup>.
- 4- يشترط لاستحقاق التعويض الاتفاقي، أن يعذر الدائن مدينه بضرورة تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، أما العربون فإنه لا يستلزم الإعذار<sup>(4)</sup>. وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن "استحقاق التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه، شرطه؛ إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك، مؤداه عدم كفاية كون التعويض مقدراً في العقد"<sup>(5)</sup>.

## المبحث الثاني

### صور التعويض الاتفاقي وسلطة القاضي في الرقابة عليه

سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الاول صور التعويض الاتفاقي ، ونخصص المطلب الثاني لسلطة القاضي في الرقابة عليه :

## المطلب الاول

### صور التعويض الاتفاقي

يستخلص من المادة (218) من القانون المدني الليبي، أن التعويض الذي يحكم به القاضي على المدين في حالة استحالة التنفيذ العيني يكون إما لعدم التنفيذ أو للتأخير في التنفيذ، فالأول يطلق عليه التعويض لعدم التنفيذ والثاني التعويض عن التأخير والتعويض الاتفاقي كتعويض أيضاً يمكن أن يتخذ إحدى الصورتين التاليتين:

#### الفرع الأول: التعويض الاتفاقي لعدم التنفيذ

يهدف هذا النوع إلى تعويض الضرر المترتب عن عدم التنفيذ النهائي للالتزام الأصلي فهو إذا محل التنفيذ، ونكون بصدد عدم التنفيذ متى أصبح التنفيذ مستحيلاً وقد يكون عدم التنفيذ جزئياً أو كلياً.

(1) د. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 81.

(2) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 79.

(3) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 865.

(4) د. ياسين محمد الجبوري، مرجع سابق، ص 244.

(5) حكم محكمة النقض المصرية بموجب الطعن رقم 6363 لسنة 88 قضائية، الدوائر المدنية، جلسة 2019/1/19، الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية [www.cc.gov.eg](http://www.cc.gov.eg)، تاريخ الدخول على الموقع 2021/10/24.

ويكفي في هذا الصدد أن تصنع الظروف للدائن أمل الحصول على التنفيذ مثل فقدان أو هلاك محل العقد وقد يكون محل التنفيذ جزئياً أو كلياً وفي الحالتين وبحسب مسؤولية المدين عن ذلك يتحول عدم التنفيذ إلى تعويض، فنجد مثلاً في البيع بالتقسيط قد يتفق البائع والمشتري مسبقاً على أنه إذا تخلف المشتري عن دفع أي قسط وجب عليه رد الشيء المبيع، وأعتبر ما دفعه من أقساط تعويض عن عدم التنفيذ<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: التعويض الاتفاقي المقرر عن التأخير

يهدف هذا التعويض المقرر عن التأخير إلى تعويض الدائن عن الضرر المترتب على تأخر المدين في التنفيذ. ويقدر هذا التعويض في شكل نسبة مئوية يتقاضاها الدائن عن كل يوم تأخير أو أسبوع أو شهر، ويكثر استعمال هذا النوع من التعويض غالباً في مجال عقود النقل والمقاوله والبيع، فنجد في عقد المقاوله مثلاً قد يتفق رب العمل مع المقاول على أن يدفع هذا الأخير مبلغاً معيناً عن كل يوم أو شهر يتأخر فيه عن تسليم الشيء المبيع.

## المطلب الثاني

### سلطات القاضي في الرقابة

إن الأصل في التعويض الاتفاقي طالما تم الاتفاق عليه مسبقاً، أن يتم إعماله نزولاً عند مبدأ العقد شريعة المتعاقدين فيحكم بالتالي على المدين بالتعويض المقدر، إلا إذا ثبت أن الدائن لم يلحقه ضرر، وهذا ما نصت عليه المادة (1/227)، حيث جاء فيها ما يلي: "لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر". وفي هذا الصدد نجد أن القانون المدني الليبي يختلف عن نظيره الفرنسي الذي لا يشترط وقوع الضرر للدائن لاستحقاق الشرط الجزائي، فقبل قانون 09 يوليو 1975 المتعلق بتعديل أحكام الشرط الجزائي كان القضاء الفرنسي لا يشترط وقوع الضرر للحكم بالشرط الجزائي، وكان يستند في ذلك إلى نص المادة (1152) التي أرست مبدأ ثبات الشرط الجزائي، ولكن بعد عام 1975 أضاف المشرع الفرنسي فقرة ثانية للمادة (1152) ومقتضاها أصبح القاضي يمارس رقابة قضائية على الشرط الجزائي وهنا لم ينص المشرع الفرنسي في هذه الفقرة الجديدة على ركن الضرر فاختلف القضاء حول اشتراطه لاستحقاق الشرط الجزائي، كذلك سمح للقاضي بالتدخل في الشرط الجزائي بنفس الحالات الموجودة في القانون الليبي، وزاد عليها أنه بمقدور القاضي مراقبة الشرط الجزائي في حالة المبالغة بالنقص أو بالزيادة في مبلغ الشرط. أما بالنسبة إلى عبء اثبات الضرر فمن البديهي ما قامت به معظم التشريعات العالمية بنقل هذا العبء من الدائن إلى المدين إذ أن الاتفاق يصبح أساساً بدون سبب إذا تبين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر وبما أن المدين هو الذي يدعي عدم حدوث ضرر للدائن فعليه أن يثبت ذلك.

ولتغطية هذا الجانب من الدراسة سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، سنتناول في الفرع الأول سلطة القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي، أما الفرع الثاني، فسنخصصه لسلطة القاضي في زيادة قيمة التعويض الاتفاقي.

(1) د. محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 42.

## الفرع الأول: سلطة القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي

لقد حدد المشرع في الفقرة الثانية من المادة (227) من القانون المدني الليبي السابق الإشارة إليها، حالتين يمكن للقاضي فيهما ان يخفض التعويض الاتفاقي : وأولهما المبالغة الكبيرة في تقدير الجزاء وثانيهما تنفيذ المدين بجزء من التزامه الأصلي ، وهنا نلاحظ ان المشرع الليبي قد حذا في ذلك حذو القانون المدني المصري و التقنيات العربية الأخرى . حيث نصت المادة (2/227) على ما يلي: "ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه". ومن خلال تحليل هذا النص نستنتج أن هناك حالات لتدخل القاضي بتخفيض التعويض الاتفاقي نتاولها بالشرح والتعليق تباعاً:

## الحالة الأولى: إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة

الأصل: ان الشرط الجزائي اتفاق، والقانون يحترم ارادة المتعاقدين فيما اتفقا عليه من تحديد لمقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا اخل مدينه بالتزامه. ولا يستطيع القاضي أن يتدخل لتعديل الجزاء المتفق عليه إلا إذا كان مبالغاً فيه. من المعلوم أن التعويض الاتفاقي يحتفظ بقوته الملزمة في حالة عدم تنفيذ الالتزام، ولهذا لا يكفي أن يثبت المدين أن التعويض الاتفاقي يجاوز مقدار الضرر الذي لحق الدائن حتى يستطيع القاضي أن يخفض هذا التعويض، وإلا يكون قد نزعنا كل فائدة للتعويض الاتفاقي، فينبغي أن يمارس القاضي هذه السلطة بحذر وبطريقة استثنائية في حالة إذا كان مجحفاً بحق المدين<sup>(1)</sup>.

والفرض هنا أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه أصلاً، أو تأخر في التنفيذ مدة استحق الدائن من أجلها التعويض المقدر مسبقاً، فكان يجب إعمال التعويض بكامله دون تخفيض، ومع ذلك فإن الشرط الجزائي المبالغ فيه لدرجة كبيرة ومع علم الطرفين بمهذه المبالغة، فإنهما - غالباً - ما يكونا قد قصدا هذه المبالغة وجعلنا التعويض الاتفاقي شرطاً تهديدياً لحمل المدين على عدم الإخلال بالتزامه<sup>(2)</sup>، وبالتالي يكون التعويض الاتفاقي قد خرج عن غايته ويجوز للقاضي في هذه الحالة تخفيفه إلى الحد المعقول.

ولا يكفي أن يثبت المدين أن تقدير التعويض فيه زيادة، بل يتعين عليه إثبات أن هذا التقدير قد انطوى على مبالغة كبيرة، فالمهم في نظر المشرع أن يكون التعويض المتفق عليه متناسباً مع الضرر لا مساوياً له. وعلى ذلك إذا أثبت المدين أن التعويض مبالغ فيه لدرجة كبيرة، اكتفى القاضي بأن يخفض التعويض إلى الحد المعقول لا إلى الحد المساوي تماماً للضرر الواقع<sup>(3)</sup>. "ومن ثم إذا وجد القاضي أمامه شرطاً جزائياً سخياً في التقدير، كان هذا من شأنه أن يجعل سلطة القاضي التقديرية في حساب التعويض تسخو لمصلحة الدائن، فيبقى غالباً في التعويض بعد تخفيفه سعة ينتفع بها"<sup>(4)</sup>. أما مسألة تحديد ما إذا كان التعويض الاتفاقي مبالغاً فيه بشكل كبير من عدمه، فهي من اختصاص قاضي

(1) د. نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق، ص 91.

(2) رمضان أبو السعود ، مرجع سابق، ص 87.

(3) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 876، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق، ص 87-88.

(4) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 876.

الموضوع، بما له من سلطة تقديرية في ذلك، ولا معقب على حكمه من محكمة النقض<sup>(1)</sup>.

والعلة في جواز تخفيض التعويض الاتفاقي تتمثل فيما يأتي<sup>(2)</sup>

1- أن المبالغة في التعويض الاتفاقي إلى درجة كبيرة تخرجه عن وظيفته الأصلية المتمثلة في جبر الضرر الذي لحق الدائن.

2- أن المبالغة في تقدير التعويض الاتفاقي، يمكن تفسيره على أساس الغلط في تقدير قيمته الذي وقع فيه الطرفان المتعاقدان، أو على أساس ضغط من قبل الدائن على المدين لحمله على قبول مثل هذا الشرط المبالغ فيه.

3- إذا كان محل الالتزام الأصلي مبلغاً من النقود، فإن المقصود من التعويض الاتفاقي المبالغ فيه هو إخفاء الفوائد الربوية.

وما يلاحظ على النص الليبي بصدد هذه الحالة انه اكتفي بتحديد حالات تدخل القاضي دون ان يرشده بكيفية تقدير المبالغة وطريقة تخفيضها.

ونظراً لعدم وضع المشرع ضابطاً ونسبة يمكن على ضوءها تحديد المقدار المبالغ فيه، يمكن تعريف المبالغة بأنها عدم التناسب الكبير بين المبلغ المتفق عليه والضرر الذي وقع بسبب عدم التنفيذ بحيث يترتب على ذلك نوع من المضاربة.

**الحالة الثانية: إذا أثبت المدين أنه نفذ جزءاً من الالتزام**

كما أشرنا جاء هذا الحكم المادة (2/227) من القانون المدني الليبي، فبعد أن قضت هذه الفقرة في مستهلها بأنه يجوز للقاضي أن يخفض التعويض الاتفاقي إذا كان تقديره مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، جاءت في آخرها تقول "... أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه".

فالتعويض الاتفاقي يوضع عادةً لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصلاً، فإذا كان المدين قد قام بتنفيذ جزء من التزامه، فإن القاضي يكون قد احترم إرادة المتعاقدين إذا خفض التعويض الاتفاقي بنسبة ما نفذ المدين من التزامه<sup>(3)</sup>. أما عبء إثبات التنفيذ الجزئي فيقع على عاتق المدين، لأنه - أي المدين - بإثباته ذلك سيتخلص من الحكم عليه بكل مبلغ التعويض المتفق عليه.

ويلاحظ أن المشرع الليبي قد جعل التخفيض جوازياً بالنسبة للقاضي، وعلى ذلك قد لا يرى القاضي مبرراً لتخفيض مبلغ التعويض، فعلى سبيل المثال لو أن محل التزام المدين كان بناء بيتاً للدائن خلال مدة متفق عليها، وكان العقد قد تضمن تعويضاً اتفاقياً يستحق للدائن إذا تأخر المدين في تنفيذه التزامه، أو لم ينفذه أصلاً. ففي هذه الحالة، حتى لو قام المدين بتنفيذ جزء من التزامه، قد يحكم القاضي بكامل قيمة التعويض الاتفاقي، لأن هذا الوفاء الجزئي لم

(1) د. ياسين محمد الجبوري، مرجع سابق، ص 238.

(2) المرجع السابق، ص 238.

(3) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 870.

يحقق منفعة للدائن، كأن يكون ذلك الدائن مستأجراً بيتاً للسكن.

على النقيض من ذلك، لو أن التنفيذ الجزئي للالتزام حقق فائدة للدائن، يمكن للقاضي تخفيض قيمة التعويض الاتفاقي بما يتناسب مع نسبة التنفيذ، فلو كان محل التزام المدين توريد عددٍ معين من أجهزة الحاسوب، ووفى بجزء من الالتزام وكان في ذلك الوفاء الجزئي منفعة للدائن، يمكن للقاضي الموضوع تخفيض قيمة التعويض الاتفاقي.

أما إذا كان الجزء الذي نفذه قليل جداً وغير مؤثر فيعتبر غير مفيد للدائن، فلا يحكم القاضي في هذه الحالة بتخفيض مبلغ التعويض الاتفاقي<sup>(1)</sup>.

وعلينا أن نوه هنا، أن للدائن الحق في رفض الوفاء الجزئي للالتزام، وليس للمدين أن يجبره بقبول ذلك الوفاء، وهذا ما نصت عليه المادة (1/329) من القانون المدني الليبي، حيث نصت على ما يلي: "لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاءً جزئياً لحقه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك"<sup>(2)</sup>.

نستنتج من النص السابق، بأن الأصل يمكن للدائن رفض الوفاء الجزئي للالتزام، ما لم ينص القانون أو في العقد على خلاف ذلك.

وبناءً على النص السابق، يمكن للمدين أن يطلب من قاضي الموضوع تخفيض التعويض الاتفاقي المتفق عليه مع الدائن، إذا رأى أن التعويض الوارد في العقد لا يتناسب مع الضرر الذي لحق بالدائن إن استطاع أن يثبت ذلك، وهذا ما قضت به المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم (25\88) جلسة 1\6\1980.... وحيث أن هذا النعي مردود ذلك وإن كان يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه في العقد، إلا أن هذا التعويض لا يكون مستحقاً إذا اثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن الأضرار التي لحقت الطاعن الناقل هي نتيجة تأخير المطعون ضده -الشركة صاحبة الاثاث- في تكليفه للطاعن لتنفيذ المرحلة الثانية مدة تسعة أيام، ورأت المحكمة تعويض الطاعن عنها تعويضاً مناسباً بمبلغ 150 دينار كان البين من ذلك الحكم قد خفض التعويض المتفق عليه بما يتناسب والضرر الذي لحق الطاعن عملاً بالمادة 227 من القانون المدني الليبي، هو قضاء سليم يعتمد في تقدير التعويض على الضرر الذي لحق الطاعن فعلاً من تأخر المطعون ضده في طلب التنفيذ، وعليه فإذا أنهى الحكم إلى تخفيض التعويض المتفق عليه بالقدر المناسب والضرر الذي لحق الطاعن وقضى بالتزام المطعون ضده بهذا التعويض فإنه لا يكون قد خالف الثابت في الأوراق، أو شابه

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 92.

(2) تقابل المادة (1/342) من القانون المدني المصري. وقضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأنه: "... يتعين الرجوع إلى القواعد العامة باعتبارها هي التي تحكم واقعة النزاع ومنها ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 342 من القانون المدني على أنه لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاءً جزئياً لحقه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك". الطعن رقم 1006 لسنة 66 قضائية، دوائر الاجراءات، جلسة 2016/11/27، الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية [www.cc.gov.eg](http://www.cc.gov.eg)، تاريخ الدخول على الموقع الإلكتروني 2021/10/23.

قصوراً في الأسباب أو فساداً في الاستدلال).<sup>(1)</sup>

ونرى أنه في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام اذا نفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه وكان تقدير التعويض على عدم التنفيذ اصلاً، فالقاضي يخفض الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من التزامه، اما اذا كان الشرط الجزائي في صورة عدم التنفيذ الكامل، فحينئذ ينفذ الشرط الجزائي بأكمله وان أقدم المشتري عليه على تنفيذ بعض التزاماته.

وجدير بالذكر بأن وقوع الضرر بفعل المدين وجواز تخفيض التعويض الاتفاقي يعتبر من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها<sup>(2)</sup>، وقد نصت المادة (3\227) من القانون المدني الليبي صراحةً على ذلك، حيث جاء فيها ما يلي: "ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين"<sup>(3)</sup>.

ومن ثم لا يجوز للطرفين أن يضيفا إلى التعويض الاتفاقي أنه واجب الدفع، حتى لو لم يقع ضرر أو قام المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً جزئياً أو تبين أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، ولو تم الاتفاق على ذلك، كان هذا الاتفاق باطلاً لمخالفته للنظام العام، وجاز للقاضي بالرغم من وجوده ألا يحكم بأي تعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، وأن يخفض مبلغ التعويض الاتفاقي إذا أثبت المدين أنه قام بتنفيذ الالتزام تنفيذاً جزئياً أو أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، فالقانون هنا يحمي المدين، ويعتبر أن رضاه يمثل هذا الاتفاق أقرب إلى الإذعان منه إلى القبول<sup>(4)</sup>. وعليه نرى أن سلطة القاضي في تخفيض مبلغ التعويض الاتفاقي جراء تنفيذ المدين جزءاً من الالتزام، أو جراء المبالغة في مبلغ التعويض هي سلطة منحها القانون للقاضي لا يجوز سلبه إياها.

### الفرع الثاني: سلطة القاضي في زيادة التعويض الاتفاقي

بيننا فيما سبق أنه يجوز للقاضي تخفيض التعويض الاتفاقي إذا نفذ المدين جزءاً من التزامه، ولكن هل يجوز للقاضي زيادة قيمة التعويض الاتفاقي بما يتناسب مع قيمة الضرر الذي أصاب الدائن فعلاً؟ بدايةً نقول أننا في هذه الحالة، نكون أمام دائن يرى أن مبلغ التعويض المتفق عليه يقل عن ما لحقه من ضرر، فهو يرى من وجهة نظره أن من العدالة زيادة قيمة ذلك التعويض ليساوي أو على الأقل ليتناسب مع قيمة الضرر الذي أصابه.

وللإجابة على ذلك التساؤل، لا بد أن نبين موقف المشرع من هذه المسألة حيث نصت المادة (228) من القانون المدني الليبي على ما يلي: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً"<sup>(5)</sup>.

من الواضح أن القانون لا يميز زيادة قيمة التعويض الاتفاقي بحسب الأصل حتى ولو تجاوز الضرر مبلغ التعويض

(3) مجلة المحكمة العليا، السنة السابعة عشر، العدد الثاني، ص 95.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 876.

(3) تقابل المادة (3/224) من القانون المدني المصري.

(4) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 876.

(5) تقابل المادة (225) من القانون المدني المصري.

المتفق عليه، كما أن القانون يجيز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية عقدية، وهذا ما أكدته المادة (2\220) من القانون المدني الليبي، حيث نصت على ما يلي: " وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو خطأه الجسيم...".

بتحليل النصوص القانونية السابقة، نجد أن المشرع قد أجاز للمتعاقدین الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية العقدية مادام أنه لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً، وهذا ما جاء في نص المادة (2\220) سالفه الذكر، وبالتالي فإن ما ورد في نص المادة (228) لا يتناقض مع نص المادة (2\220) لأن المادة (228) نصت على التخفيف من المسؤولية العقدية وليس الاعفاء منها ومن يملك الأكثر يملك الأقل.

ويبرر الفقه موقف المشرع من الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية، بأن العقد هو وليد إرادة المتعاقدين، وهو شريعتهم في إنشائه، وهو شريعتهم فيما يترتب عليه من آثار، وحدود هذه الآثار، ولذلك فليس غريباً أن يكون في مقدور هذه الإرادة أن تقرر الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها، إذ يمثل هذا الاتفاق يتنازل الدائن عن حقه في الرجوع على مدينه أو يخفف من مسؤولية مدينه، ومن ناحية أخرى، فإن مثل هذا الاتفاق يشجع الأشخاص على الإقدام على إبرام بعض العقود دون خوف من آثار المسؤولية، فتنفيذ بعض العقود قد يبدو عسيراً بالنسبة لبعض المتعاقدين، مما قد يولد الرهبة في ارتكاب الأخطاء، وبالتالي يولد خوفاً من تحمل المسؤولية<sup>(1)</sup>.

و لكن يجوز للدائن أن يطالب بزيادة قيمة التعويض الاتفاقي في حالتين هما:

**الحالة الأولى:** إذا كان التعويض الاتفاقي متفقاً على تقديره بين الدائن والمدين في حال الإخلال بالتزام تعاقدى، ووقع هذا الإخلال نتيجة ارتكاب المدين نفسه غشاً<sup>(2)</sup> أو خطأً جسيماً، عملاً بقاعدة "الغش يبطل التصرفات". وقد أولت التشريعات المدنية الحديثة أهمية للغش والخطأ الجسيم في التصرفات القانونية، لأن الأصل في العقود حسن النية في انعقادها وفي تنفيذها<sup>(3)</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة (1\148) من القانون المدني الليبي، والتي جاء فيها ما يلي: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"<sup>(4)</sup>. وقد عبرت المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم (40\21) ق، جلسة 17\4\1995، بقولها "المستفاد من نص المادة (1\720) من قانون المرافعات، أن المقصود بالخطأ المهني الجسيم الذي تجوز معه مخاصمة القضاة هو ذلك الخطأ الذي يرتكبه القاضي نتيجة وقوعه في غلط فاحش، ما كان ليقع فيه لو أنه أولى الواقعة المطروحة عليه قدرراً من الاهتمام، أو لإهماله في عمله إهمالاً يبنياً"<sup>(5)</sup>.

(1) د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الارادية للالتزام، العقد والارادة المنفردة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص570-571.

(2) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص103.

(3) د. عدنان إبراهيم السرحان، د. نوري حسن خاطر، مرجع سابق، ص321.

(4) تقابلها المادة (1/148) من القانون المدني المصري.

(5) مجلة المحكمة العليا، السنة الثلاثون، العدد الثاني، ص202.

وعلى ذلك، إذا زاد الضرر عن التعويض المقدر، وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً، فإن التعويض الاتفاقي الذي جاز أن يخفف من مسؤولية المدين في حالة الخطأ العادي لا يستطيع أن يخفف من مسؤوليته في حالتي الغش والخطأ الجسيم، وينبغي على ذلك أن للقاضي أن يزيد في مقدار التعويض حتى يصبح معادلاً للضرر الذي وقع، ولا يمنع من ذلك التعويض المقدر مقدماً، لأن الدائن في اتفاقه مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل في حسابه غش المدين أو خطأه الجسيم<sup>(1)</sup>. وذلك أيضاً ما ذهب اليه المشرع الفرنسي في نص المادة (1152) بأنه يمكن للقاضي أن يرفع من قيمة الشرط الجزائي و ذلك راجع إما إلى خطأ جسيم أو بسبب غش المدين. بحيث أنه إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المقدر و أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً فيجوز للقاضي أن يزيد في تقدير التعويض حتى يصبح معادلاً للضرر الذي وقع لأن الدائن الذي اتفق مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل في حسابه غش المدين أو خطأه الجسيم.

على ذلك نجد أن خطأ المدين اليسير لا يمنح الدائن هذا الاستثناء المقرر له وهو المطالبة بزيادة قيمة التعويض عن القيمة المتفق عليها في العقد. وبالتالي لا يستطيع القاضي زيادته حتى يتناسب مع قيمة الضرر، بل يحكم به كما هو متفق عليه بين الدائن والمدين.

وما نلاحظه على مسلك المشرع الليبي أنه لم يحدد فيما إذا كان الغش أو الخطأ الجسيم الموجب للزيادة مقتصر في صدوره على المدين شخصياً أم يشمل حتى الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزاماته؟ كذلك لم يحدد فيما إذا كانت سلطة القاضي في زيادة مبلغ التعويض تعتبر من النظام العام شأنها شأن سلطته في التخفيض؟ ونرى أنه كان الأجدر بالمشرع الليبي أن ينقل الفقرة الثالثة من المادة (227) إلى المادة (228) كفقرة ثانية كون هاتان المادتان تنظمان أحكام الشرط الجزائي.

#### الحالة الثانية: إذا كان التعويض يتضمن إعفاءً أو تخفيفاً من المسؤولية التقصيرية

كما أشرنا سابقاً، من الممكن أن يكون مصدر التعويض الاتفاقي الفعل الضار، وفي هذه الحالة يحق للدائن أن يطالب بزيادة قيمة التعويض الاتفاقي بما يتناسب مع الضرر الذي لحق به، حتى لو اتفق مع المدين على تحديد مسؤولية الأخير بمبلغ معين من التعويض، لأن هذا الاتفاق يعتبر باطلاً، وهذا ما نصت عليه المادة (3\220) من القانون المدني الليبي، حيث جاء فيها ما يلي: "يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع"<sup>(2)</sup>. وهكذا نرى أن مسلك المشرع الليبي - في ربطه الشرط الجزائي بوقوع الضرر - يتماشى مع أساس المسؤولية العقدية، وتعتبر هذه القاعدة من النظام العام لا يجوز مخالفتها .

كما أننا نجد أن المشرع الليبي قد منح القاضي صلاحية تعديل قيمة التعويض الاتفاقي وليس في ذلك ما يخالف الإرادة المشتركة للمتعاقدين، لأن المتعاقدان قد قصدا التعويض بمقدار الضرر الذي لحق الدائن ليس أكثر، حتى لا يثري الدائن

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 878.

(2) تقابل المادة (3/217) من القانون المدني المصري.

على حساب المدین، كما أنه في حالاتٍ استثنائية، أجاز القانون للقاضي زيادة قيمة التعويض الاتفاقي. فسلطة القاضي هنا مقيدة، وقابلها المشرع بشروط كذلك لتنظيم المطالبة بالشرط الجزائي، فلا يكون سيفاً مسلطاً على المدین، بل أداة قانونية تضمن التنفيذ الفعال للعقد، ولذلك تعاقدت الإرادتان بدءاً وتنفيذاً.

## الخاتمة

في ختام هذا البحث، نخلص إلى النتائج والتوصيات التالية:

### أولاً: النتائج

- 1- يعتبر التعويض الاتفاقي أحد طرق تنفيذ الالتزام بطريق التعويض، ونظم المشرع الليبي أحكامه في القانون المدني تحت عنوان التنفيذ الجبري للالتزام.
- 2- أن المدین ليس له أن يتمسك بدفع مبلغ التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) متى ما تمسك الدائن بالتنفيذ العيني للعقد وكان ممكناً وغير مرهق للمدین، فالأصل هو تنفيذ الالتزام.
- 3- الغالب الأعم أن سبب التزام المدین بالتعويض الاتفاقي، إخلاله بالتزامه العقدي، لكن هذا لا يمنع أن يكون سبب التزام المدین بذلك التعويض العمل الغير مشروع.
- 4- منح المشرع الليبي قاضي الموضوع سلطة تخفيض مبلغ التعويض الاتفاقي إذا نفذ المدین جزءاً من الالتزام أو أن مبلغ التعويض مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة. بل يجوز كذلك ألا يحكم به إذا أثبت المدین بالشرط أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، وذلك لأن الشرط الجزائي ليس التزاماً أصلياً بل التزام تبعي بتقدير التعويض، مصدره العقد، والضرر أساس المسؤولية العقدية، فلا تعويض بلا ضرر وإلا كان إثراء بلا سبب، ونص صراحةً على أن سلطة القاضي في تخفيض مبلغ التعويض من النظام العام.
- 5- لم يجز المشرع زيادة مبلغ التعويض الاتفاقي، إلا إذا ارتكب المدین غشاً أو خطأً جسيماً.
- 6- سلطة القاضي في المراقبة مقيدة، وقابلها المشرع بشروط كذلك لتنظيم المطالبة بالشرط الجزائي، فلا يكون سيفاً مسلطاً على المدین، بل أداة قانونية تضمن التنفيذ الفعال للعقد، ولذلك تعاقدت الإرادتان بدءاً وتنفيذاً.

### ثانياً: التوصيات

خلصت هذه الدراسة لعدة توصيات نأمل أن تنال اهتمام المشرع الليبي.

- 1- اكتفي المشرع الليبي بتحديد حالات تدخل القاضي دون ان يرشده الى كيفية تقدير المبالغة و طريقة تخفيضها لذلك ننوه المشرع الى تدارك ذلك بوضع ضوابط ونسبة يمكن على ضوءها تحديد المقدار المبالغ فيه.
- 2- نأمل من المشرع الليبي أن يجيز لقاضي الموضوع تخفيض التعويض الاتفاقي إذا نفذ المدین جزءاً من الالتزام، شريطة أن يكون في التنفيذ الجزئي منفعة أو فائدة تعود على الدائن من التنفيذ الجزئي للالتزام

وليس بنسبة الجزء الذي تم تنفيذه، ليصبح نص المادة (2\227) من القانون المدني الليبي كما يلي "ويجوز للقاضي أن يخفف هذا التعويض إذا أثبت المدعي أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، وذلك حسب نسبة المنفعة التي تعود على الدائن من التنفيذ الجزئي".

3- نأمل من المشرع الليبي في حالة صدور غش أو خطأ جسيم أن يساوي بين المدعي ومن يستخدمهم في تنفيذ التزاماته ونقترح بأن يكون نص المادة (228) من القانون المدني الليبي كالاتي " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدعي أو أحد الاشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزاماته قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً".

4- نوصي المشرع الليبي بنقل الفقرة الثالثة من المادة (227) الي المادة (228) كفقرة ثانية، وذلك حتى يشمل سلطة القاضي في زيادة مبلغ التعويض الاتفاقي كونها ضمن أحكام التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) ولا يقتصر ذلك فقط على سلطته في التخفيض.

5- كذلك نوصي المتعاقدان عند الاتفاق على الشرط الجزائي بعدم المبالغة في تقديره، وكذلك مراعاة الشروط المذكورة سالفاً للمطالبة به.

6- أخيراً. تعد هذه الدراسة محاوله وأملاً مني في إثراء المكتبات الجامعية المحلية والعربية، والإدلاء بدلوي في بناء صرح العلم رغم يقيني بالمرتقب الصعب، وهو ما شجعتني للبحث في هذا الموضوع المنظور إليه بسطحية تامة من طرف جل الدارسين في القانون الوضعي وحتى لمن يقارنون القانون بالفقه الإسلامي إلا ما نذر.

اللهم أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت بها علي وأن أعمل صالحاً ترضاه.

تم بحمد الله

## قائمة المراجع

أولاً: الكتب

- 1- د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثاني، بدون طبعة، مكتبة عبد الله وهبة للنشر والتوزيع، القاهرة، 1967.
- 2- د. أنور سلطان، أحكام الإلتزام، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
- 3- د. بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في ضوء الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
- 4- د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الثاني، أحكام الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- 5- د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للإلتزامات، الكتاب الأول، المصادر الارادية للإلتزام، العقد والارادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- 6- د. رمضان أبو السعود، أحكام الإلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
- 7- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الإلتزامات، بدون دار نشر، 1964.
- 8- د. سمير عبد السيد تناغو، أحكام الإلتزام والإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.
- 9- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإثبات - آثار الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- 10- د. عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في أحكام الإلتزام، مطبعة نهضة مصر، بدون سنة، القاهرة.
- 11- د. عدنان إبراهيم السرحان، د. فوزي محمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الإلتزامات: دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.
- 12- د. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للإلتزامات، المصادر - الأحكام - الإثبات، الكتاب الثاني، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، 2008.
- 13- د. محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام، دار الكتب الوطنية، بنغازي، 2013.
- 14- د. محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الاول، مصادر الإلتزام، دار الكتب الوطنية، بنغازي، 2018.
- 15- د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
- 16- د. وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، دار الفكر، القاهرة، 2006.

17- د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، آثار الحقوق الشخصية، أحكام الالتزام: دراسة موازنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.

ثانياً: التشريعات

1- القانون المدني الليبي 1953.

ثالثاً: الأحكام القضائية

1- أحكام محكمة النقض الليبية المنشورة في مجلة المحكمة العليا الليبية.

2- أحكام محكمة النقض المصرية على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية [www.cc.gov.eg](http://www.cc.gov.eg)

## القرائن القضائية في أحكام القضاء الإداري الليبي

د. نعيمة عمر الغزير  
أستاذ القانون العام المشارك  
الأكاديمية الليبية للدراسات العليا

### المقدمة

#### 1- تحديد موضوع البحث وأهميته:

القرينة القضائية قاعدة قضائية في أصلها؛ نشأت في أحكام القضاء الإداري لضرورات عملية؛ وبالتالي تستقي أهميتها من تلك القاعدة التي ترتبط إلى حد كبير بالمبادئ العامة للقانون بالنظر لخصوصية مبدأ الأثبات في دعوى الإلغاء التي تتميز بطبيعتها القانونية تبعاً لموضوعها وإجراءاتها التي تسعى على نحو مستمر إلى ضمان التوازن بين الصالح العام وحقوق الأفراد.

ولأن الأساس القانوني لدعوى الإلغاء يدور في إطار العلاقة غير المتكافئة بين أطراف النزاع؛ لذلك تبيّن أهمية دراسة هذا الموضوع في العبء الذي يثقل كاهل القاضي الإداري مع تزايد التطورات التي تطرأ على الوقائع من خلال تطورات العمل الإداري وأساليبه وآلياته.

أما الإشكالية التي نهض بها دراسة هذا الموضوع تتمثل في السؤال الآتي؛ ما المبدأ الذي تعتمده دوائر القضاء الإداري الليبي في محاكم الاستئناف والمحكمة العليا لإنشاء الحقيقة، ولاعتماد الشواهد والأدلة التي تضبط وقائع النزاع المطروح أمامها.

#### 2- منهجية البحث:

تتبع دراسة هذا الموضوع وفقاً للمنهج الاستنباطي والمنهج التحليلي من خلال مناقشة الأحكام القضائية ومواقف القاضي الإداري الليبي؛ بما يؤكد أهمية ودور القرائن القضائية في الأثبات، والتعرف على تطبيقاتها. وفقاً لكل ذلك تقتضي منهجية موضوع البحث أن تكون خطة هيكلية الدراسة على النحو التالي:

المبحث الأول نناقش فيه الأساس القانوني للقرائن القضائية في القانون الليبي؛ والذي يتحدد في ماهية القرائن القضائية (المطلب الأول)، ومن ثم نستعرض في المطلب الثاني أهمية القرائن القضائية.

أما المبحث الثاني يناقش بالدليل القيمة القانونية للقرائن القضائية من خلال فكرتين؛ الأولى: دور القرائن القضائية في الأثبات (المطلب الأول)، والفكرة الثانية تتبع تطبيقات القرائن القضائية في أحكام القضاء الإداري الليبي كمطلب ثاني.

## المبحث الأول

## الأساس القانوني للقرائن القضائية في القانون الليبي

يتقرر ذلك الأساس في ماهية القرينة القضائية أولاً ومن ثم بيان أهميتها ثانياً؛ وذلك على البيان الآتي:

## المطلب الأول

## ماهية القرائن القضائية

يتواتر اصطلاح القرينة في استخداماته غير أنه متفق عليه في المفهوم فهو ذلك الشيء المقترن بشيئاً آخر ليدل عليه، وبالتالي هي الدليل الذي يستنبطه المشرع أو القاضي من أمر معلوم دلالة على أمر آخر مجهول؛ بذلك الدليل استنتاج لأمر محدد إذا ما وجدت أو تحققت الوقائع والظروف التي تصنف في التشريع بأنها أساس لنتيجة سائغة ومنطقية تلك التي يؤسس عليها القاضي حكمه، وليس دليل مبنياً على الظن والتخمين كما في حالة الاعتماد على الوقائع والظروف المحتملة<sup>(1)</sup>، كل ذلك يضعنا مع ما يتفق بماهية اصطلاح القرينة في اللغة بأنها ما يلازم الشيء دلالة عليه<sup>(2)</sup>.

كما أنها في الاستعمال القرآني ظهرت بدلالات متعددة تتفق جميعها في المقصد منها وهو الملازمة للموصوف كما في قوله تعالى: "وَمَنْ يَكُنِ الشَّيْطَانُ لَهُ قَرِينًا فَسَاءَ قَرِينًا"<sup>(3)</sup>، وكذلك في قوله تعالى: "حَتَّىٰ إِذَا جَاءَنَا قَالَ يَا لَيْتَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ بُعْدَ الْمَشْرِقَيْنِ فَبِئْسَ الْقَرِينُ"<sup>(4)</sup>.

وبهذا الدليل لا يغيب عن ذهن القاضي؛ فهو على أي حال عنصرًا ضروريًا لشرعية الحكم القضائي<sup>(5)</sup>، كما أنه نوعان؛ إما أن يرد في نص تشريعي ويُعرف بالقرينة القانونية، وإما أن يجتهد القاضي في استنباطه ويُعرف بالقرينة القضائية. بناءً عليه القرينة القانونية هي تلك القرينة القاطعة التي لا تقبل الدليل العكسي<sup>(6)</sup>، إذاً هي تلك التي يكون مصدرها القانون بنص صريح يفترض تحقيق أمر مجهول من أمر آخر معلوم مثل قرينة العلم بالقانون نشره، وقرينة استقالة الموظف وهو أمر مجهول بانقطاعه عن العمل خمسة عشر يومًا متواصلة وهذا أمر معلوم. في حين القرينة القضائية تشكل من وقائع وحقائق؛ وهي التي لم ينص عليها القانون وإنما ترك للقاضي استخلاصها واستنباطها من خلال إدراكه بوجود معرفة محتملة يمكن أن تظهر كدليل؛ لذلك يقع على عاتقه مسألة تحليل الوقائع وتقييم الأدلة وترجيحها.

1 - "الأحكام يجب أن تبنى على اليقين وليس على الظن والتخمين" حكم المحكمة العليا الليبية (الدائرة المدنية) 46/528 ق الصادر في

2004/2/21 - مجموعة أحكام المحكمة العليا القضاء المدني ج 1 لسنة 2004 - ص 480

https://www.almaany.com - 2

3 - الآية رقم 38، سورة النساء.

4 - الآية رقم 38، سورة الزخرف

5 - Georges Langrod, The French Council of State: Its Role in The Formulation and Implementation of Administrative Law. American Political Science Association,

Vol. 49, No. 3 (Sep., 1955), p. 673

6 - طعن إداري 54/12 الصادر بتاريخ 27 / 1 / 2008 . مجموعة أحكام المحكمة العليا - ص 111

والدليل ضروري لإيقاع الحكم؛ إذ أن حجتيه مرتبطة بالعدالة؛ لذلك فإن شروط معرفة القاضي الإداري للدليل تجتمع في ثلاثة عناصر؛ أولهما الحق في الأثبات، والعنصر الثاني السببية التي حدد أحكامها القانون؛ حيث أن خصوصية السببية في القانون واضحة بشكل قطعي<sup>(1)</sup>؛ لكونها يقوم عليها الدليل وتشكل القرينة، والعنصر الثالث يتمثل في تقييم الأدلة وموازنتها وترجيحها.

وبذلك الدليل هو الوسيلة التي تُقضى بها هذه القواعد؛ وبالتالي تقييم الأدلة من القاضي الإداري يتجاوز احتمالات المعرفة ليصل إلى الاستنباط. فالأدلة المقبولة هي التي تكون ذات صلة بالموضوع ولا يتم استبعادها عند القول بالنتيجة؛ يجب أن يكون ذا علاقة بالحقيقة محل القضية بحيث الحث على وجودها الاعتقاد بوجودها تكون على درجة معقولة لإثبات احتمالية وجوده من عدمه.

بناءً عليه؛ لا خلاف في إثبات عكس القرينة القانونية بدليل آخر؛ إذ أن هذا الإثبات لا يكون إلا في الحالة الخاصة بالخصم في نطاق مبدأ حرية الدفاع الذي يقع على عاتقه أن يثبت ما يدحضها، أما في العموم؛ القرينة القانونية توصف بأنها قاعدة تشريعية لا يجوز إثبات عكسها إلا بإلغاء التشريع ذاته الذي نص على هذه القرينة ولا يلغى التشريع إلا بتشريع<sup>(2)</sup>.

مما تقدم يتضح؛ بأن القرينة القانونية لها أصل في النص القانوني في حين حسم المشرع الليبي المسألة في شأن ما لا نص فيه من القرائن بأنه متروك لسلطة القاضي التقديرية باتخاذ القرينة التي يراها تحل محل الدليل في الدعوى المنظورة أمامه وهي ما تعرف بالقرينة القضائية المشار إليها في نص المادة 395 من القانون المدني الليبي عندما قررت بأن " يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون".

من هنا نتبين أن القرينة القضائية لا أصل لها في القانون إنما يستخلصها القاضي من ظروف وملابسات موضوع الدعوى، وهي وسيلة من وسائل الإثبات غير المباشرة باعتبار يؤدي إليها بحكم اللزوم الوقائع المستنبطة منها بحيث لا تقبل تأويل آخر، ووفق هذا المعنى نتبين أن هذا النوع من القرائن يتطلب توافر ركنين؛ وهي تلك المتمثلة في:

**الركن المادي؛** يظهر في اختيار القاضي واقعة ثابتة بين وقائع الدعوى تسمى الدلائل والشواهد؛ كما في قضاء محكمتنا العليا عندما قالت بأنه " لما كان يبين مما جاء في كتاب أمين اللجنة الشعبية للاستصلاح وتعمير الأراضي (وزير الزراعة) أنه أرجع التأخير في تسليم الحظائر إلى عدم وجود بعض المواد الخاصة بما لا في المرج ولا في مشروع القبة، وكان لم يقطع بأن عدم وجود تلك المواد كان راجعاً إلى خطأ الجهة الإدارية الطاعنة باعتبارها هي المزممة بتوفيرها ..... وبالتالي فإن ما

1- قالت المحكمة العليا الليبية (الدائرة المدنية) في حكمها رقم 46/528 ق بتاريخ 2004/2/21 للتعبير عن رفضها للدليل الذي

اعتمدهت محكمة الاستئناف " بدليل أنه عبر عن عقيدته بعبارة -على ما يبدو - وهي عبارة لا تدل على اليقين وإنما تعتمد على الظن الذي لا يصلح لأن تقام عليه الأحكام، مما يصمه بعيب القصور في التسبب بما يتعين نقضه"

2 - عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني؛ ج2، القاهرة: دار النهضة العربية، 1956 - ص606.

جاء في الكتاب المذكور على غموضه وإبهامه لا يرقى إلى مرتبة القرينة التي تقوى على حمل ما انتهى إليه الحكم المطعون في قضائه من براءة ذمة مورث المطعون ضدهم من غرامة التأخير" (1)

**الركن المعنوي؛** يظهر عندما يستنبط القاضي الواقعة المراد إثباتها من الواقعة الثابتة، والمرجع في هذا الشأن ذكاء القاضي وفطنته، دلالة ذلك ما جاء عن محكمتنا العليا (الدائرة الإدارية) عندما قضت بأنه " متى كان الثابت من الأوراق ومدونات الحكم المطعون فيه أن قرار لجنة الفصل في الاعتراضات صدر في .... وقرار التصديق عليه قد صدر في ..... في الوقت الذي كان الطاعن يعمل بمؤسسة السلع التموينية ولم يقدم طلب استقالته من العمل إلا في ..... وصدر القرار بقبولها في.....

تستطرد المحكمة بقولها: " ومن ثم فإن قرار لجنة الفصل في الاعتراضات وقرار التصديق عليه قد صادقا صحيح القانون وكذلك الحكم المطعون فيه عندما اعتبر الطاعن من ذوي الدخل في الفترة التي تقدم فيها لتملك المزرعة وأجريت المفاضلة بينه وبين غيره. على هذا الأساس وأن استقالة الطاعن اللاحقة لهذه الإجراءات قرينة على سلامة القرارين المطعون فيهما وقت صدورها" (2)

أما في التفسير الفقهي ائلف القول بين الباحثين؛ على أن القرينة هي استنتاج واقعة ما مجهولة من واقعة أخرى معلومة دلت عليها ملايسات الموضوع؛ ويقصد بالاستنتاج ذلك الاستخلاص للدليل الذي يكون من خلال وقائع تؤدي بحكم اللزوم إليه، وبذلك القرينة سواء كانت القرينة القانونية أو تلك المعروفة بالقرينة القضائية ما هي إلا ما يستنتجها القاضي أو المشرع من أمر معلوم ليستدل بها على أمر آخر مجهول(3)

## المطلب الثاني

### أهمية القرائن القضائية

القرائن القضائية طريق للإثبات تستقى أهميتها من حيث أنها أمرًا ضروريًا في سياق العلاقات القانونية غير المتكافئة بين الأفراد كمدعين وسلطة الإدارة كمدعى عليها، وهي الجهة المطعون فيها (4). وتظهر تلك الأهمية أو الأساس للقرينة من حيث أنها إجراء يضمن الإدارة الصحيحة والعدالة لاستنباط الدليل بهدف نهائي وهو موازنة المصلحة العامة وضمان احترام حقوق الأفراد لكل مواطن في مسألة التقاضي الإداري ومهمة القاضي الإداري في الأثبات في غياب القرينة القانونية تتفق ومسألة النزاع الإداري إذ يقع على عاتقه بيان الحجة القانونية المقبولة والتي تدل على مشروعية القرار الإداري المطعون

1 - طعن إداري رقم 30/39 الصادر بتاريخ 1985/12/8م. مجلة المحكمة العليا س24: ع2، 1- ص32

2 - طعن إداري 26/12 الصادر بتاريخ 1982/6/30. مجلة المحكمة العليا س19: ع2 - ص36 وما بعدها.

3 - راجع في هذا الشأن: عبد العزيز خنفوسي، القرائن كدليل للأثبات في المسائل الجنائية (مقال منشور على موقع العلوم القانونية الإلكتروني، "MarocDroit" الرابط: <https://www.marocdroit.com/>. أيضًا: مسعودة زبدة، القرائن القضائية.

4 - راجع بالخصوص: الإثبات بالقرائن أو الأمارات، كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي (مجموعة من المؤلفين)، العدد الثاني عشر - ص355.

الرابط: <https://al-maktaba.org/book/8356/23162>

فيه ، "وأن مدوناته ليس فيها ما يناقض بعضها البعض" (1) وإدارة أدلة جديدة تلك التي تنتج من حالة الوقائع للحاجة إلى هذا الجانب وضمان مبادئ الخصومة والحق في الدفاع في إجراءات التقاضي الإداري (2).

كما تأتي أهمية القرينة القضائية في المنازعات الإدارية من حيث كونها تقوم مقام الدليل، فإن كان القاضي الإداري يقدر قيمة الأدلة والوقائع المقدمة من الطاعن بحيث إذا أثبت بما لا يشوبه الشك أن هذه الدلائل تمس بقرينة السلامة التي تتمتع بها القرارات الإدارية فإن هذه الأدلة والشواهد تكون قرينة قضائية على صحة ما يدعيه الطاعن (3)، وهذا ما نجد له دلالة في قضاء المحكمة العليا الليبية (دائرة القضاء الإداري) عندما قررت بأنه ".... ليس أمام المحكمة إلا الرجوع إلى الملف الشخصي للطاعن بوصفه الوعاء الصادق لتصوير حالته فإذا تبين خلو الملف مما يصح أن يكون سبباً لفقده أسباب الصلاحية لقيده بمداول المحامين انتفت قرينة السلامة التي يتمتع بها القرار وانتقل عبء الإثبات على الجهة الإدارية مصدرة القرار ووجب عليها الإفصاح عن مبرراتها" (4).

وبذلك يتضح أن القرينة القضائية قرينة واقعية لكونها لا يفرضها المشرع ولا ينص عليها إنما الواقع يدل عليها والمنطق العادي للأمر يقود إليها (5)

وتبدو أهمية القرينة القضائية بما يؤكد قيمتها القانونية عند مقارنتها بالقرينة القانونية حيث أن إثبات هذه الأخيرة العمل فيها للقانون؛ إذاً نص القانون وحده هو ركن القرينة القانونية فهو الذي يجري عملية الاستنباط من الواقعة الثابتة المعلومة قانوناً ليثبت وجود واقعة أخرى مجهولة (6)؛ ومن أمثلتها قرينة البراءة وقرينة القرارات الضمنية (7) وقبول الاستقالة. وقرينة المطالبة القضائية في قطع التقادم (8) في حين القرينة القضائية تحتاج إلى فطنة ودهاء القاضي لكونه يستنتجها من الواقعة المعلومة (المستندات والأوراق وملف الموضوع) ليعرف بها واقعة مجهولة يقضي على أساسها في النزاع المطرح أمامه. وقد

- 1 - طعن إداري 54/21 الصادر بتاريخ 2008/1/27. مجموعة أحكام المحكمة العليا- ص 116.
- 2 - إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن الطعن في الحكم الصادر في دعوى الإلغاء يفتح الباب أمام المحكمة العليا لترن الحكم بميزان القانون غير مقيدة بأسباب الطعن ودفاع الخصوم، إذ أن المراد من ذلك هو مبدأ المشروعية نزولاً على سيادة القانون في رابطة من روابط القانون العام" طعن إداري رقم 56/51 ق الصادر بتاريخ 2011/1/23 م، مجموعة أحكام المحكمة العليا، السنة الثامنة الأربعون- ص 63.
- 3 - فؤاد محمد موسى، نظرية الانحراف في استعمال الإجراء الإداري، رسالة دكتوراه (كلية الحقوق، جامعة أسبوط)، 1995م- ص 283.
- 4 - طعن رقم 23/40 ق الصادر بتاريخ 1977/3/17. مجلة المحكمة العليا س 13: ع 4- ص 41 وما بعدها.
- 5 - د. فضل آدم فضل المسيري، قانون المرافعات الليبي (التنظيم القضائي والخصومة القضائية). القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية، ط 1: 2011- ص 359.
- 6 - للمزيد راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة سنة 2022م- ص 773 وما بعدها.
- 7 - جاء عن المحكمة العليا الليبية (دائرة القضاء الإداري) بأن " سكوت الإدارة عن اتخاذ قرار صريح في التنظيم وانقضاء ميعاد الستون يوماً يعد بمثابة رفضي ضمني للتنظيم... " طعن إداري رقم 56 /272 ق الصادر بتاريخ 2012/12/23. ص 75.
- 8 - قضاء هذه المحكمة جرى على أن التظلم أو الطلب الذي يقدمه الموظف إلى جهة الإدارة التابع لها للمطالبة بحقوقه لديها يقوم مقام المطالبة القضائية في قطع التقادم" طعن إداري 56 /196 ق الصادر بتاريخ 2012/12/30 مجلة المحكمة العليا، السنة السابعة والأربعون، العدد الثالث والرابع- ص 79.

جاء عن المحكمة العليا (الدائرة الإدارية) بأن " متى كان تقدير أدلة الدعوى من اطلاقات محكمة الموضوع طالما أسست قضاءها على أدلة سائغة لها أصل ثابت في الأوراق وتؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن غياب المطعون ضده عن العمل راجع إلى فعل جهة الإدارة مستخلصًا ذلك من واقع ما عرض على المحكمة من مستندات وأقوال وشهود ويؤدي إلى نتيجة قضائها فإن النعي على الحكم بأنه شاب قصور مبطل يكن مجرد مجادلة في أدلة الدعوى مما لا يجوز إثارة أمام هذه المحكمة" (1).

ومما يضيف دلالة على القيمة القانونية للقريفة القضائية ما لقاضي الموضوع من سلطة تقدير قيمة الدليل المستمد من القرائن دون رقابة أو تعقيب من المحكمة العليا طالما أن استنتاجه للأمر المجهول من أمر معلوم سائغًا ومتفقًا مع العقل والمنطق، وعلى هذا المبدأ استقرت المحكمة العليا الليبية منذ وقتٍ طويل؛ ومن أحكامها في هذا الصدد قولها بأنه " من المقرر كما جرى قضاء هذه المحكمة أن لقاضي الموضوع السلطة الكاملة في بحث الأدلة والمستندات المقدمة له في الدعوى والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن نفسه إلى الأخذ به منها وفي استخلاص ما يرى أنه واقعة الدعوى دون رقابة المحكمة العليا عليه في هذا الشأن متى كان عمله هذا له أصل ثابت في الأوراق وينتهي بمنطق سليم إلى النتيجة التي رتبها عليه "....

وعلى هذا الأساس قضت المحكمة برفض الطعن مبررة ذلك بأن محكمة الاستئناف (الدائرة الإدارية) " قد استعملت سلطتها في أعمال نصوص العقد واستخلاص أدلة الدعوى استخلاصًا سليمًا مستندًا من واقع ما قدم إليها من مستندات اطمانت إلى سلامتها ورتبت على ذلك النتيجة المنطقية التي انتهت إليها بمشروعية قرار سحب الأعمال ورفض دعوى الطاعن بما يجعل الطعن برمته لا يجد سندًا من واقع أو قانون" (2).

## المبحث الثاني

### القيمة القانونية للقريفة القضائية

نتبع دور القرائن القضائية في الأثبات، وتطبيقاتها في القضاء الإداري الليبي؛ وذلك على التفصيل الآتي أدناه:

#### المطلب الأول

##### دور القرائن القضائية في الأثبات

تتحدد صلاحيات القاضي الإداري في شأن دعوى الإلغاء بالتحقق من الأدلة المقدمة إلى المحكمة وموازنتها، وتتضمن هذه الأدلة في صحيفة الدعوى البيانات والتقارير والمعلومات المكتوبة التي تعرف بالمراسلات والمستندات الدالة المدونة في صحيفة الدعوى، والتي يتبين منها القاضي الإداري مدى صحة الوقائع وتكييفها القانوني ليحدد ملاسبات ظروف اصدار القرار من جهة ومن جهة أخرى هي وثائق قانونية تثبت صحة الدعوى أو وسيلة لدحض حجة الخصم، وبالتالي كل

1 - طعن رقم 31/49 الصادر بتاريخ 1986 /6/22. مجلة المحكمة العليا س24: ع 3،4- ص35.

2 - طعن إداري 26/21 الصادر بتاريخ 1982/2/2. مجلة محكمة العليا، س19: ع4- ص42 وما بعدها.

تلك الأسانيد هي أدلة مكتوبة تبين المعلومات والحقائق وردود طرفي النزاع عن ما ورد في مذكرات الدفاع لكل منهما؛ وبالتالي هي إجمالاً أدلة في الغالب منها تكون مكتوبة، وتُعد حجة كل طرف في الدعوى<sup>(1)</sup>.

وبذلك دور القرائن القضائية في الإثبات يرجع إلى الطبيعة القانونية للنزاع؛ بالإضافة إلى عدم توازن أطراف الدعوى الذي يمكن وصفه بأنه لا مجال للتكافؤ بينهما<sup>(2)</sup>؛ لذلك القاضي الإداري مُلزم في أداء هذا الدور بالمساواة بين أطراف الدعوى أولاً، ومن ثم حماية الحقوق والالتزامات التي يمثلها كليهما؛ فإذا كان الطاعن يمثل مصلحة شخصية مباشرة فإن الإدارة تمثل المصلحة العامة؛ وهو ما يجعله بحاجة إلى مكينات وسلطات استثنائية من أمثلتها سلطة القاضي الإداري في نقل عبء الأثبات إلى الإدارة<sup>(3)</sup>؛ بمعنى عندما لا يتمكن المدعي من إثبات ادعاءاته يقع على عاتق المدعي عليه وهي الإدارة اثبات عدم جدية أو عدم صحة أسباب الطعن الواردة في صحيفة الدعوى المرفوعة أمام القاضي، ولهذا الأمر حجج منطقية ومقبولة تأتي في نطاق أن سلطة الإدارة بشأن احتفاظها بالوثائق والمستندات التي يمكن إما أن تؤيد الطاعن في مطالباته أو تمنح الحق للإدارة بما يؤكد مشروعية القرار الإداري المطعون فيه؛ وهو ما يتحقق في اختصاص القاضي الإداري وسلطته بشأن اتخاذ إجراءات التحقيق مع الخصوم إعمالاً لنص المادة 16 من القانون 88 لسنة 1971 بشأن تنظيم القضاء الإداري<sup>(4)</sup>

تأتي القرائن في مقدمة أدلة الإثبات في القضاء الإداري؛ ولا تكتسب هذا الدور من دعم أدلة أخرى لها فحسب؛ إنما تقود إليها أيضاً قواعد المنطق والتفكير العلمي الممنهج، وبالتالي دورها يُستقى من قوة حجيتها المبني على الثبوت اليقيني للواقعة<sup>5</sup>؛ ففي هذا الصدد لا يمكن لنا تجاهل ما للقرينة القضائية من دور عند رقابة القاضي الإداري على الأدلة الأخرى

- 1- الحكم لا يعيبه عدم تعقبه كافة حجج الخصوم طالما أقام قضاؤه على أسباب سائغة لها أصل ثابت بالأوراق وتكفي لحمل قضاؤه كما لا يعيبه عدم بيان فحوى تقرير الخبرة ونصوص المستندات المقدمة طالما كانت مودعة ملف الدعوى وتناولتها مذكرات الخصوم بما يكفي معه الإشارة إليها ومن ثم يكون هذا الوجه من النعي قائماً كسابقه على غير أساس " طعن إداري رقم 56/186 ق الصادر بتاريخ 2012/6/17. مجموعة أحكام القضاء الإداري - السنة التاسعة الأربعون - ص 69.
- 2 - حق جهة الإدارة في إنهاء عقد الموظف المغترب بغير الطريق التأديبي، حق أصيل ثابت بمقتضى عقد الاستخدام تنفرد بتقديره لأنها هي من عينت الموظف بتقرير صلاحيته للقيام بأعباء الوظيفة وأن لها أن تقرر إنهاء خدمته لاعتبارات المصلحة العامة لأسباب جدية قائمة بالموظف وتطبيقاً لما هو منصوص عليه بعقد الاستخدام... " طعن إداري 48 / 108 الصادر بتاريخ 2005/2/20. مجموعة أحكام المحكمة العليا (القضاء الإداري ج1)، 2007 - ص 156.
- 3- د. عبدالناصر علي عثمان، استقلال القضاء الإداري. القاهرة: دار النهضة العربية، 2007 - ص 483.
- 4- التي نصت على أن "للمستشار المقرر أن يأمر باستدعاء الخصوم لسؤالهم عن الوقائع التي يرى لزوم أخذ أقوالهم فيها وله إجراء تحقيق في الوقائع التي يرى لزوم تحقيقها أو أن يأمر بإدخال خصم آخر في الدعوى أو تكليف الخصوم بتقديم مذكرات أو مستندات تكميلية وغير ذلك من إجراءات التحقيق في الأجل الذي يعينه لذلك".
- 5- وحيث أن الدخل الذي يطلب الطاعن احتسابه في ربط المعاش لم يكن ناشئاً من عمله الخاضع لقانون الخدمة المدنية إنما لقيامه بأعمال المحاسبة لدى جهة أخرى فإن هذا الدخل لا يجوز احتسابه ضمن الدخل الذي يربط على أساسه المعاش الضماني. لما كان ذلك وكان الحكم قد انتهى إلى هذا النظر فإنه يكون قد وافق صحيح القانون ويكون النعي عليه بالخطأ في تطبيقه على غير أساس". طعن إداري رقم 48 / 119 الصادر بتاريخ 2005/2/27. مجموعة أحكام المحكمة العليا (القضاء الإداري ج1)، 2007 - ص 170.

بغرض تمكينه من تدعيم اقتناعه بما؛ لذلك عند الحث عن مسألة الاثبات في الدعاوى الإدارية تُعيد من جديد أن القرائن القضائية تأتي في المقدمة بناءً على ما تقدم من اعتبارات.

وفي هذا الخصوص نستدل بما جاء عن المحكمة العليا الليبية (دائرة القضاء الإداري) بأنه " لمحكمة الموضوع السلطة الكاملة في بحث الأدلة والمستندات المقدمة في الدعوى، والموازنة بينها وبين الأخذ بما تطمئن إلى الأخذ به منها متى كان لذلك أصل ثابت في الأوراق، وينتهي بمنطق سليم إلى النتيجة التي رتبها .... فإنه يكون قد أسس قضاؤه على ما له أصل ثابت في الأوراق باستخلاص سائغ وسليم يكفي لحمله وينأى به عند أي افتراض<sup>(1)</sup>

وبذلك تتفق الدعاوى المدنية والدعاوى الإدارية على نظام مشترك يُعرف بعبء الأثبات وشرعيته، حيث أن القاعدة في هذا الشأن عبء الأثبات هو ما يتنقل كاهل الطاعن ليس في الدعاوى المرفوعة أمام القاضي العادي فحسب إنما أيضاً في دعاوى القضاء الإداري بالنظر إلى القواعد والممارسات الخاصة بسلطة الاختصاص في القرار الإداري التي يمكن أن نضعها في إطار علاقة السلطة (الإدارة) بالتبعية (الموظف)<sup>(2)</sup>

كما أن السوابق القضائية حددت واجب القاضي الإداري في الحكم؛ إذ لا يجوز له التدخل؛ إذا كانت حالة الملف لا تتطلب ذلك لعدم وجود دليل يجب مواجهته بادعاء جاد من مقدم الطلب وإيضاً كما في حالة عدم وجود إجابة مقنعة من دفاع مقدم الطعن<sup>(3)</sup>.

وبالتحري عن قواعد القبول والاختصاص المتعلقة بمشروعية الأدلة يتبين لنا أن المبدأ أمام القاضي الإداري حرية الأثبات؛ وفقاً لهذا المنطق يكون لمقدم الطعن الحرية في تشكيل دليل لنفسه، ولضمان عدالة المحاكمة يقوم القاضي الإداري بتكليف جدلية الأدلة، وبالتالي سلطة أو الاختصاص هو الذي يدفع القاضي الإداري في إطار إجراءات التحقيق إلى تعديل عبء الأثبات كما اسلفنا اعلاه؛ بحيث عندما لا يتمكن المدعي من إثبات مزاعمه ينتقل عبء الإثبات في هذه الحالة على المدعي عليه باعتبار أن الوثائق والمستندات في حوزة الإدارة؛ وهذا ما يعرف بجرية الإثبات وهو ما جعلنا نستنتج مرونة قانون الأثبات أمام القاضي الإداري.

1 - طعن إداري رقم 52/51 ق الصادر بتاريخ 2007 / 1/21 م. مجموعة أحكام المحكمة العليا، 2008.

2 - مقتضيات النظام الإداري قد انتهت بالفقه والقضاء الإداريين إلى تقرير قاعدة أكثر تيسيراً في علاقة الدولة بموظفيها بمراعاة طبيعة هذه العلاقة التي تفرض على جهة الإدارة إنصاف الموظف دون أن يضطر إلى القضاء والتي تقضي بأن يقوم مقام المطالبة القضائية في قطع التقادم أو الطلب أو التظلم الذي يعرضه الموظف على جهة الإدارة المختصة التابع لها " طعن أداري رقم 55 / 236 ق الصادر بتاريخ 2010/1/24. مجلة المحكمة العليا السنة الخامسة والأربعون - ص50.

3 - جاء عن المحكمة العليا الليبية (دائرة القضاء الإداري) بأن " لما كان ذلك وكان الحكم قد بين في أسبابه بقوله " وحيث أن الثابت من ملف الدعوى وما أودع فيه من مستندات والتحقيقات التي تمت مع الطاعنين والقرار المطعون فيه الذي صادق على قرار مجلس التأديب بأسبابه .... وقد ارتكبا المخالفات الجسيمة أثناء قيامهما بعملهما .... رشوة وإساءة استعمال وظيفتهما واستغلالها خرقاً للقانون وأعراف المهنة " وهذا الذي ساقه الحكم كافٍ لحمل النتيجة التي انتهى إليها وله أصله الثابت من أوراق الدعوى مما ينأى به عن القصور في التسيب والفساد في الاستدلال " طعن أداري رقم 48 / 127 ق، بتاريخ 2005/2/27. مجموعة أحكام المحكمة العليا (القضاء الإداري ج1)، 2007 .

## المطلب الثاني

## تطبيقات القرائن القضائية في أحكام القضاء الإداري الليبي

القرائن القانونية في القانون الإداري تلك التي يتعلق مفهومها بالنص القانوني؛ ولا تحتل في إثباتها الدليل العكسي؛ من صورها في أحكام القضاء الإداري الليبي: قرينة القرار الضمني، قرينة النشر والإعلان كوسيلة للعلم بالقرار الإداري، وقرينة الاستقالة الضمنية<sup>(1)</sup>، وقرينة حجية الأمر المقضي به<sup>(2)</sup>، وقرينة التقادم كدليل على سقوط حق المطالبة من الموظف بمرتباته حتى لو اعترفت الإدارة بهذا الحق؛ وينفرد المقصد من كل هذه القرائن بالحجية القاطعة؛ لوجودها في نص قانوني صريح.

أما الانحراف في استعمال السلطة، والعلم اليقيني؛ هما قرائن قضائية من صياغة القاضي الإداري، وكليهما على التفصيل الآتي:

## أولاً: الانحراف في استعمال السلطة

من المعروف أن نظرية اساءة استعمال السلطة في القرار الإداري مسألة اجتهاد قضائي<sup>(3)</sup>؛ كما أن توصيف سلوك الإدارة بهذا المسمى هو نوع من عدم الشرعية في القانون الإداري الليبي استناداً إلى نص المادة الثانية من القانون رقم 88 لسنة 1972م بشأن تنظيم القضاء الإداري.

علاوة على ذلك عيوب القرار الإداري الأخرى ذات طابع موضوعي تتعلق بالقواعد التي تحكم نظام الإدارة؛ في حين يتم تمييز استعمال السلطة من خلال فحص الدوافع الذاتية لمصدر القرار؛ لذلك يتصف هذا العيب في القرار الإداري بصعوبة اثباته باعتباره جزء من نية مصدر القرار وهو ما قضت به المحكمة العليا الليبية (دائرة القضاء الإداري) حينما رفضت الحكم الصادر عن محكمة استئناف مصراته باعتبار أن المحكمة صاغت عبارات عامة وبشكل مقتضب أن القرارين المطعون فيهما مشوبة بعيب الانحراف في استعمال السلطة، وهو ما لا يكفي للتدليل على تلك القرارات بأنها لم تصدر ابتغاء مصلحة عامة، كما أنها لم توضح الكيفية التي استخلصت بها هذه النتيجة واكتفت بتبني وجهة نظر المطعون ضده<sup>(4)</sup>.

1 " قرار إنهاء الخدمة ليس قراراً تأديبياً لأنه يقوم على قرينة الاستقالة التي تقتصر الإدارة في خصوصها على تسجيلها ومحو قيد الموظف من سجلاتها". طعن إداري 55/230 الصادر بتاريخ 2010/1/17م، مجموعة أحكام المحكمة العليا، السنة الثانية الأربعون - ص39.

2 "الأحكام التي حازت الأمر المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من حقوق بين الخصوم أنفسهم أو ورتتهم أو خلفهم ما دامت صفتهم لم تتغير وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً" 48/77 الصادر بتاريخ 2005/1/30م. . مجموعة أحكام المحكمة العليا (القضاء الإداري ج1)، 2007 - ص85.

John Bell , Administrative Law, Published: March 2008, p168. 3

<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199541393.003.0007>

4 طعن إداري 54 /25 الصادر بتاريخ 2008/1/27. مجموعة أحكام المحكمة العليا (القضاء الإداري) ج1، 2008، ص118.

بذلك نستنتج من الصعب صياغة مفهوم لعيب إساءة استعمال السلطة من خلال مصطلحات قانونية بحثة؛ إنما لأجل توصيفه يقع على عاتق القاضي الإداري تبينه من خلال شواهد الظروف المحيطة بإصدار القرار، وكيفية تنفيذه، والتمييز في المعاملة بين الأفراد<sup>(1)</sup>، وانعدام الدافع المعقول في إصدار القرار، وهذا الأخير من صوره عدم الملاءمة بين العقوبة والذنب<sup>(2)</sup>.

وبهذا أيضاً؛ القاضي الإداري في هكذا حالات أو شواهد لا يشير إلى شرعية الأمر الصادر في القرار الإداري إنما إلى نوع من الأخلاق الإدارية، باعتباره من العيوب الخفية، والنص التشريعي هو الذي يحدد الغرض المناسب من القرار الإداري أو العمل الإداري<sup>(3)</sup>

من معايير عيب إساءة استعمال السلطة في القرائن الإداري إثبات أحد القرائن الدالة على وجوده المتمثلة في " قصدت الإدارة بإصدار قرارها مجرد الانتفاع الشخصي أو تحقيق غرض لا يتعلق بالصالح العام أو تحقيق مصلحة عامة مغايرة لتلك التي تغياها القانون"<sup>(4)</sup>؛ وبالتالي ينشأ الانحراف بالسلطة أو إساءة استعمال السلطة من عدم التوافق بين أمرين؛ الغاية أو الغرض والإجراء المتخذ من قبل الإدارة وهو الذي نصت عليه القاعدة القانونية الواردة في التشريع؛ لهذا يمكن القول أن الغرض والهدف ينشأ من سيادة القانون؛ غير أنه نادراً ما تتم صياغة ذلك الهدف أو الغرض في بيان صريح للقاعدة القانونية إنما يقوم القاضي الإداري باستنباطه من خلال التفصي عن الغرض من تطبيق الإجراء الذي حددته تلك القاعدة القانونية في حالة السلطة التقديرية للإدارة؛ وهنا يظهر هذا العيب عندما تقصد الإدارة تحقيق غرض مغاير للغرض الذي تقررت السلطة من أجله، لذلك يستلزم القضاء الإداري الليبي " إثبات هذا العيب بأدلة إيجابية وقرائن مقنعة لا تدع مجالاً للشك في دفعه"<sup>(5)</sup>.

بناءً على ما تقدم نظرية انحراف الإدارة باستعمال سلطاتها أو إساءة استعمال السلطة كما يطلق عليها من صنع القاضي الإداري منذ زمن بعيد تؤكد تعريفات المتواترة عن القاضي الإداري الليبي في هذا الصدد تلك التي تعكس صور هذا العيب، فمن استدلالاته في شأنه أن عيب الانحراف بالسلطة " يكون عندما تقصد جهة الإدارة بإصدار قرارها

1 - لا يملك القضاء الإداري حمل الإدارة على القيام بعمل يدخل في نطاق سلطتها التقديرية طالما أنها التزمت تطبيق القانون .. ولم تنحرف بسلطتها بعدم المساواة بين المدعي وزملائه" طعن إداري 49 / 129 ق الصادر بتاريخ 2005/6/19. مجموعة أحكام المحكمة العليا (القضاء الإداري ج1)، 2007 - ص399.

2 - راجع بالخصوص: د. نعيمة عمر الغزير، الرقابة القضائية على ملاءمة العقوبات التأديبية وأثرها على ضمانات حقوق الموظفين. الهيئة الليبية للبحث العلمي، الطبعة الأولى، 2015.

3 - وزارة التعليم العالي ... وهي تدير مرفق التعليم العالي أن تضبط مخرجات مؤسسات التعليم العالي التي انتشرت بشكل كمي وكيفي ... وذلك بوضع آلية التي تراها مناسبة وفقاً لسلطتها التقديرية وبما ملكه من مبررات موضوعية ... وهي إجراء امتحانات شاملة لخرجي المعاهد الأهلية فإنها تكون قد عملت اختصاصها في هذا المجال وفقاً للقانون ولا معقب عليها في ذلك من السلطة القضائية سيما وأن غايتها في ذلك هو تحقيق المصلحة العامة للمجتمع ..." طعن إداري رقم 56/76 ق الصادر بتاريخ 2011 / 6/ 12م. مجلة المحكمة العليا، السنة الثامنة والأربعون - ص50.

4 - طعن إداري رقم 56 / 68 ق الصادر بتاريخ 2011/6/12. مجموعة أحكام المحكمة العليا، السنة الثانية والأربعون - ص62.

5 - طعن إداري رقم 56 / 68 ق (سبق الإشارة إليه)

مجرد الانتقام الشخصي أو تحقيق غرض لا يتعلق بالصالح العام أو تحقيق مصلحة مغايرة لتلك التي قصدها القانون<sup>(1)</sup>، ويقع عندما " تستعمل الإدارة سلطتها التقديرية لتحقيق أغراضها غير المشروعة في حماية مظهر المشروعية"<sup>(2)</sup> نستنتج من كل ذلك أن القاضي الإداري لا يؤلف مبدأً جديدًا عند التحري عن مصدر القرار؛ إنما يلعب دورًا نشطًا في استنتاج الغرض الذي ابتغاه في القرار الإداري من خلال القواعد القانونية المكتوبة وغير المكتوبة كالمبادئ العامة للقانون والعرف الإداري، ويوصف القرار الذي انحرف عن الغرض الصحيح بأنه مشوب بسوء استعمال السلطة؛ لكونه صدر بغاية أو غرض آخر لا يتفق وروح القانون.

وبذلك يجتهد القاضي في التقصي عن الغرض الصحيح في القرار الإداري على مستويين؛ الأول منهما: يجب أن تسعى الإدارة إلى تحقيق غرض يتفق والمصلحة العامة؛ وهو هدف لم يتم صياغته في القانون إنما (المصلحة العامة) أساس القانون الإداري لكونها خاصية ملزمة بالضرورة في كافة تصرفات الإدارة والإجراءات الإدارية. المستوى الثاني؛ سعي الإدارة وراء غاية غير الهدف الأساسي المرسوم في النص التشريعي سيوصم القرار بعيب الانحراف في استخدام السلطة كما لو صدر بقصد الانتقام أو تحقيق مكاسب شخصية<sup>(3)</sup>.

نخلص من كل ذلك أن مفهوم الانحراف بالسلطة محصور بين أمرين الأول منهما أن تصدر الإدارة قرارًا إداريًا غير المقرر قانونًا<sup>(4)</sup>، والأمر الثاني؛ استعمال رجل الإدارة سلطته التقديرية لتحقيق غرض غير معترف له به<sup>(5)</sup>.

#### ثانيًا/ قرينة العلم اليقيني بالقرار الإداري

قوة قرينة العلم اليقيني في الأثبات وفق أحكام القانون الإداري تستقي مفهومها من القرائن البسيطة التي تقبل الدليل العكسي شأنها شأن باقي القرائن القضائية<sup>(6)</sup> وعبء الإثبات في هذا الشأن يقع على عاتق الإدارة<sup>(7)</sup> الذي يستوجب من القاضي الإداري استخلاص العلم اليقيني بالقرار الإداري من أية واقعة أو قرينة تفيد حصوله بتتبع مسلك أطراف

1 - طعن إداري رقم 39/44 ق الصادر بتاريخ 1994/1/22. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة العليا في أربعين عامًا (القضاء الإداري والدستوري) المجموعة الثالثة، إعداد: شحات ضيف الديجاوي- ص 74

2 - شحات ضيف الديجاوي ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة العليا في أربعين عامًا (القضاء الإداري والدستوري) ، ج 2- ص 445

3- YU Lingyun, Judicial review on abuse of power by administrative authorities- (Preferences and issues of the court hearings in cases), RESEARCH ARTICLE, SciencesPO, Front. Law China 2009, 4(1).

4 - طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة للقانون، القاهرة، مكتبة القاهرة الحديثة - 1973 - ص 419

5 - سليمان الطماوي، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء). القاهرة: دار الفكر العربي، 1976 - ص 880

6 - محمد علي عطا الله ، الإثبات بالقرائن في القانون الإداري والشريعة الإسلامية. دار الفكر الجامعي، ط 2013.

7 - قضت المحكمة العليا بما يؤكد هذه القاعدة بأنه " جهة الإدارة لم تقدم ما يثبت تحقق ذلك العلم سوى قول المطعون ضدها أنها فوجئت بصدر القرار المطعون فيه وهذا لا يصلح لوحده لما رتبته جهة الإدارة عليه" طعن إداري رقم 66 / 56 ق الصادر بتاريخ 2011/2/27. مجموعة أحكام المحكمة العليا، السنة الثانية والأربعون- ص 50.

الخصومة، وإن تقدير هذه الوقائع والقرائن من اطلاقات محكمة الموضوع<sup>(1)</sup>، وهذا التقدير محكوم في حالة تخلف النشر والإعلان للقرار الإداري، بسلوك صاحب الشأن وما يؤكد علمه بالقرار الصادر في مواجهته، والذي حددت له المحكمة العليا الليبية (دائرة القضاء الإداري) عدة شروط ترتكز على أن علم صاحب الشأن يتحقق بأي وسيلة من الوسائل القانونية أو اليقينية<sup>(2)</sup>.

وبذلك العلم اليقيني قاعدة قانونية مستقرة في منهجية القضاء الإداري الليبي<sup>(3)</sup>؛ باعتبار أنها تقوم مقام النشر والإعلان كشرط لسريان قبول دعوى الطعن في القرار الإداري ذلك المنصوص عليه بنص المادة 8 من القانون رقم 88 لسنة 1971م<sup>(4)</sup>، وبذلك التحري عن علم صاحب الشأن يقيناً بالقرار يعدُّ قرينة على الإعلان والنشر.

ونناقش هذه المسألة من حيث أن مبدأ العلم اليقيني قرينة على علم من صدر القرار في مواجهته بهذا القرار يستقي أحكامه من إجراءات الطعن في القرارات الإدارية أمام محاكم القضاء الإداري الليبي؛ باعتبار أن الطعن في القرارات الإدارية يخضع لحد زمني كما ذكرنا اعلاه حتى يقبل القاضي الإداري الطعن؛ غير أنه هناك بعض الاستثناءات ترد على سريان هذه القاعدة من بينها علم صاحب الشأن بالقرار الإداري الذي وضع القانون 88 لسنة 1971م آلية لتحقيقه تقررت في النشر والإعلان كقاعدة عامة لسريان ميعاد الطعن فيه أمام القضاء الإداري؛ غير أن القاضي الإداري صاغ مبدأً تفسيريًا لهذا النص<sup>(5)</sup> هو علم صاحب الشأن بالقرار الإداري علمًا يقينًا نافيًا للجهالة بالبحث في كافة الوسائل القانونية والواقعية الدالة عليه وقد قضت المحكمة العليا في هذا الشأن أن هذه القرينة لا تقوم على الاستنتاج والافتراض، "وخطاب مدير إدارة الرقابة على المصارف والنقد إلى الطاعن تاريخ تحرير هذا الخطاب لا يكشف عن وسيلة وتاريخ اتصال علم الطاعن به وأثر هذه الوسيلة على كفاية العلم بالقرار المطعون فيه"؛ كما قررت المحكمة أيضًا أن " مجرد حيازة الطاعن لصورة من ذلك الخطاب ليس قرينة على حصول لإعلان أو العلم اليقيني بالقرار المطعون فيه"<sup>(6)</sup>.

- 1 - ولا يقبل الجدل فيه أمام المحكمة العليا متى كان ما استخلصته سائقًا له أصل ثابت بالأوراق " طعن إداري رقم 56/52 ق الصادر بتاريخ 2011/1/23م، مجموعة أحكام المحكمة العليا - ص72
- 2 - طعن إداري رقم 56/42 ق الصادر بتاريخ 2011 /1/2م (سبق الإشارة إليه)
- 3 - يتأكد ذلك بما جاء عن المحكمة العليا الليبية (دائرة القضاء الإداري) في الطعن الإداري رقم 55/167 ق الصادر بتاريخ 2008/5/25 من حيث أنه "استقر حكم المحكمة العليا على أن العلم اليقيني بالقرار من طرف صاحب الشأن يقوم مقام النشر والإعلان وتسري به مواعيد الطعن". مجموعة أحكام المحكمة العليا (2008)، ص437.
- 4 - جرى قضاء هذه المحكمة على أن الطعن في القرارات الإدارية النهائية سواء بطلب الغائه أو بوقف تنفيذه يجب أن يكون خلال ستون يوما من علم صاحب الشأن به. طعن إداري رقم 56 /42 ق الصادر بتاريخ 2011/1/2م. مجموعة أحكام المحكمة العليا - ص39.
- 5 - " أن عبء إثبات اعلان القرار الإداري الذي يبدأ به ميعاد الطعن بالإلغاء يقع على جهة الإدارة وتقبل في هذه الخصوصية كل وسيلة تؤدي إلى اثبات حصوله وللمحكمة القضاء الإداري في سبيل اعمال رقابتها القانونية التحقق من قيام الإعلان وتقدير الأثر الذي يمكن أن يترتب عليه من خفاء أو عدم كفاية لعلم بمضمون القرار" طعن إداري رقم 52/92 ق الصادر بتاريخ 2007/2/11. مجلة المحكمة العليا، السنة الثانية والأربعون- ص147.
- 6 - طعن إداري رقم 52/92 ق (السابق الإشارة)

أخيراً بحكم التعريف لا تنطبق قاعدة العلم اليقيني كقيد على سريان ميعاد الطعن في القرار الإداري إلا أن يكون الشخص المعني صاحب الشأن على علم تام به؛ حتى توصف الإجراءات المتخذة في مواجهته أمام القضاء الإداري بالمشروعية<sup>1</sup>؛ فمن القرائن الدالة على علم صاحب الشأن ما قضت به المحكمة العليا (دائرة القضاء الإداري) من شواهد وأمارات تقوم مقام النشر والإعلان؛ تلك التي تتحقق في أحد الحالتين هما: قيام الإدارة بتنفيذ القرار في مواجهة المعني، أو ما دلت عليه مجريات الأمور بأن صاحب الشأن على علم يقيني به.

## الخاتمة

من خلال العرض السابق تحقق لنا فهم أفضل لماهية القرائن القضائية، ودور القضاء الإداري الليبي في صياغتها بما يؤكد أنها قاعدة من قواعد الأثبات في تسوية النزاعات الإدارية في أحكامه؛ وفقاً لذلك توصلنا في هذا الشأن إلى عدة نتائج مرفقة ببعض التوصيات؛ وذلك على النحو التالي:

### أولاً/ النتائج:

- المصلحة العامة خاصة ملازمة لكافة أعمال الإدارة لتوصف بالمشروعية؛ وهو مبدأ لم تتم صياغته في أي قانون ولكنه مع ذلك يُعدُّ أساس القانون الإداري.
- تتحدد صياغة العدالة في إطار التحقيق والحكم من خلال مجموعة من المبادئ والإجراءات والقواعد بهدف ضمان احترام ضرورة الأثبات في القضاء الإداري.
- يعتمد البحث عن الأدلة وتقييمها في القضاء الإداري على تقييم المستندات والوثائق والردود الواردة في مذكرات الدفاع.
- استنباط الدليل غالباً ما يكون تتابعاً لعمل القاضي الإداري؛ لكي يقتنع باعتماد هذا المعنى أو ذاك لغرض بيان علاقة الدليل المستنبط بأطراف النزاع.
- تطبيق مبدأ الخصومة في دعوى الإلغاء محمي بعدة إجراءات منها؛ تحقق المصلحة الشخصية المباشرة، ومواعيد الطعن في القرارات الإدارية.

### ثانياً / التوصيات:

- أن الأوان للتدخل التشريعي في ليبيا بقصد تحديد الإجراءات التي يتبعها القاضي الإداري في هذا الشأن لما يحققه ذلك من ضمانات للمساواة بين المتقاضين.
- يقع على عاتق الدائرة مجتمعة بالمحكمة العليا بالنظر إلى النقص التشريعي صياغة إجراءات التقاضي الإداري في إطار ضمان التوازن بين الإدارة وخصومها، والطعن في الأدلة أمام محاكم القاضي الإداري.

<sup>1</sup> قضت محكمة استئناف بنغازي في الدعوى الإدارية رقم 34/190 بتاريخ 2008/4/29 بأنه " لا يوجد في الأوراق ما يفيد إعلان القرار المطعون فيه أو علم الطاعنة بمضمونه وفحواه علماً يقينياً في تاريخ معين"- حكم غير منشور .

- تنمية قدرات قضاة القضاء الإداري في بلادنا من خلال الدورات التدريبية بالداخل والخارج، لغرض معرفة كيفية استنباط قرائن قضائية من شواهد وأدلة وأمارات تتلاءم مع ما يطرأ في العمل الإداري من تطورات للتكنولوجيا أثرًا فيها.

## المراجع

## اللغة العربية:

- سليمان الطماوي، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء). القاهرة: دار الفكر العربي، 1976 .
- شحات ضيف الديجاوي، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة العليا في أربعين عامًا (القضاء الإداري والدستوري)، ج2.
- شحات ضيف الديجاوي مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة العليا في أربعين عامًا (القضاء الإداري والدستوري) المجموعة الثالثة.
- طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة للقانون، القاهرة، مكتبة القاهرة الحديثة - 1973.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة سنة 2022 م .
- عبد الناصر علي عثمان، استقلال القضاء الإداري. القاهرة: دار النهضة العربية، 2007 .
- فضل آدم فضل المسيري، قانون المرافعات الليبي (التنظيم القضائي والخصومة القضائية). القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1: 2011.
- فؤاد محمد موسى، نظرية الانحراف في استعمال الإجراء الإداري، رسالة دكتوراه (كلية الحقوق، جامعة أسيوط)، 1995م.
- محمد علي عطا الله، الإثبات بالقرائن في القانون الإداري والشريعة الإسلامية. دار الفكر الجامعي، طبعة 2013.
- نعيمة عمر الغزير، الرقابة القضائية على ملاءمة العقوبات التأديبية وأثرها على ضمانات حقوق الموظفين. الهيئة الليبية للبحث العلمي، الطبعة الأولى، 2015.

## اللغة الأجنبية:

- YU Lingyun, Judicial review on abuse of power by administrative authorities (Preferences and issues of the court hearings in cases), RESEARCH ARTICLE, SciencesPO, Front. Law China 2009, 4(1).
- John Bell , Administrative Law, Published: March 2008.  
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199541393.003.0007>

- Georges Langrod, The French Council of State: Its Role in The Formulation and Implementation of Administrative Law. American Political Science Association, Vol. 49, No. 3 (Sep., 1955).

#### الأحكام القضائية:

- مجلة المحكمة العليا س 13: ع4، المكتب الفني.
- مجلة محكمة العليا، س19: ع4، المكتب الفني.
- مجلة المحكمة العليا س24: ع3،4، المكتب الفني
- مجموعة أحكام المحكمة العليا القضاء المدني ج1 لسنة 2004، المكتب الفني
- مجموعة أحكام المحكمة العليا (القضاء الإداري ج1)، 2007، المكتب الفني.
- مجموعة أحكام المحكمة العليا (القضاء الإداري) ج1، 2008،
- مجموعة أحكام المحكمة العليا، السنة الثانية والأربعون، المكتب الفني.
- مجلة المحكمة العليا السنة الخامسة والأربعون، المكتب الفني.
- مجلة المحكمة العليا، السنة السابعة والأربعون، العدد الثالث والرابع-، المكتب الفني.
- مجلة المحكمة العليا، السنة الثامنة والأربعون، المكتب الفني
- مجموعة أحكام القضاء الإداري - السنة التاسعة والأربعون، المكتب الفني.

#### المجلات العلمية:

- كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي ( مجموعة من المؤلفين)، العدد الثاني عشر. الرابط: <https://al-maktaba.org/book/>
- عبد العزيز خنفوسي، القرائن كدليل للأثبات في المسائل الجنائية (مقال منشور على موقع العلوم القانونية الإلكتروني، "MarocDroit" الرابط: <https://www.marocdroit.com/>

#### الروابط على شبكة الانترنت:

- <https://www.almaany.com>
- <https://doi.org>
- <https://al-maktaba.org/book/>

## القروض العامة وعلاقتها بأعمال السيادة

الأستاذة / آمال جمعة نصير

عضو هيئة تدريس بكلية الاقتصاد/ جامعة الزاوية

### المقدمة

القرض هو أحد الإيرادات المالية التي ترفد الخزينة العامة للدولة، وهو يساهم مع غيره من الإيرادات سواء الضريبية أو غير الضريبية في تغطية النفقات العامة بما يحقق النفع العام للمجتمع أفراد أو مؤسسات. فالدولة قد تضطرها الظروف إلى الاقتراض من دولة أو مؤسسات نقدية وربما الأفراد سواء من داخل أو خارج الدولة وهو ما أطلق عليه مصطلح القروض العامة وتقسم القروض العامة من حيث المبدأ إلى قروض وطنية وقروض دولية، وينقضي الالتزام الواقع على عاتق الدولة جرائها بوسائل مختلفة أهمها الوفاء بسداد القرض.

### أهمية البحث:

يمكن القول بأن أهمية الدراسة تتجلى في تعاضم دور القروض العامة التي تعد الألية القانونية التي يمكن للدولة أن تلجأ إليها للحصول على الموارد المالية لتغطية الخزينة العامة بالأموال ولذلك فقد شهدت هذه القروض تنوعاً ملحوظاً في أشكالها مع التعدد في طرق سدادها.

إلا أنه قد تواجهنا بعض الصعوبات في هذه القروض إلا وهي إصباغ الشكل القانوني لعقود القروض العامة، وبعبارة أخرى إن هذه القروض أصبحت مركبة ومعقدة فمن الصعوبة على قاضي النزاع تحديد الوصف القانوني الصحيح لعقد القرض العام لكي يحدد في النهاية القانون الواجب التطبيق.

### مشكلة البحث:

يتعلق القرض العام بالشؤون العامة للدولة وهي من الأمور الوثيقة الصلة بالسياسة العليا للحكومة والدولة بصفة عامة. كل هذا دفع بالفقه إلى طرح التساؤل حول طبيعة هذه القروض وما إذا كان بالإمكان الطعن فيها أمام القضاء؟

### صعوبات البحث:

تتمثل هذه الصعوبات فيما يلي:

1. ندرة الدراسات القانونية المتخصصة التي تناولت موضوع القروض العامة بوجه عام، والعلاقة بينها وبين السيادة العامة بوجه خاص.
2. صعوبة رصد أحكام القضاء في مجال منازعات القروض العامة.

## أهداف البحث.

يسعى الباحث إلى محاولة بلوغ الأهداف التالية:

1. إلقاء الضوء على مفهوم القروض العامة
2. إدراك الشكل القانوني للقروض العامة ومعرفة الاتجاهات الفقهية المختلفة في هذا الشأن.
3. تحديد مدى دور القضاء في الرقابة على القروض العامة.

## خطة البحث:

**المبحث الأول: ماهية القرض العام.**

المطلب الأول: مفهوم القرض العام وأنواعه.

المطلب الثاني: انقضاء القرض العام.

**المبحث الثاني: علاقة القروض العامة بأعمال السيادة.**

المطلب الأول: علاقة القرض العام الداخلي بأعمال السيادة.

المطلب الثاني: علاقة القرض العام الخارجي بأعمال السيادة.

## المبحث الأول

## ماهية القروض العامة

القرض هو أحد الإيرادات المالية التي ترفد الخزينة العامة للدولة، وهو يساهم مع غيره من الإيرادات سواء الضريبية أو غير الضريبية في تغطية النفقات العامة بما يحقق النفع العام للمجتمع.

ومن ينظر على التطور التاريخي لهذا المورد يلاحظ أن الأهمية اختلفت بين زمن وآخر نظراً لعدد من الاعتبارات. ففي العصور الوسطى كان الملوك والسلاطين يأخذون القرض من التجار بهدف مواجهة الأزمات مثل الحروب، أما في العصر الحديث فقد تزايدت أهمية القرض نظراً لتغير دور الدولة وتدخلها في الحياة الاقتصادية.

وفي هذا السياق سنحاول أن نلقي الضوء على مفهوم القرض العام وأنواعه في المطلب الأول ثم أساليب انقضاء القرض في المطلب الثاني.

**المطلب الأول: مفهوم القروض العامة وأنواعها.**

إن الدراسة العلمية للقروض العامة في إطارها النظري يجب أن تبدأ بتعريف القرض وتمييزه عن غيره من المتشابهات ومن ثم نستعرض أنواعه وذلك في الفرعين التاليين:

## الفرع الأول: تعريف القرض العام والتمييز بين القرض العام وغيره من المشابهات.

## أولاً: تعريف القرض العام

يستعمل لفظ القرض في لغة العرب بمعنى القطع، ومنه يقال اقترضته وسمي المال المدفوع للمقترض قرضاً ويسمى أيضاً السلف. (1)

أما في اصطلاح الفقهاء، فيكاد يُجمع الفقه المالي في ظل غياب تعريف تشريعي للقرض العام على تعاريف متشابهة، فقد عرّفه البعض على أنه مبلغ من المال تستدينه الدولة من المقرضين لفترة محددة أو غير محددة تستعين بحصيلته في تغطية بعض أنواع النفقات. (2)

كما عرفه آخرون على أنه مبلغ من المال تحصل عليه الدولة من الأفراد أو المصارف أو غيرها من المؤسسات المالية المحلية أو الدولية مع التعهد برد المبلغ المقترض مع الفوائد المترتبة عليه في التاريخ المحدد لتسديد وفقاً لشروط العقد. (3)

## ثانياً: التمييز بين القرض العام وغيره من المشابهات (4)

يتطلب تحديد المفهوم القانوني للقرض العام بصورة واضحة تميزها عن بعض المفاهيم المالية الأخرى التي قد تتشابه معه وأبرزها: الضريبة والدين العام.

1. التمييز بين القرض العام والضريبة: يقصد بالضريبة بأنها مبلغ من النقود يفرض ويجبي جبراً من الممول طبقاً لمبدأ التضامن الاجتماعي ويقوم بدفعه وفقاً لمقدرته التكاليفية ومساهمة منه في الأعباء العامة بغض النظر عن المنافع الخاصة التي تعود عليه وتستخدم حصيلة الضريبة في تغطية النفقات العامة للدولة وتحقيق أهداف السياسة المالية للدولة (5)

وتتشابه الضريبة مع القرض العام في بعض الجوانب، ولكنها تختلف عنه في عدة نواح نبينها فيما يلي:

أ- التشابه: كلاهما مبلغ نقدي وهما مورد عام يستخدم حصيلته في تغطية النفقات العامة للدولة، ويتحمل

عبء كل من الضريبة والقرض العام الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين

ب- الاختلاف: تفرض الضريبة جبراً أي تجبي من الأفراد على سبيل الجبر أو الإلزام، بينما القرض العام يتم

بإرادة الطرفين المتعاقدين غالباً. وهذا يضيف عليه صفة الاختيار، كما أن الضريبة يدفعها المكلفون بصفة

نهائية لا رجعة فيها، بينما القرض فيترتب عليه التزام يقضي برد القرض والفوائد المستحقة عنه.

1 - محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، ج 1، بيروت، 1967م، ص: 530.

2 - حامد عبد المجيد دراز، المرسى سيد حجازي، مبادئ المالية العامة، الدار الجامعة، 2004م، ص: 258.

3 - طارق الجمال، المالية العامة، دار صفاء للنشر والتوزيع عمان، طبعة 1999 م، ص: 104.

4 - ربهام خالد إبراهيم البطراوي، القواعد المنظمة للقروض العامة في فلسطين ((دراسة داخلية مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية غزة، 2017م، ص: 23 وما بعدها.

5 - زكريا محمد بيومي، مبادئ المالية العامة، الولاء للطبع والتوزيع 1998م، ص: 222.

2. التمييز بين القرض والدين عام: يقصد بالدين العام هو التزام من قبل الدولة تجاه الغير نتيجة قيام هذا الأخير بمهام محددة فالمرتبات والأجور التي يستحقها الأفراد تعد دين عام في ذمة الدولة إلى حين سدادها ويتشابه الدين العام مع القرض العام في نواحي محددة، إلا أنه يختلف معه في عدة نواحي نبيها فيما يلي:

أ- التشابه: كلاهما مبلغ نقدي يؤديان من قبل الدولة إلى مستحقيها ويشكل كل منها عبء على خزانة الدولة واجب السداد.

ب- الاختلاف: يمثل القرض مورد عام من موارد الدولة تستخدم حصيلته في تغطية نفقات الدولة، بينما الدين العام يشكل التزام يقع على الدولة مقابل الخدمات التي قدمت إليها من الأشخاص سواء كانوا طبيعيين أو اعتباريين.

### الفرع الثاني: أنواع القروض العامة.

تحدد أنواع القروض العامة في كل دولة حسب التشريعات المطبقة فيها خصوصاً التشريعات المالية، وإذا كان القرض بمفهومه السالف الذكر هو عقد دين تستلف بموجبه الدولة مبالغ من النقود من الأفراد أو المصارف أو الهيئات المحلية أو الدولية، مع التعهد بوفاء القرض وفوائده للدائنين في التاريخ المحدد للتسديد وفقاً لشروط العقد<sup>(1)</sup>، فإن أنواعه وأشكاله قد تتنوع تبعاً لعدة اعتبارات من أهمها الجهة التي يؤخذ منها القرض، ومدة القرض، ومدى إجبارية واختيارية القرض، وسوف نتناولها تفصيلاً على النحو الآتي:

#### أولاً: أنواع القروض بالنظر للجهة التي يؤخذ منها القرض.

وفق لهذا الاعتبار قد تكون القروض العامة داخلية كالقرض العام التي تحصل عليه الدولة من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين المقيمين في إقليمها بغض النظر عن جنسياتهم سواء أكانوا مواطنين أو أجانب. أما القروض الخارجية فهي قروض تحصل عليها الدولة من الحكومات الأجنبية أو من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين الموجودين خارج إقليم الدولة أو التي تحصل عليها الدولة من الهيئات الدولية كالصندوق النقد الدولي أو البنك الدولي للتنمية والتعمير وغيرها.

#### ثانياً: أنواع القروض بالنظر إلى مدة القرض العام.

تتسع القروض وفق هذا الاعتبار باختلاف الأجل أو المدة المحددة لسداد قيمة القرض فهناك ما يسمى بالقروض العمرية وهي القروض التي يرتبط سدادها بعمر المقرض، وينتهي أجلها بوفاته فعندما يتوفى المقرض يسقط عن الدولة التزامها نحوه، كما قد تكون القروض مؤبدة لا تحدد الدولة تاريخاً معيناً لردّها، ولكنها تلتزم بدفع الفوائد المستحقة عنها فالمقرض لا يستطيع المطالبة بأصل القرض ولكن يكون له الحق في الفائدة المترتبة عنه. ويمكن أيضاً أن يمنح القرض لأجل وهذا النوع تلجأ إليه الدولة لمواجهة حالات مؤقتة وطارئة، وبهذا ينتهي القرض بانتهاء المدة المحدد له.

1 - خالد شحادة الخطيب، أحمد زهير شامية، أسس المالية العامة، دار وائر للنشر، الطبعة الثانية 2005، ص: 236

ثالثاً: أنواع القروض بالنظر إلى المعيار الإداري.

فالأصل في القروض العامة هو الاختيار وهذا العنصر هو الذي يميز الضريبة عن القرض، فالدولة تحصل على ما تحتاج إليه من إيرادات بواسطة القروض العامة دون استخدام سلطتها في الإيجار، إلا أن هذا الأصل يرد عليه بعض الاستثناءات فقد تفرض الدولة على رعاياها عقد القرض بصورة إجبارية، وعادةً ما تلجأ الدولة لمثل هذا النوع من القروض في فترة الأزمات كحالة الحرب أو الظروف الطارئة.

## المطلب الثاني

### انقضاء عقد القرض العام<sup>(1)</sup>

نظراً لخطورة عقد القروض العامة فهو يشكل عبء على الدولة عليها التخلص منه، لذلك حرصت الأنظمة المالية المختلفة إلى تحديد الأساليب التي عن طريقها تستطيع الدولة التخلص من عبء القرض العام. فانقضاء القرض العام يقصد به حلول أجلها وقيام الحكومة بسدادها والتخلص من العبء الذي يتمثل بأصل مبلغ القرض وفوائده.

وتلجأ الدولة في سبيل إنهاء القرض العام إلى إحدى الأسلوبين: -

1. النهاية الطبيعية للقروض العامة

2. النهاية غير طبيعية للقروض العامة

#### الفرع الأول: النهاية الطبيعية للقروض العامة.

ينتهي القرض العام نهاية طبيعية مهما طال مدته في الحالات التالية: -

1. الوفاء بالقرض: أي تسديد قيمة القرض العام مع الفوائد في دفعة واحدة وفي الوقت المحدد للوفاء بقيمة القرض من قبل الطرف المقترض، وهذا الأسلوب يعتبر هو الحالة الطبيعية لانقضاء الالتزامات المترتبة على القروض العامة.

إن قيام الدولة بتسديد ديونها من القرض في الوقت المحدد للسداد، يدعم المركز المالي والاقتصادي والسياسي للدولة ويشجع المقرض سواء كان من الأفراد أو المؤسسات أو الدول على الاكتتاب في قروضها في المستقبل.

2. استهلاك القرض العام: يقصد بالاستهلاك قيام الدولة بدفع قيمة القرض على دفعات خاصة عندما تتوفر لديها الأموال، الأمر الذي يترتب عليه التخفيف من العبء المالي على الدولة، ويخلصها تدريجياً من القرض بدلاً من سداد دفعة واحدة، وهذه الطريقة تعتبر الأكثر شيوعاً إذ تعطي للدولة الحق في تقسيط قيمة القرض إلى أجزاء تدفع على فترات إلى أن يتم استهلاك أصل القرض.

1 - خالد شحادة الخطيب، أحمد زهير شامية، مرجع سابق، ص: 252 وما بعدها.

إلا أنه على الدولة في حالة قيامها بتسديد قروضها محدد المدة عن طريق الاستهلاك أن ترعى الموعد المحدد للسداد بحيث لا تزيد مدة الاستهلاك للقرض عن الموعد المتفق عليه.

### الفرع الأول: النهاية غير الطبيعية للقروض العامة

قد لا ينتهي القرض نهاية طبيعية كما ذكرنا بحيث تسدد الدولة قيمة القرض مع الفائدة، بل قد ينتهي نهاية غير طبيعية تتم وفق الأساليب التالية:

#### 1. تسديد القرض بأسلوب التثبيت:

يقصد به قيام الدولة عند عدم قدرتها على تسديد التزاماتها المتعلقة بأصل القرض والفوائد المترتبة عليه، بتحويل القرض قصير الأجل إلى قرض طويل الأجل.

فتثبيت القرض يعني به عدم دفع الدولة للقرض في المدة أو الموعد المحدد للدفع وتأجيل الدفع إلى موعد لاحق يتفق عليه الأطراف المكتتبين في عقد القرض على أن يتغير سعر الفائدة بالزيادة.<sup>(1)</sup>

وهذا الأسلوب لتسديد القروض العامة يعد من الأساليب النادرة التي لا تلجأ إليه الدولة إلا في حالات قليلة.

#### 2. تبديل القرض العام.

يقصد به قيام الدولة المكتتبه بالقرض بإحلال دين جديد بفائدة أقل محل الدين القديم بفائدة أكبر، فمثلاً إذا كانت الدولة المقترضة تدفع سنوياً فائدة قيمتها 5% ثم انخفض سعر الفائدة في السوق إلى 4%، فتقوم الدولة بسداد القرض الأول من فرق مبلغ الفائدة المدفوع في القرض القديم.

فالهدف من تبديل القرض هو التخفيف على الدولة من الفوائد التي تدفعها على القرض القائم أي بمعنى التغيير في الشروط الخاص المتعلقة بالفوائد بعد مدة من إبرامه.<sup>(2)</sup>

#### 3. إنكار القرض العام:

قد يحدث أن تعلن الدولة عدم الوفاء بقيمة القرض وقيمة فوائده وهو ما يسمى ((بإفلاس الدولة)) وغالباً ما يتم ذلك في حال تبدل الحكومات، مثلما حدث مع الإتحاد السوفيتي السابق عندما أعلننا لينين عدم اعتراف الإتحاد السوفيتي بديون روسيا القيصرية، وكما فعلت الأرجنتين والبرازيل تجاه المقرضين، وما يحصل حالياً في العراق عندما طلبت الحكومة العراقية بعد سقوط النظام من الدول المقرضة إسقاط الديون التي ترتبت على القروض التي عقدها النظام السابق<sup>(3)</sup>.

1 - د. محمد جمال ذنبيات، المالية العامة والتشريع المالي، الطبعة الأولى، الدار العالمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003م، ص: 231

2 - د. منصور ميلاد يونس، مبادئ المالية العامة، الجامعة المفتوحة، 1997م، ص: 96

3 - ربهام خالد إبراهيم البطراوي، القواعد المنظمة للقروض العامة في فلسطين، مرجع سابق، ص: 124.

## المبحث الثاني

## علاقة القروض العامة بأعمال السيادة

إن أعمال السيادة أو أعمال الحكومة هي طائفة من الأعمال التي تباشرها سلطة الحكم في الدولة من أجل الحفاظ على كيان الدولة من أرض وشعب وسلطة بمواجهة أخطار خارجية أو مواجهات داخلية عامة، كتنظيم سلطات الدولة وتحديد نظام الحكم، والعلاقة بين السلطات.... إلخ.<sup>(1)</sup>

إن كل قرار إداري نهائي يصدر عن السلطة التنفيذية الأصل فيه الخضوع لرقابة القضاء إعمالاً بمبدأ الشرعية وسيادة القانون، إلا أنه يستثنى من هذا الأصل بعض القرارات التي تتصل بسيادة الدولة الداخلية والخارجية لأنها لا تقبل بطبيعتها أن تكون محلاً لخصومة قضائية ومن ثم تخرج عن ولاية القضاء.

ورغم أن الكثير من شؤون الدولة تكون محل نزاع جدي بين أجهزة الحكم وسلطات الدولة إلا أنها كثيراً ما تأخذ طابعاً سياسياً مبتعدة عن دوائر القضاء لأسباب تتعلق بحساسية مثل هذه النزاعات.

ففي غالب الأحيان يتسم نشاط الدولة بالسرية والتحفظ، وبالتالي تبقى مثل هذه التصرفات والأعمال الناشئة عنها بعيدة عن رقابة القضاء.

إلا أن وضع معياراً فاصلاً للتفرقة بين ما يعتبر عملاً سيادياً أم لا اختلف فيه الفقه وكذلك القضاء، وذلك بحسب التفصيل التالي: <sup>(2)</sup>

1. معيار الباعث السياسي: يعد طبقاً لهذا المعيار عمل سيادي كل عمل يصدر من السلطة التنفيذية يكون الغرض منه حماية الجماعة في ذاتها أو حماية الحكومة ضد أعدائها في الداخل والخارج. إلا أن هذا المعيار تم التخلي عنه بسبب التوسع في نطاق أعمال السيادة حيث يؤكل أمر تحديد أعمال السيادة للسلطة التنفيذية فتستطيع أن تمنع القضاء من مراقبة ما يصدر عنها من أعمال.
2. معيار طبيعة العمل الذاتية: ينظر هذا المعيار الى طبيعة العمل ذاته دون النظر إلى الغرض منه أو الباعث عليه، ذلك لأن السلطة التنفيذية تقوم بوظيفتين وظيفية حكومية ووظيفة إدارية، ويؤخذ على هذا المعيار أنه معيار غامض ويؤدي بنا للعودة الى معيار الباعث السياسي لتحديد وظائف الدولة. ولا شك أن التفرقة بين العمل السيادي والعمل الإداري ليست تفرقة نظرية، فحسب بل لا بد من معرفة الأسس التي بنيت عليه هذه التفرقة من ثم إخضاع القرض العام لرقابة القضاء أو عدم إخضاعه، وذلك حسب التفصيل التالي:

1 - د. محمد واصل، أمال السيادة والاختصاص القضائي، مقال منشور مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد الأول العدد الثاني، سنة 2006، ص: 136

2 - د. سليمان الطماوي، (القضاء الإداري) الجزء الأول قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1979م، ص: 367 وما بعدها.

### المطلب الأول: علاقة القرض العام الداخلي بأعمال السيادة.

أشرنا سابقاً أن القرض الداخلي هو الذي يقوم بالاكتتاب به أشخاص طبيعياً أو اعتباريون يقطنون داخل الدولة المقترضة بغض النظر عن جنسيتهم أو من مواطنين موجودين خارج إقليم الدولة. وهذه القروض قد تكون اختيارية وقد تكون إجبارية لا يترك للأفراد حرية الاكتتاب في سنداته وإنما يجبرون عليها. ولمعرفة العلاقة ما بين القرض العام الداخلي وأعمال السيادة لابد لنا من معرفة الشكل القانوني للقرض الداخلي ومنه نتعرف على طبيعة هذه العلاقة.

#### الفرع الأول: الشكل القانوني للقروض الداخلية.

عرف بعض الكتاب بأن القرض عبارة عن (مبلغ من المال تستدينه الدولة بعقد يستند الي صك تشريعي ويتضمن مقابل الوفاء) (1)

يشير التعريف إلى أن القرض العام يتم بموجب عقد بين طرفين الدولة تكون فيه الطرف المقترض، إلا ان الفقهاء اختلفوا في تحديد طبيعة هذا العقد وبالتالي تحديد طبيعة القرض نفسه، عليه لابد من تحديد نوع هذا العقد وهي عملية تحتاج الى معايير قانونية وقضائية لإصباح الوصف القانوني الصحيح للعقد.

فالدولة بحسب الأصل تبرم عقود إدارية تخضع لأحكام القانون الإداري، بالإضافة إلى هذا الأصل العام قد تبرم الدولة عقود مدنية خاصة وهذه العقود المدنية أو الخاصة للإدارة لا تعتبر عقود إدارية بالمعنى الدقيق ولا ينطبق عليها كأصل عام النظام القانوني للعقود الإدارية وإنما ينطبق عليها القانون المدني.

هذا ويضاف نوع آخر من العقود ذات الطبيعة الخاصة يرى جانب من الفقهاء فيها أنها أساس العلاقة بين أطراف القرض وهو ما يطلق عليه بعقد الإذعان

إذاً السؤال الذي يطرح هنا إلى أي من هذه العقود ينتمي عقد القرض العام؟ وما هو الأساس الذي يحكم العلاقة بين أطراف القرض العام؟

#### أولاً: القرض الداخلي عقد إداري:

يمكن تعريف العقد الإداري (هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك يتضمن العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص). (2)

فالعقد الإداري ينحصر في ثلاثة أركان هي:

1. أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً من أشخاص القانون العام
2. أن يتعلق العقد بإدارة مرفق عام

1 - د. عصام بشور، المالية العام والتشريع المالي، الطبعة 7، دمشق مطبعة جامعة دمشق، 1966، ص: 349

2 - بلال أمين زين الدين، الاصلاح الإداري في مصر والدول النامية، دار الفكر العربي، سنة 2012، ص: 465

3. أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص لهذا نخلص الى القول بأن عقد القرض العام لكي يعتبر من العقود الإدارية لا بد أن تتوفر فيه الأركان المذكورة في العقد الإداري، وبالتالي لا بد أن تتوفر في عقد القرض العام الشروط الآتية:
1. وجود الإدارة العامة كأحد أطراف القرض العام بحيث يكون الطرف المقترض من أشخاص القانون العام سواء كانت الدولة أو أحد مرافقها العامة.
  2. ارتباط عقد القرض العام بالمرافق العام وذلك لغرض تحقيق النفع العام وإشباع حاجات المجتمع.
  3. إتباع وسائل القانون العام في إبرام القرض العام، بأن يتضمن العقد لشروط استثنائية غير مألوفة في العقود الخاصة.

وهذا الرأي ذهب إليه أغلب المفكرين من بينهم جيزوتر وتابلس اللذان أكدوا الخاصية التعاقدية لعقد القرض العام ويذهبان في تحديد الطبيعة القانونية إلى القول بأنه عقد إداري<sup>(1)</sup> وإن كان هذا الرأي هو الأقرب إلى الصواب، إلا أنه لا يمكن الأخذ به على إطلاقه فهناك العقود الإجبارية التي تفرضها الدولة على رعاياها، كما قد تلجأ الدولة إلى إبرام عقود قائمة على التراضي بينها وبين الطرف المقرض.

**ثانياً: القرض الداخلي عقد مدني.**

يعتبر العقد المدني هو أحد مصادر الالتزام وهو توافق بين إرادتين لإحداث آثار قانونية يترتب عليها حقوق والتزامات بحيث ينشأ العقد ويترتب آثار بمجرد توافر الأركان التالية:

1. التراضي بحيث يتم الرضا والتعبير عن الإرادة تعبيراً سليماً لجميع المتعاقدين.
2. المحل لا بد أن يكون موجوداً وممكن القيام به وأن يكون المحل معين أو قابل للتعين بالإضافة أن يكون المحل مشروعاً.

3. السبب هو شرط من شروط صحة العقد وينبغي أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباح.

ويبنى على ما تقدم إن عقد القرض العام إذا ما تم وفقاً للأركان سالفة الذكر، ولم يتضمن على شروط استثنائية غير مألوفة أو إمكانية تعديل شروط العقد دون موافقة الطرف المقرض فهو عقد مدني. فاتصال القرض العام بأحد المرافق العامة ليس كافياً لاكتساب العقد الصبغة الإدارية بل لا بد أن تنصرف نية الإدارة المقترضة لإتباع أسلوب القانون العام عند إبرام العقد وتنفيذه.

### ثالثاً: القرض الداخلي عقد اذعان:

عقد الإذعان هو العقد الذي يقبل فيه الطرفين كامل شروط وبنود العقد دون أن يكون له الحق في تعديلها وليس له إلا الخضوع الكامل لإرادة الإدارة العامة. ولا ريب أن الإدارة تملك الكلمة العليا والقرار السيد في تنظيم المالية العامة دون معقب على قرارها، لاسيما منها ما يتعلق ببعض أنواع القروض العامة، كالقروض الإجبارية وهو ما دفع ببعض الاتجاهات

1 - مريم عثمانية، لطفي أبوسحلة، النظام القانوني لعقد القرض العام، مركز الدراسات العلمية، الطبعة الأولى، 2016، ص: 189

الفقهية الى القول بأن القرض العام ما هو إلا عقد من عقود الإذعان، الا أن هذا الرأي وإن أمكن الاخذ به في مسألة العقود الإجبارية الا انه لا يصح فيما يخص العقود الاختيارية فهو يؤدي الي اهدار إرادة الطرف المقرض، وبالتالي لا يمنح للمقرض الحرية في إبداء وجهة نظره حول نشاطات الدولة والوسائل التي يمكن لها استخدامها في سبيل تحقيق أهدافها، وهذا يخالف اتجاهات الدولة الديمقراطية الحديثة التي تقوم على الشراكة مع المواطن في اتخاذ القرارات حيث أصبحت الشفافية والمعرفة هي الأساس للتنمية والازدهار.

### الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للقروض الداخلية.

اختلف الفقه القانوني في مدى إمكانية تطبيق نظرية إعمال السيادة على القروض العامة الداخلية وظهرت اتجاهات في هذا الشأن تمثلت في:

**الاتجاه الأول:** ذهب الرأي الأول إلي القول بأن القروض العامة بصفة عامة تعتبر من أعمال السيادة، فحسب هذا الاتجاه فقروض الدولة ليست عقداً ملزماً من الناحية القانونية، تزعم هذا الرأي الدكتور (دارجو) وزير الخارجية الأرجنتيني وايدته في ذلك (وزين) الذي قال بأن عقد القرض العام عقد مركب وهجين يحدث بين طرفين أحدهما الدولة التي تتمتع بالسيادة والسلطة وتستطيع تحديد التزاماته.<sup>(1)</sup>

وتأسيساً على هذا الرأي يترتب عدم خضوع المنازعات المتعلقة بالقروض العامة الداخلية للقضاء، غير أن هذا الاتجاه الفقهي سبب زعزعة الثقة في استقرار المعاملات بين المتعاقدين، كما أنه لا يتماشى مع التوجهات الديمقراطية للدولة الحديثة والتي تتطلب ضرورة استشارة الأطراف المتعاقدة، وأن تطلب رأيهم حول أعمالهم والتي منها عملية الاقتراض. **الاتجاه الثاني:** هو الاتجاه الغالب عند فقهاء القانون الإداري<sup>(2)</sup> والمالي<sup>(3)</sup> والذي ذهب الى القول بأن القرض العام من العقود الإدارية وذلك لتوافر أركان العقد الإداري، أي أن أحد أطرافه الإدارة العامة وأنه يتعلق بتسيير مرفق عام بالإضافة إلا أنه يتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في عقود الالتزام الخاصة، وبالتالي تخضع المنازعات التي تثار حول عقود القروض العامة لاختصاص القضاء الإداري.

إلا أن الأخذ بهذا القول على إطلاقه ليس صحيح لأنه لا يصح على القروض الداخلية الاختيارية التي تنشأ بناء على توافق إرادتين هما إرادة الإدارة المقترضة وإرادة الدائن المقرض دون قيام الإدارة بتضمين العقد شروط استثنائية غير مألوفة في إطار العقود الخاضعة للقانون الخاص.

1 - ريهام خالد إبراهيم البطراوي، القواعد المنظمة للقروض العامة في فلسطين، ص: 53 وما بعدها.

2 - د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العام للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، 1984، ص: 133.

3 - د. عبد العال الصكبان، مقدمة في علم المالية العامة والمالية العامة في العراق، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 1972، ص: 429.

## المطلب الثاني:

## علاقة القرض العام الخارجي بأعمال السيادة

كما هو معروف أن المعيار المعتمد في التفرقة بين القرض الداخلي والقرض الخارجي هو مصدر التمويل فإذا كان مصدر التمويل خارجي فالقرض كذلك يعتبر القرض خارجي، وإن كان داخلي فالقرض داخلي، وكذلك يعد القرض خارجياً إذ ما تم إصداره في الأسواق المالية خارج الدولة طالبة القرض، أما إذا كان إصداره داخل أسواق الدولة المالية فالقرض داخلي<sup>(1)</sup>

وعليه يكون القرض خارجي إذا (كان مقدّم القرض شخصاً معنوياً عاماً أو خاصاً أجنبياً عن الدولة المقترضة) أي كان مقدم هذا الطلب دولة أو مؤسسة تمويل دولي أو إقليمي مختصه أو الأفراد أو الشركات والبنوك الخاصة.

## الفرع الأول: الشكل القانوني للقرض الخارجي.

قبل أن نتكلم على الأساس المنظم لعلاقة طرفي القرض الخارجي لا بد لنا ان نتعرف على المصادر الخارجية التي يمكن للدولة أن تقترض منها والتي تصنف الى

1. القروض الحكومية وهي التي تمنح من قبل حكومة أجنبية الى حكومة أجنبية أخرى
2. القروض المتعددة الأطراف، وهي تمنح من طرف منظمات دولية الى حكومات أجنبية
3. القروض الخاصة هذه القروض تمنحها بنوك أجنبية خاصة الى حكومة ما أو الى مؤسسة عمومية.

## أولاً: العقود الخارجية " معاهدات الدولية".

عرفت المادة الثانية من اتفاقية فيينا المعاهدة بأنها: (اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر كتابة ويخضع للقانون الدولي سواء تم في وثيقة واحدة أو أكثر وأيا كانت التسمية التي تطلق عليه)<sup>(2)</sup>

يتبين لنا التعريف أن المعاهدة الدولية تتضمن بشكل اساسي العناصر التالية:

1. المعاهدة اتفاق بين أشخاص القانون الدولي.
2. هذا الاتفاق يجب أن يكون مكتوباً.
3. يخضع هذا الاتفاق الى قواعد القانون الدولي.
4. هدف الاتفاق هو إحداث آثار قانونية.

عليه تعتبر القروض التي تؤخذ من حكومات أجنبية أو من منظمات دولية بمثابة المعاهدة الدولية تخضع لأحكام القانون الدولي. مالم يوجد اتفاق بين الأطراف الي إخضاع القرض الى قانون آخر مثل قانون الدولة المقترضة حينها لا يعد القرض من المعاهدات الدولية بل هو مجرد عقد يخضع في أحكامه للقانون الداخلي.<sup>(3)</sup>

1 - د. عادل فليح العلي، المالية العامة والتشريع المالي، الدار الجامعية للطباعة والنشر جامعة الموصل، 2002، ص: 157

2 - أحمد خلف حسين الدخيل، المالية العامة من منظور قانوني، الطبعة الأولى، 2013، ص: 182 وما بعدها.

3 - م. جبار محمد مهدي، أثر خلافة الدول في القروض العامة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد الثامن، العدد الاول، 2019، ص: 217

ومما يؤكد هذا الامر ما نصت عليه لائحة القروض التي تم إقرارها في مؤتمر البنك الدولي الذي انعقد عام 1956 في القسم 7 - 1/0.

ثانياً: القروض الخارجية عقود إدارية.

من المعلوم أن مصادر التمويل التي تعتمد عليها الدولة في شكل قروض من أطراف خارجية تتعدد فمن بين هذه المصادر هناك الأشخاص الأجنبية الخاصة، والتي لا تدخل ضمن اشخاص القانون الدولي العام، ومن ثم فهذا القانون لا يسرى على القروض التي تأخذها الحكومات من مثل هؤلاء الأشخاص، ولا تعتبر الاتفاقيات المبرمة في شأن هذه القروض من المعاهدات الدولية.

إضافة الى ذلك إن هذه القروض التي نحن بصدددها لا يمكن وضعها ضمن العقود الخاصة للقانون التجاري الدولي، وذلك لأن هذا الأخير وجد ليحكم العلاقات التي تكون بين طرفين متساويين في المراكز القانونية، بينما الحصول على القروض من شخص أجنبي خاص تكون في الغالب الدولة في مركز يعلوا على الشخص الأجنبي الخاص. من هذا المنطلق ذهب مجلس الدولي الفرنسي ومعه جانب من فقهاء القانون العام الى القول بأن القرض المبرم مع أشخاص أجنبية خاصة هي عقد إداري يخضع للقانون العام يختص القضاء الإداري في الفصل في المنازعات المتعلقة به.

**الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للقروض الخارجية**

الرقابة على القروض الخارجية من المواضيع المهمة، التي تهدف الى ضمان القانون واحترامه داخلياً، وفي نفس الوقت احترام الالتزامات الدولية وتنفيذها بحسن نية. ولتحديد الطبيعة القانونية للعقود الخارجية يلزم الأمر دراستها من جانبين: الأشخاص الدولية، الأشخاص الأجنبية الخاصة.

**أولاً: الطبيعة القانونية للقروض المبرمة مع الأشخاص الدولية.**

لقد سبق أن رأينا أن القروض المبرمة مع الأشخاص الدولية لا تعدو إلا أن تكون بمثابة معاهدات دولية تخضع في أحكامها الى قواعد القانون الدولي وذلك إذا ما توافرت فيها الشروط المطلوبة لإبرام المعاهدات الدولية. وإذا كانت مسألة نفاذ المعاهدات الدولية والتي يعد القرض الخارجي نوع من أنواعها محل جدل ونقاش كبيرين في النظام القانوني الداخلي للدولة العضو، فإن الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية قبل وبعد نفاذها هي مسألة أصعب وأكثر تعقيداً وجدلاً وذلك لارتباطها الوثيق بما يسمى الأعمال السياسية أو أعمال السيادة، فالعلاقة بين المعاهدات الدولية وأعمال السيادة أو الأعمال السياسية يشوبها الكثير من الغموض، وعليه ربط الكثيرون بينهما، فالمعاهدات عندهم هي دائماً من الأعمال السيادية التي لا دخل للقضاء بها سواء القضاء الموضوعي أو القضاء الدستوري.<sup>(1)</sup>

1 - قاضي أنيس فيصل، دولة القانون ودور القاضي الإداري في تكريسها في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة منتوري، فستينبية الجزائر، 2010، ص: 206.

ثانياً: الطبيعة القانونية للقروض المبرمة مع الأشخاص الأجنبية الخاصة.

إن عقد قرض مع شخص أجنبي خاص يعتبر من الأمور المركبة والمعقدة والتي تستوجب لانعقادها خضوعها لعدة قوانين مختلفة كونها تبرم بين طرفين في دولتين مختلفتين، ويترتب على ذلك اختلاف النظام القانوني الذي يخضع له كل طرف، فيثار بالتالي السؤال حول الطبيعة القانونية لمثل هذه العقود؟

ونظراً لكون هذه القروض لا تخضع لقوانين ثابتة فعندما يتم تكييفها على أنها عقد إداري إذا ما توافرت شروطه أو عقد مدني إذا ما توافرت شروطه، فهنا يصطدم القاضي بمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق هل هو قانون البلد المقرض أم قانون البلد المقترض وهنا نرى إرجاع ذلك للاتفاق المبرم بين الطرفين ان وجد وإلا نأخذ بما هو متعارف عليه في مثل هذه المسائل دولياً.

## الخاتمة

بعد أن تناولنا بالدراسة لمفهوم القرض العام وأنواعه المختلفة وأساليب انقضائه، ثم عرجنا الى العلاقة التي قد تكون بين القرض العام والعمل السيادي وأوضحنا الآراء الفقهية المختلفة حول الشكل القانوني للقروض العامة وكذلك الطبيعة القانونية لهذه القروض فقد توصلنا الى بعض الاستنتاجات والتوصيات:

## أولاً: النتائج.

1. أن القروض العامة هي أحد موارد الدولة المالية ولها أهمية كبرى في علم المالية الحديثة لما لها من دور مهم في حصول الدولة على احتياجاتها المالية لتحقيق أهدافها العامة.
2. تقسم القروض من حيث أنواعها وصورها الى تقسيمات مختلفة باختلاف المعيار الذي يستند إليه كل تقسيم، إلا أن أغلب الكتاب لا يشيرون الى الشكل القانوني الذي تتخذه هذه القروض ولا إلى الطبيعة القانونية لها وخصوصاً الخارجية منها.
3. لقد برزت الأهمية الواقعية والفعلية لموضوع الرقابة القضائية على منازعات القروض العامة بشكل خاص في العصر الحاضر، وذلك لمعرفة مدى خضوع هذه القروض لاختصاص القضاء ام لا وهو ما يعبر عنه بأعمال السيادة.

## ثانياً: التوصيات.

1. ضرورة أن يكون سن أية أحكام تشريعية متعلقة بالقروض العامة متوافقاً مع القواعد الدستورية وأحكام التشريع المالي.
2. ضرورة تبني سياسة مالية واضحة تجاه القروض العامة وذلك بمعرفة الجهات التي يمكن للدولة الاقتراض منها ومعدلات هذه القرض مع بيان الأدوات التشريعية المناسبة للحصول على القروض التي تتوافق مع القواعد القانونية الداخلية والقانون الخارجي.
3. مع إعطاء الإدارة العامة للدولة هامشاً من الحرية في إبرام عقود القرض العام لمواجهة الظروف، إلا أنه يتعين عليها في هذه الحالة أن تستند في حصولها على القرض إلى أحكام القانون بحيث تكون هناك صلة بين الحصول على القرض والقانون.

## المصادر والمراجع

- 1- أحمد خلف حسين الدخيل، المالية العامة من منظور قانوني، الطبعة الأولى، 2013م.
- 2- بلال أمين زين الدين، الاصلاح الإداري في مصر والدول النامية، دار الفكر العربي، سنة 2012.
- 3- م. جبار محمد مهدي، أثر خلافة الدول في القروض العامة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد الثامن، العدد الاول، 2019م.
- 4- حامد عبد المجيد دراز، المرسي سيد حجازي، مبادئ المالية العامة، الدار الجامعة، 2004م.
- 5- خالد شحادة الخطيب، أحمد زهير شامية، أسس المالية العمامة، دار وائر للنشر، الطبعة الثانية 2005م.
- 6- ريهام خالد إبراهيم البطراوي، القواعد المنظمة للقروض العامة في فلسطين ((دراسة داخلية مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية غزة، 2017م.
- 7- زكريا محمد بيومي، مبادئ المالية العامة، الولاء للطبع والتوزيع 1998م.
- 8- د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العام لل عقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، 1984م.
- 9- د. سليمان الطماوي، (القضاء الإداري) الجزء الأول قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، الطبعة الاولى، 1979م.
- 10- طارق الجام، المالية العامة، دار صفاء للنشر والتوزيع عمان، طبعة 1999 م.
- 11- د. عادل فليح العلي، المالية العامة والتشريع المالي، الدار الجامعية للطباعة والنشر جامعة الموصل، 2002م.
- 12- د. عصام بشور، المالية العام والتشريع المالي، الطبعة السابعة، دمشق مطبعة جامعة دمشق، 1966م.
- 13- قاضي أنيس فيصل، دولة القانون ودور القاضي الإداري في تكريسها في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة منتوري، فستنتينية الجزائر، 2010م.
- 14- مريم عثمانية، لطفي أبوسحلة، النظام القانوني لعقد القرض العام، مركز الدراسات العليا، الطبعة الأولى، 2016م.
- 15- محمد واصل، أمال السيادة والاختصاص القضائي، مقال منشور مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد الأول العدد الثاني، سنة 2006م.
- 16- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، ج 1، بيروت، 1967م.
- 17- محمد جمال ذنبيات، المالية العامة والتشريع المالي، الطبعة الأولى، الدار العالمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003م.
- 18- د. منصور ميلاد يونس، مبادئ المالية العامة، الجامعة المفتوحة، 1997م.
- 19- د. عبد العال الصكبان، مقدمة في علم المالية العامة والمالية العامة في العراق، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 1972م.

## تخصيص القضاء بالمذهب المالكي في القانون الليبي

د. رافع عبد الهادي عبد الله الترجمان

الأستاذ المساعد - كلية القانون - جامعة مصراتة - تخصص قضاء شرعي

أ. محمد عبد الله عبد العالبي

الأستاذ المساعد بكلية القانون / جامعة مصراتة - تخصص قانون خاص

### ملخص البحث:

اعتنى سكان المغرب العربي بالمذهب المالكي عناية كبيرة، تعلموا وتعلّموا، لأنه يمثل هويتهم وروح تآلفهم، لذا رسخوه في قوانينهم، وقد جاء هذا البحث لبيان بعض مظاهر هذا الترسّخ، من خلال تقييد القضاء بالمذهب المالكي في القانون الليبي، وذلك في مبحثين، الأول: يتحدث عن حقيقة الاختصاص المذهبي، والثاني: عن تطبيقات تخصيص القضاء بالمذهب المالكي في القانون الليبي، وفقا للمنهج الاستقرائي والتحليلي، وتوصلت الدراسة إلى أن المشرع الليبي قد ساهم في ترسيخ المذهب المالكي، فقد أحال القاضي في مسائل الأحوال الشخصية وأصل الوقف إلى المذهب المالكي، بالإضافة إلى أنه قد استقى أغلب قواعد القانون المدني من الفقه المالكي.

الكلمات الدالة للبحث: الفقه، المذهب المالكي، القانون، القضاء.

## المقدمة

الحمد لله الذي شرع لعباده أقوم الشرائع والأحكام، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خير الأنام، وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين. وبعد:

فإن علم القضاء جليل القدر، عظيم النفع، به يتحقق العدل، ويرفع الظلم، وتحفظ الدماء والأعراض والأموال، ومما يساعد القضاء على تحقيق تلك الأهداف: الاختصاص.

والاختصاص القضائي من أهم موضوعات قانون علم القضاء، الذي يعرف اليوم بقانون المرافعات المدنية والتجارية أو المرافعات الشرعية، إذ به يعرف حدود سلطات القاضي في التعرض للقضايا والفصل فيها.

ويتخذ هذا الاختصاص صوراً متعددة، فهناك الاختصاص الولائي، والاختصاص المحلي، والاختصاص النوعي، والاختصاص الدولي، وغيرها.

والاختصاص المذهبي هو أحد هذه الأنواع، وقد برزت أهميته في العصور المتأخرة؛ لشيوع التقليد، وقلة الاجتهاد، مما استلزم تقييد القضاء بنصوص محددة يحكم بمقتضاها، فأصبح معرفة هذا النوع من الاختصاص من المهمات.

ونظراً لمكانة المذهب المالكي في بلدان المغرب العربي عموماً وفي ليبيا خصوصاً؛ إذ عليه نشأ علماءها، وبأحكامه ونظمه ألف سكانها، لذا كان هذا المذهب مؤثراً في المشرع الليبي عند عملية التقنين وعند إحالة القاضي إلى القواعد الواجبة التطبيق عند عدم وجود نص قانوني يحكم المسألة المعروضة عليه.

وهذا البحث الموسوم بـ(تخصيص القضاء بالمذهب المالكي في القانون الليبي) يهدف إلى إبراز هذا النوع من الاختصاص،

ومبرراته، وصوره، وأحكامه، وإعادة إحيائه، وإعادة التواصل مع تراثنا الفقهي والقضائي الذي استند منذ القرون الأولى

للإسلام على المذهب المالكي الذي انتشر واستقر في هذه البلاد على يد أحد أبنائها وهو الفقيه علي بن زياد الطرابلسي،

وعليه جرى العمل في الفتوى والقضاء والدراسات الفقهية، وهو ما اتبعه المشرع الليبي في فترة الخمسينيات والستينيات.

وقد اتبع في إعداد هذا البحث المنهج الاستقرائي والتحليلي، وحد من ناحية مادته العلمية بالفقه المالكي وبالقانون الليبي،

وبالتحديد قوانين نظام القضاء التي صدرت في ليبيا في فترة الخمسينيات والستينيات وحتى سنة: 1976م، وقانون إجراءات

المحاكم الشرعية لسنة: 1958م، وما ورد في القانون المدني الليبي الصادر سنة: 1953م، وغير ذلك من النصوص التي

وردت في بعض القوانين الأخرى.

وكانت خطة البحث على النحو التالي:

**المبحث الأول: ماهية الاختصاص المذهبي:**

المطلب الأول: تعريف الاختصاص المذهبي.

المطلب الثاني: مشروعية الاختصاص المذهبي.

**المبحث الثاني: حالات تخصيص القضاء بالمذهب المالكي في القانون الليبي وآثاره:**

المطلب الأول: حالات تخصيص القضاء بالمذهب المالكي في القانون الليبي.

المطلب الثاني: طبيعة وآثار تخصيص القضاء بالمذهب المالكي في القانون الليبي.

## المبحث الأول

## ماهية الاختصاص المذهبي

حتى تتمكن من إعطاء فكرة واضحة عن تخصيص القضاء بالمذهب المالكي وأحكامه في القانون الليبي يتعين تحديد ماهية الاختصاص المذهبي بشكل عام، وذلك ببيان تعريفه، ومشروعيته، ومسوغاته، وهو ما سنتناوله في هذا المبحث، والذي سنقسمه إلى مطلبين، نتناول في الأول: تعريف الاختصاص المذهبي، وفي الثاني: مشروعية الاختصاص المذهبي.

## المطلب الأول

## تعريف الاختصاص المذهبي

تعريف مصطلح الاختصاص القضائي المذهبي ينظر إليه باعتبارين:  
الأول: باعتباره مركبا إضافيا يتكون من كلمتين، وهما: الاختصاص، والمذهب.  
والثاني: باعتباره وصفا على هذا الموضوع.

وعليه فإن تعريفه وفق هذين الاعتبارين سيكون على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف الاختصاص المذهبي باعتباره مركبا إضافيا:

أولاً: الاختصاص:

الاختصاص في اللغة: مصدر اختص، والتخصيص والاختصاص والخصوصية بمعنى واحد، وهو الانفراد بالشيء دون الغير، أو أفراد الشخص دون غيره بشيء ما، يقال: اختص فلان بالأمر، وتخصص له إذا انفرد به<sup>(1)</sup>.

وفي الاصطلاح: تعددت تعريفات الاختصاص القضائي، منها:

. تحويل ولي الأمر أو نائبه لجهة قضائية الحكم في قضايا عامة أو خاصة ومعينة وفي حدود زمان ومكان معينين، أو هو

قدر ما لجهة قضائية ما أو محكمة من ولاية في فصل نزاع من المنازعات<sup>(2)</sup>.

. تحديد سلطة القاضي بنوع الدعوى أو مكانها أو زمانها<sup>(3)</sup>.

. صلاحية المحكمة للنظر والبت في الدعاوى المرفوعة أمامها أو عدم الاختصاص<sup>(4)</sup>.

. سلطة المحكمة في الحكم في الدعوى<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط1، ج7، ص24، مادة: «خصص».

(2) ينظر: الغامدي، ناصر بن محمد، الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراة، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، السعودية، 1418 هـ، ص41.

(3) ينظر: ذياب، زياد صبحي، محاضرات مساق دراسة متخصصة في دفع الدعوى، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، ص26.

(4) ينظر: الفصائلي، الطيب، الوجيز في القانون القضائي الخاص، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، ط2، 1992م، ص137.

(5) ينظر: علي عوض حسن، الدفع بعدم الاختصاص في المواد المدنية والجنائية، دار محمود، ط2، 1995م، ص5.

- . السلطة التي خولها المشرع هيئة من الهيئات القضائية للفصل في المنازعات<sup>(1)</sup>.
- . ولاية وسلطة الهيئات القضائية بصفة خاصة في منح الحماية القضائية<sup>(2)</sup>.
- . نصيب الهيئات القضائية والمحاكم من المنازعات والمسائل التي لها ولاية وسلطة منح الحماية القضائية بشأنها، واختصاص محكمة ما هو نصيبها من المنازعات التي يجوز لها الفصل فيها<sup>(3)</sup>.
- وهذه التعريفات المتعددة للاختصاص وإن كانت متباينة في المبنى إلا أنها متفقة في المعنى، إذ كلها تفيد: تحديد سلطة المحكمة للفصل في المنازعة المعروضة عليها، طبقاً لما تقضي به قواعد الاختصاص التي حددها المشرع لتلك المحكمة. ويقابل الاختصاص عدم الاختصاص، إذ هو فقدان السلطة الممنوحة للقضاء للحكم في منازعة معينة<sup>(4)</sup>.

#### ثانياً: المذهب:

المذهب في اللغة: الطريقة، والأصل، والمعتقد الذي يُذهب إليه، يقال: ذهب مذهبا حسنا، وما يُدرى له مذهب، أي: أصل<sup>(5)</sup>.

وفي الاصطلاح: عرفه المتقدمون من الفقهاء بأنه: حقيقة عرفية فيما ذهب إليه إمام من الأئمة من الأحكام الاجتهادية<sup>(6)</sup>. وأخذ على هذا التعريف بأنه غير جامع، إذ أنه مقصور على أقوال إمام كل مذهب، ولا يدخل فيه أقوال أصحابه وأتباعه<sup>(7)</sup>؛ لذا عرفه المتأخرون بتعريف أشمل وأوسع، وذلك بأنه: ما كان عليه الفتوى<sup>(8)</sup>.

#### الفرع الثاني: تعريف الاختصاص المذهبي باعتباره وصفاً:

عرف الاختصاص المذهبي باعتباره وصفاً بتعريفات متعددة، وهي متقاربة المعنى، منها:

. تقييد ولي الأمر القاضي الذي ولاه القضاء ليحكم في الحوادث التي ترفع إليه بمذهب معين مطلقاً أو بأرجح الأقوال فيه<sup>(9)</sup>.

- (1) ينظر: شوشاري، صلاح الدين أحمد، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة، عمان، ط1، 2010م، ص167.
- (2) ينظر: أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط15، ص276، والزغول، باسم محمد، الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق، مطبعة اليقظة، عمان، ط1، 2000م، ص74.
- (3) ينظر: أبو الوفا، المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص276، والزغول، الدفوع المدنية، مصدر سابق، ص74.
- (4) ينظر: أبو الوفا، أحمد، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص190.
- (5) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج1، ص393، مادة: «ذهب».
- (6) ينظر: الخطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط3، 1992م، ج1، ص24.
- (7) ينظر: الغامدي، الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص312.
- (8) ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج1، ص24.
- (9) ينظر: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1992م، ج5، ص692، والغامدي، الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص312، والموسى، عبد الله بن إبراهيم، الاختصاص المذهبي في القضاء الشرعي وتطبيقاته المعاصرة، بحث مقدم لندوة القضاء الشرعي في العصر الحديث الواقع والآمال المنعددة بكلية الشريعة بجامعة الشارقة، خلال الفترة ما بين 4. 6 أبريل، 2006 م، ص7.

. تقييد القاضي للقضاء وفقا لأحكام مذهب فقهي معين ومنعه من القضاء بأحكام غيره من المذاهب<sup>(1)</sup>. وهذا التعريف يتسع ليشمل كذلك إلزام القاضي بأن يتبع رأي مجتهد بعينه؛ لما يراه من أن رأيه بالناس أرفق ولمصلحة العصر أوفق<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث: المقصود بتخصيص القضاء بالمذهب المالكي في القانون الليبي:

يقصد بتخصيص القضاء بالمذهب المالكي في القانون الليبي: قيام المشرع بإلزام القاضي بالفصل في المنازعات والمسائل المعروضة عليه وفقا لأحكام المذهب المالكي.

وهذا الإلزام قد يكون بطريق غير مباشر، وقد يكون بطريق مباشر:

فيكون بطريق غير مباشر عندما يقوم المشرع بتقنين بعض القواعد الفقهية المستمدة من المذهب المالكي، ووضعها في قالب قانوني على هيئة مواد قانونية.

ويكون بطريق مباشر، وذلك عندما يقوم المشرع بإحالة القاضي مباشرة إلى المذهب المالكي ليفصل في المنازعات والمسائل المعروضة عليه عند عدم وجود نص قانوني يحكمها<sup>(3)</sup>.

## المطلب الثاني

### مشروعية الاختصاص المذهبي

إن بيان مدى مشروعية تقييد القضاء بمذهب فقهي معين يستلزم معرفة تاريخ نشأة هذا النوع من التقييد وبذوره الأولى، لذا فهذا المطلب يتضمن بيان نشأة الاختصاص المذهبي في فرع أول، ثم بيان حكمه ومسوغاته في فرع آخر.

### الفرع الأول: نشأة الاختصاص المذهبي:

في بداية الدولة الإسلامية تولى النبي صلى الله عليه وسلم القضاء بنفسه، فكان أول قاض في الإسلام<sup>(4)</sup>، وانتدب الرسول صلى الله عليه وسلم غيره للفصل في بعض القضايا، كما بعث بالقضاة إلى الأمصار التي دخلت في سلطة الدولة الإسلامية.

وسار الخلفاء على نهج النبي صلى الله عليه وسلم في القضاء، فتولوه بأنفسهم وأتابوا غيرهم في مباشرته في بعض الأحيان، ولما تولى الخلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه واتسعت الدولة الإسلامية وقسمت إلى ولايات وعهد بأمر كل ولاية إلى وال يتولى تسيير شؤونها وإدارة أمورها تحت رقابة وإشراف الخليفة، وحتى يتفرغ الوالي إلى الأمور الإدارية والتنظيمية للولاية

(1) ينظر: ذياب، محاضرات مساق دراسة متخصصة في دفع الدعوى، مصدر سابق، ص78.

(2) ينظر: الشربيني، القضاء في الإسلام، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، ط2، 1999م، ص188.

(3) ينظر في هذا المعنى: الكوني، إعبوده، أساسيات القانون الوضعي الليبي، الجزء الأول، المدخل إلى علم القانون، المركز العربي للبحوث والدراسات العلمية، ليبيا، ط2، 1992م، ص220، 222.

(4) ينظر: ابن الطلاع، أبو عبد الله محمد بن الفرج القرطبي، أقضية رسول الله صلى الله عليه وسلم، دار الكتاب العربي، بيروت، 1426 هـ، ص16، 81، 85.

التي يتأسسها، ولتخفيف العبء على الولاية قرر الخليفة عمر فصل ولاية القضاء عن الولاية العامة لأمر المسلمين، فأصبح في كل ولاية وال يتولى إدارة شؤونها وقاض يتولى الفصل في المنازعات وفض الخصومات<sup>(1)</sup>.

وقد سارت الأمور على هذا النهج في العصر الأموي، فكان الخليفة يعين الولاية ويعين بجانبهم القضاة.

وكان القاضي في هذه العهود يعتمد في حكمه على الكتاب والسنة وإجماع من سبقه من العلماء، فإذا لم يجد فيها شيئاً اجتهد رأيه.

وخلال الفترة الممتدة بين: (100 هـ إلى 300 هـ) ظهرت المذاهب، إذ لم يكتف العلماء بالبحث عن الحلول للمشكلات الواقعة لهم، بل بدأوا يفترضون المشكلات ويقترحون الحلول لها، وكان كل عالم يعرض رأيه في المسألة مدعماً بأدلة حسب فهمه وتفسيره لها، فدونت بذلك الآراء ونشرت، فتكونت حصيلة واسعة من الأحكام الفقهية.

وقد تأثر القضاء بهذا الوضع؛ إذ كان جزءاً من هذا النشاط العلمي، فكان القاضي يدرس المشكلة ويضع لها الحل من المصادر المتعددة أو من اجتهاده.

وبعد استقرار المذاهب أصبح كل عالم يتبع مذهباً ويعرف فقهه، وبذلك أصبح القضاء تابعاً للمذاهب، فإذا كان مذهب الإمام أبي حنيفة منتشراً في مكان كان القاضي حنفياً، وإذا كان مذهب الإمام مالك كان القاضي مالكياً وهكذا، وأصبح مذهب الإمام المدون هو مرجع القاضي، ولم تعد له حاجة للعودة للمصادر الأصلية اكتفاء بما قدمه مدونو المذاهب من أدلة تقنع الباحث والقاضي<sup>(2)</sup>.

وقد عرف الفقه المالكي تقييد القضاء حتى داخل المذهب نفسه، فقد نقل ابن فرحون في تبصرة الحكام: «وقال الشيخ أبو بكر الطرطوشي: أخبرني القاضي أبو الوليد الباجي أن الولاية كانوا بقرطبة إذا ولوا رجلاً القضاء شرطوا عليه في سجله أن لا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجدته»<sup>(3)</sup>.

**الفرع الثاني: حكم الاختصاص المذهبي ومسوغاته:**

**أولاً: حكم الاختصاص المذهبي:**

اختلف الفقهاء في مدى جواز تقييد القاضي<sup>(4)</sup> للحكم بمذهب معين، ويمكن إجمال هذا الاختلاف في ثلاثة أقوال:

(1) ينظر: شلي، تاريخ التشريع الإسلامي وتاريخ النظم القضائية، مصدر سابق، ص 298.

(2) ينظر: شلي، تاريخ التشريع الإسلامي وتاريخ النظم القضائية، مصدر سابق، ص 298.

(3) ينظر: ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، ط 1، 1986م، ج 1، ص 65.

(4) يراد بالقاضي هنا: القاضي المقلد، وهو الذي لم يبلغ درجة الاجتهاد، وبالتالي فهو يلتزم مذهباً معيناً. أما إذا كان القاضي مجتهداً، فإنه لا يجوز تقييده بمذهب معين عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، لأنه مأمور بالحكم بما يؤدي إليه اجتهاده، فحرم عليه تقليد غيره، والحق لا يتعين في مذهب معين. (ينظر: الغامدي، الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص 324).

**القول الأول:** الجواز المطلق، فيجوز تقييد القاضي ليحكم بمذهب معين ولو كان خلاف المذهب الذي يقلده، وهو مذهب الحنفية<sup>(1)</sup>.

واستدل أصحاب هذا القول بأدلة كثيرة، منها: أن ولاية القاضي مستفادة من السلطان، فله أن يقيده، فإذا منعه أن يحكم بشيء لم ينفذ قضاؤه فيه، ولأن ذلك أمر ليس فيه معصية ولا مخالفة للشرع بيقين وطاعة ولي الأمر في مثلة واجبة. **القول الثاني:** الجواز المقيد، فيجوز لولي الأمر أن يقيد ولاية القاضي للحكم بمذهب معين بشرط أن يكون هذا المذهب هو المذهب الذي يقلده القاضي، وهذا رأي المالكية<sup>(2)</sup> والشافعية<sup>(3)</sup>.

واستدل أصحاب هذا القول: بأن القاضي ملزم بالمذهب الذي يتبعه، وقياسا على المجتهد الذي يترك رأيه ويأخذ باجتهاد غيره المخالف لاجتهاده، ولأن المقلد ملحق بمن قلده فقضاؤه بغير مذهبه قضاء بغير ما يراه، فيكون باطلا<sup>(4)</sup>. **القول الثالث:** عدم الجواز، فالقاضي المقلد غير ملزم بمذهب إمامه كالمجتهد، فيجوز له الخروج من مذهب إمامه بل يجب إذا رأى أن الحق في غيره، وبه أخذ الحنابلة<sup>(5)</sup>.

واستدل أصحاب هذا الرأي بأدلة كثيرة، منها: قوله تعالى: ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾<sup>(6)</sup>، والحق لا يتعين في مذهب بعينه فقد يظهر في غير ذلك المذهب، وأن في التزام ذلك التزاما بما لا يلزم، لأن الله عز وجل لم يلزم عباده إلا باتباع رسول الله صلى الله عليه وسلم، ورسوله صلى الله عليه وسلم لم يلزم أحد باتباع أحد من الأمة وتقليده<sup>(7)</sup>.

#### ثانيا: مسوغات الاختصاص المذهبي:

هناك مسوغات كثيرة تؤكد قيمة هذا النوع من الاختصاص، وحاجة القضاء الملحة إليه، ويمكن إبرازها في النقاط التالية:

- (1) ينظر: الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1986م، ج7، ص5.
- (2) ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج6، ص91.
- (3) ينظر: الرملي، شهاب الدين محمد بن أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، 1984م، ج8، ص240.
- (4) ينظر: الغامدي، الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص329.
- (5) ينظر: المرادوي، أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، ط2، ج11، ص178.
- (6) سورة ص، الآية: 26.
- (7) ينظر: الغامدي، الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص329، 330، 331، 332.

- 1 . التيسير على القاضي وإعانتة في القيام بواجبات المهمة الموكلة إليه، إذ يتعذر عليه الاهتداء إلى الأحكام الفقهية كلها في المذاهب المتعددة، والإحاطة بجميع أقوال الفقهاء في العصور المتقدمة، فالزام القاضي بنص معين في صورة قانون أو مذهب معين يوفر الجهد والوقت على القاضي ويجنبه التيه في المذاهب الأخرى<sup>(1)</sup>.
- 2 . توحيد قانون البلاد، وتحقيق انتظام الأحكام وعدم تضاربها.
- 3 . تحقيق نزاهة القضاء وحياده، فلا يتيح فرصة القضاء بالتشهي والهوى والتخيير من المذاهب لتحقيق بعض الأغراض الخاصة<sup>(2)</sup>.
- 4 . تسهيل مراجعة الأحكام القضائية من قبل محكمة النقض والمحاكم الاستئنافية عند تصفحها ومراجعتها للأحكام، وكذلك تسهيل العمل بالنسبة للقضاة وأعضاء النيابة والمحامين<sup>(3)</sup>.
- 5 . تحقيق مبدأ علنية القواعد القانونية واجبة التطبيق والتي يجب أن توضع وتعلن سلفاً، ليتقيد بها المخاطبين بأحكامها، فكل قانون يراد تطبيقه على المكلفين يجب أن يكون معلناً إلى المخاطبين بأحكامه بجميع قواعده قبل سريانه عليهم ونفاذه فيهم، إذ إلزامهم بطاعة قانون غير معلن هو تكليف بما لا يطاق وهو ممتنع شرعاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَدِّينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾<sup>(4)</sup>، وممتنع عقلاً؛ إذ كيف يتسنى لشخص التقييد بقانون غير معروف ومؤاخذته به؟ وعلنية القانون هي طريق العلم به، ويتحقق اليوم بالنشر في جريدة رسمية تصدرها الدولة، وهو ما يحقق الاستقرار داخل المجتمع، فالأفراد سيكتفون تصرفاتهم وأفعالهم وفقاً لأحكام القانون الواجب النفاذ<sup>(5)</sup>.
- 6 . أهمية هذا النوع من الاختصاص تظهر في الوقت المعاصر وذلك عند عملية التشريع، فإذا اعتمد عند سن القانون على مذهب فقهي معين من المذاهب الفقهية فإن السند الشرعي لجواز هذا العمل هو مذهب الفقهاء القائلين بجواز تخصيص القضاء بأحكام مذهب معين<sup>(6)</sup>، كما هو الحال في مجلة الأحكام العدلية القانون المدني للدولة العثمانية، فقد اعتمد في وضعها على المذهب الحنفي<sup>(7)</sup>.

- (1) ينظر: العاجي، محمد، المختصر الخليلي وأثره في الدراسات المعاصرة نموذج القانون المدني المغربي، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، ص274، وعبد البر، محمد زكي، تقنين الفقه الإسلامي، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، ط2، 1986م، ص49، والموسى، الاختصاص المذهبي في القضاء الشرعي وتطبيقاته المعاصرة، مصدر سابق، ص12.
- (2) ينظر: عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص49، والموسى، الاختصاص المذهبي في القضاء الشرعي وتطبيقاته المعاصرة، مصدر سابق، ص12.
- (3) ينظر: الزحيلي، وهبة جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1982م، ص28، 50، وأمين، حسين يونس، تطبيقات السياسة الشرعية في باب القضاء، دار الثقافة، عمان، ط1، 2010م، ص86، 87.
- (4) سورة الإسراء، الآية: 15.
- (5) ينظر: أمين، تطبيقات السياسة الشرعية في باب القضاء، مصدر سابق، ص86.
- (6) ينظر: ذياب، محاضرات مساق دراسة متخصصة في دفع الدعوى، مصدر سابق، ص29.
- (7) ينظر: علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، بيروت، ط1، 1991م، ج1، ص491.

كما تظهر أهمية هذا النوع من الاختصاص عند إحالة القاضي على أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم وجود نص قانوني يطبقه، فإحالاته إلى مذهب معين فيه يسر وسهولة على القاضي، وانضباط في الأحكام القضائية. وقد تقتضي المصلحة وضع قوانين مستمدة من الفقه الإسلامي بكافة مذاهبه، فتؤخذ مادة من مذهب الحنفية، وأخرى من مذهب المالكية، وأخرى بمذهب الظاهرية، وهكذا، وهذا التقنين في حقيقته هو تخصيص للقضاء في كل مسألة من المسائل بمذهب فقهي معين وهو المذهب الذي كان سنداً للمادة التي تحكم المسألة<sup>(1)</sup>، ومن صور ذلك: أخذ القانون رقم: (7) لسنة: (1994م) بشأن أحكام الوصية بمذهب الظاهرية في إجازته لنظام الوصية الواجبة، وأخذ القانون رقم: (10) لسنة: (1984م) بشأن الزواج والطلاق وآثارهما بمذهب المالكية في اعتبار الفرقة بسبب غياب الزوج طلاق رجعي . المادة: (41). وبمذهب الحنابلة في اعتبار حصول الرجعة بالقول والفعل ولو لم ينو الرجعة . المادة: (50). وبرأي الحنفية في عدم اشتراط العدالة في شهود عقد الزواج . المادة: (14).<sup>(2)</sup>.

## المبحث الثاني

### حالات تخصيص القضاء بالمذهب المالكي في القانون الليبي وآثاره

ذكرنا أن المراد بتخصيص القضاء بالمذهب المالكي في القانون الليبي هو قيام المشرع بإلزام القاضي بالفصل في المنازعات والمسائل المعروضة عليه وفقاً لأحكام المذهب المالكي، وهذا الإلزام قد يكون بطريق غير مباشر، وقد يكون بطريق مباشر، كما أن هذا الإلزام يترتب عليه آثار قانونية تجعل من هذا الاختصاص اختصاصاً متميزاً عن الاختصاص المذهبي الموجود في بعض الدول العربية، وهذا ما سوف نتناوله في هذا المبحث، والذي سنقسمه إلى مطلبين، المطلب الأول نتناول فيه حالات تخصيص القضاء بالمذهب المالكي في القانون الليبي، ونخصص المطلب الثاني للآثار القانونية المترتبة على هذا التخصيص.

### المطلب الأول

#### حالات تخصيص القضاء بالمذهب المالكي في القانون الليبي

أشرنا أن المشرع الليبي انتهج أسلوبين في تقييد القضاء بالمذهب المالكي: الأول: أن يعتمد إلى المذهب المالكي ويأخذ منه حكماً معيناً ويصيغه في صورة مواد قانونية، وهو ما نشير إليه بالأسلوب غير المباشر في تقييد القاضي بالمذهب المالكي.

(1) ينظر: ذياب، محاضرات مساق دراسة متخصصة في دفع الدعوى، مصدر سابق، ص 29.

(2) ينظر: جمعة، محمد بشير، الأحوال الشخصية الزواج والطلاق وآثارها في القانون، منشورات المكتبة الجامعية، الزاوية، ليبيا، 2009م، ص 170، 320، 375.

والثاني: أن يلزم القاضي بتطبيق المذهب المالكي في حالة عدم وجود نص قانوني يحكم الواقعة المعروضة عليه<sup>(1)</sup>، وهو ما نشير إليه بالأسلوب المباشر في تقييد القاضي بالمذهب المالكي.

### الفرع الأول: الأسلوب غير المباشر في تقييد القاضي بالمذهب المالكي:

قبل صدور القانون المدني الليبي سنة: (1953م) كان السائد في ليبيا تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً للمذهب المالكي وخاصة فيما يتعلق بالأحوال الشخصية باعتبار أن المسائل الأخرى قد طبقت بشأنها التشريعات التي أصدرتها الدولة العثمانية بعد تأثرها بالنظم الأوروبية الحديثة.

وكذلك طبقت القوانين الإيطالية في ليبيا إبان فترة الحكم الإيطالي باستثناء الأحوال الشخصية، حيث ظل المذهب المالكي هو المطبق بشأنها، وهو الوضع السائد في باقي دول المغرب الكبير، وكانت الفتاوى وآراء المجالس العرفية والتحكيمية المتعلقة بشؤون الحياة والمعاملات تتم وفقاً للمذهب المالكي السائد في ليبيا وبقية بلاد المغرب الكبير.

ويعتبر مختصر خليل وتحفة ابن عاصم هما مرجع القضاة والعدول والموثقين والمشتغلين بالمعاملات، وكان القضاة يعينون من الفقهاء الذين درسوا الفقه المالكي<sup>(2)</sup>.

وقد اعتاد الناس في ليبيا وباقي بلدان المغرب العربي تطبيق الشريعة الإسلامية على وفق المذهب المالكي الذي توطن وترسخ في هذه البلدان على مدى قرون من الزمن.

وبعد قيام الدولة الليبية وفقاً لدستور 7 أكتوبر لسنة: 1951م بدأت الدولة الليبية الوليدة في تكوين نظامها القانوني، فصدرت المجموعات القانونية في مختلف فروع القانون، وذلك سنة: 1953م، ومن ضمن القوانين التي صدرت في هذه السنة: مدونة القانون المدني، فهل اعتبر هذا القانون الفقه المالكي مصدراً لمواده؟

أكثر الدول الإسلامية قننت القواعد المدنية، وانتهجت في ذلك سبيلين:

الأول: جعل الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً لها، ومن القوانين التي انتهجت هذا السبيل القانون المدني الأردني<sup>(3)</sup>.

الثاني: النظام المختلط، وهو الاستمداد من الشريعة الإسلامية والقوانين الأوروبية ومن أهمها القانون الفرنسي، ويتزعم هذا الاتجاه القانون المدني المصري<sup>(4)</sup>، وقد سار على هذا النسق القانون المدني الليبي الصادر سنة: 1953م<sup>(5)</sup>.

ورغم أن القانون المدني الفرنسي يعتبر من مصادر القانون المدني المصري ومن ثم القانون المدني الليبي، إلا أن هناك دراسات كثيرة أثبتت بالأدلة تأثر القانون المدني الفرنسي بالفقه الإسلامي، من ذلك: دراسة سيد عبد الله حسين بعنوان المقارنات

(1) ينظر: السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج 1، ص 58.

(2) ينظر: العاجي، المختصر الخليلي وأثره في الدراسات المعاصرة، مصدر سابق، ص 256.

(3) ينظر: القضاة، عمار، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، دار الثقافة، الأردن، ط 1، 2015م، ص 21.

(4) يقول السنهوري: «هذا هو الحد الذي وصل إليه التقنين الجديد في الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية، أما جعل الشريعة الإسلامية هي الأساس الذي يبنى عليه تشريعنا المدني فلا يزال أمينة من أعز الأماني التي تحتلج في الصدور وتنطوي عليها الجوانح». ينظر: السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ج 1، ص 48.

(5) ينظر: العاجي، المختصر الخليلي وأثره في الدراسات المعاصرة، مصدر سابق، ص 275.

التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون المدني الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه<sup>(1)</sup>، ودراسة المنيأوي بعنوان المقارنات التشريعية تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك<sup>(2)</sup>، ودراسة بن خدة حمزة بعنوان: أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي<sup>(3)</sup>، وغيرها من الدراسات العربية وغير العربية التي يضيق المقام عن ذكرها<sup>(4)</sup>.

وفيما يلي نماذج من مواد القانون المدني الليبي المستقاة من المذهب المالكي:

. المادة: (120): أثر الغلط:

«إذا وقع المتعاقد في غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه».

هذا القاعدة القانونية لهذا تطبيقات كثيرة في فروع المذهب المالكي، منها: في الشفعة إذا تنازل الشفيع عن طلب الشفعة لما عرف أن المشتري فلان، ثم تبين له أن المشتري شخص آخر، كان تنازله عن الشفعة . وهو تصرف قانوني . مشوبا بالغلط في ذاتية الشخص، فيبقى حق الشفعة للشفيع<sup>(5)</sup>.

. المادة: (238): دعوى الحلول:

1. لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز.

2. ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب عسر أو أن يزيد في هذا العسر، ولا يشترط إعدار المدين لاستعماله حقه ولكن إدخاله خصماً في الدعوى».

(1) ينظر: سيد، عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون المدني الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه، دراسة وتحقيق: محمد سراج، وعلي جمعة، وأحمد بدران، دار السلام، القاهرة، ط1، 2001م، ص19.

(2) ينظر: المنيأوي، محمد حسنين بن محمد بن مخلوف العدوي، المقارنات التشريعية تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه، دراسة وتحقيق: محمد سراج، وعلي جمعة، دار السلام، القاهرة، ط1، 1999م، ج1، ص14.

(3) ينظر: حمزة، بن خدة، أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي العقد نموذجاً، أطروحة دكتوراة، جامعة أبوبكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016م.

(4) ينظر: العاجي، المختصر الخليلي وأثره في الدراسات المعاصرة، مصدر سابق، ص275.

(5) ينظر: الخرشى، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ج6، ص173.

ويقابل دعوى الحلول هذه في الفقه المالكي ما نص عليه من إعطاء الدائن حق المطالبة بمال المدين بغية اقتطاع دينه منه متى لاحظ إهمال المدين في المحافظة على تلك الحقوق، والأساس حينها تعلق هذه الحقوق بما هو جائز شرعا لا بأحوال متصلة بشخص المدين<sup>(1)</sup>.

. المادة: (179): المسؤولية الناشئة عن الحيوان:

«حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه».

هذه القاعدة لها تطبيقات كثيرة في الفقه المالكي، منها: إذا كان الراكب ليس بيده عنائها فلا ضمان عليه والضمان على القائد والسائق لأن الراكب عند ذلك كعدل على ظهرها، ولو كان على الدابة صبي فجمحت به وهو لا يمسك بحبٍ سها فهو ضامن في ماله، ولو وقع الذباب على الدابة فنفتحت إنسانا لم يكن على ركبها شيئا، وغيرها<sup>(2)</sup>.

. المادة: (296): يسار المدين:

«لا يضمن الخيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق على هذا الضمان».

وهذه المادة متفقة مع ما هو منصوص عليه في المذهب المالكي، فقد جاء في حاشية الدسوقي: إنه ليس من شروطها. أي: الحوالة. أن يكشف الحال عن ذمة الحال عليه أغني هو أم فقير، بل تصح مع عدم الكشف على المذهب، ويتحول بمجرد عقد الحوالة حق الحال على الحال عليه وإن أفلس أو جحد الحال عليه الحق بعد عقد الحوالة، إلا أن يعلم الخيل بإفلاس الحال عليه فله الرجوع على الخيل؛ لأنه غرّه<sup>(3)</sup>.

. المادة: (408): العلم بالمبيع:

«1. يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعريفه.

2. وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت تدليس البائع».

فحوى هذه المادة نص عليها المالكية، فقد نصوا على أنه: من شروط صحة عقد البيع أن يكون المبيع والثمن معلومين للمتعاقد علما يمنع من المنازعة، فإن كان أحدهما مجهولا جهالة مفضية إلى المنازعة فسد البيع<sup>(4)</sup>.

. المادة: (455): أثر بيع ملك الغير:

(1) ينظر: الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج5، ص32، 33، وحمزة، أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي، مصدر سابق، ص199.

(2) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج2، ص344.

(3) ينظر: الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ج3، ص328.

(4) ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج3، ص15.

1. « إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار، قيد العقد أو لم يقيد.

2. وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد».

جاء في شرح الخرشبي: من باع ملك غيره بغير إذنه فإن البيع موقوف على إجازة المالك، فإن أجازته جاز ولو علم المشتري أن البائع فضولي، وإن ردّه ردّاً<sup>(1)</sup>.

. المادة: (627): إجازة الوقف:

«1. للمتولي ولاية إجازة الوقف.

2. فلا يملكها الموقوف عليه ولو انحصر فيه الاستحقاق، إلا إذا كان متولياً من قبل الواقف أو مأذوناً من له ولاية الإجازة من متول».

. المادة: (628): ولاية قبض الأجرة:

«ولاية قبض الأجرة للمتولي، لا للموقوف عليه، إلا إن أذن له المتولي في قبضها».

. المادة: (629): من يحظر من استتجار الوقف:

«1. لا يجوز للمتولي أن يستأجر الوقف ولو بأجر المثل.

2. ويجوز له أن يؤجر الوقف لأصوله وفروعه على أن يكون ذلك بأجر المثل».

نص فقهاء المالكية أن تصرف الإجازة من صلاحيات ناظر الوقف، فلا يملك ذلك الموقوف عليه ولو كان واحداً وانحصر فيه الاستحقاق، لأن حقه في المطالبة باستحقاقه من الغلة لا في إدارة الوقف<sup>(2)</sup>.

ونصوا كذلك: أن الذي يملك قبض الأجرة قبضاً ميراثاً للذمة هو الناظر، فلا تبرأ ذمة المستأجر إذا دفعها لغيره، ولو كان هذا الغير الموقوف عليه، لأن قبض الأجرة من أعمال الإدارة فلا يملكه.

ونصوا: أنه يجوز للناظر أن يتعاقد مع أي مستأجر لإيجار الوقف، لكن هناك صنفين تخضع لأحكام خاصة، وهما:

الأول: ناظر الوقف نفسه وولده الذي في ولايته، فلا يجوز للناظر أن يؤجر الوقف من نفسه ولو بأكثر من أجر المثل، للتهمة، ولأن الناظر هو المؤجر والأصل أنه لا يجوز للشخص تولي طرفي العقد إلا في حالات استثنائية وهذه ليست منها.

الثاني: من لا تقبل شهادتهم للناظر، فلا يجوز للناظر أن يؤجر الوقف لمن لا تقبل شهادتهم له، وهم: أصوله وفروعه وزوجته، للتهمة، فإذا انتفت التهمة جاز، وتنتفي التهمة عند المالكية إذا كانت الأجرة قدر أجر المثل<sup>(3)</sup>.

(1) ينظر: الخرشبي، شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج 5، ص 18.

(2) ينظر: القرابي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد أبو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1994م، ج 6، ص 329، 330.

(3) ينظر: النونريسي، أبو العباس أحمد بن يحيى، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل أفريقيا والأندلس والمغرب، تحقيق: مجموعة من العلماء بإشراف محمد حجوي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط، 1981م، ج 7، ص 127، 128.

المادة: (940): فقد نصت على أنه: «يثبت الحق في الشفعة:

أ. لملك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه.

ب. للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي.

ج. لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملبسة لهذا الحق أو بعضها».

فهذا المادة مستقاة من المذهب المالكي، فقد عرف المالكية الشفعة بأنها: استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بشمته، وجعلوا موجب استحقاقها هو الشراكة، ونصوا على أنه لا شفعة بالجوار<sup>(1)</sup>، وبهذا أخذ القانون المدني، بعكس القانون المدني الأردني الذي جعل الجوار مثبت للحق في الشفعة بموجب المادة: (1151) منه متأثراً بمذهب الحنفية<sup>(2)</sup>.

**الفرع الثاني: الأسلوب المباشر في تقييد القضاء بالمذهب المالكي:**

**أولاً: إحالة القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص في المسائل المدنية:**

يهدف القانون المدني إلى تنظيم المعاملات المدنية داخل المجتمع، إلا أن القاضي أحياناً ترد عليه واقعة لم ينص عليها في هذا القانون أو في قانون آخر، فهنا فتح المشرع نافذة أمام القاضي تمكنه من استمداد الحكم من مصدر آخر غير نصوص القانون، وهذا المصدر نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني الليبي والتي جاء نصها كما يلي:

«1. تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

2. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...».

فهذا النص القانوني جعل مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً من مصادر القانون، ولكنه مصدر رسمي احتياطي، لا يلجأ إليه إلا في حالة عدم وجود نص، وهذا من شأنه أن يزيد في أهمية الشريعة الإسلامية، ويجعل دراستها دراسة علمية في ضوء الفقه المقارن أمراً ضرورياً من الناحيتين النظرية والعملية، وبذلك أصبح كل من الفقيه والقاضي مطالب أن يستكمل أحكام القانون المدني فيما لم يرد به نص بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي<sup>(3)</sup>.

ولفظ الشريعة الإسلامية الوارد في المادة الأولى من القانون المدني واسع الدلالة، فهل يقصد به كل مذاهب الفقه الإسلامي، أم المذهب المالكي فقط؟

بالرجوع إلى كتب فقهاء القانون يتبين لنا وجود رأيين:

**الرأي الأول:** يراد بالشريعة الإسلامية كتب الفقه الإسلامي المعتمدة، ويراعى في ذلك أمران:

الأمر الأول: عدم التقييد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي.

(1) ينظر: الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج5، ص310، 312.

(2) ينظر: القضاة، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مصدر سابق، ص676.

(3) ينظر: السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ج1، ص57.

الأمر الثاني: يراعى في الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي التنسيق بين هذه الأحكام والمبادئ العامة التي يقوم عليها التشريع المدني في جملته، فلا يجوز الأخذ بحكم من الفقه الإسلامي يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ، حتى لا يفقد التقنين المدني تجانسه وانسجامه<sup>(1)</sup>.

**الرأي الثاني:** يراد بالشريعة الإسلامية المذهب المالكي، وهو ما سلكه الفقه والقضاء في دولتي المغرب والجزائر، حيث فُسر لفظ الشريعة الإسلامية بالمذهب المالكي، فلفظ الشريعة الإسلامية وإن جاء بشكل عام إلا أن الممارسين خصصوه بالمذهب المالكي، وهذا التخصيص يبرره كون المذاهب الأخرى غير معروفة، وأن الاقتصار على المذهب المالكي يجنبهم الصعوبة التي تعترض القضاء من الناحية التطبيقية<sup>(2)</sup>.

ونرى أنه يمكن الجمع بين الرأيين وذلك بإلزام الفقيه والقاضي في المسائل غير المنصوص عليها بالرجوع أولاً للمذهب المالكي، باعتباره المذهب المنتشر في البلاد ونشأ عليه علماءها، وبأحكامه ونظمه أطمأن الناس، بشرط مراعاة التجانس والانسجام بين الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني والأحكام المستخرجة من الفقه المالكي، فإذا كان أخذ الحكم من الفقه المالكي لا يحقق ذلك فلا ضير في هذه الحالة من الرجوع إلى المذهب الأخرى لأخذ الحكم الأكثر تجانسا وتناسقا مع أحكام القانون المدني.

ويؤيد هذا الاتجاه قضاء المحكمة العليا، فقد جاء في أحد أحكامها أنه: «جرى القضاء في ليبيا على تطبيق مذهب أبي حنيفة وأحكامه في المجلة العدلية على مسائل الشفعة، وقد اتفقت نصوصه مع المذهب المالكي في جعل الشفيع بالخيار بين أن يطلب الشفعة بثمن البيع الأول أو الثاني في حالة تصرف المشتري بالبيع...»<sup>(3)</sup>.

**ثانيا:** إحالة القاضي إلى مذهب الإمام مالك مباشرة في حالة عدم وجود نص في مسائل الأحوال الشخصية والوقف: مرّ الوضع التشريعي بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية في ليبيا بمرحلتين مهمتين، المرحلة الأولى: قبل تقنين مسائل الأحوال الشخصية، والمرحلة الثانية: بعد تقنين أهم مسائلها.

#### أ. المرحلة الأولى: خضوع مسائل الأحوال الشخصية للمذهب المالكي مباشرة:

في بداية الحركة التشريعية في ليبيا بعد قيام الدولة الليبية لم يرقم المشرع الليبي بوضع قوانين تنظم مسائل الأحوال الشخصية والوقف، لذلك خضعت هذه المسائل لأحكام الشريعة الإسلامية مباشرة، وبالتحديد إلى المذهب المالكي<sup>(4)</sup>.

(1) ينظر: السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، ص 58.

(2) ينظر: العاجي، المختصر الخليلي وأثره في الدراسات المعاصرة، مصدر سابق، ص 258.

(3) ينظر: المحكمة العليا، طعن مدني رقم: 12/3 ق، بتاريخ: 1957/5/29م. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة العليا من تاريخ انشائها في 10 نوفمبر 1953 حتى نهاية شهر يونيو 1968، مطبعة المحكمة العليا، ليبيا، ج 1، ص 113.

(4) ينظر: دسوقي، محمد إبراهيم، النظرية العامة للقانون والحق في القانون الليبي، منشورات جامعة قار يونس، ط 1، 1980م، ص 107، والكويني، أساسيات القانون الوضعي الليبي، مصدر سابق، ص 220، 221.

ويلاحظ أن المشرع الليبي لم ينص في قانون نظام القضاء الصادر في 28 نوفمبر سنة: 1953م وكذلك قانون نظام القضاء الصادر في 20 سبتمبر سنة: 1954م على إحالة القاضي في مسائل الأحوال الشخصية إلى المذهب المالكي، لذلك خضعت هذه المسائل لنص المادة الأولى من القانون المدني التي سبق الإشارة إليها والتي أحالت القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص قانوني يطبقه.

وفي نقلة نوعية من المشرع الليبي في قانون نظام القضاء الصادر في (18) أكتوبر سنة: 1958م أنشأ المحاكم الشرعية إلى جانب المحاكم المدنية<sup>(1)</sup>.

وقد نصت المادة: (17) من هذا القانون على: «تطبق المحاكم الشرعية أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لأرجح الأقوال من مذهب الإمام مالك، على أنه إذا نص القانون على أحكام شرعية خاصة وجب اتباعها».

ونصت المادة: (165) من قانون إجراءات المحاكم الشرعية الصادر سنة: 1958م على: «تطبق المحاكم الشرعية المدون في هذا القانون، وأرجح الأقوال من مذهب الإمام مالك، ماعدا الأحوال التي ينص فيها القانون على أحكام شرعية خاصة فيجب اتباعها».

وقد تضمن قانون نظام القضاء رقم: (29) لسنة: 1962م نصاً مطابقاً للمادة: (17) من قانون نظام القضاء الصادر في 18 أكتوبر سنة: 1958م<sup>(2)</sup>.

وبموجب القانون رقم: (13) لسنة: 1964م بتعديل بعض أحكام قانون نظام القضاء فإن المشرع الليبي قد أجرى تعديلاً في الرأي الذي ينبغي الرجوع إليه داخل المذهب المالكي، فعدل عن أرجح الأقوال من مذهب الإمام مالك إلى المشهور من مذهب الإمام مالك وما جرى به العمل من أحكامه<sup>(3)</sup>.

ونصت المادة: (159) من قانون نظام القضاء رقم: (51) لسنة: (1976) على: «مع مراعاة ما تنص عليه القوانين من أحكام شرعية خاصة وإلى أن يصدر قانون الأحوال الشخصية تطبق المحاكم الشرعية الإسلامية طبقاً للمشهور من مذهب الإمام مالك في مسائل الأحوال الشخصية والمسائل المتعلقة بأصل الوقف».

وجاء في المادة: (47) من قانون أحكام الوقف رقم: (124) لسنة: (1972م) على: «يعمل فيما لم يرد به نص في هذا القانون بالمشهور فالراجح من مذهب الإمام مالك».

(1) ينظر: المادة الأولى من قانون نظام القضاء الصادر في 18 أكتوبر، سنة: 1958م، الجريدة الرسمية للمملكة الليبية، العدد: 20، بتاريخ: 1958/11/10م.

(2) ينظر: المادة: (17) من قانون نظام القضاء رقم: (29) لسنة: 1962م، الصادر في تاريخ: 10 ديسمبر 1962م، الجريدة الرسمية للمملكة الليبية، عدد خاص، تاريخ: 11 ديسمبر 1962م

(3) نصت المادة: (17) من قانون نظام القضاء رقم: (29) لسنة: 1962م بعد تعديلها بالقانون رقم: (13) لسنة: 1964م على: (تطبيق المحاكم الشرعية أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للمشهور في مذهب الإمام مالك وما جرى به العمل من أحكامه. على أنه إذا نص القانون على أحكام شرعية خاصة وجب اتباعها). ينظر: مرسوم ملكي بقانون رقم: (13) لسنة: 1964م بتعديل بعض أحكام قانون نظام القضاء، الجريدة الرسمية، عدد خاص، بتاريخ: 6 أكتوبر سنة: 1964م.

فالمشرع الليبي قد استقر في قوانين نظام القضاء اعتباراً من صدور القانون رقم: (13) لسنة: 1964م بتعديل بعض أحكام قانون نظام القضاء على إحالة القاضي في مسائل الأحوال الشخصية على المشهور من مذهب الإمام مالك بدلاً من إحالته إلى أرجح الأقوال من هذا المذهب.

أما قانون نظام الوفاء سالف الذكر فقد أحوال القاضي في مسائل الوفاء التي لم يرد بها نص إلى المشهور فالراجح من مذهب الإمام مالك.

ويلاحظ أن المشرع الليبي قد استعمل في الإحالة على المذهب المالكي مصطلحي المشهور والراجح، وهما مصطلحان يعبران عن ما به الفتوى في المذهب المالكي، إذ ما به الفتوى في المذهب المالكي: إما مشهور فقط، أو راجح فقط، أو مشهور وراجح.

والمشهور فيه أقوال: قيل: إنه ما قوي دليله، فيكون بمعنى الراجح، وقيل: ما كثر قائله، وهو المعتمد، وقيل: رواية ابن القاسم عن مالك في المدونة<sup>(1)</sup>.

هذا وقد استمر الوضع في إحالة القاضي إلى المشهور من مذهب الإمام مالك في مسائل الأحوال الشخصية والمسائل المتعلقة بأصل الوفاء حتى بعد صدور القانون رقم: (87) لسنة: 1973م بتوحيد القضاء والذي نص في المادة الأولى منه على دمج جهتا القضاء الشرعي والمدني في جهة قضائية واحدة<sup>(2)</sup>.

#### ب. المرحلة الثانية: بعد تقنين بعض مسائل الأحوال الشخصية:

أشار المشرع الليبي صراحة في المادة: (159) من قانون نظام القضاء السابق رقم: (51) لسنة: 1976م إلى أن المحاكم تطبق الشريعة الإسلامية طبقاً للمشهور من المذهب المالكي في مسائل الأحوال الشخصية والمسائل المتعلقة بأصل الوفاء وذلك إلى أن يصدر قانون الأحوال الشخصية.

وفي سنة: 1984م قام المشرع الليبي بإصدار القانون رقم: (10) لسنة: 1984م بشأن الزواج والطلاق وآثارهما، وقد نظم بموجبه أهم مسائل الأحوال الشخصية وهي الزواج والطلاق وآثارهما، ونص في المادة: (72) فقرة: (ب) منه على: «فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون»، وقد سلك المشرع الليبي ذات النهج في القانون رقم: (17) لسنة: 1992م بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم . المادة: (82) . وكذلك في القانون رقم: (7) لسنة: 1994م بشأن أحكام الوصية . المادة: (47) . .

وبهذا فإن المشرع الليبي يكون قد خالف منهجه السابق في الإحالة على الشريعة الإسلامية وفقاً للمذهب المالكي، والذي استقر العمل به في هذه المسائل قبل صدور التشريعات الليبية وبعد صدورهما في فترة الخمسينات والستينات إلى سنة: 1984م.

(1) ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير على مختصر خليل، مصدر سابق، ج1، ص20.

(2) ينظر: الكوني، أساسيات القانون الوضعي الليبي، مصدر سابق، ص221.

وبذلك يكون نطاق تطبيق المشهور من المذهب المالكي في مسائل الأحوال الشخصية عدا مسائل الزواج والطلاق وآثارهما وهي: الموارث، والوقف.

وقد انتقد بعض الفقه الليبي هذا المسلك من قبل المشرع، كونه أدى إلى وجود ازدواجية لا مبرر لها فيما يتعلق بالأحكام الشرعية الواجبة التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية فيما لم يرد بشأنه نص قانوني<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### طبيعة وآثار تخصيص القضاء بالمذهب المالكي في القانون الليبي

لكي نحدد الآثار المترتبة على تخصيص القضاء بالمذهب المالكي في القانون الليبي يتعين علينا تحديد طبيعة هذا الاختصاص، وهو ما سنتناوله في الفرع الأول من هذا المطلب، ثم نعرض إلى بيان آثار هذا التخصيص في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: الطبيعة القانونية لقواعد تخصيص القضاء بالمذهب المالكي:

إن تحديد الطبيعة القانونية لتخصيص القضاء بالمذهب المالكي في القانون الليبي يرتبط بالمعنى المقصود بهذا التخصيص، وقد أشرنا إلى أن المقصود بتخصيص القضاء بالمذهب المالكي في القانون الليبي هو إلزام القاضي بتطبيق أحكام المذهب المالكي على مسائل الأحوال الشخصية، سواء في فترة وجود المحاكم الشرعية في ليبيا أو بعد دمجها في القضاء المدني. فالنظام القضائي الليبي حتى مع وجود المحاكم الشرعية لا يعرف القضاء الطائفي أو المذهبي، وذلك باعتبار أنه لا توجد طوائف داخل ليبيا كما هو الحال في بعض الدول العربية مثل لبنان<sup>(2)</sup>، كما أن المشرع لم يطلق على المحاكم الشرعية وصف المحاكم المذهبية وإن أزمها بتطبيق المذهب المالكي، ذلك لأن إلزامها بتطبيق هذا المذهب على مسائل الأحوال الشخصية وأصل الوقف التي تختص بنظرها لا يعدوا أن يكون بياناً للقانون الواجب التطبيق على القضايا التي تدخل في مجال اختصاصها.

وعلى افتراض أن هذه المحاكم لم تقم بتطبيق المذهب المالكي على المنازعات المعروضة عليها فلا يمكن الدفع أمامها بعدم الاختصاص، ولكن يمكن الدفع بالخطأ في تطبيق القانون.

وهذا الدفع يعتبر دعواً من الدفوع المتعلقة بالنظام العام الذي يجوز إثارة أمام المحكمة في أي مرحلة من مراحل التقاضي ولو كان ذلك أمام المحكمة العليا، باعتبار أن الخطأ في تطبيق القانون يعتبر سبباً من الأسباب التي يجوز الاستناد إليها للطعن بالنقض في الأحكام أمام المحكمة العليا، وينطبق هذا التكييف على الوضع الحالي بعد دمج المحاكم الشرعية في المحاكم المدنية بالقانون رقم: (87) لسنة: 1973م، فالمحاكم ملزمة بتطبيق المذهب المالكي في الحالات التي يلزمها القانون

(1) ينظر: الكوني، أساسيات القانون الوضعي الليبي، مصدر سابق، ص 222.

(2) ينظر بخصوص القضاء الشرعي والروحي في لبنان: ربيع، شندب، المؤسسات القضائية والتنظيم القضائي في لبنان، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ط 1، 2011م، ص 125 إلى 137.

بذلك والتي تقلصت حالياً بعد صدور قانون الزواج والطلاق رقم: (10) لسنة: 1984م، والقانون رقم: (17) لسنة: 1992م بشأن أحوال القاصرين ومن في حكمهم، والقانون رقم: (7) لسنة: 1994م بشأن أحكام الوصية.

وقد أكدت المحكمة العليا على أن عدم قيام القاضي بتطبيق المذهب المالكي في الحالات التي يلزمه القانون بتطبيقه يعتبر مخالفاً للنظام العام، فقد جاء في حكمها في الطعن الشرعي رقم: (19/4 ق)، بتاريخ: (1978/3/4م): «أوجب المشرع في المادة: (165) من لائحة إجراءات المحاكم الشرعية وقانون نظام القضاء على القاضي أن يحكم بالمشهور من مذهب الإمام مالك، وهي قاعدة عامة تتعلق بالنظام العام لضمان حسن سير العدالة وثبات الأحكام»<sup>(1)</sup>.

ومما تجدر الإشارة إليه أن الفقه الإسلامي كان صريحاً في اعتبار قواعد الاختصاص المذهبي من النظام العام، فقد جاء عن أصبغ من فقهاء المالكية: «ليس للحاكم أن يحكم إلا فيما فوض إليه السلطان الأكبر، فإن فعل لم يجز حكمه»<sup>(2)</sup>، وعن ابن عابدين من فقهاء الحنفية: «من المقرر أن القضاء يتخصص، فإذا ولي السلطان قاضياً ليقضي بمذهب أبي حنيفة لا ينفذ قضاؤه بمذهب غيره، لأنه معزول عنه بتخصيصه، فالتحق فيه بالرعية»<sup>(3)</sup>، وذكر المستشار محمود الشريبي أنه: «ويجوز للحاكم أن يلزم القاضي بأن يتبع رأي مجتهد بعينه، لما يراه من أن رأيه بالناس أرفق ولمصلحة العصر أوفق، وفي هذه الحالة يلتزم القاضي بذلك، وليس له أن يأخذ رأي مجتهد آخر وإلا لا ينفذ حكمه»<sup>(4)</sup>.

#### الفرع الثاني: آثار تخصيص القضاء بالمذهب المالكي في القانون الليبي:

ذكرنا أن تخصيص القاضي بالمذهب المالكي في القانون الليبي يعتبر من النظام العام، وهو ما يرتب عدة آثار، وهي:

1. يجوز إثارة الدفع بالخطأ في تطبيق القانون في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا<sup>(5)</sup>.
2. يجوز إثارة هذا الدفع من قبل أي طرف في الدعوى.
3. يجوز للنياحة العامة إذا كانت متدخلة في الدعوى أن تثير هذا الدفع.
4. يجوز للمحكمة المرفوعة أمامها الدعوى أن تثير هذا الدفع من تلقاء نفسها ولو لم يدفع بذلك أمامها الخصوم.
5. لا يجوز للخصوم الاتفاق على استبعاد تطبيق المذهب المالكي في الحالات التي يوجب فيها القانون تطبيق هذا المذهب، وإذا تم مثل هذا الاتفاق فإنه يكون باطلاً، لا يلزم طرفيه، كما لا يلزم المحكمة، لأنه يهدر المصلحة العامة التي استهدفها المشرع من تحديد القانون الواجب التطبيق<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: حكم المحكمة العليا في الطعن شرعي رقم: 19/4 ق، بتاريخ: 1973/3/4م. مجلة المحكمة العليا، السنة التاسعة، العددان الثاني والثالث، يناير 1973م، ص 13.

(2) ينظر: ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أحمد المرويتاني، مكتبة الرياض الحديثة، السعودية، ط 2، 1980، ج 2، ص 956.

(3) ينظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج 5، ص 692.

(4) ينظر: الشريبي، القضاء في الإسلام، مصدر سابق، ص 188.

(5) ينظر: ذياب، زياد صبحي، الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون، ص 17.

(6) ينظر: شوشاري، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، مصدر سابق، ص 214.

6. يعتبر عدم تطبيق المحكمة للمذهب المالكي في الحالات التي يوجب فيها القانون ذلك سببا من أسباب الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا على أساس مخالفة تطبيق القانون<sup>(1)</sup>.

## الخاتمة

بعد البحث في موضوع تخصيص القضاء بالمذهب المالكي في القانون الليبي يمكن استخلاص النتائج والتوصيات التالية:

### أولا: النتائج:

1. مبادئ الشريعة الإسلامية تعد مصدرا رسميا للقانون الليبي وفقا لما تنص عليه المادة الأولى من القانون المدني وإن كانت مصدرا احتياطيا لا يلجأ إليه إلا في حالة عدم وجود نص تشريعي، وقد رأينا أن بعض الآراء الفقهية في المغرب العربي تذهب إلى أن المقصود بإحالة القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص تشريعي يقصد به الإحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وفقا للمذهب المالكي، وبذلك تكون الإحالة أكثر انضباطا، وأوفى في تحقيق المقصود.

2. يجوز وفقا للرأي الراجح في الفقه الإسلامي تقييد القاضي للحكم وفقا لمذهب فقهي معين.

3. تقييد القضاء بمذهب فقهي معين يحقق فائدة عملية كبيرة، إذ يوفر الجهد والوقت على القاضي ويجنبه التيه في المذاهب الأخرى.

4. يقصد بتخصيص القضاء بالمذهب المالكي في القانون الليبي قيام المشرع بإلزام القاضي بالفصل في المنازعات والمسائل المعروضة عليه وفقا لأحكام المذهب المالكي.

(1) نصت المادة: (209) من قانون إجراءات المحاكم الشرعية على: (تخضع الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية من حيث الطعن فيها بالنقض للقواعد السارية في صدد الطعن أمام المحكمة العليا، في مواد الأحوال الشخصية). ونصت المادة: (37) من اللائحة الداخلية للمحكمة العليا والصادرة بالمرسوم المؤرخ في: 10 يناير 1954م على: (تطبق في شأن أوجه الطعن والمواعيد والإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية. القواعد والأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية)، وبينت المادتين: (336)، (337) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالات التي يجوز فيها الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا والتي من ضمنها: أن يكون الحكم المطعون فيه مبنيًا على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله. وذلك كما لو أغفل الحكم المطعون فيه إعمال نص من النصوص القانونية الصريحة أو إذا طبقت المحكمة على وقائع الدعوى قاعدة قانونية غير القاعدة الواجبة التطبيق في صدد هذه الدعوى، وتعتبر محكمة الموضوع قد أخطأت في تطبيق القانون إذا نص المشرع على أن يكون الحكم في مسألة وفقا لقانون معين، بغض النظر عن دفع الخصوم عن ذلك من عدمه، باعتبار أن إلزام المحكمة بالفصل في الدعوى وفقا لقانون معين يعتبر من النظام العام، وعلى المحكمة أن تقوم بذلك من تلقاء نفسها، لأن المسائل المتعلقة بالنظام العام تعتبر مطروحة على المحكمة ولو لم يدل بها الخصوم أمامها، فالمحكمة تكون قد خالفت تطبيق القانون في هذه الحالة ولو لم يطلب منها الخصم تطبيق القاعدة القانونية واجبة التطبيق، بل إن هذه المخالفة تحدث ولو كان الخطأ في تطبيق القانون كان بناء على طلب الخصم أو أنه يتفق مع تفسيره، لأن القاعدة تفترض علم القاضي بالقانون ووجوب تطبيقه له من تلقاء نفسه بصرف النظر عن إشارات الخصوم بشأنه. (ينظر: أبو الوفا، المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص 945، والي، فتحي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م، ص 780).

وهذا الإلزام قد يكون بطريق غير مباشر عندما يقوم المشرع بتقنين بعض القواعد الفقهية المستمدة من المذهب المالكي، ووضعها في قالب قانوني على هيئة مواد قانونية.

وقد يكون بطريق مباشر عندما يقوم المشرع بإحالة القاضي مباشرة إلى المذهب المالكي ليفصل في المنازعات والمسائل المعروضة عليه عند عدم وجود نص قانوني يحكمها

5. دائرة التشابه بين أحكام القانون المدني الليبي والفقه المالكي كبيرة جدا تكاد تصل إلى درجة التطابق المطلق في بعض المواضيع.

6. سار المشرع الليبي في فترة الخمسينيات والستينيات إلى سنة: 1976م على النهج السائد في الدولة الليبية وما يعنيه من ترسيخ وتعميق للمذهب المالكي، فقد أحال القاضي في مسائل الأحوال الشخصية وأصل الوقف إلى المذهب المالكي، بالإضافة إلى أنه قد استقى أغلب قواعد القانون المدني من الفقه المالكي، ثم حصلت انتكاسة كبيرة عندما أحال المشرع الليبي القاضي في قانون الزواج والطلاق وقانون أحكام الوصية وقانون شؤون القاصرين إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذه القوانين، فتخلى بذلك المشرع الليبي عن التراث الفقهي لهذه البلاد في هذه القوانين، مضيقا بذلك من دائرة إعمال المذهب المالكي، مع أن بعض الدول مثل السعودية تلزم قضاءها بالحكم طبقا للمذهب الحنبلي السائد في تلك الدولة.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن تطبيق المذهب المالكي في ليبيا بشكل رسمي لم يتعارض مع وجود المذهب الإباضي المنتشر في بعض أجزاء الدولة الليبية، ويمكن وضع بعض الاستثناءات في المناطق التي ينتشر فيها المذهب الإباضي إذا وجدت ضرورة لذلك.

#### ثانياً: التوصيات:

1. الشريعة الإسلامية مصدر رسمي من مصادر القانون الليبي، لذا لا بد من دراستها دراسة علمية في ضوء القانون المقارن من الناحيتين النظرية الفقهية والعملية التطبيقية وبالتركيز على المذهب المالكي.
2. عقد دراسات مقارنة بين نصوص القانون الليبي والفقه المالكي، ليكون بمثابة مذكرات توضيحية تعين رجال القانون لاسيما القضاة على فهم فحوى النصوص ودلالاتها.
3. تعديل المادة الأولى من القانون المدني والمادة: (82) من القانون رقم: (17) لسنة: 1992م بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، والمادة: (47) من القانون رقم: (7) لسنة: 1994م بشأن أحكام الوصية، والمادة: (72) من القانون رقم: (10) لسنة: 1984م بشأن الزواج والطلاق. بحيث يكون نص الإحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وفقاً للمذهب المالكي، وتنقيح هذه القوانين لتتوافق مع المذهب المالكي، ولا يتم الخروج عليه إلا إذا استدعت ذلك الضرورة ومتطلبات العصر ومن قبل المشرع، ولا يترك ذلك لاجتهاد القاضي.
4. تضمين قانون نظام القضاء ذات النص الذي كان موجوداً في قوانين نظام القضاء السابقة، والتي كانت تلزم القاضي بتطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية طبقاً للمشهور من المذهب المالكي، ونحيب بمحكمة العليا الموقرة أن تحدد الحد المحاكم في المغرب والجزائر باعتبار الإحالة إلى الشريعة الإسلامية يكون وفقاً للمذهب المالكي.

## فهرس المصادر

## أولاً: التشريعات:

- 1 . قانون نظام القضاء الصادر بالمرسوم المؤرخ في: 28 نوفمبر سنة: 1953م، الجريدة الرسمية للمملكة الليبية المتحدة، عدد خاص، بتاريخ: 20 فبراير سنة: 1954م.
- 2 . قانون نظام القضاء الصادر بالمرسوم المؤرخ في: 20 سبتمبر سنة: 1954م، الجريدة الرسمية للمملكة الليبية المتحدة، عدد رقم: 7، بتاريخ: 30 سبتمبر سنة: 1954م.
- 3 . قانون نظام القضاء الصادر بالمرسوم المؤرخ في: 18 أكتوبر سنة: 1958م، الجريدة الرسمية للمملكة الليبية المتحدة، عدد رقم: 20، بتاريخ: 10 نوفمبر سنة: 1958م.
- 4 . قانون إجراءات المحاكم الشرعية الصادر بالمرسوم المؤرخ في: 15 نوفمبر سنة: 1958م، الجريدة الرسمية للمملكة الليبية المتحدة، عدد رقم: 22، بتاريخ: 25 نوفمبر سنة: 1958م.
- 5 . قانون نظام القضاء رقم: (29) لسنة: 1962م، الصادر بتاريخ: 10 ديسمبر سنة: 1962م، الجريدة الرسمية للمملكة الليبية المتحدة، عدد خاص، بتاريخ: 11 ديسمبر سنة: 1962م.
- 6 . القانون رقم: (13) لسنة: 1964م بتعديل بعض أحكام قانون نظام القضاء الصادر بالمرسوم المؤرخ في: 1 أكتوبر سنة: 1964م.
- 7 . قانون نظام القضاء رقم: (51) لسنة: 1976م، الجريدة الرسمية، عدد رقم: 45، بتاريخ: 15 أغسطس سنة: 1976م.
- 8 . مدونة القانون المدني الليبي، الصادر بالمرسوم المؤرخ في: 28 نوفمبر سنة 1953م، منشورات الإدارة العامة للقانون، 1988م.
- 9 . مدونة قانون المرافعات المدنية والتجارية، الصادر بالمرسوم المؤرخ في: 28 نوفمبر سنة 1953م، منشورات الإدارة العامة للقانون، 1987م.
- 10 . اللائحة الداخلية للمحكمة العليا، الصادرة بالمرسوم المؤرخ في: 10 يناير سنة: 1954م، الجريدة الرسمية للمملكة الليبية المتحدة، عدد رقم: 1، بتاريخ: 20 يناير سنة: 1954م.
- 11 . القانون رقم: (17) لسنة: 1992م بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، الصادر في: 28 أكتوبر سنة: 1992م، الجريدة الرسمية، عدد: 36، بتاريخ: 1992/12/15م.
- 12 . القانون رقم: (7) لسنة: 1994م بشأن أحكام الوصية، الصادر في: 29 يناير سنة: 1994م، الجريدة الرسمية، عدد: 4، بتاريخ: 1994/3/21م.
- 13 . قانون رقم: (10) لسنة: 1984م بشأن الزواج والطلاق وآثارهما، الصادر بتاريخ: 19 إبريل سنة: 1984م، الجريدة الرسمية، عدد: 16، بتاريخ: 1984/6/3م.

## ثانيا: أحكام المحكمة العليا:

- 1 . مجلة المحكمة العليا، السنة التاسعة، العددان الثاني والثالث، يناير، 1973م.
- 2 . مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة العليا من تاريخ انشائها في 10 نوفمبر 1953م حتى نهاية شهر يونيو 1968م، مدني، ج 1، مطبعة المحكمة العليا، ليبيا.

## ثالثا: الكتب والبحوث:

- 1 . أمين، حسين يونس، تطبيقات السياسة الشرعية في باب القضاء، دار الثقافة، عمان، ط1، 2010م.
- 2 . جمعة، محمد بشير، الأحوال الشخصية الزواج والطلاق وآثارها في القانون، منشورات المكتبة الجامعة، الزاوية، ليبيا، 1991م.
- 3 . الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، 1992 م.
- 4 . حمزة، بن خدة، أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي العقد نموذجا، أطروحة دكتوراة، جامعة أبوبكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016م.
- 5 . الخرشى، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت.
- 6 . دسوقي، محمد إبراهيم، النظرية العامة للقانون والحق في القانون الليبي، منشورات جامعة قار يونس، ط1، 1980م.
- 7 . الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير على مختصر خليل، دار الفكر.
- 8 . ذياب، زياد صبحي، الدفع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون.
- 9 . ذياب، زياد صبحي، محاضرات مساق دراسة متخصصة في دفع الدعوى، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن.
- 10 . ينظر بخصوص القضاء الشرعي والروحي في لبنان: ربيع، شندب، المؤسسات القضائية والتنظيم القضائي في لبنان، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ط1، 2011م.
- 11 . الرملي، شهاب الدين محمد بن أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، 1984م.
- 12 . الزحيلي، وهبة، جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1982م.
- 13 . الزغول، باسم محمد، الدفع المدنية بين النظرية والتطبيق، مطبعة اليقظة، عمان، ط1، 2000 م .
- 14 . السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- 15 . سيد، عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين المدنية والتشريع الإسلامي، مقارنة بين فقه القانون المدني الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه، دراسة وتحقيق: محمد سراج وعلي جمعة وأحمد بدران، دار السلام، القاهرة، ط1، 2001م.
- 16 . الشريبي، محمود، القضاء في الإسلام، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط2، 1999م.

- 17 . شرقاوي، أحمد خليفة، الدفع بعدم الاختصاص دراسة تأصيلية مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الكتب القانونية، مصر، ط1، 2011م.
- 18 . شلي، أحمد، تاريخ التشريع الإسلامي وتاريخ النظم القضائية في الإسلام، مكتبة النهضة المصرية.
- 19 . شوشاري، صلاح الدين محمد، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة، عمان، ط1، 2010 م.
- 20 . ابن الطلاع، أبو عبد الله محمد بن الفرج القرطبي المالكي، أفضية رسول الله صلى الله عليه وسلم، دار الكتاب العربي، بيروت، 1426 هـ.
- 21 . ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1992م.
- 22 . العاجي، محمد، المختصر الخليلي وأثره في الدراسات المعاصرة نموذج القانون المدني المغربي، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.
- 23 . ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد محمد أحمد المرويتاني، مكتبة الرياض الحديثة، السعودية، ط2، 1980م.
- 24 . عبد البر، محمد زكي، تقنين الفقه الإسلامي، إدارة إحياء التراث العربي، قطر، ط2، 1986م.
- 25 . علي، حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، بيروت، ط1، 1991م.
- 26 . علي عوض حسن، الدفع بعدم الاختصاص في المواد المدنية والجنائية، دار محمود للنشر والتوزيع، ط2، 1995 م.
- 27 . الغامدي، ناصر بن محمد، الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي مع بيان التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية، أطروحة دكتوراة، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، السعودية، 1418 هـ.
- 28 . ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، ط1، 1986م.
- 29 . الفصائلي، الطيب، الوجيز في القانون القضائي الخاص، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط2، 1992 م.
- 30 . القراني، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد أبو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م.
- 31 . القضاة، عمار، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، دار الثقافة، الأردن، ط1، 2015م.
- 32 . الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1986م.
- 33 . الكوني، إعبوده، أساسيات القانون الوضعي الليبي، الجزء الأول، المدخل إلى علم القانون، المركز العربي للبحوث والدراسات العلمية، ليبيا، ط2، 1992م.
- 34 . المرادوي، أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، ط2.

- 35 . ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط1.
- 36 . الموسى، عبد الله بن إبراهيم، الاختصاص المذهبي في القضاء الشرعي وتطبيقاته المعاصرة، بحث مقدم لندوة القضاء الشرعي في العصر الحديث الواقع والآمال المنعقدة بكلية الشريعة بجامعة الشارقة، خلال الفترة ما بين 4 . 6 أبريل، 2006 م.
- 37 . والي، فتحي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م.
- 38 . أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط15.
- 39 . أبو الوفا، أحمد، نظرية الدفع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- 40 . الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحيى، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل أفريقية والأندلس والمغرب، تحقيق: مجموعة من العلماء بإشراف محمد حجي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط، 1981م.

## ديباجة الدستور بين أهميتها الفلسفية وقيمتها القانونية "دراسة تحليلية مقارنة"

أ.أسامة نصيب

عضو هيئة تدريس بكلية القانون/جامعة بنغازي

### مقدمة

إن قيام دولة القانون يقتضي قيام أسس ومبادئ أهمها وجود دستور يحكم هذه الدولة، فالدستور في أبسط تعريفاته هو مجموعة من القواعد التي تحدد شكل الدولة (بسيطة أو مركبة)، ونظام الحكم فيها (ملكي أو جمهوري)، وشكل الحكومة (رئاسية أم برلمانية أو شبه رئاسية)، وتبين السلطات العامة التي تباشر بها الدولة وظائفها، واختصاص كل منها وعلاقتها ببعضها، علاوة على ذلك فإن الوثيقة الدستورية تبين حقوق الأفراد وحرياتهم وتصورها وتحميها من الجور والاعتداء أيًا كان مصدره.

من المتعارف عليه أن مكونات الوثيقة الدستورية هي ديباجة وعدة أبواب أو فصول تتناول موضوعات ذات طبيعة دستورية إذا نظرنا إلى مفهوم الدستور بمعناه الضيق، أي باعتباره الوثيقة الدستورية المكتوبة وأردنا التعرف على محتواه، نجد أمامنا حقيقة واقعية تتمثل في أن الدساتير في محتواها وبنائها كلها تقريبا قد انتهجت في تبويب وثيقة الدستور إحدى الأسلوبين:

الأول: يتجسد في صياغة وثيقة الدستور على نحو يُضمنها ديباجة تصدر أحكامها وتمهد لها كما تحتوي قواعد تجسد صلب ومتن الدستور.

الثاني: يتجسد في صياغة وثيقة الدستور بشكل لا يتضمن التمهيد لأحكامها، حيث لا تحتوي وثيقة الدستور على مقدمة أو ديباجة، وإنما يقتصر بناؤها الداخلي على القواعد التي تمثل صلب ومتن الوثيقة الدستورية. وفي ضوء ما تقدم سوف نستعرض في هذه الورقة البحثية الأهمية القانونية والفلسفية لديباجة الدستور، إذا كانت الأهمية القانونية قد تناولها الفقه الدستوري بإسهاب، إلا أن الأهمية الفلسفية للديباجة لم يعطيها ذات الاهتمام حيث ستكون الورقة مقسمة إلى عدة مطالب، المطلب الأول ماهية الديباجة، والمطلب الثاني الموضوعات التي تناولها الديباجة، والمطلب الثالث سنتناول فيه كيفية صياغة ديباجة الدستور أما المطلب الرابع سنتطرق فيه إلى الأهمية الفلسفية لوجود ديباجة الدستور، ثم المطلب الخامس والأخير نتناول فيه القيمة القانونية لديباجة الدستور.

### • الإشكالية:

1. هل اتفق الفقه الدستوري العربي على اسم واحد للديباجة؟
2. هل يشترط في ديباجة الدستور شكل معين؟

3. هل تؤثر على قيمة الدستور عدم وجود ديباجة؟

4. هل تعتبر الديباجة جزءاً من الدستور وتكتسب ذات القيمة القانونية التي يكتسبها الدستور؟

#### • أهمية البحث:

تتلخص أهمية البحث في عدم اهتمام الباحثين والفقهاء الدستوري الليبي على وجه الخصوص بديباجة الدستور سواء من حيث الشكل أو المضمون، وكذلك اختلاف الدساتير وعدم اتباعها نسق واحد في صياغة ديباجتها، وعدم الاتفاق بين فقهاء القانون الدستوري على قيمتها القانونية.

#### • المنهج المتبع في الدراسة:

سوف نتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن من خلال التطرق لمشروع الدستور الليبي لعام 2017م، ودستور المملكة الليبية الصادر عام 1951م وتعديلاته الملغي، كذلك دساتير دول الربيع العربي كالدستور التونسي والمصري باعتبارها دول مرت بمراحل انتقالية، وكذلك بعض الدساتير العالمية كدستور الولايات المتحدة الأمريكية، ودستور الجمهورية الفرنسية، ودستور جمهورية الصين الشعبية، ودستور جنوب أفريقيا، ودستور الجمهورية الإيرانية.

### المطلب الأول:

#### ماهية ديباجة الدستور:

سننطلق في هذا المطلب إلى مفهوم الديباجة من ناحية لغوية، ثم من ناحية اصطلاحية في فرعين مستقلين.

#### الفرع الأول: مفهوم الديباجة من حيث اللغة:

قبل الخوض في مفهوم الديباجة من حيث اللغة العربية لا بد من الإشارة إلى أنه لا يوجد مصطلح واحد متفق عليه يستخدم للدلالة على ذلك الجزء من الدستور الذي يسبق تسلسل المواد والفصول،<sup>(1)</sup> ولديباجة الدستور تسميات مختلفة تسمى المقدمة أو التصدير أو التوطئة، ومصطلح التوطئة استعمله واضعوا الدستور التونسي الأخير الصادر سنة 2014م، ويمكن القول أن المشروع الدستوري التونسي انفرد باستعمال مصطلح التوطئة في دستور 1959م، وبعد ذلك استعمله في دستور عام 2014م، وهذه العبارة مشتقة لغة من الفعل (وطأ)، ويعني (هياً)، ويقول ابن الأثير التوطئة هي التمهيد.<sup>(2)</sup>

1 - إيمان قاسم هاني ، طبيعة مقدمات الدساتير والالزاميتها مقال منشور على شبكة الإنترنت ، <https://www.scribd.com/document/454158848/طبيعة-مقدمات-الدساتير-pdf> آخر زيارة للموقع يوم 19 - 3-2021م،

2- نجد أن الدستوري المغربي الصادر عام 2011م استعمل مصطلح تصدير وليس مصطلح ديباجة ، الدستور المغربي المنشور على شبكة الإنترنت موقع وزارة المكلفة بالعلاقات مع البرلمان والمجتمع المدني <http://www.mcrp.gov.ma/default.aspx> آخر زيارة للموقع يوم 19 - 3-2021م ، للمزيد انظر لمقال عبد الله الأحمد، مفهوم توطئة الدستور وقيمتها السياسية والقانونية، المنشور على شبكة الإنترنت على موقع <https://www.turess.com/assabah/65530> ومصطلح المقدمة استعمله واضعوا دستور المملكة الليبية الصادر عام 1951م

الديباج بالكسر فارسي معرب وجمعه (ديبايج)، وإن شئت (ديبايج) بباء قبل الألف بنقطة واحدة، و(الديباجتان): الحدان. دبح يدبح تديبجاً فهو مدبج، والمفعول مدبج، دبح الصانع الثوب: نقشه وزينه "دبح إناء من الخزف"، دبح الشيء: حسنه، جوده ونمقه "دبح المقال/ دبح رسالة رقيقة إلى أهله: كتبها بأسلوب جميل" وديباجة الكتاب: فاتحته، ويقال: لكلامه، وشعره، وكتابه، وديباجة حسنة: أسلوب حسن. والديباجتان: الحدان. تقول: هو يصون ديباجتيه.<sup>(1)</sup>

والديباجة (في القضاء): ما يُصدَّرُ به الحكم، من دُكر المحكمة ومكانها وقضائها وتاريخ صدور الحكم. والديباجة (في القانون الدولي): ديباجة المعاهدة: مقدّمة تتضمّن ذكر الدّواعي والأغراض التي دعت إلى عقدها. مدبج (مفرد): 1. اسم مفعول من دبح، 2. (حد) رواية الأقران سنا وسندا.<sup>(2)</sup> هذا المعنى اللغوي لمفهوم الديباجة أما المفهوم الاصطلاحي سوف نتناوله في الفرع الثاني.

### الفرع الثاني: المفهوم الاصطلاحي للديباجة:

الوثيقة الدستورية من الناحية الشكلية تضعها غالباً سلطة مختصة بإجراءات معينة أما من الناحية الموضوعية فتحتوي على التوجهات الرئيسية للمجتمع، والبناء التنظيمي السياسي للدولة بسلطاتها العامة والعلاقات التي تنشأ بين هذه السلطات أو بينها وبين الأفراد، أما من الناحية الفنية فتبدأ الوثيقة الدستورية غالباً بمقدمة، هذه المقدمة تكون في كثير من الأحيان تمثل انعكاساً لفلسفة المجتمع، وللمتغيرات السياسية والاجتماعية وغيرها من التغيرات التي يموج بها المجتمع، وتكون كذلك انعكاساً لطريقة وضع الدستور.<sup>(3)</sup>

ديباجة الدستور تعني المقدمة المصاغة بأسلوب حسن، التي تمهد لما يأتي بعدها، وهي تعكس السياق السياسي والاجتماعي والتاريخي للدولة وقد احتوت غالبية دساتير دول العالم على ديباجة تمهد لمتونها، فالأصل في الدساتير هو احتوائها على ديباجة، والاستثناء هو خلوها منها.

تعتبر الديباجة المدخل الرئيسي لمتن الدستور فالكثير من دساتير العالم يوجد بها ديباجة منها دستور المملكة الليبية الصادر 1951م الملغى يحتوي على مقدمة تبين فلسفة الدستور.<sup>(4)</sup>

وتكمن أهميتها باعتبارها معبرة عن التوجه الأيديولوجي والسياسي الذي تبناه واضعو الدستور، وتعتبر أيضاً بمثابة تعبير عن ضمير الأمة في وقت محدد أو بمعنى آخر تعبير عن أفكار وأيدولوجيات متفق عليها من قبل الأغلبية، ويعتبرها

1- الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان للطباعة والنشر، لبنان، 1986م، ص 83.

2- أحمد مختار عمر، اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، الطبعة الأولى، القاهرة، 2008م، ص 719.

3- زياد عطا عرجة، العون في القانون الدستوري، دار أمواج للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 2015م، ص 49، 50.

4- دستور المملكة الليبية، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، 1951

البعض ضرورية؛ لأنها تسلط الضوء على أهداف وأولويات الدستور إلى جانب موقعها المميز مقارنة مع موضع صلب الدستور بالمفهوم الضيق<sup>(1)</sup>.

ويمكن القول بأن ديباجة الدستور هو ذلك الجزء من الدستور الذي يسبق تسلسل أحكام الدستور المنتظمة في إطار فصول ومواد متعاقبة تأتي في الدستور أو الذي يفتح به الدستور ممهدا لأحكامه.<sup>(2)</sup> وبعبارة أخرى فإن ديباجة الدستور عبارة عن وثيقة موجودة في بداية الدستور يتعرف الشعب من خلالها على فلسفة نظام الدولة والحقوق التي يتمتع بها، والواجبات التي تفرض عليه، فهي بكل بساطة مقدمة للدستور، ويمكن القول بأنها بمثابة مقدمة تفسيرية معبرة عن الظروف أو الإطار الذي تمت فيه المصادقة على الدستور.<sup>(3)</sup> وبناء على تلك التعريفات السابقة لمفهوم الديباجة يمكن وضع تعريف محدد لها بأنها: "الجزء المتقدم من الدستور الذي يبين الفلسفة التي يقوم عليها الدستور، والتي يختلف محتواها من دستور إلى آخر، حسب أوضاع وظروف كل دولة.

### المطلب الثاني:

#### أهم الموضوعات التي تتناولها الديباجة

تحتوي ديباجة الدستور على عدة موضوعات مهمة من ضمنها تحديد شكل وأسلوب الحكم وهذا ما سوف نتناوله في الفرع الأول، أما الفرع الثاني سنتناول فيه تحديد الفلسفة التي يعتمدها النظام السياسي.

#### الفرع الأول: تحديد شكل وأسلوب الحكم:

من ضمن الموضوعات التي تتناولها ديباجة الدستور تحديد شكل النظام السياسي المتبع في الدولة، وترسيخ فكرة الديمقراطية، وحكم الشعب حيث نجد أن الكثير من دول العالم تنص على ذلك، ومنها دستور دولة الاستقلال الدستور الليبي الصادر 1951م، وقد نص في ديباجته على "تكوين دولة ديمقراطية مستقلة ذات سيادة تؤمن بالوحدة القومية، وتصون الطمأنينة الداخلية وتهيئ وسائل الدفاع المشتركة، وتكفل إقامة العدالة وتضمن مبادئ الحرية والمساواة والإخاء، وتراعي الرقي الاقتصادي والاجتماعي والخير العام".

فنجد أن الأجداد المؤسسين للدولة الليبية حاولوا ترسيخ فكرة النظام الديمقراطي من خلال النص عليه في ديباجة الدستور، ومن خلال ديباجة الدستور يمكن تحديد بيان إرادة واضعي الدستور في تحديد شكل الدولة هل هي دولة موحدة أو دولة اتحادية، ومن المعلوم أن الاتحاد الفدرالي أو الدولة الاتحادية من سماتها أن ينص عليها في الدستور، وعند

1- بلطش سياسة ، مقال بعنوان ديباجة الدستور في القانون الدستوري المقارن وفقا لتعديل الدستور الجزائري 2016م، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية ، المجلد 55، العدد 3، السنة 2016.

2- إيمان قاسم هاني ، طبيعة مقدمات الدساتير والإلزاميتها ، المرجع السابق.

3- بلطش سياسة ، مقال بعنوان ديباجة الدستور في القانون الدستوري المقارن وفقا لتعديل الدستور الجزائري 2016م، المرجع السابق ص 9.

الحديث عن دساتير الأنظمة الاتحادية فإن خير مثال عليها هو دستور الولايات المتحدة الأمريكية، وقد نص في ديباجته على اتباع الولايات المتحدة الأمريكية النظام الاتحادي وجاء في ديباجته: "نحن شعب الولايات المتحدة، رغبة منا في إنشاء اتحاد أكثر كمالاً، وإقامة العدالة، وضمان الاستقرار الداخلي، وتوفير سبل الدفاع المشترك، وتعزيز الصالح العام وتأمين نعمة الحرية لنا ولأجيالنا القادمة، نرسم ونضع هذا الدستور للولايات المتحدة الأمريكية.<sup>(1)</sup>

ولا يختلف الأمر بالنسبة لدستور المملكة الليبية الصادر عام 1951م قبل التعديل حيث تبني واضعو الدستور النظام الاتحادي في ديباجة الدستور حيث جاء فيها: "بعد الاتفاق وعقد العزم على تأليف اتحاد بيننا، تحت تاج الملك محمد إدريس المهدي السنوسي الذي بايعه الشعب الليبي ونادت به هذه الجمعية الوطنية التأسيسية ملكاً دستورياً على ليبيا".

وقد يعبر مؤسسي الدستور من خلال الديباجة على الإرادة التي سيصدر باسمها الدستور، هل باسم الشعب أو باسم الحاكم أو اسم الحاكم والشعب.

إن أغلب الدساتير الصادرة حديثاً وخاصة بعد الثورات الشعبية تنص على أن الدستور هو صنيع الشعب ويصدر باسمه، فالدستور التونسي الأخير الصادر بعد الثورة التونسية سنة 2014م نص في ديباجته على أن الدستور يصدر باسم الشعب.<sup>(2)</sup>

قد تكون هناك خصوصية معينة للدولة التي تضع دستوراً كأن تكون خارجة من حرب أهلية فتحاول من خلال الدستور أن تؤكد على الوحدة الوطنية ونبذ التفرقة أو العنصرية وأن الدستور الصادر إنما يصدر باسم الشعب بأكمله، حيث نجد دستور جنوب أفريقيا الصادر بعد نظام التمييز العنصري عام 1996م رسخ من خلال الديباجة على فكرة حكم الشعب أو الحكم الديمقراطي.<sup>(3)</sup>

في حين هناك بعض الدساتير تحاول ترسيخ فكرة الحكم الديني في دساتيرها، ومنها دستور الجمهورية الإيرانية الصادر عام 1979م الذي أكد من خلال ديباجته على أن الحكم في إيران حكم ديني، وهذا يقودنا إلى تحديد فلسفة النظام السياسي من خلال ديباجة الدستور، وهو من الموضوعات التي يمكن النص عليها في الديباجة وهذا ما سوف نتناوله في الفرع الثاني.<sup>(4)</sup>

1- دستور الولايات المتحدة الأمريكية المنشور على موقع وزارة الخارجية الأمريكية على شبكة الإنترنت آخر زيارة للموقع 1-4-2021م. [https://www.constituteproject.org/constitution/United\\_States\\_of\\_America\\_1992.pdf?lang=ar](https://www.constituteproject.org/constitution/United_States_of_America_1992.pdf?lang=ar)

2 - "باسم الشعب نرسم على بركة الله نصدر هذا الدستور" الدستور التونسي الصادر سنة 2014م، والمنشور في الرائد الرسمي 14 فبراير 2014م عدد خاص.

3- دستور جنوب فريقي الصادر 1996م، المنشور على شبكة الإنترنت، آخر زيارة للموقع 2-4-2021م، <https://www.constituteproject.org/constitution>

4 - دستور الجمهورية الإيرانية، منشور على شبكة الإنترنت، على الرابط [https://constitutionnet.org/sites/default/files/14-constitution\\_of\\_iran\\_1979.pdf](https://constitutionnet.org/sites/default/files/14-constitution_of_iran_1979.pdf) وللمزيد من

## الفرع الثاني : تحديد فلسفة النظام السياسي:

كما يقول الفيلسوف برادو أن السلطة التأسيسية هي "قوة ناشئة عن إرادة جماعية عامة لقيادة الجماعة السياسية نحو النظام بافتراض سلوك معين على أفراده".<sup>(1)</sup>

فمن خلال الدستور يمكن تحديد فلسفة النظام المتبع في الدولة سواء كانت الفلسفة الدينية - الانتماء الديني للدولة - أو الفلسفة الاقتصادية أو الاجتماعية، فالكثير من دساتير دول العالم تحدد انتمائها الديني من خلال الدستور، حيث تعتبر الهوية الدينية بالنسبة لكثير من البشر في العالم جزء لا يتجزأ من هويتهم المجتمعية أو الوطنية، الأمر الذي يقتضي في بعض الأحيان التعبير عنها من خلال الاعتراف بها دستوريا، وهنا تكمن أهمية الديباجة وعن طريقها يتم الإفصاح عن انتماء الدولة الديني.<sup>(2)</sup>

ومن المعروف بأن مشروع الدستور الليبي الصادر عام 2017م<sup>(3)</sup> لا توجد به ديباجة تحدد من خلالها انتماء الدولة الديني، إلا أن المادة السادسة من مشروع الدستور السالف الذكر ينص على أن الاسلام هو دين الدولة والشريعة الإسلامية وهو مصدر التشريع.<sup>(4)</sup>

لكننا نجد الكثير من الدساتير تبين دين الدولة من خلال ديباجة دساتيرها، فمثلا الدستور المصري الأخير الصادر عام 2014م يؤكد على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع<sup>(5)</sup>، وكذلك الدستور المغربي أكد من خلال ديباجته بأن المملكة المغربية دولة إسلامية ذات سيادة كاملة.<sup>(6)</sup>

وقد يحدد أيضاً من خلال ديباجة الدستور على الفلسفة السياسية التي يقوم عليه النظام السياسي من خلال التأكيد على أحداث معينة صنعت تاريخ الأمة، فنجد الدستور التونسي سالف الذكر ينص في ديباجته على التأكيد على نضال الشعب التونسي ضد الاستبداد والدكتاتورية، وتحقيق أهداف الثورة التونسية.

المعلومات حول هذا الموضوع يمكن الاطلاع على كتاب التحولات السياسية في إيران الدين والحداثة في تشكيل الهوية، للمؤلف موسى النجفي، وموسى الفقيه ، ترجمة قيس آل قيس ، دار بيروت للنشر والطباعة ، الطبعة الأولى، بيروت، 2013م.

1- إسماعيل مرزة ، القانون الدستوري ، منشورات الجامعة الليبية ، الطبعة الأولى، بنغازي ، 1969م، ص115.  
2- تعتبر إحدى وظائف الدستور الرئيسية تاريخياً ولا تزال، هي تنظيم العلاقة بين الدولة والدين، وعلى الرغم من ذلك، لا تزال العلاقة بين الدولة والدين في أنحاء كثيرة من العالم هي إحدى أصعب المشاكل التي يتعين على واضعي الدساتير حلها وخاصة في الدول متعددة الأديان، ولكن هذا الموضوع لا يعتبر إشكالية في الدولة الليبية حيث يعتبر 100% من مواطني الدولة يدينون بالديانة الإسلامية .

3- مشروع الدستور الليبي الصادر عام 2017 <https://h nec.ly/wp-content/uploads/2017/08/1-الدستور.pdf> آخر زيار للموقع يوم 21-2-2022

4- كذلك الأمر بالنسبة للدستور الملكي الليبي الصادر عام 1951م، حيث لم يتص على دين الدولة في ديباجة الدستور وإنما نص عليها في المادة الخامسة منه "الإسلام دين الدولة." "

5- الدستور المصري الصادر سنة 2014م، المنشور على شبكة الإنترنت على موقع مجلس الشعب المصري. [https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt\\_2014.pdf?lang=ar](https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2014.pdf?lang=ar) اخر زيارة للموقع

6 الدستور المغربي، المنشور على شبكة الإنترنت، المرجع السابق.

أما بالنسبة للفلسفة الاقتصادية لنظام الحكم فيمكن من خلال ديباجة الدستور تحديد الفلسفة الاقتصادية، فدستور دولة الصين الشعبية الصادر عام 1982م أكدت ديباجته على "أن النظام السياسي في الصين هو اشتراكي شيوعي يقوده الحزب الشيوعي الصيني".<sup>(1)</sup>

حاولنا تسليط الضوء على أهم الموضوعات التي تتناولها ديباجة الدستور، ومن المعلوم أن الموضوعات التي تتناولها الديباجة كثيرة ولا يمكن حصرها وذلك نتيجة اختلاف ظروف ومكان نشأة الدستور الذي يختلف من دولة إلى أخرى، وكذلك

الأمر في كيفية الصياغة، هذا ما سوف نتناوله في المطلب الثالث.<sup>(2)</sup>

### المطلب الثالث:

#### كيفية صياغة ديباجة الدستور

من خلال هذا المطلب سنحاول تبيين طرق صياغة ديباجة الدستور وسيكون في فرعين الفرع الأول (أسلوب الصياغة على شكل فقرات)، والفرع الثاني (الأسلوب الإنشائي المطول أو الموجز).

#### الفرع الأول: أسلوب الصياغة على شكل فقرات

تختلف طرق صياغة ديباجة الدستور من دولة لأخرى، فليس هناك طريقة واحدة متبعة لصياغة الديباجة فنجد بعض الدول على مدى تاريخها الدستوري تتبع أكثر من طريقة في صياغة دساتيرها، فبعضها يتبع أسلوب الصياغة على شكل مواد أو فقرات، والبعض الآخر بشكل الأسلوب الإنشائي المطول أو الموجز، أما بالنسبة للأسلوب الأول فنجد ديباجة دستور جنوب أفريقيا السالف الذكر مقسمة إلى أربع فقرات مختلفة توضح من خلالها أهداف الدستور التي من ضمنها معالجة انقسامات الماضي وتأسيس مجتمع مبني على القيم الديمقراطية والعدالة الاجتماعية وحقوق الإنسان الأساسية.

وكذلك الأمر بالنسبة للدستور المغربي حيث كانت مقدمته التي أسماها التصدير مقسمة إلى فقرات يؤكد من خلالها على بعض المبادئ والقيم التي من ضمنها العمل على الانتماء للاتحاد المغاربي كخيار استراتيجي؛ وتعميق أواصر الانتماء إلى الأمة العربية والإسلامية.

1- دستور جمهورية الصين الشعبية الصادر عام 1982م، المنشور على شبكة الإنترنت على موقع <http://arabic.people.com.cn/n3/2017/1104/c31664-9288693.html> آخر زيارة للموقع 2-4-2021م.

2- نجد الكثير من الدساتير تشيد بالتضحيات المقدمة من قبل أبناء الشعب في سبيل تحقيق الاستقلال والحرية وخاصة الدساتير التي تصدر بعد الثورة، فمثلا الدستور المصري الصادر سنة 2014م، والدستور التونسي الأخير الصادر بعد الثورة التونسية، وبعض دساتير الدول التي يوجد بها تنوع عرقي تؤكد على الوحدة الوطنية للدولة وهذا ما نجده في ديباجة دستور جنوب أفريقيا الصادر عام 1996م.

وقد يكون أسلوب صياغة ديباجة الدستور على شكل إنشائي مطول أو موجز، وهذا ما سوف نتناوله في الفرع الثاني.

### الفرع الثاني: الأسلوب الإنشائي المطول أو الموجز:

يعتبر الأسلوب الإنشائي المطول أو الموجز من أساليب صياغة ديباجة الدستور، حيث نجد الدستور المصري الصادر عام 2014م يتكون من أكثر من خمسين سطر، وكذلك الدستور الصيني الصادر عام 1987م، حيث يمتاز بديباجة مطولة مقارنة ببقية دساتير العالم، ويعتبر الأسلوب الإنشائي المطول من الأساليب النادرة في صياغة الديباجة. وقد يتبع واضعو الدستور الأسلوب الإنشائي الموجز، حيث يعتبر البعض مشروع دستور الدولة الليبية الصادر عام 2017م يوجد به ديباجة، وأن لم تتجاوز سطر ونصف، ونجد أيضا دستور المملكة الليبية الصادر عام 1951م قد اتبع في صياغة ديباجته الشكل الإنشائي الموجز، حيث لا تتجاوز الديباجة سبعة أسطر. ومن الدساتير التي اتبع واضعوها الأسلوب الإنشائي الموجز الدستور الأمريكي الصادر عام 1787م، حيث لا تتجاوز ديباجته المترجمة للعربية ثلاثة أسطر، وكذلك الأمر بالنسبة للدستور الفرنسي الصادر عام 1958م حيث يحتوي على ديباجة قصيرة لا تتجاوز عدة أسطر<sup>(1)</sup>، عكس الدستور الفرنسي للجمهورية الرابعة الصادر عام 1946م، حيث يحتوي على ديباجة مطولة أصبحت موضوعاتها جزء من الدستور الفرنسي الحالي. هناك بعض الدساتير التي تجمع بين أسلوبين أو أكثر في صياغة الديباجة كدستور جنوب أفريقيا الصادر عام 1996م حيث يجمع بين أسلوب الصياغة الإنشائي وال فقرات.

### المطلب الرابع:

#### الأهمية الفلسفية لوجود ديباجة للدستور

اختلف فقهاء القانون الدستوري على الأهمية الفلسفية لوجود ديباجة للدستور من عدمها، حيث سنطرح من خلال هذه الدراسة وجهتي النظر التي تؤيد وتعارض وجود ديباجة للدستور من خلال فرعين، الفرع الأول إنكار أهمية وجود ديباجة للدستور، والفرع الثاني ضرورة وجود ديباجة للدستور.

#### الفرع الأول: إنكار أهمية وجود ديباجة للدستور:

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه لا يعيب الدستور عدم وجود الديباجة، فالكثير من دساتير العالم ليست بها ديباجة فهناك أكثر من خمسين دولة في العالم لا تحتوي دساتيرها على أية ديباجة، وأغلبها دول تصنف من الدول المتحضرة.<sup>(2)</sup>

1- دستور الفرنسي الصادر عام 1958

آخر زيارة للموقع يوم [https://www.constituteproject.org/constitution/France\\_2008.pdf?lang=ar](https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=ar)

2022-2-25

2- ومنها أستراليا، إيطاليا، النمسا، بلجيكا، كندا، الدنمارك، هولندا، النرويج، ماليزيا، المكسيك، لبنان، فنلندا، رومانيا، السويد... وغيرها.

وأدت دساتيرها الدور المنوط به على الرغم من عدم وجود ديباجة، حيث يمكن النص على الموضوعات التي يجب أن تتناولها الديباجة في صلب الدستور دون أن يؤثر ذلك على أهميته، فعدم وجود ديباجة للدستور لا يصيبه بالنقص أو الضعف، وهذا الرأي تبنته الهيئة التأسيسية لوضع الدستور الليبي وبالفعل صدر مشروع الدستور دون وجود ديباجة حقيقية للدستور - اقتصر الأمر على سطر واحد فقط - رغم اعتراض بعض أعضاء الهيئة وتأكيدهم على أهمية الديباجة، والموضوعات التي تتناولها إلا إن مسودة الدستور صدرت مع عدم وجود ديباجة بالمعنى الصحيح .

وهذا الاتجاه يرى أن ديباجة الدستور ليس لها سوى قيمة أدبية فقط، فهي مجرد مبادئ توجيهية وعلى المشرع أن يلتزم بها وأن يدخل مضمونها في نصوص قانونية سواء في صلب الدستور، أو في التشريعات العادية. (1)

### الفرع الثاني: ضرورة وجود ديباجة للدستور:

هناك اتجاه آخر يرى بأن القيمة ليست في الديباجة في ذاتها من حيث الوجود أو عدمه، إنما في الموضوعات التي تتناولها الديباجة كتحديد فلسفة الدستور من خلال النص على الثوابت والأسس التي تقوم عليها الدولة، كالتأكيد على الوحدة الوطنية، وسيادة الشعب، ونضال الأجداد، والتضحيات المقدمة من قبل أبناء الشعب في سبيل تحقيق الاستقلال والحرية، هذه الموضوعات محلها ديباجة الدستور؛ فخلو مشروع الدستور من الديباجة يجعل منه دستور قاصر ومعيب؛ وذلك نظراً لأهمية الموضوعات التي يمكن أن تحتويها الديباجة، خاصة بأن بعضها لا محل له في متن الدستور، وهذا الرأي تبناه أغلب معارضي مشروع الدستور الليبي الصادر عن الهيئة التأسيسية لصياغة الدستور سنة 2017م.

كذلك يرى البعض أن وجود الديباجة وتحديدًا في دساتير الدول التي مرت بمراحل انتقالية، وخاصة بعد سقوط الأنظمة يعتبر ضروري ليعطي قوة للدستور تجعله ينطلق من قواعد ثابتة. (2)

وكانت رؤية واضعي مشروع الدستور الليبي بأن الديباجة قد تحتوي على موضوعات محل خلاف بين واضعي الدستور وأن الدستور لجميع أفراد الشعب الليبي على اختلاف أفكارهم وتوجهاتهم السياسية، ورد البعض على ذلك بأنه ليس من الضروري أن ينص في ديباجة الدستور على أحداث مختلف عليها بين من هو مؤيد أو معارض لها، فهناك الكثير من الموضوعات المتفق عليها بين أبناء الأمة الواحدة كالتأكيد على الجهاد ضد الاحتلال في فترة من الفترات كجهاد الشعب الليبي ضد المحتل الإيطالي أو التأكيد على تاريخ الدولة وحضارتها، أو انتمائها القومي أو الاقليمي، وكذلك الأمر بالنسبة لفلسفتها الاقتصادية أو السياسية أو الدينية؛ حيث لا يوجد خلاف بين أفراد الشعب في مثل هذه الموضوعات .

1- إبراهيم بوخرام ، الوسيط في القانون الدستوري ، دار الكتاب الجديد ، الطبعة الأولى، بيروت، 2002م، ص 45.

2 - يبدأ الدستور عادة بديباجة نظرية تتضمن الإشارة إلى منابع الدستور والمبادئ الجوهرية التي يقوم عليها ، والأهداف التي يسعى المجتمع لتحقيقها وترسم الديباجة عادة - الخطوط الرئيسية التي يتبناها الدستور كنهج لسياسة الدولة وإرادتها كما بينا سالفاً في بداية البحث .

## المطلب الخامس:

## القيمة الإلزامية لديباجة الدستور

اختلف فقهاء القانون الدستوري حول القيمة الإلزامية لديباجة الدستور، فهناك رأي يعطي لديباجة لدستور قوة إلزامية، وهذا ما سوف نتناوله في الفرع الأول، والرأي الثاني لا يعطي لديباجة الدستور أي قيمة إلزامية، وهذا ما سوف نتناوله في الفرع الثاني.

## الفرع الأول: الرأي المؤيد للقيمة الإلزامية للديباجة:

يعتقد أنصار هذا الاتجاه أن المبادئ الواردة في ديباجة الدساتير لها قيمة قانونية لا شك فيها ومع ذلك اختلف مؤيدو هذا الاتجاه حول مدى هذه القيمة. وهناك رأي بأن لمقدمات الدساتير قيمة أعلى من قيمة النصوص الدستورية؛ لأنها تضم الأسس التي تقوم عليها، فهي تعتبر القانون الأعلى للدولة، وأحكامها واجبة الاتباع، ويلتزم القضاء بها عند الفصل في أي نزاع، وبالتالي فهي تتفوق على النصوص الدستورية نفسها، وحجة هذا الرأي أن ديباجة الدستور معبرة عن الإرادة العليا للأمة؛ لأنها تتضمن الأسس والمبادئ التي يسن على هديها الدستور، مما يفرض على السلطة التي تضع الدستور باحترام هذه المبادئ وعدم مخالفتها.<sup>(1)</sup>

وهناك اتجاه آخر من الفقه يذهب إلى أبعد من ذلك فيرى أن ديباجة الدستور أعلى من الدستور نفسه، وسنده في ذلك أنه لما كانت الديباجة تنطوي على مبادئ أساسية، فإن توجيهاته لا تنصرف إلى المشرع العادي فحسب بل إن المشرع الدستوري نفسه ملزم باتباع هذه التوجيهات، والا أصبحت دون معنى.

ولم يتعرض القضاء الليبي للمكانة القانونية للديباجة دستور 1951م أبان الحكم الملكي، وكذلك الأمر بالنسبة لمقدمة الوثائق الدستورية التي كانت في عهد النظام السابق، ولا يختلف الأمر أيضاً في المرحلة الانتقالية بعد ثورة السابع عشر من فبراير. على خلاف الوضع في ليبيا كان للقضاء الدستوري المصري رأي في القيمة القانونية لديباجة الدستور، واعتبر ديباجة الدستور جزء من الدستور، ولها القيمة القانونية لصلب الدستور، وهذا رأي أغلب فقهاء القانون الدستوري، وأكد على ذلك المشرع الدستوري المصري في مادته 227 من الدستور الصادر عام 2014م حيث جاء فيه: "يشكل الدستور بديباجته وجميع نصوصه نسيجاً مترابطاً وكُلًّا لا يتجزأ، وتتكامل أحكامه في وحدة عضوية متماسكة" وحسم الخلاف حول قيمتها القانونية.

هذا الرأي يعتبر ديباجة الدستور جزء من الدستور نفسه مرت بنفس المراحل التي مر بها وضع الدستور وإصداره؛ ولذلك كان من المنطقي أن تكون لهذه المقدمات قوة النصوص الواردة في صلب الوثيقة الدستورية ذاتها.

وهذا الاستخلاص السابق - رغم وضوحه - إلا أن الأمر اختلف في فرنسا أبان دستور الجمهورية الرابعة بسبب موقفه من الرقابة الدستورية والتي طرحت قضية القيمة القانونية لمقدمات الدساتير على القضاء بمناسبة دعوى دارت حول إلزامي مقدمة دستور 1946م، وقد واجه بحث الأمر مشكلة في أن اللجان الدستورية المناط بها رقابة الدستورية

1- حنان محمد القيسي، النظرية العامة للقانون الدستوري، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2015م، ص70.

تحددت دائرة عملها بالأبواب العشرة من الدستور، وهو ما يفيد استبعاد مقدمة الدستور من هذا النطاق، ومع ذلك اتجه القضاء لإضفاء القوة القانونية على مقدمة دستور 1946م، وتوحدت الرؤيا في هذا الشأن بين القضاء العادي والإداري.<sup>(1)</sup>

وعلى خلاف دستور 1946م أعطي دستور 1958م للمجلس الدستوري الاختصاص بالرقابة على دستورية مشروعات القوانين التي تخالف الدستور دون استبعاد المقدمة؛ ولذلك استقر الرأي بين الفقهاء الفرنسيين على أن مقدمة دستور 1958م لها قوة الدستور نفسه.<sup>(2)</sup>

### الفرع الثاني: الرأي المعارض لأي قيمة إلزامية للديباجة:

هذا الاتجاه ينكر كل قيمة قانونية للمقدمة، واعتبارها تعكس مبادئ فلسفية مجردة من أية قيمة إلزامية تقيد السلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية، وكل ما لها هو قيمة معنوية وأدبية فقط.

فهذه المقدمة أو الديباجة هي عبارة عن إعلان، وهي لا تعدو أن تكون قواعد فلسفية أو برامج لا شأن للقانون بتنظيمها، ولو أراد المشرع أن يصيغ عليها الصفة القانونية لنظمها في صلب الدستور خاصة إذا أراد أن يراعي الناحية الشكلية، وليحسم أي خلاف قد يثار في المستقبل هذا الشأن عن طريق نصوص وعناوين واضحة ومحددة لا أن يوردها في المقدمة، إذ إن العبارات المنسقة والرنانة قد تثير مسامح الإنسان البسيط لا رجال القانون الذي عليه أن يستعمل منهجيه في التفريق بين ما هو ملزم وما هو اختياري غير ملزم، وأخذ بهذا الرأي رواد المدرسة الشكلية التي يقودها كاردي مابرج وايسمان.<sup>(3)</sup>

وإذا كانت المقدمة تعرضت في بعض مواضعها إلى بناء الدولة الديمقراطية الحديثة، والدولة المدنية، وإقرار مبدأ لتداول السلطة، وإعلاء المساواة والمواطنة، فالأمر أشبه بالشعارات من وإلى القواعد القابلة للنفذ باليات محددة.<sup>(4)</sup> غير أن هذا الإلزام، يظل التزاماً أدبياً، فإذا امتنع المشرع عن ذلك، فإنه لا يجوز التمسك بها قانوناً في مواجهة السلطة العامة، ولا يجوز الطعن في شرعية القوانين الصادرة بالمخالفة.<sup>(5)</sup>

1- محمد رفعت عبدالوهاب القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، 2015م، ص48.

2- مقال بعنوان القيمة القانونية لمقدمة الدستور، مشور على شبكة الإنترنت، <https://lahodod.blogspot.com/2017/04/value-of-constitutions.html?hl=en> آخر زيارة للموقع يوم

2022-4-4

3- هشام باناجه حقوق الإنسان بين الشرائع القديمة والحقوق الدولية المعاصرة، دار أوراق للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة 2017م.

4- محمد رفعت عبدالوهاب، المرجع السابق، ص56.

5- محسن خليل القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الطبعة الثانية، الإسكندرية 1971م، ص110، المشار إليه في

كتاب إبراهيم بوخزام، الوسيط في القانون الدستوري، المرجع السابق ذكره ص71.

## الخاتمة

قد حاولنا من خلال هذه الورقة البحثية توضيح المقصود بديباجة الدستور من حيث اللغة والاصطلاح والربط بين المعنيين، حيث نجد أن هناك تطابق بين المعنى اللغوي والاصطلاح، ويمكننا القول بأنه لا توجد صياغة موحدة لديباجة الدستور، فهناك من يأخذ بطريقة النقاط أو الفقرات، وهناك دساتير أخذت بطريقة الإنشاء سواء الموجز أو الطويل، وهناك أيضا من يجمع بين الأسلوبين حيث لا توجد قاعدة معينة في صياغة الديباجة.

وكذلك لا يوجد اتفاق بين فقهاء القانون الدستوري على أهمية وجود الديباجة من عدمها في الدستور على الرغم من أهميتها، وخاصة بالنسبة للدساتير القائمة بعد المراحل الانتقالية، وتعود أهميتها لأهمية الموضوعات التي تتناولها، حيث تعتبر من الركائز التي يجب أن تقوم عليها الدولة الجديدة.

وقد اختلف فقهاء القانون الدستوري على القوة القانونية لديباجة الدستور بين من يعطيها قوة الدستور نفسه وبين من يقلل من قيمتها القانونية والإلزامية.

ومن خلال هذا البحث توصلنا إلى عدة نتائج وتوصيات أهمها:

## • النتائج:

- 1- هناك اختلاف بين الدساتير العربية في تسمية الديباجة وهناك من يسميها مقدمة أو توطئة أو تصدير، وذلك يعود للموروث القانوني والدستوري لهذه الدول.
- 2- لا يوجد اتفاق بين دساتير دول العالم على اتباع أسلوب معين في صياغة الديباجة، وقد نجد أن الدول الواحدة تتبع أكثر من أسلوب في صياغة ديباجة دساتيرها، وهذا منطقي لاختلاف زمان وظروف وضع الدستور.
- 3- عدم وجود اتفاق على الأهمية الفلسفية لوجود الديباجة من عدمها.
- 4- على الرغم من عدم اتفاق فقهاء القانون الدستوري على القيمة القانونية لديباجة الدستور، إلا أن القضاء الفرنسي والمصري حسم المسألة وأعطى لديباجة الدستور قوة متن الدستور باستثناء القضاء الليبي الذي لم يتطرق للقيمة القانونية للديباجة.

## • التوصيات:

- 1- على المشرع الدستوري الليبي التركيز على إبراز فلسفة الدستور من خلال ديباجته، ويؤكد من خلالها على الثوابت والأسس التي تقوم عليها الدولة الليبية الحديثة .
- 2- يجب على المراكز البحثية الليبية الاهتمام بالموضوعات المتعلقة بمشروع الدستور الليبي من خلال الدراسات والندوات العلمية ليستطيع المواطن الليبي تكوين رأي سليم بخصوص مشروع الدستور والاستفتاء عليه.
- 3- على مراكز الاستطلاع في الدولة الليبية خاصة المرتبط بالمفوضية العليا للانتخابات إجراء استطلاع رأي على أهمية وجود ديباجة للدستور باعتبار أن الشعب هو الذي يقرر مصير مشروع الدستور بقبوله أو رفضه.

## قائمة المراجع

## • الكتب :

1. إبراهيم بوخزام ، الوسيط في القانون الدستوري ، دار الكتاب الجديد ، الطبعة الأولى، بيروت، 2002م.
2. إسماعيل مرزة، القانون الدستوري، منشورات الجامعة الليبية، الطبعة الأولى، بنغازي ، 1969م.
3. حنان محمد القيسي، النظرية العامة للقانون الدستوري، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2015م.
4. زياد عطا عرجة ، العون في القانون الدستوري ، دار أمواج للنشر والتوزيع ، عمان الأردن، الطبعة الأولى ، 2015م
5. محسن خليل القانون الدستوري والنظم السياسية ، منشأة المعارف ، الطبعة الثانية، الإسكندرية 1971م.
6. محمد رفعت عبدالوهاب القانون الدستوري ، دار الفكر العربي ، القاهرة، 2015م، ص48.
7. موسى النجفي ، وموسى الفقيه ، ترجمة قيس آل قيس ، دار بيروت للنشر والطباعة ، الطبعة الأولى، بيروت، 2013م.
8. هشام باناجه حقوق الإنسان بين الشرائع القديمة والحقوق الدولية المعاصرة دار أوراق للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى، القاهرة 2017م.

## • مقالات

1. إيمان قاسم هاني ، طبيعة مقدمات الدساتير والالتزاميتها، مقال منشور على شبكة الإنترنت ، <https://www.scribd.com/document/454158848> /طبيعة-مقدمات-الدساتير ، آخر زيارة للموقع يوم 19-3-2021م،
2. بلطش سياسة ، مقال بعنوان دياحة الدستور في القانون الدستوري المقارن وفقا لتعديل الدستور الجزائري 2016م، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية ، المجلد 55، العدد 3، السنة 2018.
3. عبد الله الأحمد، مفهوم توطئة الدستور وقيمتها السياسية والقانونية، المنشور على شبكة الإنترنت على موقع <https://www.turess.com/assabah/65530>
4. مقال بعنوان القيمة القانونية لمقدمة الدستور ، مشور على شبكة الإنترنت ، <https://lahodod.blogspot.com/2017/04/value-of-constitutions.html?hl=en> آخر زيارة للموقع يوم 4-4-2022

## • المعاجم والقواميس :

1. أحمد مختار عمر، اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب ، الطبعة الأولى، القاهرة 2008م.
2. الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان للطباعة والنشر، لبنان، 1986م،

## • الدساتير :

1. دستور المملكة الليبية ،مطابع دار النشر للجامعات المصرية،1951
2. مشروع الدستور الليبي الصادر عام 2017 [https://h nec.ly/wp-](https://h nec.ly/wp-content/uploads/2017/08/1pdf) pdf آخر زيارة للموقع يوم 21- 2- 2022
3. "الدستور التونسي الصادر سنة 2014م، والمنشور في الرائد الرسمي 14 فبراير 2014م عدد خاص.
4. الدستور المصري الصادر سنة 2014م، المنشور على شبكة الإنترنت على موقع مجلس الشعب المصري.  
[https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt\\_2014.pdf?lang=ar](https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2014.pdf?lang=ar)  
آخر زيارة للموقع
5. الدستور المغربي المنشور على شبكة الإنترنت موقع وزارة المكلفة بالعلاقات مع البرلمان والمجتمع المدني  
<http://www.mcrp.gov.ma/default.aspx> آخر زيارة للموقع يوم 19- 3- 2021م
6. دستور الولايات المتحدة الأمريكية المنشور على موقع وزارة الخارجية الأمريكية على شبكة الإنترنت آخر زيارة للموقع 1-4-2021م.  
[https://www.constituteproject.org/constitution/United\\_States\\_of\\_America\\_1992.pdf?lang=ar](https://www.constituteproject.org/constitution/United_States_of_America_1992.pdf?lang=ar)
7. دستور الفرنسي الصادر عام 1958  
[https://www.constituteproject.org/constitution/France\\_2008.pdf?lang=ar](https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=ar)  
آخر زيارة للموقع يوم 25-2-2022
8. دستور جمهورية الصين الشعبية الصادر عام 1982م، المنشور على شبكة الإنترنت على موقع  
<http://arabic.people.com.cn/n3/2017/1104/c31664-9288693.html>  
آخر زيارة للموقع 2-4-2021م.
9. دستور جنوب فريقي الصادر 1996م، المنشور على شبكة الإنترنت، آخر زيارة للموقع 2-4-2021م،  
[https://www.constituteproject.org > constitution](https://www.constituteproject.org/constitution)
10. دستور الجمهورية الإيرانية ، منشور على شبكة الإنترنت ، على الرابط  
[https://constitutionnet.org/sites/default/files/14-constitution\\_of\\_iran\\_1979.pdf](https://constitutionnet.org/sites/default/files/14-constitution_of_iran_1979.pdf)

## شركة المحاصة دراسة في القانون التجاري الليبي

الأستاذ/ أبو بكر عبد السلام بن زيد

كلية العلوم الشرعية مسلاته/ الجامعة الأسمرية الإسلامية

### المقدمة

تعتبر شركة المحاصة من شركات الأشخاص التي تقوم على الاعتبار الشخصي، وقد نظمها قانون النشاط التجاري (2010/23م) في الفصل الثاني من الباب الثالث من الكتاب الأول وذلك في المواد (91-97). وتكتسي شركة المحاصة أهمية عملية كبيرة، فأغلب التعاملات المنفردة تتم من خلالها، ذلك أن الشركاء فيها معقون من إجراءات شكلية قد تطول بهم وتؤدي إلى ضياع الفرصة عليهم مما حدا بالمشرع إلى التخفيف من الشروط بحيث جعلها تتمتع بخصوصية معينة مقارنة بمثيلاتها من شركات الأشخاص، بل وحتى الشركات التجارية نفسها، هذه الخصوصية تظهر من حيث الإنشاء (المطلب الأول) ومن حيث النشاط الممارس (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### خصوصية شركة المحاصة من حيث الإنشاء

إن لشركة المحاصة طابعاً مميزاً يميزها عن غيرها من الشركات، فهي ذات طبيعة مزدوجة (أولاً) كما أنها لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية (ثانياً) وأخيراً لا ترد عليها التصفية (ثالثاً).

أولاً / الطبيعة المزدوجة لشركة المحاصة:

نصت المادة (2/13) من القانون التجاري على أنه ((أما أنه بالنسبة لشركة المحاصة فتكون تجارية أو مدنية بحسب طبيعة نشاطها)).

وبالتالي فإنه وفقاً للنص السابق فإن شركة المحاصة قد تكون شركة مدنية وقد تكون تجارية حسب النشاط الممارس، فالمعيار الذي تبناه المشرع الليبي بالنسبة لشركة المحاصة هو المعيار الموضوعي الذي يقوم على طبيعة النشاط الذي تمارسه الشركة، فإذا مارست الشركة نشاطاً يدخل في ضمن الأنشطة التجارية مثل نشاط المقاولات أو التوريد أو الشراء من أجل إعادة البيع، أو التصنيع أو غير ذلك من الأنشطة التجارية التي عدتها المادة (409) من القانون

التجاري، فهي تعتبر شركة تجارية، لأنها مارست نشاطاً تجارياً، أما إذا مارست شركة المحاصة نشاطاً مدنياً مثل النشاط الزراعي أو الحرفي أو التي يقيمها أصحاب المهن الحرة لمزاولة مهنتهم بصورة جماعية فإنها تعتبر شركة مدنية<sup>(1)</sup>.

هذا بخصوص الشركة في حد ذاتها، أما الشركاء فيها فهما نوعان شريك عامل وشريك محاص، وقد يتعدد أحدهما أو الآخر بأن يكون أكثر من واحد وقد لا يتعدد فتقتصر على شريك عامل وشريك محاص فقط.

والشريك العامل هو وحده الذي يكتسب صفة التاجر، لممارسته النشاط التجاري، أما الشركاء الآخرون (الشريك أو الشركاء المحاصون) فإنهم لا يكتسبون صفة التاجر، لعدم ممارسة النشاط التجاري بأنفسهم<sup>(2)</sup>.

هذا فيما يتعلق بالخاصية الأولى الأمر الذي يثير في الذهن مدى تمتع شركة المحاصة بالشخصية الاعتبارية؟ .

ثانياً/عدم تمتع شركة المحاصة بالشخصية الاعتبارية:

نصت المادة (91) من القانون التجاري في عجزها على أن ((شركة المحاصة عقد لا يخضع للشروط الشكلية المفروضة على الشركات التجارية المسماة يشارك شخص بمقتضاه شخصاً آخر في نصيب معين من أرباح نشاطه أو من أرباح صفقة أو أكثر مقابل حصة متفق عليها يقدمها الشريك المحاص خلال مدة معينة)).

واضح من خلال هذا النص أن المهم في شركة المحاصة هو الإكتفاء بالشروط العامة اللازمة لإنشاء العقود، والتي تتمثل في الرضا والمحل والسبب، ولا تحتاج شركة المحاصة لقيامها أي إجراء شكلي كالكتابة والقيود في السجل التجاري. وبناء على ذلك فإن شركة المحاصة لا تخضع لواجب القيد في السجل التجاري مما يجعلها لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية، ذلك أن المشرع الليبي في القانون التجاري أوجب على الشركات المنظمة بهذا القانون مهما كانت طبيعية نشاطها القيد في السجل التجاري المختص واستثنى من ذلك بصريح العبارة شركة المحاصة المادة (24تجاري) واعتبر أيضاً أن الشركة لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية إلا اعتباراً من تاريخ قيدها في السجل التجاري (1/25) من القانون التجاري.

يفهم من هذه النصوص أن شركة المحاصة لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية بسبب عدم قيدها في السجل التجاري، حيث أعفاها المشرع من ذلك.

وطالما كان الأمر كذلك فإن الحقوق الناشئة للشخص الاعتباري لا يكون لها وجود، وعلى هذا ليس لها رأس مال، لأن ذلك يعد أثراً من آثار الشخصية الاعتبارية التي تفتقر إليها شركة المحاصة، وبالتالي فالأموال التي تدخل في شركة المحاصة لا بد أن تسجل باسم شخص معين، ولكن من هو هذا الشخص ما دامت الشركة ليس لها شخصية اعتبارية؟.

(1) د. مسعود محمد مادي وفاضل الزهاوي، الشركات التجارية في القانون الليبي، غريان، جامعة الجبل الغربي، الطبعة الأولى، 1997م، بند 8، ص19. د. محمد الجيلاني الأزهري، قانون النشاط الاقتصادي، الجزء الأول، (ب، م) (ب، ن) الطبعة الثامنة، 2017م، ص175-180. د. علي البارودي، القانون التجاري، الاسكندرية، منشأة المعارف، (ب، ط) سنة 1986، ص201.

(2) د. محمد الجيلاني البدوي الأزهري، الشركات التجارية، مذكرات ألفت علي طلبة الدراسات العليا، كلية القانون جامعة طرابلس، للعام الجامعي 2002-2003م، غير منشورة، ص50.

المشرع الفرنسي نص على تسجيل الأموال باسم الشريك العامل، أما المشرع الليبي فلم ينص على هذا الحكم، ولكن حفاظاً على نظام الشركة وأساسها القانوني فإنه يمكن الأخذ بما نص عليه المشرع الفرنسي في هذا الشأن. بالإضافة إلى ذلك ليس لشركة المحاصة عنوان تجاري تتعامل به، وبالتالي ليس لها جنسية، أما القانون الواجب التطبيق عليها فهو قانون الإرادة المشتركة للمتعاقدين<sup>(1)</sup>.

كل ما نص عليه المشرع فيما سبق أكده القضاء، حيث قضت المحكمة العليا في هذا الشأن بأنه (( من المسلمات في شركة المحاصة أنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية فلا رأس مال لها أو ذمة مالية لها مستقلة عن ذمم الشركاء بل يظل كل شريك فيها مالكا لحصته في الأصل...))<sup>(2)</sup>.

وطالما أن شركة المحاصة لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية فإنه لا وجود لها في الظاهر ويجب أن تكون مخفية، بمعنى ألا يعلم الغير بوجودها، لأنه إذا علم بها الغير بطرقه الخاصة (بتوقعاته، بمجدهه) فإنها لا تفقد صفتها كشركة محاصة<sup>(3)</sup>. يبقى من خصوصية شركة المحاصة في مرحلة الإنشاء عدم ورود التصفية عليها وهو ما نقوم بمعالجته الآن.

**ثالثاً/ عدم ورود التصفية على شركة المحاصة:**

تنقضي شركة المحاصة بطرق الانقضاء العامة التي تنقضي بها الشركة بوجه عام، فهي تنقضي بانتهاء مدتها أو بانتهاء العمل الذي قامت من أجله، أو تفاق الشركاء على حلها، نظراً لتوافر الاعتبار الشخصي بين الشركاء وإذا انقضت شركة المحاصة فإن التصفية لا ترد عليها، لأنها لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية ويقتصر الأمر فيها على تسوية بين الشركاء، بحيث يكون للشريك المحاص في جميع الأحوال الحصول على بيان حسابي عن الصفقة بعد إنجازها أو بيان سنوي عن إدارة النشاط إذا امتد لأكثر من سنة ( المادة 2 /94 ) من القانون التجاري الليبي.

وقد قضت المحكمة العليا في هذا الخصوص أن ((التصفية لا ترد على شركة المحاصة، لأنها لا تعتبر شخصاً اعتبارياً وهي لا تملك الحصص التي يقدمها الشركة ولا ترمي إلى إيجاد مال شائع وإنما ترمي إلى قسمة الربح والخسارة))<sup>(4)</sup>. يظهر مما تقدم أنه لا محل للتصفية بمعناها الحقيقي في شركة المحاصة، بسبب عدم تمتعها بالشخصية الاعتبارية، وللسبب نفسه لا تخضع لنظام الإفلاس، ويجب أن يوجه في هذه الحالة إلى الشريك الذي يدير الشركة وأعمالها<sup>(5)</sup>.

(1) د. محمد الجليلاني البدوي الأزهري، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 50 وما بعدها. د. فتوح عبد الرحمن دوما، شرح القانون التجاري الليبي، بنغازي، المكتبة الوطنية للنشر، الطبعة الثالثة، 1992م، ص332.

(2) طعن مدني رقم 4/9، جلسة 14/1/1961م، قضاء المحكمة العليا، القضاء المدني، الجزء الثاني، 1963، ص203.

(3) د. محمد الجليلاني البدوي الأزهري، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص44. د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 343 وما بعدها. د. فتوح عبد الرحمن دوما، شرح القانون التجاري الليبي، مرجع سابق، ص 209. د. مسعود محمد مادي وفاسل الزهاوي، الشركات التجارية في القانون الليبي، مرجع سابق، ص158.

(4) طعن مدني رقم 21/148 ق جلسة 23/05/1976م، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، السنة الثالثة عشرة ص78.

(5) د. عبدة الشخانة، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1992م، غير منشورة، ص394,395.

هكذا تجلت خصوصية شركة المحاصة من حيث الإنشاء ولا تكتمل الصورة وينتهي المشهد إلا بعد معرفة الجانب الآخر والمتمثل في خصوصية شركة المحاصة من حيث النشاط الممارس، وهو ما نتولى بيانه في المطلب الثاني.

## المطلب الثاني

### خصوصية شركة المحاصة من حيث النشاط الممارس

يقصد بالنشاط الممارس في هذا المقام بالنسبة لشركة المحاصة إدارة شركة المحاصة (أولاً) والمسؤولية المترتبة عليها (ثانياً) لتتناول بعد ذلك تقسيم الأرباح والخسائر (ثالثاً).

أولاً/ إدارة شركة المحاصة:

عرفنا فيما سبق أن شركة المحاصة لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية، وليس لها بالتالي الحقوق المترتبة على هذه الصفة، والتي من بينها عدم وجود مدير يمثلها ويقوم بأعمالها نيابة عنها وباسمها ولكن الذي يقوم بإدارتها هو الشريك العامل ((صاحب المحاصة الأصلي)) وذلك كما يفترضه نص المادة ((1/94)) من القانون التجاري على أنه يتمتع على بقية الشركاء المحاصين القيام بأعمال الإدارة الخارجية، ويكون لكل شريك الحق في مباشرة الإدارة الداخلية ومراقبة أعمال الشريك العامل، فلكل شريك الحق في الاطلاع على الدفاتر ومناقشة سر العمل بالشركة وإبداء النصح والإرشاد، وهذه الأمور بالإمكان تنظيمها في عقد الشركة، حيث نصت المادة ((1/94)) من القانون التجاري على أنه ((... ويجوز أن يتضمن العقد حدود رقابة الشريك المحاص وطريقة ممارستها)).

ولكن لا يوجد ما يمنع من قيام كل شريك بالإدارة منفرداً أو مجتمعاً مع غيره من الشركاء، إلا أن كل من يتعامل مع الغير يتعامل باسمه الشخصي دون الإشارة إلى وجود شركاء آخرين معه أو شركة يمثلها، فالغير ليس له ضمان إلا على ذمة الشريك العامل، وبالتالي ليس له دعوى ضد الشريك المحاص ولكن إذا أعلنت الشركة في مواجهة بعض الشركاء دون البعض الآخر، اعتبر هؤلاء الشركاء تجاراً مع ما يرتبه هذا الوصف من تبعات، أما الشركاء الآخرون الذين لا زالوا يحتفظون بطابع خفائهم فإنهم لا يتصفون بذلك الوصف وبالتالي تبقى مسؤوليتهم محدودة<sup>(1)</sup>.

كما أنه قد يتفق الشركاء فيما بينهم على أن يقوموا جميعاً بأعمال الإدارة دون انفراد أحدهم، بمعنى أن يلتزم الشركاء في كل تعاقد مع الغير وفي هذه الحالة يسأل جميع الشركاء في مواجهة الغير باعتبارهم متضامنين معهم للوفاء بالديون وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في افتراض التضامن في الأعمال التجارية، ويلجأ الشركاء إلى هذه الطريقة في الإدارة عادة إذا ما اتفقوا على أن تظل الحصص ملكاً لهم على الشروع.

وقد يتفق الشركاء على توزيع أعمال الشركة فيما بينهم ويخص كل واحد منهم بعمل معين من أعمال الشركة، كأن يتم الاتفاق على أن يختص كل شريك بإدارة حصته لوحده ثم يقدم لباقي الشركاء حساباً عن أعماله، وتوزيع ما ينتج

(1) د. محمد الجيلاني البدوي الأزهرى، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 55. د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 341.

عنها من أرباح، وفي هذه الحالة يتعاقد كل شريك باسمه الشخصي ثم يقوم بنقل آثار هذا التعاقد وفقاً للاتفاق بينه وبين الشركاء إلى صالحهم، وإذا أراد الغير الحصول على حقه فليس أمامه سوى أن ينفد على حصة الشريك الذي تعامل معه، وإذا أبرم أحد الشركاء عقداً مع الغير فليس لشريك آخر مطالبة بتنفيذه<sup>(1)</sup>.

وقد يكون شريكاً في شركة محاصة أحد الأشخاص المعنوية كشركة تضامن أو ذات مسؤولية محدودة، وفي هذه الحالة لا مانع من الناحية القانونية أن يقوم الشخص المعنوي في هذه الحالة بإدارة شركة المحاصة، التي هو شريك فيها والظهور أمام الغير باسمه وعنوانه التجاري الذي يتمتع به قبل إشتراكه في شركة المحاصة، ولا يعتبر هذا بمثابة ظهور أو كشف عن شركة المحاصة في مواجهة الغير، ذلك أن الشخص المعنوي في هذه الحالة يقوم بدور المدير (الشريك الخاص) ويعتبر كأنه يقوم بالأعمال التجارية لحسابه وحده، ويتم إصدار قرارات الشركاء بشأن الشركة بما في ذلك تعديل عقدها بالإجماع، إلا إذا اتفقوا على نسبة أخرى كأغلبية عددية أو مالية معينة<sup>(2)</sup>.

ومما يترتب على الإدارة في شركة المحاصة المسؤولية الناشئة عن التعامل وهو ما فصله الآن.

ثانياً/ المسؤولية في شركة المحاصة:

إن الحديث عن المسؤولية في شركة المحاصة يستوجب الحديث عن مسؤولية الشركاء تجاه بعضهم (أ)، ومسؤولية الشركاء تجاه الغير(ب) .

أ / مسؤولية الشركاء تجاه بعضهم:

إن العقد المبرم بين الشركاء هو الذي ينظم هذه العلاقة ويكون إلزامياً لهم، فإذا تضمن نصاً تم بموجبه تحديد مسؤولية الشريك يتعين الالتزام بذلك الاتفاق، ويتحمل جميع الشركاء المحاصيين آثار التصرفات التي يقوم بها أحد الشركاء تحقيقاً لأغراض الشركة، وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الخصوص بأن (( الشركاء في شركة المحاصة يتحملون آثار العقود التي يبرمها أحد المحاصيين مع الغير تحقيقاً لأغراض الشركة باعتباره وكيلاً عنهم، فيكون الكسب لهم والخسارة عليهم، ويحق لمن تعاقد منهم باسمه مع الغير لحساب الشركة أن يرجع على شركائه في حالة الخسارة فيحملهم نصيبهم فيها))<sup>(3)</sup>.

وتعتبر مسؤولية الشركاء المحاصيين بحسب الأصل محدودة بمقدار حصصهم في الشركة، وإن جاز الاتفاق على أن يتجاوز ذلك بشرط أن يحدد هذا القدر الزائد بين الشركاء، وألا تصل إلى حد إلزام الشركاء في جميع أموالهم حتى لا

(1) د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 337. د. مسعود محمد مادي وفاضل الزهاوي، الشركات التجارية في القانون الليبي، مرجع سابق، ص 161.

(2) د. مسعود محمد مادي وفاضل الزهاوي، الشركات التجارية في القانون الليبي، مرجع سابق، ص 162. د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 338. د. محمد الجيلاني البدوي الأزهرى، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 55.

(3) د. نقض مدني مصري رقم 90/426 ق، جلسة 1960/02/23م، قضاء النقض المدني المصري يناير، 1960م، العدد الثاني عشر، السنة 8، ص 170.

تنقلب إلى شركة تضامن<sup>(1)</sup> حيث نصت المادة (93) من القانون التجاري على أنه ((لا يكتسب الغير حقوقاً ولا يتحمل التزامات إلا تجاه صاحب المحاصة الأصلي)).

ب/ مسؤولية الشركاء تجاه الغير :

كما نصت المادة (1/94) من القانون التجاري على أن ((يقوم صاحب المحاصة الأصلي بإدارة النشاط أو الصفقة (...))، وهذا يعني أن المدير هو المسؤول وحده أمام الغير عن الالتزامات الناشئة عن تعاقد، وتكون مسؤوليته غير محدودة، ولا يكون للغير الذي تعاقد معه إلا الرجوع عليه وحده دون باقي الشركاء، كما لا يستطيع الغير أن يقاضي سوى المدير الذي تعامل معه، وبالمقابل لا يكون للشركاء مقاضاة هذا الغير، لأن المدير يمثل في شخصه المحاصة تمثيلاً كاملاً ويحجب الشركاء تماماً<sup>(2)</sup>.

أما إذا كان المدير شخصاً معنوياً وهذا جائز كما أسلفنا، فإنه قد يضطر في هذه الحالة إلى الظهور أمام الغير باسمه وعنوانه التجاري، ويعتبر كأنه يقوم بالأعمال التجارية لحسابه وحده، ويكون وحده مسؤولاً في مواجهة الغير دون بقية الشركاء، وهنا يكون للشكل القانوني للشركة التي تقوم بأعمال الإدارة دور في تحديد مسؤولية هذا الشخص المعنوي الذي يتولى الإدارة، فتكون مسؤوليته غير محدودة إذا كان يمثل شركة أشخاص، أما إذا كان الشخص المعنوي يمثل شركة أموال فيسأل مسؤولية محدودة في مواجهة الغير نتيجة أعمال الإدارة، والغير لا يتضرر من ذلك لعلمه المسبق بالمسؤولية المحدودة لهذه الشركات لكونها مشهورة<sup>(3)</sup>.

وشركة المحاصة قد تحقق أرباحاً أو تلحقها خسائر على النحو التالي.

ثالثاً / تقسيم الأرباح والخسائر:

شركة المحاصة عقد لا بد أن تتوافر فيها أركانها من رضا ومحل وسبب وتقديم حصص ومشاركة في الإدارة والأرباح والخسائر، وقد خلا التعريف الوارد في المادة (91) من القانون التجاري من بيان الخسائر واقتصر على ذكر الأرباح وهذا عيب تشريعي، فالشركاء لم يحق في الأرباح وواجب تحمل الخسائر لكن بنسبة تكون محل اتفاق بينهم، ولكن الشيء غير الجائز قانوناً هو الحرمان الكامل من الربح والإعفاء الكلي من الخسائر، وهو حال النص المشار إليه آنفاً في تعريف شركة المحاصة، لأن هذا يضع الشركاء في وضع غير متساوي، فالشخص الذي يحرم من الأرباح يكون أقل من الشريك مرتبة، والذي يعفى من الخسائر فإنه يكون أكثر من الشريك، ولهذا سمي شرط الحرمان أو الإعفاء بشرط الأسد<sup>(4)</sup>.

(1) د. محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، القاهرة، دار النهضة العربية للنشر، الطبعة الرابعة، 1960، ص126.

(2) د. محمد الجليلي البدوي الأزهرى، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص48. د. علي حسن يونس، الشركات التجارية، (ب، م)، دار الفكر العربي، 1966، ص341.

(3) د. مسعود محمد مادي وفاضل الزهاوي، الشركات التجارية في القانون الليبي، مرجع سابق، ص161. د. سميحة القلوبى، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص338.

(4) د. محمد الجليلي البدوي الأزهرى، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص55. د. فتوح عبد الرحمن دوما، شرح القانون التجاري الليبي، مرجع سابق، ص206-207.

والشيء نفسه وقع فيه المشرع في المادة (96) من القانون التجاري التي تنص على أن (( تطبق المادتين ((92-93)) على عقد المشاركة في أرباح نشاط معين دون الإشتراك في الخسائر، وكذلك على العقد الذي يخول أحد طرفيه حق المشاركة في الأرباح وفي الخسائر بدون تقديم حصة مالية معينة )) فهذا النص وضع حكماً قريباً، واحتوى على مخالفة صريحة وواضحة لقواعد الشركة، فهذه المادة تكلمت عن افتراض وجود عقد مشاركة يشترك فيه أحد الشركاء بالربح دون تحمله أية خسارة، ولا يمكن القول بأن مثل هذا العقد عقد شركة، لأنه يعتبر باطلاً لتضمنه شرط الأسد المشار إليه أعلاه، بإعفائه الشريك من تحمل الخسارة .

### الخاتمة

وفي النهاية يمكن القول إن شركة المحاصة ذات خصوصية في القانون التجاري وقد تبينت مواطن ذلك فهي شركة بين البينين قد تكون مدنية وقد تكون تجارية وذلك بحسب طبيعتها، كما أنها لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية ويرجع السبب في ذلك إلى إعفائها من أهم الواجبات الملقاة على عاتق التاجر وهو القيد في السجل التجاري. ولهذا السبب فهي لا تخضع لنظام التصفية المعروف في الشركات ويقتصر الأمر فيها على تسوية حسابية بين الشركاء فيها، هذه الخصوصية في الإنشاء انعكست على شركة المحاصة في النشاط الذي تمارسه والذي يتمثل في الإدارة والمسؤولية.

على أي حال فإنني من خلال دراسة الموضوع أوصي المشرع بما يلي :

- 1- ضرورة تعديل المادة (91) من القانون التجاري بحيث كما يكون هناك مشاركة في الربح يتوجب تحمل الخسارة أيضاً , لأن هذا هو مضمون الشركة وفلسفتها وما تقوم عليه من أهداف .
- 2- ضرورة تعديل المادة (96) من القانون التجاري، لأنه يتضمن شرط الأسد، والذي لا يمكن قبوله لأنه يخالف قواعد الشركة مخالفة صريحة وذلك بأن يتم النص على تحمل الشريك نسبة من الخسائر.

والله من وراء القصد

## قائمة المراجع

- 1- د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1992م.
  - 2- د. عبدة الشخانة، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 1992م.
  - 3 - د. علي الباروني، القانون التجاري، الإسكندرية، منشأة المعارف، مطبعة الاطالس 1986.
  - 4 - د. علي حسن يونس، الشركات التجارية، بدون مكان نشر، دار الفكر العربي، بدون طبعة، 1973م.
  - 5 - د. فتوح عبد الرحمن دوما، شرح القانون التجاري الليبي، بنغازي، المكتبة الوطنية، بدون طبعة 1973م.
  - 6- د. محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، القاهرة، دار النهضة العربية للنشر، الطبعة الرابعة، 1960.
  - 7 - د. مسعود محمد مادي وفاضل الزهاوي، الشركات التجارية في القانونية، غريان، جامعة الجبل الغربي، الطبعة الأولى، 1997م.
  - 8 - د. محمد الحيلاني الأزهرى، قانون النشاط الإقتصادي، الجزء الأول، (ب، م) (ب، ن) الطبعة الثامنة، 2017م.
- الشركات التجارية، مذكرات ألفت علي طلبة الدراسات العليا، كلية القانون جامعة طرابلس، للعام الجامعي 2002-2003م، غير منشورة.

## أحكام القضاء

- مجلة المحكمة العليا، القضاء المدني الجزء الثاني قضاء المحكمة العليا الاتحادية 1963م
- مجلة المحكمة العليا، القضاء المدني، العدد الثاني، السنة الثالثة عشر 1976م.
- محكمة النقض المصرية، قضاء النقض المصري، يناير العدد الثاني عشر السنة 18، 1960م.

## ضوابط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين - دراسة مقارنة -

أ/ قاسم محمد الأسطل  
عضو هيئة تدريس  
كلية الشريعة والقانون  
الجامعة الإسلامية بغزة فلسطين

د. حسام الدين محمود الدين  
أستاذ القانون الخاص المساعد  
بكلية الشريعة والقانون  
بالجامعة الإسلامية بغزة فلسطين

مقدمة:

في ظل التقدم الكبير والمتسارع والتطور في مجال التجارة الدولية بأشكالها كافة، أصبح الاهتمام ينصب حول تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، حيث كانت البداية من بروتوكول جنيف الخاص بتنفيذ اتفاقيات وأحكام التحكيم والذي صدر سنة 1923م، ثم اتفاقية جنيف والتي كانت أكثر تطوراً وحادثةً من بروتوكول جنيف، حيث صدرت هذه الاتفاقية سنة 1927م، ثم تجلّى الاهتمام الأكبر بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية بصدر اتفاقية نيويورك سنة 1958م<sup>(1)</sup>، حيث ظهرت اتفاقية نيويورك إلى النور بعد نجاح منظمة الأمم المتحدة في التوصل إلى إبرامها في مدينة نيويورك، وذلك في تاريخ 10 يونيو سنة 1958م، وأصبحت نافذة منذ تاريخ 7 يونيو سنة 1959م حسب المادة (1/12) من اتفاقية نيويورك<sup>(2)</sup>. وهذه الاتفاقية جاءت بمثابة تعديل كبير بالنسبة لاتفاقية جنيف لعام 1927م الخاصة بتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، حيث تعد اتفاقية نيويورك أكثر فعالية، في تحصيل الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وقد حلت من الناحية القانونية والدولية محل اتفاقية جنيف، لاسيما الدول التي وقعت وانضمت لتلك الاتفاقيات. وتعد اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية من أفضل وأشهر الاتفاقيات الدولية، التي تم التوصل إليها في مجال الاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها، وتعد هذه الاتفاقية من أهم الوسائل التي أدت إلى تطور التحكيم كونها وسيلة ناجعة لحل المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، وكذلك وسيلة أساسية يعتمد عليها في التحكيم الدولي بشكل عام، والاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها خصوصاً.

ونظمت اتفاقية نيويورك مسألة الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في هذه الاتفاقية في (16) مادة، حيث جاءت المادة الأولى منها والتي تعالج نطاق تطبيق الاتفاقية، من حيث تحديد المفهوم حكم التحكيم الأجنبي، ونطاق تطبيقها من حيث المنازعات التي تدخل في نطاقها، والأشخاص الذين يمكن أن يستفيدوا من هذه الاتفاقية، وإمكانية تطبيقها على أساس مبدأ المعاملة بالمثل، أما المادة الثانية تضمنت تحديد اتفاق التحكيم وشروطه، بينما جاءت المادة

1- الخزاعلة، موانع تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، ص2.

2- مقابلة، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ص112.

الثالثة والرابعة والخامسة والسادسة، تتكلم عن صلب موضوع دراستنا، والمتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في إقليم الدولة المنظمة له، أما باقي مواد الاتفاقية جاءت لتنظيم القواعد العامة لاتفاقية نيويورك.

ولقد تميزت الاتفاقية بالشمولية والعالمية والوضوح، وقد تركت الاتفاقية الحرية للدول في وضع التحفظات التي تماشى مع أنظمتها القانونية وعلاقتها مع الدول الأخرى، وذلك بهدف التوصل إلى جذب أكبر عدد ممكن من دول العالم للانضمام إلى اتفاقية نيويورك<sup>(1)</sup>، مما جعل الدول ومنها فلسطين، أن تقوم بسن القوانين التي تنظم أحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها على أراضيها، من خلال إصباح الصيغة التنفيذية على الأحكام الأجنبية، وغيرها من الأمور المرتبطة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين.

#### أولاً: أهمية البحث:

تتمثل الأهمية العلمية لهذا البحث في مدى أهمية الانضمام إلى اتفاقية نيويورك الخاصة، بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، خصوصاً بعد حصول فلسطين على صفة دولة غير عضو في الأمم المتحدة بموجب قرار تاريخي صدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 2012م، وكذلك الآثار والشروط التي ترتبت على فلسطين، كنتيجة طبيعية ومباشرة لانضمامها لاتفاقية نيويورك.

كما وتتمثل الأهمية العملية لهذا البحث في الكشف عن القواعد القانونية المتعلقة باتفاقية نيويورك، وإسقاطها على الحالة الفلسطينية، حيث أضحى ممكناً تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة في فلسطين، بعد اتباع الضوابط والشروط والإجراءات ذات العلاقة، مع ضرورة الالتزام بالنصوص القانونية الواردة في اتفاقية نيويورك، خلافاً لما كان الحال عليه قبل الانضمام لهذه الاتفاقية.

#### ثانياً: مشكلة البحث:

تتمحور مشكلة البحث، حول معرفة مدى كفاية، أو فعالية المشرع الفلسطيني؛ في التنظيم القانوني لضوابط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في التشريع الفلسطيني، ومدى توافقها مع اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1958م.

#### يتفرع عن السؤال الرئيس عدة تساؤلات فرعية هي:

1. هل الأحكام الواردة في التشريعات الفلسطينية كافية لحل الإشكالات المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ومدى اتفاقها، واختلافها، مع أحكام اتفاقية نيويورك لسنة 1958م؟
2. ما هي الشروط الواجب توافرها للأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وإعطائها الصيغة التنفيذية؟ ومدى توافقها مع اتفاقية نيويورك؟
3. ما ضوابط تنفيذ أحكام اتفاقية نيويورك لسنة 1958م؟ وما القواعد الإجرائية التي يجب الاستناد إليها لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين؟

1- مقابلة، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ص 114.

ثالثاً: أهداف البحث:

- 1- التعرف إلى مدى موافقة الأحكام الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية في قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000م، مع أحكام اتفاقية نيويورك، ومدى حاجة المشرع الفلسطيني إلى تعديله.
- 2- التعرف إلى ضوابط تنفيذ أحكام اتفاقية نيويورك لسنة 1958م؟ وما القواعد الإجرائية التي يجب الاستناد إليها لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين؟

رابعاً: منهجية البحث:

سيتم في هذا البحث اعتماد المنهج المقارن في إعداده، وذلك بتناول التشريعات الفلسطينية ذات العلاقة بالموضوع، وهي قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000م، ولائحته التنفيذية رقم (39) لسنة 2004، وقانون التنفيذ الفلسطيني رقم (23) لسنة 2005م، ومقارنتها مع الأحكام الواردة في اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1958م.

خامساً: هيكلية البحث:

قسم الباحثان هذا البحث إلى مبحثي، بحيث ينقسم كل مبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المبحث الأول: ضوابط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين.

وينقسم المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في التشريع الفلسطيني.

المطلب الثاني: إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في التشريع الفلسطيني.

المبحث الثاني: ضوابط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وفقاً لاتفاقية نيويورك.

وينقسم المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في اتفاقية نيويورك.

المطلب الثاني: إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في اتفاقية نيويورك.

## المبحث الأول

## ضوابط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين

يتوجب علينا أن نتعرف في هذا المبحث، على ضوابط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين، من خلال التطرق إلى شروط التنفيذ الذي يفرضها المشرع الفلسطيني؛ لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وإجراءات تنفيذه، من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: تطرق في المطلب الأول إلى شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في التشريع الفلسطيني، وفي المطلب الثاني نبين إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في التشريع الفلسطيني؛ على النحو التالي.

## المطلب الأول

## شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في التشريع الفلسطيني

لقد نص المشرع الفلسطيني صراحةً على شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، حيث لا يمكن تنفيذه إذا لم تتوفر هذه الشروط، حيث نص على شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، في تشريعان مختلفان، وهما: اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني رقم (39) لسنة 2004م، في الفصل الخامس، الموسوم بعنوان (قرار التحكيم وتنفيذه)، حيث نص على تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وشروطه، في المواد التالية: (75،76،77)، وفي قانون التنفيذ الفلسطيني رقم (23) لسنة 2005م، في الفصل الثالث، الفرع الثالث، الموسوم بعنوان (تنفيذ الأحكام والقرارات والأوامر والسندات الرسمية الأجنبية)، حيث نص على تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وشروطه في المواد (36،37،38،39).

ونذكر هذه المواد بشكل مفصل في هذه الفروع من هذا المطلب على النحو التالي:

**الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالحكم كشرط من شروط تنفيذه وهي:**

**الشرط الأول: تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وفقاً لمبدأ المعاملة بالمثل:**

ويقصد بمبدأ المعاملة بالمثل: "أن تُعامل أحكام التحكيم الأجنبية والمطلوب تنفيذها في فلسطين، بذات الطريقة التي تُعامل بها أحكام التحكيم الصادرة في فلسطين لدى قضاء الدولة المطلوب تنفيذ الأحكام الصادرة على إقليمها"<sup>(1)</sup>. حيث إذا تقرر مبدأ المعاملة بالمثل في مجال تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، فإن ذلك الأمر يقتضي أن تتحقق محكمة الدولة التي يطلب منها التنفيذ من توافر شرط المعاملة بالمثل في محاكم الدولة الأجنبية التي صدر فيها الحكم أو صدر على مقتضى قانونها لأحكام التحكيم الصادرة في دولة التنفيذ أو الصادرة على مقتضى قانونها بنفس الشروط والأوضاع التي يجري بها التنفيذ في الدولة الأجنبية<sup>(2)</sup>.

ولكن يوجد خلاف حول مبدأ المعاملة بالمثل، هل هذا المبدأ هو شرط من شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية

أم لا؟؟ حيث انقسم الفقه إلى رأيين وهما:

1- تركمان، تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في ضوء التشريع الفلسطيني واتفاقيتي الرياض ونيويورك، ص 101.

2- المصري، التحكيم التجاري الدولي، ص 566.

الرأي الأول: يذهب إلى أن شرط مبدأ المعاملة بالمثل، لا يعد شرطاً من شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية. الرأي الثاني: وهو الرأي الغالب بأن شرط مبدأ المعاملة بالمثل، من الشروط الضرورية لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية<sup>(1)</sup>. ولم يشر المشرع الفلسطيني في قانون التحكيم إلى مبدأ المعاملة بالمثل، ولكنه أشار له بشكل ضمني، في قانون التنفيذ الفلسطيني. حيث يشترط المشرع الفلسطيني لجواز تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل في فلسطين أن تكون شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في دولة أجنبية، هي نفس الشروط المقررة لتنفيذ الأحكام الأجنبية في فلسطين، وألا تتعارض مع القوانين الفلسطينية وألا تُلحق ضرراً بالمصلحة العامة للدولة الفلسطينية العليا<sup>(2)</sup>.

ولكن هل هذا المبدأ يأخذ بعين الاعتبار المعاملة الشكلية، التي تلقاها أحكام التحكيم الوطنية في البلد الذي صدر فيه الحكم الأجنبي المراد تنفيذه، أم أنه يتم التعامل معه بالقيمة التنفيذية الفعلية التي تعطى للمحاكم الأجنبية للأحكام الفلسطينية، دون النظر إلى الوسيلة الشكلية التي تتبعها المحاكم الأجنبية للاعتراف بالحكم الأجنبي وتنفيذه؟  
ويوجد حول هذا الاختلاف رأيان للفقهاء وهما:

**الرأي الأول:** يرى وجوب معاملة أحكام التحكيم الأجنبية بذات الطريقة، التي يعامل فيها أحكام التحكيم الوطنية المطلوب تنفيذه لدى الدولة المطلوب تنفيذ الأحكام الأجنبية الذي يحمل جنسيتها، بحيث إذا كانت تلك الدولة التي يحمل حكم التحكيم الأجنبي جنسيتها، يشترط رفع دعوى جديدة لمنح حكم التحكيم الوطني آثاره لديها، حيث إنه يتوجب على من يطلب تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في الإقليم الوطني الصادر في تلك الدولة، أن يرفع دعوة جديدة أمام القضاء الوطني، أما إذا كانت الدولة التي يحمل الحكم الأجنبي جنسيتها توجب مراجعة الحكم الوطني المطلوب تنفيذه لديها من حيث الموضوع، فإنه تتم مراجعة الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه من حيث الموضوع، وأما إذا كانت تلك الدولة التي صدر فيها الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه، تأمر بتنفيذ الحكم الوطني المطلوب تنفيذه على إقليمها دون الحاجة لرفع دعوى جديدة، ودون مراجعة الحكم من الناحية الموضوعية، فهنا يجب الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي دون الحاجة إلى رفع دعوى جديدة أو مراجعة الحكم من الناحية الموضوعية.

**الرأي الثاني:** يرى أنه ليس العبرة بالوسيلة المتبعة في تنفيذ حكم التحكيم الوطني لدى الدولة الأجنبية، بل العبرة بالقيمة التنفيذية الفعلية التي تعطى لتلك الدولة لحكم التحكيم الوطني<sup>(3)</sup>. أي بمعنى أنه في حال عدم اتباع الدولة الأجنبية الأمر المتبع في الإقليم الوطني لتنفيذ حكم الأجنبي، فإن المحاكم الوطنية يجب أن تأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، وفق الحد الأدنى من الشروط الواردة في التشريع الوطني؛ لأنه وإن اختلفت طريقة التنفيذ، فإن نتيجة الحكم واحدة، وفي كلا الأمرين سينفذ الحكم ويحترمه.

وذهب عمار تركمان - ونؤيد ما ذهب إليه بتأييد الرأي الثاني-: بأن أحكام التحكيم الأجنبية ليس بضرورة أن تكون لها علاقة وثيقة في الدولة التي صدرت فيها؛ لأن اختيار مكان التحكيم يخضع لإرادة الأطراف من حيث الأصل،

3- عباس، التحكيم في القانون العراقي، ص 19.

2- تركمان، مرجع سابق، ص 102.

وحكم التحكيم وإن حمل جنسية دولة معينة فذلك لا يعبر بالضرورة عن المساس بسيادة تلك الدولة على إقليمها، بالإضافة إلى ذلك يجب أن تعامل أحكام التحكيم الأجنبية بشروط بسيطة، والعمل على تنفيذها بمرونة عالية لما يكون لذلك الأثر الواضح في جذب الاستثمارات الأجنبية وتنميتها في فلسطين<sup>(1)</sup>.

ولكن هذا لا يعني تجاوز الشروط التي اشترط المشرع الفلسطيني توافرها عند تنفيذ الحكم الأجنبي، والتي يجب أن تقيد بها المحكمة عند النظر في أمر طلب تنفيذ الحكم الأجنبي، بحيث لا يجوز التنازل عنها، استناداً لمبدأ المعاملة بالمثل. ومثال على ذلك إذا كان البلد الأجنبي، التي صدر فيها الحكم الذي يراد تنفيذه في فلسطين، ينفذ أحكام التحكيم الفلسطينية دون قيد أو شرط، أو ينفذها طبقاً لشروط بسيطة ومخففة أكثر من الشروط المنصوص عليها في التشريع الفلسطيني، فهنا لا يجوز التنازل عن الشروط المنصوص عليها في التشريع الفلسطيني استناداً على مبدأ المعاملة بالمثل<sup>(2)</sup>. فالعبرة بالمعاملة بالمثل تكمن في المعاملة الفعلية، وليس بالمعاملة الدبلوماسية، حيث لا يشترط وجود اتفاقية بين فلسطين والدولة الأجنبية، بل يكون القانون المطبق في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم الصادر فيها، يميز تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة في فلسطين<sup>(3)</sup>.

ويرى الباحثان، ضرورة تبني المشرع الفلسطيني مبدأ المعاملة بالمثل بشكل صريح، والنص عليه في قانون التحكيم الفلسطيني.

#### الشرط الثاني: أن يكون أحكام التحكيم الأجنبية حائزة على قوة الأمر المقضي به:

اشترط المشرع الفلسطيني عند تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين، أن يكون قد حاز على حجية الأمر المقضي به وفقاً لقانون المحكمة التي أصدرته<sup>(4)</sup>. ويقصد بحجية الحكم: "عدم جواز إثارة الخصومة بين أطراف النزاع الذي صدر الحكم في حقهم فاصلاً فيما بينهم من نزاع، حيث لا يمكن إثارة أي دفع أو حجج تؤدي إلى نقض هذه الحجية التي يكتسبها الحكم بمجرد صدوره"<sup>(5)</sup>. حيث نص المشرع الفلسطيني على أن هذه الحجية تسري على أحكام القضائية الأجنبية والأحكام التحكيمية الأجنبية<sup>(6)</sup>.

وأن حجية الأمر المقضي به يعد قرينة قاطعة على حقيقة الواقع المنظور من المحكم، وصحة القانون المطبق، حيث لا يجوز للمحكم الفاصل في النزاع النظر فيه من جديد، ومن كان حكم التحكيم صادراً لصالحه فله أن يتمسك بحجية هذا الحكم، إذا أراد الخصم المحكوم ضده رفع دعوى من جديد أمام القضاء في ذات الموضوع، التي تم الفصل فيه في التحكيم،

1 - تركمان، مرجع سابق، ص 103.

2- المرجع السابق، ص 104.

3- البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، ص 233.

4- البطاينة، راجع المادة (2/37) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

5- سامية، تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي، ص 11.

6- راجع المادة (38) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

وعلى نفس الأسس وبنفس الدرجة، فالحكم بمجرد صدوره، وبقوة القانون يكتسب حجية الشيء المحكوم فيه، ولا يجوز إعادة النزاع أمام محكمة تحكيم أخرى ولا أمام محكمة قضائية<sup>(1)</sup>.

وعلة ذلك رغبة المشرع في احترام حجية الأحكام التي سبق صدورها في ذات الدعوى، إذ هي الأجدر بالاحترام، حتى لا ينتج عنها إهدار وإطالة أمد المنازعات، وعدم استقرار الحقوق والمراكز القانونية لأصحابها<sup>(2)</sup>. وأنه لا يكف لتنفيذ الحكم الأجنبي بمجرد حاز على حجية الأمر المقضي به، بل لا بد أن يكون حكماً نهائياً<sup>(3)</sup>. وهذا ما نص عليه المشرع الفلسطيني، حيث اشترط لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في فلسطين أن يكون قد اكتسب الدرجة النهائية في الدولة التي صدر فيها<sup>(4)</sup>. ويقصد بنهائية الحكم: "أن يكون حكم الأجنبي نهائياً إذا انقضى ميعاد الطعن به طبقاً لقانون الدولة الذي صدر فيه، أو طعن فيه، ولكن حكمت المحكمة في بلد صدوره بتأييد الحكم الأجنبي"<sup>(5)</sup>.

أما تاريخ حصول حكم الأجنبي على حجية الأمر المقضي به، لم يُورد المشرع الفلسطيني نصاً على ذلك، وإنما نص على قوة ومفعول حكم التحكيم الأجنبي في فلسطين بعد تصديقه من المحكمة المختصة، ويكسب القوة التنفيذية بعد البدء في إجراءات تنفيذه<sup>(6)</sup>.

#### الشرط الثالث: عدم تعارض الأحكام الأجنبية مع حكم سبق صدوره من المحاكم الفلسطينية:

اشترط المشرع الفلسطيني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في فلسطين، ألا يكون الحكم الأجنبي يتعارض مع أي حكم سبق صدوره عن المحاكم الفلسطينية<sup>(7)</sup>.

والحكمة من هذا الشرط، احترام الأحكام القضائية الفلسطينية<sup>(8)</sup>؛ لأن الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم الفلسطينية تعتبر عنواناً للحقيقة القضائية، والذي كفل لها المشرع حجية الأمر المقضي به، حيث من غير الجائز تنفيذ حكم تحكيم أجنبي يتناقض مع هذا الحقيقة، لأن الأخذ بغير ذلك يعتبر مساساً بالنظام العام وإهداراً لسيادة الدولة المطلوب فيها التنفيذ لحكم التحكيم الأجنبي<sup>(9)</sup>.

حيث أن حكم التحكيم الأجنبي المتعارض مع القضاء الفلسطيني، يعتبر متعارضاً مع النظام العام، إذ أن احترام الأحكام الصادرة عن القضاء الفلسطيني في الدولة أمر يتعلق بسيادتها، ويرجع تقدير ذلك الأمر إلى القضاء الفلسطيني،

1- فتحية، النظام العام والتحكيم التجاري الدولي، ص 486 وما بعد.

2- الرمح، حكم التحكيم، ص 229.

3- المصري، مرجع سابق، ص 554.

4- راجع المادة (76) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم .

5- البطانية، مرجع سابق، ص 235.

6- راجع المادة (47) من قانون التحكيم الفلسطيني .

7- راجع المادة (3/37) من قانون التنفيذ الفلسطيني .

8- مقابلة، مرجع سابق، ص 76.

9- تركمان، مرجع سابق، ص 119.

حيث يقتصر استبعاد تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية المتعارضة، مع الأحكام القضائية الفلسطينية دون أحكام التحكيم الصادرة في فلسطين الفلسطينية<sup>(1)</sup>.

والعبرة بأن لا تتعارض أحكام التحكيم الأجنبية، مع الأحكام القضائية الفلسطينية، بأن يكون الحكم القضائي قد صدر قبل صدور حكم التحكيم الأجنبي في النزاع، أما إذا كان حكم التحكيم الأجنبي قد تم صدوره في النزاع قبل صدور الحكم القضائي الفلسطيني، فإنه يكون لحكم التحكيم الأجنبي حجية واجبة الاحترام حتى من قضاء الدولة في فلسطين<sup>(2)</sup>.

**الشرط الرابع: عدم مخالفة الأحكام الأجنبية النظام العام في فلسطين:**

اشترط المشرع الفلسطيني في قانون التنفيذ، بأنه لا يمكن تنفيذ الحكم الأجنبي إذا كان يتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في فلسطين، وهذا ما أشار له أيضا في اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم<sup>(3)</sup>.

**الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالاتفاق على التحكيم كشرط من شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية:**

وهي الشروط التي تتمثل في موضوع النزاع، وتشكيل هيئة التحكيم، والتي تتقاطع مع شروط صحة أحكام التحكيم الأجنبية، وهي:

**الشرط الأول: أن يكون الاتفاق على موضوع النزاع من المسائل التي يجوز التحكيم فيها في فلسطين:**

اشترط المشرع الفلسطيني، لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين، أن يكون موضوع النزاع من المسائل التي يصح إحالتها قانونيا للتحكيم بمقتضى قوانين فلسطين<sup>(4)</sup>.

وحدد المشرع الفلسطيني، المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها، وهي: " لا تخضع لأحكام هذا القانون المسائل الأتية:  
1- المسائل المتعلقة بالنظام العام، 2- المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، 3- المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية"<sup>(5)</sup>.

**الشرط الثاني: أن يكون تشكيل هيئة التحكيم وفقا للاتفاق على التحكيم:**

عرف المشرع الفلسطيني أن هيئة التحكيم هي التي تتكون من: "شخص أو أكثر يتولى مهمة الفصل في النزاع".  
وعرف المحكم هو: "الشخص الطبيعي الذي يتولى مهمة التحكيم"<sup>(6)</sup>.

1- مقابلة، مرجع سابق، ص76، وترجمان، ص120 وما بعد.

2- شيخة، التحكيم في الشيك في مجال التجارة الدولية، ص105.

3- راجع المادة (3/37) من قانون التنفيذ الفلسطيني، والمادة (76) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني.

4- راجع المادة (76/ج) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني.

5- راجع المادة (4) من قانون التحكيم الفلسطيني.

6- راجع المادة (1) من قانون التحكيم الفلسطيني.

يخضع تشكيل هيئة التحكيم، من حيث الأصل إلى إرادة الأطراف واتفاقهم، ولكن استثناء على الأصل، في حالة لم يتفقوا على تشكيل هيئة التحكيم، يختار كل طرف محكم، ويختار المحكمون مرجحا مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وهذا ما أشار له المشرع الفلسطيني<sup>(1)</sup>.

ومن شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، تشكيل هيئة التحكيم، حتى يكون الحكم قابلا للتنفيذ من قبل المحكمة المختصة بالتنفيذ، فلا بد أن يكون تشكيلها صحيحا من خلال توافر الشروط التالية وهي:

- 1- أن يكون تشكيل هيئة التحكيم باتفاق الأطراف.
- 2- التساوي بين الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم.
- 3- إعطاء المحكمة المختصة تشكيل هيئة التحكيم في حالة عدم اتفاق الأطراف على تشكيلها، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.
- 4- أن تتكون هيئة التحكيم من أشخاص طبيعيين.

**الفرع الثالث: الشروط المتعلقة باختصاص المحكمة كشرط من شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية:**

وتتمثل شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي في عدم اختصاص المحاكم الفلسطينية وحدها، وصدوره من محكمة مختصة، وصدوره في بلد أجنبي أو تشريع أجنبي، نبيها على النحو التالي:

**الشرط الأول: عدم اختصاص المحاكم الفلسطينية وحدها في تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي:**

اشترط المشرع الفلسطيني عدم تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين، إلا بعد التحقق من عدم اختصاص المحاكم الفلسطينية وحدها في الفصل في المنازعة التي صدر حكم التحكيم الأجنبي فيها<sup>(2)</sup>.

وبناءً على هذا الشرط يتوجب على الجهة المختصة التي تنظر في طلب تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، أن تتحقق من عدم اختصاص المحاكم الفلسطينية وحدها في موضوع المنازعة الصادرة عن حكم التحكيم الأجنبي المطلوب تنفيذه، ولكن هذا الشرط لا يؤخذ على إطلاقه، حيث إن المشرع الفلسطيني اشترط من خلال النصوص الواردة أعلاه أن لا تكون المحاكم الفلسطينية مختصة وحدها في الفصل في المنازعة، لذلك فإن مجرد توافر الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفلسطينية لا يعتبر أمر مانعا من تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، حيث لو تم الأخذ بذلك لكان حالات تنفيذ الأحكام الأجنبية قليلة ونادرة، وهذا الأمر غير مرغوب فيه، ولا يتلاءم مع متطلبات التجارة الدولية، التي تعتبر تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الناتجة عنها أحد الوسائل التي تشجع على جذبها، وهذا لا بد أن يكون من اختصاص المحاكم الفلسطينية اختصاصا أصليا إلزاميا أو وجوبيا متعلقا بالنظام العام، بحيث لا يجوز للأفراد أن يخرجوا عن هذا الاختصاص بالاتفاق، بينما إذا كان الاختصاص أمرا جائزا أي يثبت لها الاختصاص، ولكن لا يتعلق بالنظام العام<sup>(3)</sup>.

1- راجع المادة (8) من قانون التحكيم الفلسطيني.

2- راجع المادة (1/37) من قانون التنفيذ الفلسطيني .

3- تركمان، مرجع سابق، ص 118. وأنظر مقابلة، مرجع سابق، ص 74.

حيث إنه يكون الاختصاص مشتركاً بين المحاكم الفلسطينية ومحاكم الدولة الأخرى، يمثل هذه الحالة يجوز للقاضي الوطني أن يأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي<sup>(1)</sup>.

**الشرط الثاني: صدوره عن محكمة مختصة:**

اشتراط المشرع الفلسطيني عدم جواز تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين إلا بعد التحقق، بأن الجهة الأجنبية التي أصدرت الحكم مختصة بها، وفقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها<sup>(2)</sup>.

ويتضح من هذا الشرط أنه جاء خصيصاً لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، أما بخصوص تحديد اختصاص المحكمة الأجنبية من عدمه في الأحكام القضائية الأجنبية هناك رأيان حول هذا الموضوع:

**الرأي الأول:** وهو الأرجح والذي ينص على أن تحديد اختصاص المحكمة الأجنبية يكون وفقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي، في الدولة التي صدر فيها حكم؛ لأن الموضوع يتعلق بسيادة الدولة ولا يجوز التدخل به.

**والرأي الثاني:** ينص على أن تحديد الاختصاص يكون حسب قواعد الاختصاص القضائي الدولي في دولة التنفيذ<sup>(3)</sup>.

**الشرط الثالث: صدور حكم أجنبي في بلد أجنبي أو وفقاً لتشريع أجنبي:**

ويعتبر هذا الشرط من أهم الشروط، الذي يعتبر شرطاً لتنفيذ، والذي يشترطه المشرع الفلسطيني لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين، حيث يشترط أن يكون صادراً بمقتضى اتفاق تحكيم قانوني بمقتضى قوانين البلاد التي صدر فيها، أو صادراً بمقتضى التشريع المتعلق بأصول التحكيم في البلد التي صدر فيها<sup>(4)</sup>.

وإذا توافرت هذه الشروط، يجب أن نميز بين ثلاثة احتمالات بالنسبة لأحكام التحكيم الصادرة في الخارج ويطلب

تنفيذها في فلسطين، على النحو التالي، وهي:

**الاحتمال الأول:** أن يصدر حكم التحكيم في دولة ترتبط مع فلسطين بمعاهدة دولية لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، حيث إنه يجب تنفيذ الحكم الأجنبي في فلسطين طبقاً لأحكام هذا المعاهدة.

**الاحتمال الثاني:** أن يصدر الحكم الأجنبي في دولة أجنبية وفقاً لأحكام تشريع أجنبي، يتم خارج نطاق الاتفاقيات الدولية

التي قد تكون عقدها فلسطين، حيث يتم تنفيذ هذا الحكم الأجنبي وفقاً للشروط المقررة في قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000م، ولائحته التنفيذية رقم (39) لسنة 2004م، وقانون التنفيذ الفلسطيني رقم (23) لسنة

2005م.

1- تركمان، مرجع سابق، ص 119.

2- راجع المادة (1/37) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

3- تركمان، مرجع سابق، ص 116.

4- راجع المادة (76/ث) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني.

الاحتمال الثالث: أن يصدر الحكم في دولة أجنبية، ويتفق أطراف النزاع التي صدر فيها الحكم على إخضاعه للقانون الفلسطيني للتحكيم، ويتم تنفيذ الحكم طبقاً للشروط التي أوردها المشرع في قانون التحكيم الفلسطيني ولائحته التنفيذية وقانون التنفيذ الفلسطيني، لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية<sup>(1)</sup>.

#### الفرع الرابع: الشروط المتعلقة بأطراف الاتفاق كشرط من شروط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي:

والتي تتمثل في صحة تمثيل الخصوم، وأن يكون الاتفاق سليماً من أساسه، والتي نبينها على النحو التالي:

##### الشرط الأول: صحة تمثيل الخصوم:

حرص المشرع الفلسطيني على صحة تمثيل الخصوم، كشرط لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، على ضرورة تبليغ أطراف النزاع بمذكرات الحضور قبل التاريخ المحدد وبوقت كافٍ وبطريق سليمة، لكي يضمن لهم إتاحة الفرصة بتقديم ما لديهم من مذكرات ووثائق تتعلق بموضوع النزاع، ويجوز لها الاكتفاء بما قدمه الأطراف سابقاً إذا تم الاتفاق على ذلك<sup>(2)</sup>. أما عن القانون الذي يحكم تمثيل الخصوم وتبليغهم فإنه يختلف في مجال التحكيم بالنسبة للأحكام القضائية، حيث إن الإجراءات أمام المحاكم القضائية تخضع لقانون القاضي دائماً، على خلاف المحكمين، حيث إنهم قد يطبقون التحكيم وفقاً للإجراءات المقررة في قانون غير قانون البلد الذي تباشر فيه الإجراءات، لذلك يذهب بعض الفقه إلى أنه يُعتد في تمثيل الخصوم وتبليغهم بالقانون الذي طبقه المحكمين، وهو قانون إرادة الأطراف وفقاً للرأي السائد في الفقه<sup>(3)</sup>.

##### الشرط الثاني: أن يكون الاتفاق على التحكيم صحيحاً:

ويعني ذلك بأن يكون الاتفاق على التحكيم من قبل الأطراف مكتمل الشروط وتم بطريقة صحيحة، ومن ذلك أن يكون اللجوء إلى التحكيم قد تم برضا جميع الأطراف، وبشكل صريح وواضح، وأن يكون قد تم بواسطة أشخاص يملكون الصلاحيات اللازمة للاتفاق على التحكيم، ولا يجوز أن يكون أحد أطراف الاتفاق عديم الأهلية أو ناقصها، أو أن يكون القيم على القاصرين، ولم تأذن له المحكمة المختصة بالاتفاق على التحكيم<sup>(4)</sup>.

وهذا يعني أن يتوافر في طرفي الاتفاق على التحكيم، شرط التراضي ويقصد به: " تتطابق إرادتهما واتجاههما إلى

اختيار وسيلة التحكيم لحسم النزاع القائم بينهما، وترتيب آثار قانونية تبعاً لمضمون ما تم الاتفاق عليه"<sup>(5)</sup>.

ويشترط كذلك توافر الأهلية اللازمة ليبرم عقد الاتفاق على التحكيم وهي أهلية التصرف، بمعنى ضرورة توافر أهلية

الأداء في طرفي التحكيم<sup>(6)</sup>.

1- مقابلة، مرجع سابق، ص 65 وما بعد .

2- راجع المادة (22) من قانون التحكيم الفلسطيني .

3- البطاينة، مرجع سابق، ص 234.

4- أل فریان، تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية والأجنبية في المملكة العربية السعودية، دراسة تأصيلية تطبيقية تحليلية، ص 81.

5- العرابوي، اتفاق التحكيم، ص 366.

6- المرجع السابق، ص 366.

والأهلية:" هي التي يجب أن تتوافر في الأطراف للاتفاق على حسم النزاع بالتحكيم، حيث لا يمكن لأي شخص أن يجري اتفاقاً على ذلك، إلا إذا كانت له أهلية التصرف في الحقوق المتعلقة بالنزاع المراد حسمه بالتحكيم"<sup>(1)</sup>. وهذا ما أشار له المشرّع الفلسطيني بأنه لا يمكن الاتفاق على التحكيم من قبل الأطراف، إلا ممن له أهلية التصرف الكاملة، ولا يحق للوصي على القاصر أو القيم اللجوء إلى التحكيم ما لم يسمح له بذلك من المحكمة المختصة<sup>(2)</sup>.

## المطلب الثاني

### إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين

بعد بيان شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، فإنه لا بد من بيان إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، حيث أن إصدار الأمر بالتنفيذ، يحتاج إلى إجراءات معينة حتى يكون الحكم قابلاً للنفاذ في الإقليم الوطني، حتى وإن كانت الأحكام التحكيمية، لها قيمة قانونية ذاتية إلا أنه ينقصه القوة التنفيذية التي لا تكون له إلا بأمر من قضاء الدولة لاكتسابه عنصر الأمر والجبر.

وعليه نتطرق خلال هذا المطلب إلى بيان تعريف الأمر بالتنفيذ، والجهة المختصة بالنظر بطلب الأمر بتنفيذ الحكم، والمرفقات والمدة القانونية لتقديم طلب الأمر بتنفيذ حكم وتقادمه، والطعن فيه في التشريع الفلسطيني، وذلك على النحو التالي:

#### الفرع الأول: تقديم طلب الأمر بالتنفيذ وطعن فيه في التشريع الفلسطيني:

نتطرق في هذا الفرع حول تعريف الأمر بالتنفيذ وبيان المحكمة المختصة بإصدار أمر التنفيذ، ومرفقاته التي يجب أن يشملها الطلب، والمدة القانونية لتقديمه وتقادمه، والطعن فيه، ونبين ذلك على النحو التالي:

#### أولاً: تعريف الأمر بالتنفيذ:

ويقصد بالأمر بالتنفيذ: " الإجراء الذي تعطي بمقتضاه الجهة المختصة في الدولة لحكم التحكيم الأجنبي القوة التنفيذية"<sup>(3)</sup>.

وبمعنى كذلك: " الإجراء الذي يصدر عن الجهة المختصة قانوناً، وتأمراً بمقتضاه يتمتع حكم المحكمين سواء كان أجنبي، أو وطني، بالقوة التنفيذية، حيث يمثل نقطة الالتقاء بين القضاء الخاص والقضاء العام"<sup>(4)</sup>.

1- سامي، التحكيم التجاري الدولي، ص 116.

2- راجع المادة (22) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني.

3- القصاص، حكم التحكيم، ص 292.

4- فيروز، الرقابة القضائية على حكم التحكيم التجاري الدولي، ص 41.

ويشترط المشرّع صدور أمر تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية من القضاء، لكي يتمتع حكم التحكيم الأجنبي بالقوة التنفيذية، لأن المحكم جهة غير رسمية، ويستمد سلطته من اتفاق الخصوم، ولا يملك الأمر بتنفيذ هذا الحكم جبراً؛ لأن سلطة المحكم سلطة محكمة وليس سلطة أمر<sup>(1)</sup>.

ولا يعني بإجراء الأمر بالتنفيذ أن يطلب من القاضي التحقق من عدالة المحكم، فلا ينظر في سلامة وصحة قضاؤه في موضوع النزاع؛ لأنه لا يعد هيئة استئناف في هذا الصدد، ولا يعد صدور الأمر بالتنفيذ في ذاته دليلاً على صحة وسلامة هذا القضاء.<sup>(2)</sup>، لأنه لا ينظر إلى صحة وسلامة حكم التنفيذ إلا عند تسليم صورته إلى المحكوم له بعد تذليلها بصيغة التنفيذ<sup>(3)</sup>.

ثانياً: المحكمة المختصة بالنظر بطلب الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادر في فلسطين:

نص المشرّع الفلسطيني على المحكمة المختصة في تشريعان مختلفان، حيث نص في قانون التنفيذ الفلسطيني في المادة (36) على أنه: "يطلب الأمر بتنفيذ الأحكام والقرارات والأوامر الصادرة في بلد أجنبي، بدعوى تقدم أمام محكمة البداية، التي يراد التنفيذ في دائرتها، على أن تكون تلك الأحكام والقرارات والأوامر مصدقة من الجهات المختصة حسب الأصول"<sup>(4)</sup>.

ونص كذلك في قانون التحكيم الفلسطيني في المادة (1) على أن المحكمة المختصة: "إذا كان التحكيم أجنبياً فالمحكمة المختصة في تنفيذ حكم التحكيم، هي محكمة البداية في القدس عاصمة فلسطين أو في المقر المؤقت في غزة"<sup>(5)</sup>. فإذا نظرنا إلى النص الوارد في قانون التنفيذ والنص الوارد في قانون التحكيم، نجد بينهم اختلافاً جوهرياً وفارقاً كبيراً، وخاصة من حيث الاختصاص المكاني للمحكمة المختصة والمخولة بإصدار أمر تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، حيث نجد بأن قانون التحكيم قيد نطاق اختصاص المحكمة المختصة، إما أن تكون محكمة البداية في القدس، أو محكمة البداية في مقرها المؤقت في غزة، على خلاف قانون التنفيذ الذي كان أكثر مرونة في ذلك، ولم يقيد الأمر في نطاق معين، بل جعل الأمر لأي محكمة بداية، يكون طلب الأمر بالتنفيذ في نطاقها المكاني.

وهذا الأمر يحدث لمن له الحق في طلب الأمر بالتنفيذ في حيرة ومتاهة من أمره، لأن التشريعان يختلفان من حيث الاختصاص المكاني للمحكمة المختصة بالنظر في طلب الأمر بالتنفيذ.

وهنا تتور الإشكالية عند من له الحق في طلب الأمر في التنفيذ، هل يختار قانون التنفيذ أم قانون التحكيم؟؟؟

1- القصاص، مرجع سابق، ص 292.

2- البطاينة، مرجع سابق، ص 217.

3- الرمح، حكم التحكيم، ص 313.

4- راجع المادة (36) من قانون التنفيذ الفلسطيني .

5- راجع المادة (1) من قانون التحكيم الفلسطيني.

يرى الباحثان، بأن قانون التحكيم هو القانون الأولى في التطبيق من قانون التنفيذ، لأنه قانون خاص بالتحكيم ويتعلق بالأحكام التحكيمية الأجنبية، بينما قانون التنفيذ قانون عام، ويتعلق بالأحكام القضائية الأجنبية، وبالتالي ينعقد الاختصاص لمحكمة البداية في القدس أو محكمة البداية في مقرها المؤقت في غزة.

ولكن يرى الباحثان، أن المشرع الفلسطيني لم يكن موفقاً في ذلك، حيث كان من باب أولي أن يكون النص الوارد في قانون التنفيذ منصوصاً عليه في قانون التحكيم؛ لأن نص المادة الوارد في قانون التنفيذ أفضل من نص المادة الوارد في قانون التحكيم؛ وحيث النص الوارد في قانون التحكيم جاء مقيداً باختصاص المحكمة في نطاق معين، دون أن يراعي النطاق المكاني للنزاع، على خلاف النص الواردة في قانون التنفيذ، حيث جاء مطلقاً، لأي محكمة بداية يكون النزاع في نطاقها المكاني، أن تكون مختصة في النظر بطلب الأمر بالتنفيذ، وهذا الأمر يسهل على طالب الأمر بالتنفيذ، ويسرع في تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي المراد تنفيذه.

ويرى الباحثان بأنه كان الأجدر على المشرع الفلسطيني تدارك ذلك الأمر، من خلال توحيد النصوص المتعلقة في تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين، والنص عليها في قانون واحد؛ لتفادي المشكلات التي قد تحدث نتيجة الاختلاف في النصوص المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين، وكذلك تعديل النص الوارد في قانون التحكيم المتعلق باختصاص المحكمة، والنص على جعل الاختصاص لمحكمة البداية المراد التنفيذ في دائرتها، كما هو وارد في قانون التنفيذ، بدلاً من محكمة بداية القدس أو محكمة بداية غزة المؤقتة.

وعليه نجد أن المشرع الفلسطيني قد خرج عن القواعد العامة المتعلقة باختصاص المكاني، وذلك عندما نص على اختصاص المحكمة التي يكون التنفيذ في دائرتها، ولو كان للمدعي عليه موطن للسكن في فلسطين، فإذا كان المحكوم به في حكم التحكيم الأجنبي موجوداً بعينه في مكان ما، أو كان عملاً مقتضياً بإجراءاته مكاناً محدداً، فإن الدعوى التي تتضمن طلب الأمر بالتنفيذ يجب أن ترفع أمام المحكمة المختصة، التي يقع في دائرتها هذا المكان، أما إذا كان المحكوم به مبلغاً من النقود فإن الاختصاص يكون للمحكمة المختصة، الذي يقع في دائرتها أموال المحكوم عليه، وليس أمام محكمة موطن المدعي عليه كما تقتضي القاعدة العامة<sup>(1)</sup>.

كما نجد أن المشرع الفلسطيني قد فرق بين تنفيذ حكم التحكيم الوطني والحكم الدولي، من حيث اختصاص المحكمة المختصة، فإذا كان التحكيم محلياً فإن المحكمة المختصة هي التي كانت مختصة أصلاً في النظر في النزاع المعروف عليها، وبذلك لا يكون لمحكمة البداية اختصاص نوعي للنظر في ذلك النزاع، بينما إذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين، فإن المحكمة المختصة هي محكمة البداية التي جرى فيها التحكيم ضمن اختصاصها المكاني، وبذلك يكون لمحكمة البداية اختصاص نوعي للنظر في النزاع الدولي الذي يجري داخل فلسطين<sup>(2)</sup>.

1- تركمان، مرجع سابق، ص 137.

2- راجع المادة (1) من قانون التحكيم الفلسطيني، فيما يتعلق في المحكمة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي والوطني والدولي.

وأخيراً نجد أن المشرع الفلسطيني لم يعطِ للأطراف في اتفاق التحكيم الحرية، في اختيار المحكمة المختصة في إصدار الأمر، بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي أو رفضه.

### ثالثاً: مرفقات طلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في فلسطين:

أشار المشرع الفلسطيني إلى المرفقات التي يجب أن يشمل عليها الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في فلسطين، والتي لا بد من أن تكون مشمولة ضمن الدعوى المرفوعة أمام المحكمة المختصة وهي محكمة البداية، حيث تنص المادة (50) من قانون التحكيم الفلسطيني على ضرورة شمول حكم التحكيم الأجنبي المراد تنفيذه في فلسطين عدة مرفقات، بحيث يجب على طالب التنفيذ إبرازها للمحكمة المختصة بالتنفيذ إذا ما رغب بتنفيذ الحكم، حيث اشترطت المادة المذكورة عدة مستندات لا بد لمن يطالب بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي أن يقدمها للمحكمة المختصة<sup>(1)</sup>، والتي تنص على أنه: "يجب على طالب الأمر بتنفيذ قرار حكم التحكيم الأجنبي أن يبرز للمحكمة المختصة ما يلي:

1- حكم التحكيم الأجنبي مصدقاً عليه من المعتمد السياسي أو القنصلي الفلسطيني في ذلك البلد إن وجد.  
2- أن يكون الحكم مترجماً إلى اللغة العربية من مترجم معتمد لدى جهات الاختصاص، ومصدقاً على صحة توقيع المترجم من المعتمد السياسي أو القنصلي للدولة، التي ينتمي إليها طالب التسجيل، أو أن يكون الحكم مترجماً بعد حلف اليمين من مترجم قانوني فلسطيني"<sup>(2)</sup>.

أما قانون التنفيذ الفلسطيني، أوجب أن تكون أحكام التحكيم الأجنبية مصدقة من الجهة المختصة حسب الأصول<sup>(3)</sup>. كما اشترط المشرع الفلسطيني، على تبليغ المحكوم عليه نسخة من الأمر بالتنفيذ ومرفقاته حسب الأصول<sup>(4)</sup>. وعليه يمكن تلخيص المرفقات المطلوب توافر في حكم التحكيم الأجنبي المطلوب تنفيذه في فلسطين ضمن الدعوى المرفوعة أمام محكمة البداية المختصة، على النحو التالي:

1- **حكم التحكيم الأجنبي:** يشترط المشرع الفلسطيني لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في فلسطين أن يكون مصدقاً عليه من قبل المعتمد السياسي أو القنصلي الفلسطيني، في البلد الذي صدر على إقليمه حكم التحكيم الأجنبي المطلوب تنفيذه<sup>(5)</sup>.

2- **أن يكون حكم التحكيم الأجنبي مترجماً إلى اللغة العربية:** إذا كان حكم التحكيم الأجنبي المطلوب تنفيذ في فلسطين مكتوب بلغة أخرى، فيجب ترجمته إلى اللغة العربية، وهذا ما أشار له المشرع الفلسطيني<sup>(6)</sup>.

1- الدن، الأسس العامة للتحكيم، فلسطين، ط 2020، ص 267.

2- راجع المادة (50) من قانون التحكيم الفلسطيني .

3- راجع المادة (2/36) من قانون التنفيذ الفلسطيني .

4- راجع المادة (51) من قانون التحكيم الفلسطيني.

5- راجع المادة (50) من قانون التحكيم الفلسطيني.

6- راجع المادة (2/50) من قانون التحكيم الفلسطيني.

**3- اتفاق التحكيم:** لم ينص المشرع الفلسطيني على اتفاق التحكيم، كأحد المرفقات التي يجب أن يشتمل عليه حكم التحكيم الأجنبي، ضمن الطلب المقدم بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في فلسطين، ولكن قانون التحكيم الفلسطيني نص على ذلك ضمن مشتكلات الحكم، التي يجب أن يشملها حكم التحكيم الأجنبي، وهذا الأمر تم بيانه في سياق الحديث عن شروط صحة حكم التحكيم الأجنبي في الفصل السابق، فلا داعي للتكرار<sup>(1)</sup>.

ولكن من الأجدر على المشرع الفلسطيني أن ينص على ذلك ضمن مرفقات حكم التحكيم الأجنبي، على اعتبار شرط اتفاق التحكيم وهو الشرط الأساسي لقيام عملية التحكيم، حيث لا وجود لحكم التحكيم إذ لم يوجد اتفاق عليه. رابعاً: **المدة القانونية التي يقدم بها طلب الأمر بالتنفيذ وتقادمه في فلسطين:**

نص المشرع الفلسطيني، بأن المدة القانونية لتقديم طلب الأمر، بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي إلى المحكمة المختصة، يكون بعد انقضاء مدة الطعن في حكم التحكيم الأجنبي، وهي ثلاثون يوماً من اليوم التالي لتاريخ صدوره إن كان حضورياً، وإلا من اليوم التالي لتاريخ التبليغ إذا كان غيبياً<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة للمدة القانونية لتقادم الحق في تقديم طلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، فلم ينص المشرع الفلسطيني على المدة القانونية التي ينقضي فيها الحق في تقديم طلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي. وعليه يبقى حق الخصوم قائماً في تقديم هذا الطلب طالما بقي الحق الذي صدر به حكم التحكيم الأجنبي قائماً. ويرى وئام مطر، أن المشرع الفلسطيني قد أحسن صنفاً في عدم النص على المدة القانونية لانقضاء الحق في تقديم طلب الأمر بالتنفيذ، فقد يتفق الطرفان على التنفيذ ثم ينكث أحد الأطراف، فلو تم تحديد مدة فقد يضيع حق أحد الأطراف؛ نتيجة الاتفاق مع خصمه ثم نكوث هذا الخصم<sup>(3)</sup>.

ولكن الباحثان يرتريان خلاف ذلك، فإن عدم تحديد المدة القانونية لانقضاء الحق في تقديم طلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، وإن كان هذا الأمر يكون لصالح المحكوم له، إلا أنه يتنافى مع ميزة السرعة في التحكيم، التي يبحث عنها الأطراف، حيث أن الطرفين لم يلجأ إلى التحكيم إلا من أجل السرعة، في الفصل في منازعاتهم، والحصول على أمر التنفيذ للحصول على حقوقهم من ناحية، وحتى لا يجعل الطرف الصادر ضده الحكم، تحت رحمة المحكوم لصالحه الحكم من ناحية أخرى. وإن كان في حالة عدم تحديد المدة القانونية في تقديم طلب الأمر بالتنفيذ، فأما تخضع للقواعد العامة في ظل عدم وجودها.

ويرى الباحثان، بأنه كان الأجدر بالمشرع الفلسطيني تحديد المدة القانونية لانقضاء الحق في طلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي.

**خامساً: الطعن في الحكم الصادر في طلب الأمر بالتنفيذ:**

1- راجع المادة (39) من قانون التحكيم الفلسطيني.

2- راجع المادتين (45/44) من قانون التحكيم الفلسطيني.

3- مطر، آثار حكم التحكيم وطرق الطعن فيه، ص 48.

إن طلب الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي يقدم إلى محكمة البداية المختصة، من خلال دعوى ترفع طبقاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، وعليه فالأولى أن تنتهي إجراءات الدعوى بإصدار حكم قضائي نهائي، وإما يكون الحكم بقبول الدعوى والأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، أو برفض الدعوى وإصدار أمر بعدم تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي<sup>(1)</sup>. إن المشرع الفلسطيني قد أعطي الحق في الطعن بالحكم الصادر في دعوى الأمر بالتنفيذ، سواء كان هذا الحكم يقضي بالأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، وإكسابه الصيغة التنفيذية، أو يقضي برفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي<sup>(2)</sup>.

## المبحث الثاني

### ضوابط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وفقاً لاتفاقية نيويورك

وبعد ما تناولنا في المبحث الأول، ضوابط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين، حيث تم بيان فيه شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في التشريع الفلسطيني بشكل مفصل، ثم بيان إجراءات الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في التشريع الفلسطيني بشكل مفصل؛ سنتطرق في هذا المبحث، إلى بيان شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في اتفاقية نيويورك، تم بيان إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في اتفاقية نيويورك، وذلك في مطلبين: نتناول في المطلب الأول: شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في اتفاقية نيويورك، وفي المطلب الثاني: إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في اتفاقية نيويورك، على النحو التالي:

## المطلب الأول

### شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في اتفاقية نيويورك

نتطرق في هذا المطلب إلى شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وذلك على النحو التالي:

#### الفرع الأول: شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في اتفاقية نيويورك:

لقد نصت اتفاقية نيويورك على شروط تنفيذ أحكام التحكيم، عندما نصت بأن تلتزم كل دولة موقعة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم، بتطبيق الشروط السارية فيها على أحكام التحكيم الأجنبية، دون أن تفرض على الأحكام الأجنبية شروط أكثر شدة، ورسوماً قضائية أكثر ارتفاعاً، من الشروط والرسوم التي تفرضها على أحكام التحكيم الوطنية<sup>(3)</sup>. ونصت كذلك على تقديم طلباً مرفقاً لما يلي:

1- على من يطلب الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليهما في المادة السابقة أن يقدم مع الطلب:

أ - أصل الحكم الرسمي أو صورة منه معتمدة.

1- تركمان، مرجع سابق، ص 150.

2- راجع المادتين (52/53) من قانون التحكيم الفلسطيني.

3- راجع المادة (3) من اتفاقية نيويورك.

ب - أصل الاتفاق أو صورة منه معتمدة.

2- وعلى طالب الاعتراف والتنفيذ إذا كان الحكم أو الاتفاق المشار إليهما غير محرر بلغة البلد الرسمية، المطلوب إليها التنفيذ أن يقدم ترجمة لهذه الأوراق بهذا اللغة، ويجب أن تكون الترجمة معتمدة من موظف رسمي، أو مترجم محلف أو ممثل دبلوماسي أو قنصلي<sup>(1)</sup>.

ونصت على شرط المعاملة بالمثل بشكل صريح وواضح، كما نصت على الحالات التي يجوز فيه المحكوم ضده، طلب رفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، إذا قدم ما يثبت ذلك، وقبل الإشارة لهذه الحالات، لا بد من الإشارة بأن شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية؛ تم الإشارة إليها بشكل مفصل، وفقاً للتشريع الفلسطيني في المبحث الأول، وعليه سنوضح شرط المعاملة بالمثل مع ذكر الحالات التي نصت عليها الاتفاقية، من هذا المطلب.

**الشرط الأول: تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وفقاً لمبدأ المعاملة بالمثل:**

يسود مبدأ المعاملة بالمثل، ويعرف كذلك بشرط التبادل، في العلاقات الدولية وخصوصاً في تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية. حيث إذا تقرر مبدأ المعاملة بالمثل في مجال تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، فإن ذلك الأمر يقتضي أن تتحقق محكمة الدولة، التي يطلب منها التنفيذ من توافر شرط المعاملة بالمثل، في محاكم الدولة الأجنبية التي صدر فيها الحكم، أو صدر على مقتضى قانونها لأحكام التحكيم الصادرة في دولة التنفيذ، أو الصادرة على مقتضى قانونها بنفس الشروط والأوضاع التي يجري بها التنفيذ في الدولة الأجنبية<sup>(2)</sup>.

ولقد تبنت اتفاقية نيويورك مبدأ المعاملة بالمثل بشكل صريح، حيث اشترطت اتفاقية نيويورك أنه على أي دولة من الدول عند الانضمام أو التصديق أو التوقيع، على هذه الاتفاقية أن تعلن بشكل صريح وواضح عن نطاق تطبيقها لهذه الاتفاقية، على أساس مبدأ المعاملة بالمثل، مع حرية التحفظ على أنها لن تطبقها إلا على الأحكام الصادرة عن دولة أجنبية<sup>(3)</sup>.

**الشرط الثاني: هي الحالات التي لا يجوز فيها رفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي إلا إذا قدم المحكوم ضده للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ ما يثبت خلاف ذلك. وهي:**

- 1- نقص أهلية أحد طرفي الاتفاق أو عدم صحة اتفاق التحكيم.
- 2- عدم احترام حقوق الدفاع للخصم وعدم إبلاغه بإجراءات التحكيم.
- 3- عدم صحة تشكيل هيئة التحكيم أو الإجراءات التحكيمية.
- 4- عدم اكتساب الحكم الصفة الإلزامية.
- 5- تجاوز هيئة التحكيم حدود اتفاق التحكيم.
- 6- مخالفة حكم التحكيم الأجنبي للنظام العام.

1- راجع المادة (4) من اتفاقية نيويورك .

2- المصري، مرجع سابق، ص 566.

3- راجع المادة (3/1) من اتفاقية نيويورك.

7- البت فيما لا يجوز التحكيم فيه<sup>(1)</sup>.

وإذا لم يثبت المحكوم ضده مخالفة أي شرط من هذه الشروط، فإنه لا يكون أمام السلطة المختصة إلا الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي. حيث إن القاعدة من حيث الأصل هي تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، إذا توافرت شروط تنفيذه، والاستثناء على الأصل منع تنفيذ الحكم الأجنبي إذا توافر حالة من الحالات المشار إليها في المادة (5) من اتفاقية نيويورك سابقة الذكر.

## المطلب الثاني

### إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وفقاً لاتفاقية نيويورك

يوجد قاعدة مستقرة في القانون الدولي الخاص، تنص على أن: "يُطبق القاضي القواعد الإجرائية الوطنية على تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية" فإذا تقدم أحد أطراف التحكيم بطلب لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين، فإن القاضي الفلسطيني الذي ينظر في طلب التنفيذ يتوجب عليه تطبيق القواعد الإجرائية التي ينص عليها التشريع الفلسطيني<sup>(2)</sup>.

ولم تحدد اتفاقية نيويورك الإجراءات الواجب إتباعها للاعتراف ولتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية<sup>(3)</sup>. إنما أرسدت الاتفاقية بشأن أحكام التحكيم الأجنبية - مبدأ المعاملة الوطنية - فلم تتدخل الاتفاقية في الإجراءات الواجب اتباعها للحصول على تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، وإنما اكتفت بوضع قاعدة إسناد موحدة هي اتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون الدولة المطلوب منها التنفيذ<sup>(4)</sup>. وهي من قواعد القانون الدولي المستقرة في مختلف دول العالم<sup>(5)</sup>.

ويرجع اهتمام اتفاقية نيويورك على إسناد إجراءات التنفيذ لقانون الدولة المطلوب التنفيذ على إقليمها؛ نتيجة الصعوبات التي واجهها واضعي اتفاقية نيويورك، حيث لم يستطيعوا سن تنظيم إجرائي تفصيلي موحد، يتضمن جميع الإجراءات الواجب اتباعها لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، من حيث تحديد السلطة المختصة وإجراءات النظر في طلب الأمر بتنفيذ الحكم، وطرق الطعن، وغيرها، حيث كان من الصعب وضع نظام إجرائي موحد يسري على جميع الدول الأطراف في الاتفاقية، وخاصة أن هذا المسائل ترتبط ارتباطاً وثيقاً بتنظيم عمل السلطات العامة لكل دولة<sup>(6)</sup>.

ونصت اتفاقية نيويورك بأن تلتزم كل دولة موقعة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم، بتطبيق الشروط السارية فيها على أحكام التحكيم الأجنبية، دون أن تفرض على الأحكام الأجنبية شروط أكثر شدة، ورسوماً قضائية أكثر ارتفاعاً

1- راجع المادة (5) من اتفاقية نيويورك.

2- تركمان مرجع سابق، ص 126.

3- البطاينة، مرجع سابق، ص 249.

4- عبد الله، الإجراءات المنظمة لتنفيذ حكم التحكيم في قانون التحكيم السوداني والمقارن، ص 14 وما بعد.

5- مقابلة، مرجع سابق، ص 121.

6- القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، ص 67، وأنظر تركمان، مرجع سابق، ص 127.

من الشروط والرسوم التي تفرضها على أحكام التحكيم الوطنية<sup>(1)</sup>، ولكن يوجد آراء حول إسناد اتفاقية نيويورك، إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي لقانون الدولة المطلوب فيها التنفيذ.

يرى محسن شفيق: "بأنه يجوز إخضاع حكم التحكيم الأجنبي لرقابة أشد من الرقابة على حكم التحكيم الوطني، ولكن دون أن يصل الفرق في المعاملة إلى حد الاختلاف في جوهر التعامل"<sup>(2)</sup>.

ويرى البعض من الفقه بأن ترك مهمة وضع الإجراءات الخاصة بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي للتشريعات الوطنية، سيفتح الطريق أمام الدول المتعاقدة لوضع تنظيم خاص بإجراءات تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، وبما يتفق مع روح اتفاقية نيويورك ليكون نموذجاً لإجراءات موحدة فيما بعد<sup>(3)</sup>. ويرى آخرون بأنه كان من الأفضل أن تنص الاتفاقية على المساواة بين أحكام التحكيم الأجنبية وأحكام التحكيم الوطنية، بحيث يخضعان لنفس القواعد الإجرائية المتبعة في التنفيذ<sup>(4)</sup>.

وهناك من يرى بأن ترك الباب مفتوح لكل دولة متعاقدة لوضع ما تراه مناسباً من قواعد الإجراءات، واستعمال هذه الميزة يعرفل تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، من خلال وضع شروط إجرائية معقدة، وفرض قيود إضافية على تنفيذ الأحكام الأجنبية، أو أن تتوسع في مفهوم الإجراءات التي تخضع لقانون القاضي وفقاً لما نصت عليه اتفاقية نيويورك، حيث تحديد ما يعد من الإجراءات من عدمه، يعد من مسائل التكييف التي تخضع لقانون القاضي، وهذا الأمر يعطي الفرصة للدولة المطلوب فيها التنفيذ للتوسع في مفهوم الإجراءات، مما يؤدي إلى فرض شروط إضافية للتنفيذ غير التي نصت عليها اتفاقية نيويورك في المادة الخامسة<sup>(5)</sup>.

ولكن يرى الباحثان، خلاف ما تقدم، أن اتفاقية نيويورك قد أحسنت صنعاً، عندما نصت على تطبيق إجراءات قانون البلد المطلوب فيه تنفيذ الحكم الأجنبي؛ لأن الاتفاقية عندما نصت على ذلك لم تترك الباب مفتوحاً على مصراعيه للمشترع الوطني، بل وضعت قواعد عامة ومحددة لتنفيذ الحكم الأجنبي. من خلال ما أشارت له في المادة (3) من الاتفاقية<sup>(6)</sup>.

إلا أن اتفاقية نيويورك أوجبت للحصول على الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، تقديم طلباً مرفقاً لما يلي:

1- على من يطلب الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليهما في المادة السابقة أن يقدم مع الطلب:

أ - أصل الحكم الرسمي أو صورة منه معتمدة.

ب - أصل الاتفاق أو صورة منه معتمدة.

1- راجع المادة (3) من اتفاقية نيويورك.

2- شفيق، التحكيم التجاري الدولي، ص 230. وأنظر مقابلة، مرجع سابق، ص 122.

3- البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ص 211.

4- تركمان، مرجع سابق، ص 129.

5- القصبي، مرجع سابق، ص 67. وأنظر البحيري، مرجع سابق، ص 208 وما بعد.

6- راجع المادة (3) من اتفاقية نيويورك.

2- وعلى طالب الاعتراف والتنفيذ إذا كان الحكم أو الاتفاق المشار إليهما غير محرر بلغة البلد الرسمية، المطلوب إليها التنفيذ أن يقدم ترجمة لهذه الأوراق بهذا اللغة، ويجب أن تكون الترجمة معتمدة من موظف رسمي، أو مترجم محلف أو ممثل دبلوماسي أو قنصلي " (1).

### الخاتمة

بعد الانتهاء من إعداد هذا البحث الموسوم بعنوان: ضوابط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين "دراسة مقارنة"، فإن الباحثين قد توصلوا إلى عدة نتائج وتوصيات، وذلك على النحو التالي:

#### أولاً: النتائج.

- 1- يشترط المشرع الفلسطيني لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين أن يتضمن الحكم الأجنبي شروط التنفيذ المنصوص عليها في التشريع الفلسطيني.
- 2- بين المشرع الفلسطيني المسائل التي لا تخضع لنظام التحكيم وهي المتمثلة في المسائل المتعلقة بالنظام العام في فلسطين، والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانوناً، والمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية.
- 3- تركت اتفاقية نيويورك للدولة الموقعة على الاتفاقية تحديد المسائل التي يجوز اللجوء فيها للتحكيم من عدمه، ويكون لتلك الدولة الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي، عدا المسائل التي لا يجوز تسويتها عن طريق التحكيم.
- 4- يشترط المشرع الفلسطيني لكسب حكم التحكيم الأجنبي القوة التنفيذية لتنفيذه، أن يتم الاعتراف به والموافقة على تنفيذه من المحكمة المختصة.
- 5- المشرع الفلسطيني لم يمنح الحرية لأطراف الاتفاق في اختيار المحكمة المختصة في إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، أو رفضه، وإنما جعله اختصاصاً نوعياً لمحكمة البداية التي يراد التنفيذ في دائرتها.
- 6- كرست اتفاقية نيويورك مبدأ المعاملة بالمثل، وأحالت الشروط الشكلية وإجراءات الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إلى قانون الدولة المطلوب فيها التنفيذ، وهذا يتفق تماماً موقف المشرع الفلسطيني، في قانون التحكيم الفلسطيني ولائحته التنفيذية، حيث تضمنت الشروط والإجراءات التي تنظم طلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي.

#### ثانياً: التوصيات

- 1- نوصي المشرع الفلسطيني بضرورة توحيد النصوص المتعلقة بتنظيم وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، والنص عليها في تشريع واحد، وهو قانون التحكيم الفلسطيني، ولائحته التنفيذية، وذلك لتفادي المشكلات التي قد تحدث نتيجة الاختلاف في النصوص المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين.
- 2- نوصي المشرع الفلسطيني بضرورة تبني مبدأ المعاملة بالمثل، في تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، والنص عليها بشكل صريح في قانون التحكيم الفلسطيني.

1- راجع المادة (4) من اتفاقية نيويورك.

- 3- نوصي المشرع الفلسطيني بإعادة النظر فيما يتعلق بالاختصاص المكاني للمحكمة المختصة بنظر طلب الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين، والنص على جعل الاختصاص لمحكمة البداية المراد التنفيذ في دائرتها، كما هو وارد في قانون التنفيذ، بدلاً من محكمة بداية القدس أو محكمة بداية غزة المؤقتة.
- 4- نوصي المشرع الفلسطيني بضرورة تحديد المدة القانونية لانقضاء الحق في طلب تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين.
- 5- نوصي المشرع الفلسطيني بوضع اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية موضع التنفيذ، وموائمة التشريعات الفلسطينية معها بعد دخول فلسطين رسمياً في هذه الاتفاقية، باعتبارها جزءاً من النسيج الوطني الفلسطيني.

## المراجع

أولاً: الكتب والرسائل:

- 1- مقابله، نبيل زيد سليمان، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، القاهرة: دار النهضة العربية، 2006م.
- 2- خزاعلة، محمد عايد فاضل، موانع تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2017م.
- 3- الدن، حسام الدين، الأسس العامة للتحكيم، فلسطين، 2020م.
- 4- تركمان، عمار غالب مصطفى، تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في ضوء التشريع الفلسطيني واتفاقيتي الرياض ونيويورك، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، كلية الحقوق والإدارة العامة، 2013م.
- 5- المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مصر: دار الكتب القانونية، مجلة الكبرى، 2006م.
- 6- عباس، زهراء مثنى، التحكيم في القانون العراقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، جامعة ديالى، 2018م.
- 7- البطانية، عامر فتحي، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة عمان الأهلية، دار الثقافة، ط1، 2009م.
- 8- فتحية، قريقر، النظام العام والتحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، 2016-2017م.
- 9- سامية، طاهري، تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة د/ مولاي الطاهر السعيدة، 2017-2018م.
- 10- الريح، عبد الله عيس علي، حكم التحكيم، وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية والقانون التحكيم القضائي، دراسة مقارنة بالقانون الكويتي والقانون المصري، مقارناً بالفقه الاسلامي، الإسكندرية: الفتح للطباعة والنشر، 2009م.
- 11- شيخة، نور محمود خليل، التحكيم في الشيك في مجال التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الازهر، غزة، كلية الحقوق، 2016م.
- 12- آل فريان، عبد العزيز بن عبد الرحمن بن عبد الله، تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية والأجنبية في المملكة العربية السعودية، دراسة تأصيلية تطبيقية تحليلية، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية، 2006م.
- 13- سامي، فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي، ج5، عمان، الأردن، 1997م.
- 14- العرابوي، نبيل صالح، اتفاق التحكيم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بشار، الجزائر، دفاتر السياسية والقانون، العدد الخامس عشر جوان، 2016م.

- 15- القصاص، عيد محمد ، حكم التحكيم، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، القاهرة: دار النهضة العربية ط2، 2007م.
- 16- فيروز، حوت، الرقابة القضائية على حكم التحكيم التجاري الدولي، في ضوء القانون الجزائري والاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير، جامعة أكلي محمد اولحاج، البويرة، 2016م.
- 17- مطر، وئام مصطفى محي الدين، آثار حكم التحكيم وطرق الطعن فيه، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، كلية الحقوق، 2014م.
- 18- شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، القاهرة: دار النهضة العربية، للطبع والنشر، 1997م.
- 19- القصبي، عصام الدين، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية، 1993م.
- 20- عبدالله، محمد أحمد، الإجراءات المنظمةة لتنفيذ حكم التحكيم في القانون السوداني والمقارن، جامعة الزعيم الأزهرى، بحث محكم، المجلة العلمية، العدد 14، 2014م.
- 21- البحيري، عزت، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، جامعة عين شمس، 1996م.
- تانياً: القوانين والاتفاقيات:

- 1- اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1958م.
- 2- قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000م.
- 3- اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني رقم (39) لسنة 2004م.
- 4- قانون التنفيذ الفلسطيني رقم (23) لسنة 2005م.

## قراءة نقدية في بعض نصوص قانون العقوبات الليبي

أ. عبد الغني الغالي

أستاذ مساعد كلية القانون صرمان جامعة صبراتة

### مقدمة

إذا كانت السياسة الجنائية تتمثل في مجموعة التدابير والوسائل والأسس التي على أساسها وبواسطتها يمكن التصدي للظاهرة الإجرامية وكيفية معاملة المذنبين، وعليه فإن قانون العقوبات يعدُّ في طليعة الأدوات والوسائل التي بواسطتها تستطيع الدولة حماية الحقوق والأوضاع التي تقرها مختلف فروع القانون الأخرى، فهو الأداة التي تترجم هذه السياسة في إطار الدولة، أي أنه بمثابة المرآة التي تعكس السياسة المطبقة في هذه الدولة أو تلك<sup>(1)</sup>.

فالمصالح التي يسعى المشرع من خلال نصوص قانون العقوبات إلى حمايتها هي مصالح ذات طبيعة مختلفة، فمنها ما يتسم بالثبات والاستقرار إلى حد ما، دون تغير النظرة التجريمية اتجاهها، من ذلك الجرائم الماسة بحق الإنسان في الحياة وفي سلامة جسده والجرائم المتعلقة بالعرض والأخلاق، وجرائم الاعتداء على الأموال كالسرقة، والنصب والتهريب. ومنها ما يتسم بطبيعة متغيرة بحيث تتأثر بتغير الظروف الاجتماعية، والسياسية والاقتصادية للمجتمع، وهي ما يمكن تسميتها بالجرائم الاصطناعية، وعليه فإن معظم الدول تحرص على وضع قواعد عامة يتضمنها ما يسمى بالقانون الرئيس فيشمل جل القواعد المتعلقة بحماية المصالح ذات الطبيعة المستقرة، ومن ثم يضع بعض القوانين التكميلية والتي يسعى من خلالها إلى حماية المصالح ذات الطبيعة المتغيرة بحيث يستطيع إدخال تعديل عليها كلما تغيرت الظروف والمصالح المرعية، بحيث لا يضطر إلى إحداث تعديلات على مجموعة القواعد التي تحمي المصالح ذات الطبيعة المستقرة. وعلى الرغم من أن المشرع الليبي قد سار على هذا النهج بحيث أصدر قانون العقوبات القسم العام دفعة واحدة ومن ثم أصدر مجموعة قواعد تكميلية ملحقه بقانون العقوبات تحقيقاً لمصالح مختلفة<sup>(2)</sup>. إلا أنه وللأسف في ظل التشريع الجنائي الليبي الحالي فإننا نلاحظ أن التعديل لا يقف عند التشريعات التكميلية التي تحمي مصالح ذات طبيعة متغيرة، بل يفترض أن يتم إدخال بعض التعديلات على مجموعة القواعد التي تحمي المصالح ذات الطبيعة المستقرة أي القانون الرئيس، وكذلك بعض النصوص التي تعدُّ بمثابة ركائز لهذا القانون، إذ أننا نرى أنها تحتاج إلى إدخال بعض التعديلات

1 - د. عوض محمد، مبادئ علم الإجرام، المكتبة الوطنية، بنغازي، 1973، الطبعة الأولى، ص 23.

2 - من هذه التشريعات المكتملة على سبيل المثال لا الحصر القانون رقم 7 لسنة 1981 بشأن حيازة الاسلحة والذخائر والمفرقات، والقانون رقم 10 لسنة 1985 بشأن تقرير بعض الأحكام الخاصة بجرائم الآداب العامة، والقانون رقم 7 لسنة 1990 بشأن المخدرات والمؤثرات العقلية، والقانون رقم 6 لسنة 1423 بشأن أحكام القصاص والدية، القانون رقم 2 لسنة 1982 بشأن الجرائم الاقتصادية، والقانون رقم 2 لسنة 2005 بشأن مكافحة غسل الأموال، وغيرها من القوانين التكميلية.

عليها، ومصداقاً لذلك فقد تم وضع قرابة أربعة مشاريع لتعديل قانون العقوبات الليبي ولكن للأسف لم تر النور إلى وقتنا هذا.

فإذا كانت السياسة الجنائية الراشدة هي التي يسعى من خلالها المشرع في جل الدول إلى تجريم بعض الأفعال الماسة بمصالح الفرد والمجتمع، وذلك من خلال بيان ما يجب أن يجرم وما يجب أن يخرج من إطار دائرة التجريم والعقاب، بحيث يبقى على الأصل - الأصل في أفعال الإنسان الإباحة - إذ يُعدُّ للدولة أمر تقدير مصالحها الجديدة بالحماية، وما يمكنه أن ينال من هذه المصالح، أو يعرضها للخطر، الأمر الذي يحولها سنن القواعد القانونية التي نرى لزومها لتجنب أي خطر، أو نشاط من شأنه تهديد أمنها واستقرارها<sup>(1)</sup>.

وإذا كان التشريع ابناً للواقع والمجتمع وانعكاساً مباشراً لحاجاته وتطلعاته عليه فإن هذه التشريعات يفترض أن تتطور بتطور المجتمعات، وتطور العقل البشري، بحيث يتدارك كل نقص أو عجز أو خلل في ضل هذه التشريعات.

وبالتالي فإذا كان هناك تطور في إطار المجتمع يجب أن ينعكس ذلك على التشريعات لتواكب هذه التطورات. وإذا كان هناك خلل أو عجز، أو تعارض في نصوص جنائية في إطار قانون جنائي واحد يجب أن توضع في عين الاعتبار. ولعلي ما أسعى إلى بيانه من خلال هذه الورقة هو بيان أنه في إطار قانون العقوبات الليبي بعض النصوص أحياناً تكون متعارضة، وبعضها يعتريه العجز عن علاج بعض المسائل في إطار المجتمع، وفي أحيان أخرى توجد نصوص لا تحقق العدالة الجنائية في تطبيق الجزاءات على ذات السلوك الإجرامي لذات الإرادة الآثمة وذات الخطورة الإجرامية وبنت العقوبة على أساس درجة خطورة النتيجة الحاصلة دون النظر إلى الخطورة الإجرامية لمرتكب السلوك الإجرامي ودرجة الإرادة الآثمة لديه، رغم وحدة الخطورة الإجرامية والإرادة الآثمة في بعض الأحوال سواء تحققت النتيجة التي يبتغيها الجاني من سلوكه كما أراد هو، أو لم تتحقق لأسباب لا دخل له فيها بالرغم من اكتمال السلوك الإجرامي.

ولعلي من خلال هذه الورقة أقف على بعض وجوه الخلل التي أرى أنها تعترى هذه القواعد العامة، والتي للأسف لم تؤخذ في الحسبان حتى في إطار المشروع الجديد لقانون العقوبات وذلك وفق مطلبين على النحو التالي:

**المطلب الأول : المادة 3 وعلاقتها بالمادة 63 فقرة 1 من قانون العقوبات الليبي.**

**المطلب الثاني : المادة 376 ق.ع.ل جريمة التحريض والمساعدة على الانتحار.**

1 - راجع في ذلك مؤلفنا بعنوان شرح قانون الجرائم الاقتصادية الليبي في جرائم ( التهريب - إعطاء صك - نشر مرض من أمراض الحيوان أو النبات ) ، منشورات جامعة صبراتة ، الطبعة الأولى ، 2018 ، ص 14 .

## المطلب الأول:

## المادة 3 وعلاقتها بالمادة 63 فقرة 1 من قانون العقوبات الليبي.

إذا كان المشرع الليبي قد وضع أولى ركائز القانون الجنائي والمتمثل في المادة الأولى من قانون العقوبات القسم العام حيث نصت على أنه " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص " .

فهذا النص يعد من أهم القواعد السائدة في مجال القانون الجنائي الليبي، كما يعد من المبادئ المستقرة في جل التشريعات العقابية الحديثة (1). فمؤدى هذا المبدأ يتمثل في أن التشريع هو مصدر القاعدة القانونية، فالسلطة التشريعية هي الجهة الوحيدة التي تحدد الأفعال التي تعد جرائم، ومن ثم تضع لها الجزاءات المناسبة. وبالتالي لا يمكن اعتبار فعل ما جريمة ما لم يتقرر ذلك بنص في القانون، فذلك مرده أن الأصل في أفعال الإنسان الإباحة.

وعليه فإنه طبقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أصبح لدى المشرع أولويات في التجريم والعقاب، فالسياسة الجنائية الرشيدة هي التي يسعى من خلالها المشرع إلى تجريم بعض الأفعال الماسة بمصالح الفرد والمجتمع، وذلك من خلال بيان ما يجب أن يجرم وما يجب أن يخرج من إطار دائرة التجريم والعقاب، بحيث يبقى على الأصل - الأصل في أفعال الإنسان الإباحة - إذ يعود للدولة أمر تقدير مصالحها الجديرة بالحماية، وما يمكن أن ينال من هذه المصالح، أو يعرضها للخطر. فالشخص لا يعد أثماً ومن ثم لا يكون مسؤولاً جنائياً إلا إذا قام بالأفعال التي يلزم المشرع بنص قانوني بعدم القيام بها، أو امتنع عن الأفعال التي يلزم المشرع إتيانها. وبهذا ذهب جانب من الفقه وشرّاح القانون الجنائي إلى تعريف الجريمة بالقول بأنها هي مخالفة نص جنائي. أو هي القيام بفعل يلزم القانون بعدم القيام به، أو الامتناع عن فعل يلزم القانون القيام به . أو هي فعل أو امتناع يحضره القانون ويقرر عقوبة لمرتكبه (2) .

وعملاً بتناسق وتوافق النصوص الجنائية فقد وضع المشرع نصاً آخر يعد من ضمن ركائز قانون العقوبات الليبي يسير في نفس اتجاه مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات متمثلاً في نص المادة 63 في فقرتها الأولى والذي ينص على أنه " ترتكب الجناية أو الجنحة عن قصد عمدي إذا كان مقترفها يتوقع ويريد أن يترتب على فعله أو امتناعه حدوث الضرر أو وقوع الخطر الذي حدث والذي يعلق عليه القانون وجود الجريمة " .

فإذا كان نص المادة الأولى بمقتضاه يبين المشرع على أنه لا يمكن عقاب شخص على فعل لم يجرمه بموجب نصوص قانون العقوبات ، فإنه يبين بموجب نص المادة 63 في فقرتها الأولى أنه بعد النص من المشرع على تجريم فعل فإنه لا

1 - وقد اعترفت معظم التشريعات الحديثة بهذا المبدأ باعتباره من أهم الضمانات لحماية الحرية الشخصية ضد أي تعسف أو تحكم من قبل القضاة، فهذا المبدأ يجعل احترام القانون بقدر ما هو واجب على الأفراد واجب على السلطة القضائية فهذه الأخيرة ملزمة بعدم الحكم بالعقاب إلا إذا كان هناك نص يجرم الفعل ويعاقب عليه، فليس للقاضي إذا ما ثبت أن فعلاً ما يعد جريمة أن يصدر حكماً بالجزاء غير الجزاءات التي نص عليها المشرع في هذا القانون.

2 - د. إيهاب الروسان، القصد الجزائي من خلال فقه القضاء، نصف قررن من فقه القضاء الجزائي، بحث مقدم لـ (أشغال الملتقى الثالث يومي 25 و26 نوفمبر 2010 م. بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والتصرف بجدوبة، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المتخصص، تونس 2011، ص 553.

يمكن محاسبة أي مخاطب به على أساس العمد إلا بعد علمه بأنه يقوم بفعل أو يمتنع عن فعل يلزم القانون القيام به أو بالامتناع عنه ، فالمعنى المخالف أنه إذا ما ارتكب فعل بغير العلم من أنه مجرم في نطاق قانون العقوبات فإن مرتكبه لا يعاقب على أساس العمد وإن أمكن عقابه على أساس الخطأ ، ولهذا فقد نص في المادة 62 في فقرتها الأولى والثانية من ذات القانون على أنه " لا يعاقب على فعل أو امتناع يعده القانون جريمة إلا إذا ارتكب عن شعور وإرادة . ولا يعاقب على فعل يعدُّ جنائية أو جنحة قانوناً إذا لم يرتكب بقصد عمدي ويستثنى من ذلك الجنائيات والجنح التي ينص القانون صراحة على امكانية ارتكابها خطأً أو بتجاوز القصد " . وهذا أعتقد أنه أمر منطقي بحيث مناط المسؤولية في الجرائم العمدية تقوم على الإرادة الآتمة. أي يجب لكي يعاقب على أساس العمد طبقاً لنص المادة 63 في فقرتها الأولى يجب أن يتوفر لديه قصد جنائي بعنصره العلم والإرادة.

ولهذا فقد قيل في تعريف القصد الجنائي بأنه انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة مع العلم بعناصرها المكونة لها<sup>(1)</sup>. في حين عرفه البعض الآخر القصد الجنائي بأنه توجيه العمل أو الترك إلى إحداث النتيجة الضارة التي تتكون منها الجريمة. أو هو إرادة الاضرار بمصلحة يحميها القانون. أو هو إرادة الخروج عن القانون بفعل أو ترك.

وعليه فإنه تطبيقاً لنص المادة 63 فقرة 1 من قانون العقوبات الليبي لكي يتوافر القصد الجنائي لدى الشخص ومن ثم يعدُّ آثماً ومسئولاً على أساس العمد لا بد من أن يفهم الوقائع بنفس الطريقة التي حددها المشرع الجنائي ، وليس هذا فحسب بل يجب أن يعلم بنص التجريم ويفهم معناه أي يعلم بأن الفعل مجرمًا وأراد تنفيذ سلوكه ، وهو أمر منطقي ، ولهذا السبب نجد أن المشرع دائماً ما ينص في القوانين التكميلية أو كلما أدخل تعديلاً في إطار أي من النصوص الجنائية نجده ينص على أنه يعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ، أو بعد نشره بمدة محددة وذلك دلالة على أنه يسعى إلى تحقيق علم المخاطبين به .

وعليه إذا كان الفاعل لا يعلم بأنه يرتكب سلوكاً مخالفاً لنص جنائي، أي لا يعلم بعدم مشروعية الفعل فإنه يكون غير آثم على أساس العمد (المادة 1/63 ) ، ولكن هذا الفهم لنص هذه المادة لا يستقيم في ظل وجود ركيزة أخرى من ركائز القانون الجنائي الليبي ألا وهي نص المادة الثالثة والتي نص فيها على أنه " لا يحتج بالجهل بالقانون الجنائي تبريراً للفعل " .

فقرينة العلم بالقانون طبقاً لنص المادة الثالثة من قانون العقوبات قرينة مطلقة غير قابلة لإثبات العكس<sup>(2)</sup>. وذلك يفترض أن كل المخاطبين هم ممن يتمتعون بقوة الشعور والإرادة مهما كانت درجة ثقافتهم القانونية يعلمون بكل النصوص الجنائية ويفهمونها كما أراد لها المشرع الجنائي أن تكون، ومقتضى العدالة الجنائية أن الشخص لا يمكن أن يعاقب على أساس العمد إلا على سلوك ارتكبه عن علم وإرادة (المادة 63 / 1) .

1 - د. موسى مسعود ارحومة، الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي ، الجزء الأول ، النظرية العامة للجريمة ، منشورات جامعة بنغازي ، الطبعة الأولى ، 2009 ، ص 259 .

2 - الغالبية من الفقه يرون أن قرينة العلم بالقانون قرينة مطلقة غير قابلة لإثبات العكس ، راجع في عرض هذا الرأي د.محمد الرازي ، محاضرات في القانون الجنائي ( القسم العام ) ، دار الكتاب الجديد المتحدة ، الطبعة الثالثة ، 1999 ، ص 261 .

وعليه فإن الإبقاء على نص المادة الثالثة من قانون العقوبات الليبي بهذه الصياغة أمر لا يستقيم في ظل وجود نص المادة 1/63 والتي بمقتضاها لا يمكن مساءلة أي شخص على ارتكاب سلوك يعد جريمة بموجب نص جنائي على أساس العمد إلا إذا توافر لديه قصد جنائي أي العلم بالواقعة الاجرامية وإرادة تحقيقها. وبالمقابل فإن نص المادة الثالثة يفترض علم المخاطبين بالنصوص الجنائية من الوقت الذي يحدد المشرع سريانه عليهم وهي قرينة مطلقة غير قابلة لإثبات العكس.

غير أنه في مقتضى وجود المادة الأولى من قانون العقوبات فإنه من الممكن تجريم بعض الأفعال التي لم تكن مجرمة من قبل وذلك تماشياً مع السياسة الجنائية الراشدة التي يسعى من خلالها المشرع مواكبة التطورات التي تحصل ، وبالتالي فإن علم المخاطبين بهذه النصوص الجنائية في الغالب قد يستغرق وقتاً في الوقت الذي ينص فيه المشرع في بعض الأحوال على العمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ، ومن ثم يسري على المخاطبين به وتقوم مسؤوليتهم على أساس المسؤولية العمدية في حال تعمد ارتكاب السلوك سواء علم بعدم مشروعيته أم لم يعلم ، وذلك استناداً لنص المادة الثالثة التي تقر بقرينة العلم بالقانون على أنها قرينة مطلقة غير قابلة لإثبات العكس ، فهذا الأمر لا يستقيم في ظل وجود نص المادة 1/63 من ذات القانون والتي ينص فيها المشرع على أنه لقيام المسؤولية على أساس العمد يجب أن يكون مرتكب السلوك لديه قصد جنائي أي يجب أن يعلم بعدم مشروعية الفعل الذي يقترفه وأراد تحقيقه ، وعليه يكون الأمر أشبه بالجمع بين الضدين ، فتارة يقول المشرع لقيام المسؤولية على أساس العمد يجب أن يكون مرتكب السلوك المجرم يعلم ويريد أي علم يقيني لا مفترض ( المادة 1/63 ) وإلا كان مسؤولاً على أساس الخطأ ، وتارة نجد من جهة أخرى يفترض قرينة العلم بالقانون ويعتبرها قرينة مطلقة غير قابلة لإثبات العكس ( المادة 3 ) .

وبمقتضى وجود المادة الأولى من قانون العقوبات الليبي نرى أنه من الممكن تجريم بعض الأفعال التي لم تكن مجرمة من قبل ذلك تماشياً مع السياسة الجنائية الراشدة والتي يسعى من خلالها كل مشرع إلى مواكبة التطورات التي تحصل ، وعليه فإن العلم بهذه النصوص من قبل المخاطبين بها في الغالب يستغرق وقتاً، في حين أن المشرع الجنائي في الغالب الأعم ينص على العمل بالقانون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، أو بعد نشره بفترة وجيزة، فهذا الأمر لا يستقيم في ظل وجود نص المادة 1/63 من قانون العقوبات الليبي.

ومن خلال كل ذلك نرى أنه خروجاً من هذا التناقض أو التعارض بين نصوص تعدد ركائز في إطار قانون جنائي واحد فإنه يجب العمل على الحد من اطلاقات قرينة العلم بالقانون من خلال إدخال تعديل على صياغة نص المادة الثالثة من قانون العقوبات أو استبدالها بصياغة جديدة بحيث تصبح على النحو التالي " يحتج بالجهل بالقانون الجنائي تبريراً للفعل إلا إذا كان العلم علماً يقينياً " .

فبمقتضى هذا النص نكون قد حققنا التوازن بين النصوص الجنائية في التطبيق تماشياً مع تحقيق العدالة الجنائية، والتي تفترض أن لا يعاقب أحد على أساس العمد على مخالفة النصوص الجنائية إلا إذا كان يعلم بأنه يرتكب سلوكاً مجرمًا بمقتضى القانون وأراد تنفيذه.

ففي ظل هذا النص الجديد فإنه حال ارتكاب الجاني فعلاً مخالفاً لنص جنائي وتم عرضه على القضاء فيكون الحال بين أمرين إما أن يكون عند ارتكابه لسلك المكون لهذه الجريمة أنه لديه علم يقيني بأنه يخالف نص جنائي وهو الحال في الجزء الأكبر من الجرائم وخصوصاً التقليدية منها ، أو ما يمكن أن نسميها بالجرائم الطبيعية ، وإما أن نكون في صدد بعض الجرائم العلم بها من قبل المخاطبون بالنص المجرم علماً غير يقيني أي يختلف من وقت لآخر ومن شخص لآخر، وذلك ما يمكن أن نسميها بالجرائم الاصطناعية ، من ذلك استحداث نص تجرمي جديد في مسائل مستحدثة تماشياً مع التطورات العلمية الحاصلة في المجتمع ، فتلك مسألة تقديرية يترك أمر تحديدها لقاضي الموضوع .

ففيما يتعلق بالفئة الأولى التي يكون العلم بها يقينياً من قبل المخاطبين بالنصوص المجرمة لتلك الأفعال فإننا نعلم جميعاً إن جميع جرائم الحدود والقصاص يكون العلم بتجريمها يقينياً، وكذلك العديد من الجرائم التقليدية وإن لم تكن من ضمن جرائم الحدود والقصاص فإن العلم بها يقيني من ذلك على سبيل المثال حمل السلاح دون ترخيص، أو حيازته، أو التهريب أو إعطاء صك بدون رصيد .... الخ. فجل هذه الجرائم تعد منطقاً وعقلاً أنه لا يمكن الاحتجاج بالجهل بعدم مشروعيتها أي إثبات عكس عدم العلم بتجريمها. وبالمقابل هناك فئة ثانية من الجرائم تكون قرينة العلم بها نسبية قابلة لإثبات العكس من ذلك على سبيل المثال العديد من الجرائم المستحدثة ففي هذه الأحوال التي يصدر فيها المشرع نصوص تجرم أفعال لم تكن مجرمة من قبل فإن قرينة العلم بها تفضل نسبية قابلة لإثبات العكس، ويترك أمر تقدير العلم بها من عدمه إلى قاضي الموضوع حسب كل حالة على حدة.

### المطلب الثاني:

#### المادة 376 ق.ع.ل جريمة التحريض والمساعدة على الانتحار

الانتحار هو قيام الشخص بأنما حياته بنفسه. فهذه الظاهرة تعد من الظواهر التي أثارت وتثير حفيظة العديد من العلماء والفقهاء والفلاسفة في كثير من المجالات، كمحاولة منهم لإيجاد فلسفة الانتحار والمنتحر، من ذلك ما قام به علماء الطب وعلماء النفس والاجتماع من محاولات في دراستها، والوقوف على دوافعها وأسبابها. وقد كان لفقهاء القانون الجنائي دور في دراستها بين كونها ظاهرة بين التجريم والإباحة، ومن ثم إيقاع الجزاءات من عدمه، وقد كان لتلك الدراسات تأثير على موقف التشريعات العقابية السائدة في العصر الحديث.

فإذا كان من المستقر عليه في أغلب التشريعات الجنائية في الوقت الراهن تعتبر أن الانتحار لا يشكل فعلاً مجرمًا ومن ثم الأمر لا يثير إشكالية بحيث لا يمكن معاقبة الشخص الذي أنتحر<sup>(1)</sup>، لأنه بمجرد موته لا يمكن أن تكون هناك شخصية قانونية يمكن مساءلتها. فإن الخلاف بين فقه وشراح القانون الجنائي يرجع إلى الحال التي يقف فيها فعل

1 - وإن كان في ظل الأنظمة العقابية القديمة من الممكن المعاقبة على الانتحار إذا ما قد تم ، حيث كانت العقوبة تنزل بجنحة المنتحر وأمواله ، أما العقاب على الشروع في الانتحار فرغم أنه من الممكن العقاب عليه إلا أن التشريعات العقابية الحديثة لا تميل إليه ، راجع في ذلك .د. محمد رمضان بارة ، شرح القانون الجنائي الليبي ، القسم الخاص ، جرائم الأموال ، ص 110 .

الانتحار إلى حد الشروع فيه فهل يمكن اعتبار الشارع في الانتحار مرتكباً لجريمة ومن ثم يمكن مساءلته أم أن الفعل لا يعد جريمة ومن ثم لا عقاب عليه؟

فقد تباينت الآراء في هذا الصدد بحيث ذهب جانب إلى القول بأن الشروع في الانتحار لا يشكل جريمة استناداً إلى القول بأن تجريم الفعل والعقاب عليه يكون المهدف منه هو الردع والتخويف، وبالتالي لا جدوى من عقاب من أراد إنقاذ حياته بنفسه إذ أن من هانت عليه روحه وحياته فإنه يهون عليه ما دون ذلك، وبالتالي لا فائدة ترجى من عقاب شخص اختار لنفسه الموت، بل يجب أن ننظر إلى هذه الفئة من الأشخاص بنظرة العطف والتوجيه والعمل على دفع الأسباب التي تدفعه إلى الانتحار بدلاً من العقاب. كما قيل أن من هانت عليه نفسه لا يمكن أن نعاقبه بعقوبة أشد من عقوبة الموت. ولكن بالمقابل فقد ذهب جانب آخر إلى القول بأن الشروع في الانتحار يعد جريمة يمكن العقاب عليها. وهذا ما نعتقد أيضاً وذلك للأسباب التي سيأتي ذكرها لاحقاً.

أما في إطار التشريع الجنائي الليبي فقد أقر المشرع أن كلاً من الانتحار والشروع فيه لا يعد جريمة، ومن ثم لا عقاب. فقد جاءت نصوصه خالية من أي تجريم للانتحار أو مجرد الشروع فيه. ولكن لا يجب أن يفهم من ذلك أن الحق في الحياة هو حق خالص للمنتحر فقط، فهيا ليست ملكاً له يتصرف فيها كيف ما يشاء، وإنما هي تتعلق بحق المجتمع ككل، فهو مكلف بحمايتها، فوجود الفرد وحياته حق عام وليس حق خاص قاصر عليه وحده، ولهذا فقد جعل المشرع الليبي من الاشتراك في الانتحار يعد جريمة يعاقب عليها بموجب نص المادة 376 من قانون العقوبات حيث تنص على أنه "كل من حمل غيره على الانتحار أو ساعده على ذلك ووقع الانتحار فعلاً يعاقب بالسجن من ثلاث إلى عشر، وإذا لم يقع الانتحار ونجم عن الشروع فيه أذى خطير أو جسيم فتكون العقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين".

فإذا كانت فلسفة التجريم والعقاب وفق السياسة الجنائية التي يتبناها المشرع تارة تميل إلى أفكار المدرسة التقليدية سواء القديمة أو الحديثة حيث أقام المسؤولية على أساس حرية الاختيار أي أنه لا يسأل جنائياً إلا من له قوة الإدراك والاختيار وقت ارتكاب الفعل، وقد نص على ذلك في المادة (62) من قانون العقوبات على أنه "لا يعاقب على فعل أو امتناع يعده القانون جريمة إلا إذا ارتكب عن شعور وإرادة....". في حين أخذ بالمقابل بأفكار المدرسة الوضعية بحيث طبق فكرة التدابير الوقائية لاستئصال الخطورة الاجرامية.

وبناء على هذه السياسة التشريعية المتبعة في التجريم والعقاب فإن المشرع الليبي عندما ينص على تجريم الأفعال ويضع لها الجزاء الجنائي المناسب لكل فعل إنما يكون ذلك بناء على إما درجة خطورة الجرم المرتكب أو درجة خطورة المجرم، وإرادته الآتمة. فإذا كانت هذه السياسة في التجريم والمساءلة في جانب منها مبنية على مواجهة الخطورة الاجرامية الكامنة، وكذلك مواجهة الإرادة الآتمة لدى المجرم، وبناء على ذلك فإن الإرادة الآتمة ودرجة الخطورة الاجرامية التي لدى المحرض على الانتحار - المحرض وليس المساعد لأن التحريض على الانتحار شيء والمساعدة شيء آخر - قد تكون ذات الإرادة والخطورة لدى الجاني الذي يرتكب جريمة القتل العمدم.

وعليه فإنه ما يمكن أن يؤخذ على نص المادة 376 ق.ع. ل التحريض والمساعدة على الانتحار يكمن في التساؤلات التالية:

**أولاً :** إذا كان المشرع الليبي قد جرم التحريض والمساعدة على الانتحار طبقاً لمص المادة 376 من قانون العقوبات فلماذا لم يجرم الشروع في الانتحار أيضاً؟

فإذا كنا نتفق مع المشرع الليبي في عدم تجريم فعل الانتحار إذا وقع الانتحار فعلاً ، لعدم وجود شخصية يمكن أن نلاحظها جنائياً ، ولكننا نختلف معه في عدم تجريم فعل الشروع فيه إذا خاب أثره لأسباب لا دخل له فيها ، بل نرى أن الشروع في الانتحار يجب أن يفرد له المشرع نصاً جنائياً يجرمه ويحدد له الجزاء المناسب ، وتزداد الحاجة إلى ذلك خصوصاً في الحالات التي يقرر فيها الشخص إنها حياته بنفسه دون أي تأثير من أي شخص آخر ، وسندنا في ذلك راجعة إلى السياسة التي يتبعها المشرع الليبي في وضع الجزاءات الجنائية في بعض أحوالها تستند إلى أفكار المدرسة الوضعية التي تنادي بحتمة الجريمة ، إذ تقر بوجود ظروف تحيط بالشخص فتدفعه إلى ارتكاب الفعل المجرم بحيث تنفي فكرة حرية الاختيار وتحل محلها مبدأ الجبرية أو الحتمية ومن ثم تنفي فكرة العقوبة وتحل محلها فكرة التدابير الوقائية للاستئصال الخطورة الإجرامية الكامنة .

وبالتالي يمكننا القول أن من شرع في الانتحار يحمل خطورة إجرامية كامنة اتجاه نفسه وهو ما يجب أن يراعيه المشرع ويضع له الجزاء الجنائي المناسب المتمثل في التدابير الوقائية للاستئصال الخطورة الإجرامية الكامنة في نفسه ولو ضد شخصه من خلال معرفة الأسباب والدوافع التي دفعته لارتكاب هذا السلوك ، ومن ثم محاولة القضاء على هذه الاسباب أو العوامل عن طريق التدابير الوقائية .

**ثانياً :** لماذا المشرع عاقب المساعد على الانتحار طبقاً للنص السالف الذكر بعقوبة أقل من عقوبة القتل العمد في حين أن المساعد على الانتحار يكون والحال هذه أنه استعمل المجني عليه كأداة لإنهاء حياته بنفسه وهو في الوقت نفسه ينبئ بأن خطورة الجاني وإرادته الاثمة كبيرة جداً نستطيع أن نستشف ذلك من قدرته على أن يعيب إرادة المجني عليه إلى حين اقناعه بإزهاق روحه بنفسه؟ إذ نرى أنه من الأولى بالمشرع أن يعامل الجاني في هذه الحالة معاملة حمل غير المسئول جنائياً على الانتحار بحيث اعتبر أن من حمل شخص غير مسئول جنائياً على الانتحار أنه مرتكب جريمة القتل العمد ، وهذا ما يمكن أن نعهده في حال التحريض على الانتحار لأن الجاني تمكن من انتقاص من إرادة المجني عليه بأي وسيلة كانت أي تمكن من أن يعيب إرادته إلى أن يقرر إنها حياته بنفسه .

**ثالثاً :** وطبقاً لذات الفلسفة التي بنى المشرع الجنائي عليها سياسة التجريم والعقاب لو اعتبرنا أن المحرض على الانتحار لا يسأل على جريمة قتل عمد بل يسأل طبقاً لنص المادة 376 ق.ع. ل والتي هي عقوبتها أخف من عقوبة القتل العمد فإن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد يتمثل في الآتي لماذا المشرع في إطار هذا النص قد ميز في العقوبة التي توقع على الجاني بين وقوع الانتحار وبين خيبت الاثر التي تترتب عنها جريمة الشروع في التحريض على

الانتحار على الرغم من أن الخطورة الإجرامية والإرادة الآتمة واحدة في كلا الحالين لأن الجاني قام بكل ما في وسعه لتحقيق النتيجة إلا أن خيبت الأثر لم تكن راجعة له . فلماذا تخفف العقوبة في حال أوقف الفعل إلى حد الشروع فيه ؟  
**رابعاً :** ما يؤخذ على نص المادة 376 ق.ع.ل يتمثل في أنه بناء على ذات الفلسفة لو أوقف الفعل إلى حد الشروع فيه . لماذا نعاقب الجاني في حال ما لحق بالمجني عليه أذى خطير ، أو جسيم ، ولا نعاقب الجاني إذا ما لم يلحق بالمجني عليه سوى أذى بسيطاً ، أو مجرد الضغط على الجسم ، على الرغم من أن الإرادة الآتمة والخطورة الاجرامية للجاني (المحرض ) واحدة ؟

وبناءً على ما سبق ملاحظته على نص المادة 376 من قانون العقوبات الليبي نقترح ضرورة التمييز بين السلوك الذي يرتكبه الجاني اتجاه الشخص المنتحر بين كونه تحريضاً على الانتحار أو مساعدة عليه ، بحيث يعد المحرض على الانتحار مسؤولاً عن جريمة قتل عمد في حال وقوعه ، في حين يعامل الشخص الذي يساعد غيره على الانتحار بعقوبة المساعدة على الانتحار ، ذلك لأن المحرض على الانتحار من وجهة نظر الباحث يمكن أن تكون درجة الإثم لديه وخطورته الاجرامية في أوج قوتها في تحقيق السلوك الاجرامي ودليل ذلك قدرته على إنقاص من حرية الإرادة لدى المجني عليه بحيث يعيب إرادته بأي عيب من عيوب الإرادة حتى يقرر إنها حياته بنفسه ، وذلك بخلق فكرة الانتحار لديه أو بتدعيم هذه الفكرة لدى المجني عليه ، ومن ثم استعمله كأداة لقتل نفسه وهو ما ينطبق على حمل غير المسئول جنائياً على الانتحار . في حين أن المساعد على الانتحار يقتصر دوره على مجرد تقديم يد العون في تحقيق النتيجة الاجرامية دون أن تكون لديه قدرة خارقة أي إرادة آتمة وخطورة اجرامية كبيرة ، بل كان دوره مجرد تلبية لطلب المنتحر بتقديم وسيلة لينتحر بها وهو في الأصل قد قرر إنها حياته بنفسه فلم يبقى للمساعد على الانتحار سوى مده بوسيلة أو أداة لينتحر بها ، وذلك ما يدخل في ما يسما في إطار القانون الجنائي بدور الضحية في ارتكاب الجريمة ، حيث أن الشخص المنتحر يتمثل دوره في أنه هو من فكر وقرر الانتحار ولم يكن للمساعد سوى مده بأداة الجريمة فقط .

كما نرى أنه في حال السير في ذات المنظور الجديد لنص المادة 376 ق.ع.ل الذي نميز فيه بين التحريض على الانتحار وبين المساعدة عليه ، وبالتالي نرى أنه في إطار المساعدة على الانتحار ضرورة المساواة في العقوبة التي توقع على الجناة سواء وقع الانتحار فعلاً أو أوقف الفعل إلى حد الشروع فيه ، لان الجاني قام بكل ما في وسعه في تقديم المساعدة لشخص المنتحر ، إذ أن الإرادة الآتمة والخطورة الإجرامية واحدة في الحالين سواء وقع الانتحار أو أوقف إلى حد الشروع فيه .

وكذلك استناداً لذات المنظور الجديد لنص المادة 376 ق.ع.ل فإننا نرى أنه في حال ما أوقف الفعل إلى حد الشروع في الانتحار ضرورة أن يلاحق الجاني ليس فقط عندما يلحق بالمجني عليه أذى خطير أو جسيم كما هو الحال وفق نص المادة 376 ق.ع.ل المعمول به في الوقت الحالي ، بل يجب أن يسأل الجاني كذلك حتى في الحال التي يوقف فيها الفعل إلى حد الشروع فيه والجاني لم يصب إلا بأذى بسيط أو حتى في حال عدم وقوع أذى بل مجرد الضغط على جسمه بما يدخل في جرائم الضرب والتي يسأل عنها الجاني بمجرد الضغط على الجسم أو بمصادمته بشي آخر .

## الخاتمة

في ختام هذه الورقة العلمية نخلص إلى القول أنه على الرغم من أن المشرع الليبي قد سار على غرار جل التشريعات في محاولة اتباع سياسة تشريعية ناجحة للبحث عن تحقيق أهداف السياسة الجنائية الراشدة من خلال إقرار قانون العقوبات محاولاً من خلاله أن يكون مستسقي أحكامه من الشريعة الإسلامية ومتماشياً في ذات الوقت مع أفكار المدرسة التقليدية سواء القديمة أو الحديثة ، من خلال الأخذ بفكرة قيام المسؤولية على أساس حرية الاختيار ومن ثم يضع العقاب المناسب لكل جريمة على حدى ، وبالمقابل طبق في بعض الأحيان أفكار المدرسة الوضعية التي تنادي بجنسية الجريمة ومن ثم طبقت فكرة الخطورة الإجرامية .

واستناداً إلى هذه الأفكار أو تلك كان للمشرع الليبي أن يطبق كل من فكرة العقوبة على أساس حرية الاختيار ، وفكرة التدابير الوقائية على أساس الخطورة الإجرامية في آن واحد . وبالرغم من أنه كان موفقاً إلى حدٍ ما من بلوغ أهداف السياسة الجنائية الراشدة من خلال فرض الجزاءات الجنائية المناسبة في كثير من الانتهاكات للنصوص الجنائية المجرمة من خلال وضع عقوبة أو تدابير احترازي مناسب .

ورغم سعيه للوصول بقانون العقوبات إلى أسما مراتبه لكي يواكب ما يصل إليه علما الإجرام في البحث عن أسباب تفشي ظاهرة الجريمة ، ومحاولة منه للقضاء على هذه الأسباب بوضع الجزاءات الجنائية المناسبة سواء أكانت عقوبة أو تدابير احترازية إلا أننا نرى أن مجموع هذه النصوص سواء مجموعة نصوص قانون العقوبات ، ما يمكن أن نسميه بالقانون الرئيس أو مجموعة القوانين التكميلية له نرى أنه في بعض جوانبها لا تزال تحتاج إلى إعادة نظر فيها لمحاولة مواكبة التطورات لتحقيق أغراض السياسة الجنائية الراشدة .

إذ أننا نرى أن هناك بعض القواعد التي تعد ركائز لهاذا القانون يجب إعادة النظر فيها وكذلك أن هناك بعض النصوص المجرمة يكتنفها التناقض في تطبيق الجزاءات الجنائية وفي بعض الأحيان هناك قصور تشريعي في معالجة بعض السلوكيات التي تضر بالفرد والمجتمع ، وعليه في ختام هذه الورقة نصل إلى بعض أهم النتائج والتوصيات على النحو التالي :

## أولاً أهم النتائج :

من خلال كل ما سبق يمكننا الوصول إلى أهم النتائج التي تتمثل في الآتي :

- 1- محاولة المشرع الليبي من استصدار قانون يطبق فيه الجزاءات الجنائية المناسبة لكل خرق لنوص هذا القانون للحد أو التقليل من ظاهرة الجريمة .
- 2- محاولة المشرع التقيد في كثير من المواضع في إطار هذا القانون بأحكام الشريعة الإسلامية وهو ما نجده قد نص عليه في دباجة قانون العقوبات ، وقد طبقه في بعض نصوصه وذلك باستصدار التشريعات تطبق العقوبات الحديثة .

- 3- من النتائج التي يمكن الوصول إليها يمكننا القول أنه من خلال تتبع نصوص قانون العقوبات نلاحظ أنه لا يزال يحتاج إلى إدخال العديد من التعديلات سواء في بعض النصوص التي تعد ركائز لهذا القانون ، أو في بعض النصوص التي تطبق جزاءات جنائية على ارتكاب بعض السلوكيات المجرمة في إطار هذا القانون .
- 4- كما يوجد بعض الخلل التشريعي في إطار هذا القانون المتمثل في نهج المشرع الليبي سياسات مختلفة على ذات الإرادة الآتمة والخطورة الإجرامية في تطبيق جزاءات مختلفة.

#### ثانياً : أهم التوصيات :

من خلال كل ذلك نصل إلى وضع بعض التوصيات والتي نسعى أو نتمنى من المشرع الليبي بأن يأخذها بعين الاعتبار والمتمثلة في الآتي :

- 1- يجب على المشرع الليبي إعادة النظر في التسمية التي أختارها كعنوان لمجموعة النصوص التي تجرم الفعال وتضع لها جزاءات مناسبة والتي سماها في جزئها الأول بقانون العقوبات في حين أن مجموع نصوص هذا القانون لا تطبق عقوبات فقط بل تطبق نوعين من أنواع الجزاء الجنائي وهي عقوبات وتدابير احترازية ، فإذا كان المشرع قد أخذ بفكرة العقوبة والتدابير الاحترازية وطبق أحياناً كلاً منها منفردة وفي احيان أخرى طبقهما معاً على ذات المجرم وعليه كان من الأولى به أن لا يسميه بقانون العقوبات لأن هذه التسمية توحي بأنه قانون يطبق جزاء جنائي واحد فقط وهو العقوبة في حين أنه في الأصل يطبق نوعي الجزاء الجنائي عقوبات وتدابير احترازية.
- 2- ضرورة أن يبادر المشرع الليبي إلى معالجة بعض صور الخلل التشريعي المتمثل في تعارض بعض النصوص التشريعية في إطار ذات القانون ، وكذلك الخلل المتمثل في إصدار عقوبات غير متكافئة ولا تحقق العدالة الجنائية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها من جموع هذه النصوص .
- 3- ضرورة أن يسارع المشرع بالعمل على وضع مشروع قانون العقوبات الجديد موضع التطبيق ولكن بعد ما أن يأخذ في الحسبان النظر في النصوص التي سبق وأن حاولنا إلقاء الضوء عليها من خلال هذه الورقة العلمية .

## قائمة المراجع

- 1- د. أبوبكر أحمد الأنصاري ، شرح قانون العقوبات الليبي ( القسم الخاص ) الكتاب الأول جرائم الاعتداء على الأشخاص ، الطبعة الأولى ، 2013 .
- 2- د. إيهاب الروسان ، القصد الجزائي من خلال فقه القضاء ، نصف قرن من فقه القضاء الجزائري ، بحث مقدم ل ( أشغال الملتقى يومي 25 و 26 نوفمبر 2010 م. بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والتصرف بجنديوية ، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المتخصص ، تونس 2011 .
- 3- د. عوض محمد ، مبادئ علم الإجرام ، المكتبة الوطنية ، بنغازي ، الطبعة الأولى ، 1973م.
- 4- أ. عبد الغني عبد الله الغالي ، شرح قانون الجرائم الاقتصادية الليبي في جرائم ( التهريب - إعطاء صك - نشر مرض من أمراض الحيوان أو النبات ) ، منشورات جامعة صبراتة ، الطبعة الأولى ، 2018 م.
- 5- د. محمد الرازي ، محاضرات في القانون الجنائي ( القسم العام ) ، دار الكتاب الجديد المتحدة ، الطبعة الثالثة ، 1999 م.
- 6- د. محمد رمضان بارة ، شرح القانون الجنائي الليبي ، القسم الخاص الجزء الأول ، جرائم الاعتداء على الأشخاص 2001 م. ، مطابع عصر الجماهير ، الخمس ، ليبيا .
- 7- د. محمد رمضان بارة ، شرح القانون الجنائي الليبي ، القسم الخاص ، جرائم الاعتداء على الأموال .
- 8- د. موسى مسعودا رحومة ، الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي ، الجزء الأول ، النظرية العامة للجريمة ، منشورات جامعة بنغازي ، الطبعة الأولى ، 2009 م.
- 9- قانون العقوبات الليبي الصادر عام 1953 م.
- 10- مشروع قانون العقوبات لسنة 2010 م. ومشروعات أخرى لهذا القانون .