

# مجلة البحوث القانونية

مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية القانون - جامعة مصراتة



## نقرأ في هذا العدد

الفش في تنفيذ الاعتمادات المستندي

محمد علي ميلود السائح

محمود محمد عمر الشيخ

الحاجة إلى تقنين مهنة الاختصاصي النفسي في ليبيا

موسى عبد الحفيظ القنيدي

التلقيح الصناعي بين الإباحة والتجريم في القانون الليبي

عبد الله عبد السلام عربي

حديث أبي موسى الأشعري: لا نكاح إلا بولي

القليب حافظ امحمد

الاختصاص القضائي الدولي ونظر محاكم الدولة

في المنازعات ذات العنصر الأجنبي

عبد المنعم قريرة مرعي

الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية الليبي

شعبان محمد عكاش

مشكلة الأزواج الضريبي تداعياته وعلاجه

رحاب محمد بن نوبه

آليات تأويل النصوص ونماذجها الوظيفية عند المالكية

إبراهيم علي عيبلو

صلاحيات قاضي التحقيق في قانون الإجراءات

علي محمد عنيه

الجنائية الليبي



السنة السادسة

العدد العاشر

يناير 2019



للتواصل معنا

☎ الإدارة 051 2618442

☎ المسجل 051 2614727

☎ فاكس 051 2618443

[WWW.jlr.misuratau.edu.ly](http://WWW.jlr.misuratau.edu.ly)

📧 E-mail: [editor.jlr@law.misuratau.edu.ly](mailto:editor.jlr@law.misuratau.edu.ly)

📘 مجلة البحوث القانونية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ﴾

من الآية 105 من سورة التوبة

## مجلة البحوث القانونية

مجلة علمية دورية محكمة

تصدر عن كلية القانون - جامعة مصراتة

جميع الحقوق محفوظة للمجلة

المراسلات باسم رئيس التحرير - كلية القانون - جامعة مصراتة - ليبيا

## الإيداع

كلية القانون مصراتة

رقم الإيداع المحلي 2013/134م

دار الكتب الوطنية بنغازي - ليبيا

## هاتف

9097074 - 9096379 - 9090509

## بريد مصور

9097073

## البريد الإلكتروني

Nat-liba@hotmail.com

## رئيس التحرير

أ . وسام سليمان الصغير

## مدير التحرير

أ. موسى عبدالحفيظ القنيدي

## هيئة التحرير

أ.محمد عبدالله عبد العالي

أ.فوزي إبراهيم دياب

أ.عبدالسلام أبوشحمة انديشة

أ.حاتم محمد رحيل

## اللجنة الاستشارية

أ.د. محمد محمد مصطفى سليمان      أ.د. محمد رمضان بارة

أ.د. منصور ميلاد يونس      أ.د. محمد نجيب أحمد الكبتي

د. جمعة محمد الزريقي      د.علي محمد عنينة

د. عمر إبراهيم صافار      د. عبدالحكيم محمد أبوزيان

## قواعد النشر في المجلة:

- سعيًا من المجلة للوصول إلى صورة مميزة لنتاج الأعمال العلمية التي سيساهم بها المتخصصون في أعداد المجلة فإنه يجب التقيد بالضوابط التالية:
- أولاً: التقيد بأن يكون البحث أو الدراسة في أحد الموضوعات التالية:
- أ) البحوث والدراسات القانونية والشرعية والمقارنة بين الشريعة والقانون.
- ب) التعليق على القوانين ومشاريع القوانين.
- ج) التعليق على الأحكام القضائية المختلفة.
- د) تقديم ملخصات الرسائل العلمية.
- هـ) أعمال الندوات والمؤتمرات وورش العمل في مجال تخصص المجلة.

## ثانياً: ضوابط ومواصفات قبول البحوث للنشر:

- مراعاة أصول البحث العلمي وضوابطه ومنهجيته.
- جدة الموضوع بحيث لا يكون قد سبق نشره أو قدم للنشر.
- ألاً يكون العمل العلمي جزءاً من رسالة أو أطروحة أو نال به صاحبه درجة علمية.
- ألاً يقل عدد صفحات العمل العلمي عن 15 ولا تزيد عن ثلاثين صفحة شاملة لصفحة العنوان والفهارس.
- أن يكون العمل العلمي خالياً من الأخطاء اللغوية والمطبعية.
- أن يكون العمل مكتوباً بإحدى اللغات التالية: العربية، الإنجليزية، الفرنسية.
- يقدم مع العمل العلمي ملخصاً له لا يزيد عن صفحتين باللغة العربية إذا كان العمل مقدماً بلغة أجنبية، وباللغة الإنجليزية إذا كان العمل مقدماً باللغة العربية.
- يقدم العمل العلمي مطبوعاً على ورق (A4) مرفقاً به CD يحتوي نسخة إلكترونية للعمل العلمي وملخصه والسيرة الذاتية للباحث، ويجوز إرسال العمل بمرفقاته إلكترونياً عن طريق البريد الإلكتروني للمجلة.

تخصص الصفحة الأولى من العمل العلمي - لعنوان العمل، واسم معده ودرجته العلمية، وتخصصه، ومكان عمله.  
تكون كتابة العمل باللغة العربية وفقاً للتالي:  
الخط، Simplified Arabic بحجم 14 للمتن، 12 للهوامش، المسافات (2.5) من جميع الجهات.  
تكون كتابة العمل باللغات الأجنبية (الإنجليزية والفرنسية) وفقاً للتالي:  
Times New Roman بحجم 14 للمتن، 12 الهوامش، المسافات 2.5 من جميع الجهات.  
يخضع العمل العلمي المقدم للنشر للتقييم السري من قبل أساتذة متخصصين.  
للمجلة الحق في إجراء التعديلات الشكلية غير الجوهرية التي يرى المقيمون إجراؤها دون موافقة أصحاب العمل العلمي.  
تخطر المجلة أصحاب الأعمال العلمية التي أجاز المقيمون نشرها بملاحظات للعمل بما جاء فيها وارجاعها للمجلة للنشر.  
الأعمال العلمية المقدمة للنشر بما فيها من آراء وأفكار تعبر عن آراء أصحابها وعليهم وحدهم تبعات مسؤولياتها القانونية.  
يخضع نشر الأعمال العلمية لأوليات تتفق وسياسية النشر بالمجلة.  
هيئة تحرير المجلة غير ملزمة برد الأعمال العلمية المقدمة للنشر بالمجلة سواء تم نشرها أو لم تنشر.

## فهرس المحتويات

| الصفحة | الموضوع  |
|--------|--|
| 8      | العش في تنفيذ الاعتمادات المستندية<br>محمد على السائح<br>محمود محمد الشيخ                            |
| 67     | الحاجة إلى تقنين مهنة الاختصاصي النفسي في ليبيا<br>موسى عبدالحفيظ القنيدي                            |
| 88     | التفقيح الصناعي بين الإباحة والتجريم في القانون الليبي<br>عبدالله عبدالسلام عربي                     |
| 105    | حديث أبي موسى الأشعري: لا نكاح إلا بولي دراسة حديثة فقهية<br>حافظ امحمد القلبيب                      |
| 158    | الاختصاص القضائي الدولي ونظر محاكم الدولة في المنازعات ذات<br>العنصر الأجنبي<br>عبدالمنعم قريرة مرعي |
| 197    | الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية الليبي<br>شعبان محمد عكاش                              |
| 230    | مشكلة الازدواج الضريبي تداعياته وعلاجه<br>رحاب محمد بن نوبه  |
| 280    | آليات تأويل النصوص ونماذجها الوظيفية عند المالكية<br>إبراهيم علي عييلو                               |
| 317    | صلاحيات قاضي التحقيق في قانون الإجراءات الجنائية الليبي<br>علي محمد عنيبة                            |

## الافتتاحية

الحمد لله الواحد الأحد الفرد الصمد، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين مبشراً ونذيراً، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً .

أما بعد ... فإن أسرة تحرير مجلة البحوث القانونية، الصادرة عن كلية القانون جامعة مصراتة، يقدمون وبكل امتنان العدد العاشر من المجلة، وللسنة السادسة على التوالي دون انقطاع، رغم كل التحديات والعقبات التي تواجه القائمين عليها، إلا أن اصرارهم أبى بعونٍ من الله سبحانه وتعالى إلا أن يرى هذا العمل النور.

فالشكر لكل من خط بقلمه ومداد حبره نتاج فكره العلمي ليكون جزءاً من العدد العاشر لمجلة البحوث القانونية، ليسهم في إثرائها، وليحافظ على طابعها العلمي، ذات المنهجية الرصينة. وكذلك الشكر لكل من أعان وتعاون مع أسرة تحرير المجلة في تقييم بحوثها من أساتذة متخصصين، وكذلك للقائمين بالمراجعة اللغوية، لإظهاره بصورة لائقة بالقارئ الكريم. فأتمنى أن تجدوا في هذا العدد ما ينفعكم .

على أن نلتقي في اعدادٍ قادمة

والسلام عليكم ورحمة من الله وبركاته

أسرة تحرير مجلة البحوث القانونية

الغش في تنفيذ الاعتمادات المستندية

"دراسة تحليلية نقدية مقارنة"

محمود محمد عمر الشيخ

محمد علي ميلود السائح

عضو هيئة التدريس

عضو هيئة التدريس

بكلية القانون-جامعة طرابلس

بكلية القانون-جامعة طرابلس

E-mail: m.sayh@uot.edu.ly

E-mail: Mahmoud-elsheikh@hotmail.com

## المقدمة

يعتبر الاعتماد المستندي حجر الزاوية في التجارة الدولية، ويلعب دوراً حاسماً في تسهيل تحويل الأموال في الوقت الحاضر، بالرغم من أن أول ظهور للاعتمادات المستندية كان في بداية القرن الماضي، فالشركات الدولية تلجأ إلى استعماله؛ باعتباره وسيلة دفع مهمة وآمنة، من حيث الضمانات التي يتم تقديمها لتفعيل الاعتماد المستندي.

بعد ازدياد المشاكل والمعوقات الناتجة عن الاختلاف في قواعد الاعتماد المستندي بين دولة وأخرى، تولدت الحاجة لوجود قواعد موحدة تحكم الاعتماد المستندي عالمياً، لذلك كان لغرفة التجارة الدولية في باريس الدور الكبير في توحيد القواعد المنظمة للاعتماد المستندي، وكانت البداية بالقواعد الصادرة في سنة 1933م، ونظراً للتطور المستمر في عمليات الاعتماد المستندي، فقد أعيدت صياغة القواعد المنظمة للاعتمادات المستندية مرات متتالية آخرها سنة 2006م، حيث أطلق عليها اسم القواعد والأعراف الموحدة "600"، هذا نتيجة الجهود التي بذلتها المصارف على مستوى العالم؛ لإيجاد قواعد موحدة تحكم عمليات الاعتماد المستندي دون وجود تضارب في الممارسات، تعيق استخدام الاعتمادات المستندية.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> تم تعديلها سنة 1951 ثم أعقبه تعديل 1962م، وما لبث أن تم تعديلها تعديل آخر في عام 1974م، ومن بعده تعديل 1983م، وبعد عشر سنوات تم تعديلها مرة أخرى 1993م، وكان آخر تعديل وصلت إليه في سنة 2006م، ويطلق عليها: اسم القواعد والأعراف الموحدة.

عرّفت المادة الثانية من الأصول والقواعد الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية سنة 2006م "نشرة 600" الاعتماد المستندي على أنه: "أي ترتيب مهما كان اسمه أو وصفه، وبحيث يكون غير قابل للنقض، ويشكل تعهداً قطعياً من البنك مصدر الاعتماد للوفاء بالتزامه مقابل تقديم المستندات".<sup>2</sup>

تتم عملية الاعتماد المستندي بواسطة المصارف التجارية، فالمصرف في دولة المشتري (مقدم الطلب أو الأمر) يتعهد بدفع ثمن البضاعة بحسب بنود الاتفاق المبرم مع مقدم الطلب، وبناء على ذلك، تتم مخاطبة مصرف آخر في دولة البائع؛ وذلك حتى يقوم بدفع ثمن البضاعة إلى المستفيد (البائع) بعد تأكده من المستندات المسلمة إليه من البائع (المستفيد).

إذاً الاعتماد المستندي: هو عبارة عن تعهد يصدره مصرف المستورد (المشتري) بناء على طلب عميله ووفقاً لتعليماته لحساب شخص آخر يدعى المستفيد، وغالباً ما يتجسد التعهد المصرفي في إحدى الصور الآتية:<sup>3</sup>

- أن يتعهد المصرف بالدفع للبائع قيمة الصفقة عند الاطلاع على المستندات .

S. Isabella Chung, 'Developing a Documentary Credit Dispute Resolution System: An ICC Perspective', Fordham International Law Journal 19, 4 (1995) p 1358, 1359.

.(Uniform custom and practice for documentary credits UCP 600) 2

<http://static.elmercurio.cl/Documentos/Campo/2011/09/06/2011090611422.pdf>

<sup>3</sup> علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المصرفية وضماناتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994م.

- أن يتعهد المصرف بالدفع للبائع قيمة الصفقة في تاريخ لاحق بعد تسلم المستندات؛ إذا كان تاريخ الدفع مؤجلاً.

إلا أنه غالباً ما يشوب عملية الاعتماد المستندي غموض وفساد وغش؛ مما يؤدي لضياع الحقوق، لذلك وجب تقديم وثائق معينة من قبل أطراف عملية الاعتماد؛ لضمان تنفيذ عقد الاعتماد المستندي بالصورة المثلى، ومع ذلك لازال عقد الاعتماد المستندي يتأثر بالعديد من الممارسات الخاطئة التي تؤدي في النهاية لضياع حقوق أحد أطراف عقد الاعتماد. ولعل من أهم المسائل التي تؤثر سلباً على تنفيذ الاعتماد: هي استعمال وسائل احتيالية بقصد الغش؛ لغرض الحصول على مكاسب مادية دون أن يقابلها بضائع أو خدمات، فوجد في تقرير ديوان المحاسبة الليبي لسنة 2016م الدليل على ذلك، حيث أفاد الديوان من خلال تفحصه للاعتمادات المستندية لسنة 2016م بأن نسبة الفساد في بعض الاعتمادات بلغت 100%<sup>4</sup>.

عليه، فإن هذه الورقة البحثية ستتناول في المطلب الأول بيان المقصود بالغش في الاعتماد المستندي، مع التطرق لبعض صور عمليات الاحتيال في الاعتماد المستندي من واقع القضاء المقارن، وستبحث في المطلب الثاني حدود مسؤولية المصرف ففتح الاعتماد وفقاً للقانون التجاري والقواعد الدولية

<sup>4</sup> قام ديوان المحاسبة بخصوص حالات التلاعب المكتشفة في الاعتمادات المستندية بإحالة الشق الجنائي إلى مكتب النائب العام للاختصاص، كما أحال الجانب التأديبي لهيئة الرقابة الادارية، وقام بإصدار قرارات إيقاف عن العمل لمسؤولي المصارف المتسببين في الضرر. انظر التقرير السنوي لديوان المحاسبة الليبي لسنة 2016م، ص 128.

الموحدة، مع بحث الوسائل والإجراءات المقررة للحد من ظاهرة الغش في تنفيذ الاعتمادات المستندية.

### المطلب الأول: مفهوم الغش في الاعتمادات المستندية

الاعتماد المستندي: عبارة عن وسيلة قانونية يعطي ضمانات لأطرافه من أجل استعماله في العمليات التجارية، فالمشتري أو فاتح الاعتماد يكون مطمئناً بأن البائع سينفذ الاعتماد دون تعديل أو تغيير في البيانات أو البضائع المرسلة، من حيث الكمية والوزن والموصفات؛ وذلك لكون البائع لا يمكنه الحصول على قيمة الاعتماد إلا بعد تقديم الوثائق المطابقة لشروط فتح الاعتماد، مما يدل على تنفيذ التزامه وفق شروط اتفاهه مع المشتري.<sup>5</sup> كما تكون الضمانات أيضاً من خلال مراقبة المصرف فاتح الاعتماد وفحصه للوثائق المطلوبة من البائع؛ وذلك لدفع قيمة الاعتماد، أما البائع فتكون له ضمانات بموجب استعماله للاعتماد المستندي، حيث أنه بمجرد تسليمه للمستندات والوثائق المطلوبة منه وتبين أنها مطابقة لما تم الاتفاق عليه مع المشتري؛ فسيحصل على قيمة البضائع من المصرف فاتح الاعتماد.<sup>6</sup>

بيد أن ظروف تنفيذ الاعتماد المستندي قد يشوبها بعض الغموض والتلاعب بالمستندات، فتتوافر نية الغش لدى البائع أو لدى طرفي الاعتماد، بحيث يتم تنفيذ الاعتماد المستندي بطريقة مخالفة لما تم الاتفاق عليه، حيث أن أحد

<sup>5</sup> يوسف بن باصر، تعليق على قرار محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء حول الاعتماد المستندي، مجلة القصر، العدد 14، 2006م.

6 المرجع السابق.

الأطراف أو كليهما يريد الحصول على قيمة الاعتماد المستندي دون أن يفي بالتزاماته المنصوص عليها في عقد الاعتماد المستندي.

طبيعة الاعتماد المستندي تظهر في أنه ينفذ باستقلال عن عقد البيع، فمثلاً عند شراء شحنة من المطاط من أفريقيا؛ لغرض شحنها للولايات المتحدة الأمريكية، فإن المستندات المطلوبة لتسييل الاعتماد تصل للمصرف فاتح الاعتماد قبل وصول البضاعة لميناء الوصول، ولذلك على المصرف أن يدقق في المستندات الدالة على عملية الشحن، ويتأكد من خلوها من أي عيوب، وأنها مطابقة للشروط المتفق عليها عند فتح الاعتماد قبل أن يقوم بعملية الدفع للبائع<sup>7</sup>، إلا أن المستندات المؤيدة لفتح الاعتماد قد يعتريها الغش والغموض بحيث لا توافق الحقيقة، فالغش في الاعتماد المستندي: هو كل عمل من جانب المستفيد قُصد به الحصول على مزية الاعتماد بطريق الغش.<sup>8</sup>

#### البند الأول: المفهوم النظري للغش في الاعتمادات المستندية:

الغش يعني: عدم صحة المستندات المطلوب تقديمها بموجب عقد الاعتماد للمصرف فاتح الاعتماد، فالمستفيد من الاعتماد يقوم باستعمال وسائل احتيالية، كتقديم بيانات غير صحيحة، أو تزوير توقيع معين، بحيث يعتبر تصرف المستفيد بذلك مخالفاً لما يفرضه عليه القانون، من وجوب تنفيذ

7 Carl A. Mead, Documentary Letters of Credit, Columbia Law Review, Vol. 22, No. 4 (1922) p 300.

8 علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المصرفية وضماناتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 142.

الاعتماد وفق ما تم الاتفاق عليه مع الأمر فاتح الاعتماد.<sup>9</sup> كما أن الغش التجاري يظهر في الاحتيال في نوعية وكمية البضاعة، وعدم مطابقتها لما تم الاتفاق عليه في عقد البيع، وعليه، يقود ذلك بأن يقع أحد المتعاقدين في ضرر ناتج عن عدم تنفيذ العقد وفقاً لبنوده، كالاختلاف في مقدار البضاعة، جنسها، وكميتها.<sup>10</sup>

وقد عرّف القانون التجاري الليبي في الباب الثاني المنظم لحماية المستهلك الغش في المعاملات الاقتصادية بأنه: "كل إظهار أو محاولة إظهار سلعة أو خدمة ما بغير مظهرها الحقيقي، سواء أكان ذلك بإدخال الغش على المنتج ذاته، أو بصناعة أو بحيازة أو استعمال أدوات أو آلات أو أساليب تساعد على الغش لتحقيق عائد أو مكسب مادي."<sup>11</sup> إن هذا التعريف وإن قصد به الغش الصادر من بائع الخدمة أو السلعة تجاه المستهلك، إلا أنه يمكن أن يستفاد منه في بيان المقصود بالغش بصفة عامة حيث بيّن التعريف: بأن الغش في التعامل التجاري يكون بإظهار بضاعة أو خدمة بشكل مخالف للواقع، ويكون ذلك باستعمال وسائل احتيالية.

من خلال التعريف السابق، يمكن أن نستنتج: بأن الغش يتطلب استخدام أدوات احتيالية؛ لغرض الحصول على عائد مادي بطريق غير مشروع، كما أن

9 أزيد شكور صالح، الغش في الاعتمادات المستندية وأثره على التزام البنك -دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 2، العدد 4 سنة 2013م، ص 201.  
10 م سعود عويد، الحماية القانونية للاعتماد المستندي من الغش التجاري، مجلة كلية الحقوق/جامعة النهرين، المجلد 18 العدد الأول سنة 2016م، ص 287.  
11 المادة 1316 من القانون النشاط التجاري الليبي

الغش يختلف عن بعض المفاهيم القانونية الأخرى ومنها التدليس،<sup>12</sup> حيث أن التدليس يكون قبل إبرام العقد؛ من أجل دفع أحد المتعاقدين لإبرام العقد، أما الغش فيقع أثناء تنفيذ عقد الاعتماد المستندي، ويشترك الغش مع التدليس في استعمال وسائل احتيالية؛ للحصول على منفعة دون مقابل من المتعاقد الآخر.<sup>13</sup>

يرى جانب من الفقهاء: بأن للغش مفهوماً واسعاً بحيث لا يشمل فقط استعمال وسائل احتيالية للحصول على قيمة الاعتماد من الأمر، وإنما يعد غشاً أيضاً مطالبة المستفيد بقيمة الاعتماد بسوء نية؛ لإيقاع الضرر بالأمر بحيث تتنافى المطالبة مع مبدأ حسن النية في التعامل،<sup>14</sup> إلا أن المخالفين لهذا الرأي لا يعتبرون الفعل غشاً، إلا إذا اقترن باستعمال وسائل احتيالية؛ للحصول على قيمة الاعتماد المستندي دون أن يقابل ذلك تنفيذ المستفيد لالتزامه وفقاً لشروط فتح الاعتماد.<sup>15</sup>

نتفق مع المفهوم الضيق للغش ونرى: بأن الغش يكون فقط باستعمال وسائل احتيالية للحصول على قيمة الاعتماد؛ لكونه يرتكز على النتيجة دون

12 نص القانون المدني الليبي بشأن التدليس على أنه: يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملاحظة. المادة 125 من القانون المدني الليبي.

13 معزي صونية، الغش وأثره على الالتزام المصرفي المستقل في عقد الاعتماد المستندي في القانون الجزائري، مجلة المفكر، ع 10، ص 404.

14 أزد شكور صالح، الغش في الاعتمادات المستندية وأثره على التزام البنك -دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 2، العدد 4 السنة 2013، ص 203.

15 المرجع السابق ص 205.

المسبب، فالنتيجة المترتبة واحدة، وهي: وقوع الضرر على أحد المتعاقدين، أما المسبب لتلك النتيجة فهو الذي يختلف، بحيث يترتب الضرر؛ إما عن استعمال وسائل احتيالية، أو بالاستعمال غير المشروع للحق، فالمطالبة بقيمة الاعتماد بسوء نية لإيقاع الضرر بالمتعاقدين الآخر لا يمكن اعتباره غشاً، وإنما وفقاً للقانون المدني الليبي فيعتبر تعسفاً في استعمال الحق، حيث يتجلى الاستعمال غير المشروع للحق في ثلاثة صور، وهي:<sup>16</sup>

- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.
  - إذا كانت المصالح التي يرمي لتحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
  - إذا كانت المصالح التي يرمي لتحقيقها غير مشروعة.
- وبالتالي، فعند تحقق إحدى الصور الثلاث عند تنفيذ الاعتماد المستندي، وتمسك أحد الأطراف بتنفيذ عقد الاعتماد، رغم ما قد يسببه ذلك التنفيذ من ضرر على المتعاقدين الآخر، فيعتبر ذلك تعسفاً من أحد الأطراف واستعمالاً غير مشروع لحقه، وبالتالي، يحق للطرف المتضرر اللجوء للقضاء لحمايته من تعسف الطرف الآخر، فالتعسف لا يعتبر غشاً؛ لعدم وجود وسائل احتيالية مستعملة لإيهام أحد أطراف العلاقة بغير الحقيقة، للحصول على قيمة الاعتماد المستندي.

<sup>16</sup>المادة الخامسة من القانون المدني الليبي.

نظراً لخطورة الغش، نجد أن أغلب القوانين لا تعفي مرتكبه من المسؤولية، وإن تم اشتراط ذلك في العقد، فنجد القانون المدني الليبي قد نص على إمكانية أن يشترط المدين في العقد بأن يتم إعفاؤه من أي مسؤولية تترتب على تنفيذه لالتزامه، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم.<sup>17</sup> بذلك نلاحظ: بأن القانون لا يتساهل مع ارتكاب الغش في العقد؛ لكون مرتكبه يعتبر سيء النية، وبالتالي لا تجوز حمايته.

إن الغش في الاعتماد المستندي يمكن أن يطول الوثائق المطلوبة عند فتح الاعتماد بالكامل، كبوليصة الشحن، والفاتورة K ووثيقة التأمين، وشهادة المنشأ، وشهادة التفقيش، وغيرها من الوثائق،<sup>18</sup> فالغش في الاعتمادات المستندية يقع غالباً في مستندات فتح الاعتماد، سواء كانت مستندات ضرورية، تتمثل في سند الشحن (Bill Of Loading)<sup>19</sup>، الفاتورة التجارية (Commercial Invoice)<sup>20</sup> وبوليصة التأمين (Insurance Policy)،<sup>21</sup> أو كانت مستندات

17 المادة 220 من القانون المدني الليبي.

18 أزيد شكور، مرجع سبق ذكره، ص 201.

19 عرفت المادة ( 200 ) من القانون البحري الليبي، سند الشحن بقولها: وثيقة الشحن: هي سند البضائع الموسوقة يعطيه الريان، ويحرره من ثلاث نسخ على الأقل: نسخة للشاحن، وثانية للمرسل إليه، وثالثة للريان، ويشترط أن يذكر فيها البيانات الآتية: اسم المتعاقد مجهز السفينة والمستأجر. تحديد البضائع الموسوقة بنوعها. ووزنها وحجمها وعلاماتها. اسم السفينة وجنسياتها. شروط النقل، من أجرة السفينة، ومحل السفر، والمكان المقصود. تاريخ تسليم الوثيقة. عدد النسخ التي نظّمها الريان. توقيع الرّيان والواسق.

20 تصدر الفاتورة التجارية من البائع (المستفيد) وتتضمن قيمة الاعتماد، وكمية البضاعة وأوصافها، وشرط التسليم المقترن بالسعر، و أجور النقل أو أية مصاريف أخرى، وفي الغالب يتم تصديق هذه الفواتير من قبل القصلية التابعة لبلد المستورد، يراجع سعيد عبد العزيز، الاعتمادات المستندية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2003 ص 56.

إضافية، تتمثل في شهادة المنشأ (Certificate of Origin)،<sup>22</sup> شهادة التفتيش أو المعاينة (Certificate of Inspection)<sup>23</sup> والشهادة الصحية (Health Certificate)<sup>24</sup>.

21 تعتبر بوليصة التأمين من أهم المستندات الرئيسية التقليدية التي يتم تسليمها للمصرف من قبل المستفيد عند فتح الاعتماد المستندي، وخاصة في النقل البحري حيث يحاط بمخاطر كثيرة، ويجري العمل على اعتماد نماذج خاصة تعدها شركات التأمين مسبقاً، يرجع إلى باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول، النظرية العامة للتاجر، العقود التجارية، العمليات المصرفية، ط3 بغداد، 1992 ص57.

22 هذه الشهادة عبارة عن مستند يتضمن توصيلات البضاعة ومصدرها، وتصدر عادة من الغرفة التجارية في البلد الذي صنعت أو أنتجت فيه البضاعة المستوردة، وغالباً تصادق قنصلية دولة المشتري في بلد البائع على هذه الوثيقة، وبالتالي، تهدف الوثيقة للتقليل من احتمالية وقوع المشتري في عمليات الغش، يراجع باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول - النظرية العامة للتاجر - العقود التجارية، العمليات المصرفية، القطاع التجاري الاشتراكي، الطبعة الثانية، بغداد، 1992، 325.

23 هي محرر يصدر من شركات متخصصة في مجال المعاينة، وتسمى "شركات المعاينة أو التفتيش" حيث تقوم بمعاينة السلع والبضائع معاينة مادية قبل عملية الشحن؛ و تهدف من خلال ذلك إلى تحقيق الأهداف الآتية:

- معاينة السلع المراد استيرادها معاينة فعلية لضمان مطابقتها لشروط العقد.
  - ضمان تصنيف البضائع من قبل المصدر بموجب الترقية الصحيحة لبلد الاستيراد.
  - التحقق من أسعار البضائع المستوردة وذلك لضمان أن الأسعار التي يعلنها المصدر في الفاتورة تبين القيمة الحقيقية للسلع، وأن تقييم السلع ليس مبالغاً فيه أو أقل من القيمة الحقيقية .
- ويعتبر التفتيش من القواعد المستقرة في المعاينة، بحيث يتم في الغالب عشوائياً تفتيش نسبة % 10 من البضاعة ما لم يشترط الاعتماد نسبة أخرى أو معاينة كامل البضاعة، ويجب على القائم بالتفتيش أن يحدد الإجراءات التي اتبعها في ذلك، ولا بد من وضع ختم الشركة التي قامت بالتفتيش على كل عبوة أو عينة تمت معاينتها، مثل هذه الإجراءات و المعاينات تساعد المستورد على التحقق من السلع التي يطلبها بأن لها نفس المواصفات التعاقدية، يراجع في ذلك سعيد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 63.

24 هي ذلك المستند الذي يبين حالة البضاعة من الناحية الصحية؛ حتى يحاط المستورد علماً بسلامة البضاعة من الناحية الصحية، ولتسهيل دخولها لبلد المستورد فهي تعتبر من ضمن المستندات المهمة التي تشترطها قوانين أغلب الدول المستوردة للبضائع، خصوصاً إذا كانت هذه البضائع من قبيل المواد الغذائية أو الدوائية أو المحاصيل الزراعية، وعادة ما تصدر من جهات طبية رسمية أو معامل تحليل متخصصة=

تظهر أهمية تقديم المستندات من فحوى نص المادة الخامسة من القواعد الموحدة للاعتماد المستندي "600"، والتي تقيد بأن المصارف تتعامل ، ولا تتعامل ببضائع أو خدمات أو أداءات من الممكن أن تتعلق بها المستندات، ومعنى ذلك: أن المصرف مطالب بدفع قيمة الاعتماد للمستفيد إذا قدم هذا الأخير مستندات مطابقة لشروط فتح الاعتماد. فهذه المستندات يتم تحديدها عادةً عند الاتفاق على شروط عقد البيع الدولي الذي من أجله تم فتح الاعتماد، حيث تنص المادة (741) من قانون النشاط التجاري رقم 23 لسنة 2010م بأنه يجب أن يتم بدقة تحديد المستندات الخاصة بفتح الاعتماد، وكذلك المستندات اللازمة لتنفيذه، إلا أنه قد لا يتم تحديد المستندات المطلوبة لا عدداً ولا نوعاً من قبل أطراف العقد، سواء كان ذلك ضمن بنود العقد الأصلي أو في تعليمات الأمر بفتح الاعتماد.<sup>25</sup>

اتفق الفقه على إلزام المستفيد بتقديم المستندات المطلوبة، سواء نص عقد البيع على ذلك أو خلا منه، إلا إنهم اختلفوا في تحديد ماهية المستندات التي

=راجع د. نجوى ابو الخير، البنك والمصالح المتعارضة في الاعتماد المستندي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 212.

25 إن كان تحديد المستندات المطلوبة في الإعتماد يرجع إلى ارادة أطراف العقد الدولي، فإن بعض القوانين قد تطلب بعض الوثائق التي لا يقبل تنفيذ عملية استيراد البضائع من دونها وأهمها - شهادة مراقبة مطابقة المنتوجات المستوردة والتي يجب أن تكون محررة من طرف المنتج أو الممون أو هيئات أو مخابر مؤهلة بذلك انظر (المادة 12 من القانون الجزائري رقم 03-09 المؤرخ في 25-2-2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المنشور بجريدة الجرائد الرسمية عدد 15 لسنة 2009).

يجب على المستفيد تقديمها.<sup>26</sup> يتجه رأي: إلى ضرورة إلزام المستفيد بتقديم المستندات حسب ما يتطلبه كل نوع من أنواع البيوع الدولية، فالبيع سيف (C.I.F) على سبيل المثال، يلتزم بموجبه المستفيد بتقديم سند الشحن، ووثيقة التأمين، والقائمة التجارية، دون أن يلتزم بتقديم مستندات أخرى، كالقائمة القنصلية، والشهادة الصحية، وشهادة المنشأ.<sup>27</sup> بينما يتجه الجانب الآخر من الفقه إلى عدم الالتفات لنوعية البيع الدولي؛ لتحديد نوعية المستندات التي ينبغي للمستفيد تقديمها، إذ يكفي تسليم قدر معين من المستندات، وتشمل غالباً مستندات تمثل البضاعة، كسند الشحن، إيصال الإيداع في مخزن عمومي، مستندات أخرى يقتضي العرف بتسليمها مع البضائع، كشهادات المصدر، الفحص، المواصفات، ووثيقة التأمين.<sup>28</sup>

يقوم تنفيذ العقود على مبدأ قانوني مهم، متمثل في مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، والذي يقتضي بدوره تعاون أطراف العقد؛ لتحقيق الغرض المنشود منه، حيث تنص المادة (148) من القانون المدني الليبي: على وجوب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما

26 علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية - دراسة للقضاء والفقه المقارن وقواعد سنة 1983 الدولية - دار النهضة العربية، القاهرة، 1989م، ص 167.

27 د. أحمد محمود حسني، البيوع البحرية (دراسة لعقود التجارة البحرية الدولية، سيف وفوب)، الطبعة الثانية، الاسكندرية، 1983م، ص 286.

28 د. جمال محمود عبدالعزيز، الالتزام والمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع، وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة فينا 1980م، رسالة دكتوراه مقدمة الي جامعة القاهرة، كلية الحقوق 1996، ص 286.

يوجبه حسن النية.<sup>29</sup> لذلك على المستفيد تقديم القدر الكافي من المستندات عند عدم تحديد المستندات المطلوبة منه في العقد، حتى يمكن للأمر بفتح الاعتماد (المشتري) من تسلم البضاعة عند وصولها إلى الميناء النهائي. فهذه المستندات في العادة تشمل كل الأوراق الضرورية، كسند الشحن، ووثيقة التأمين، والفاتورة التجارية، أي: المستندات التي تجسد تنفيذ المستفيد لالتزاماته بموجب عقد البيع الدولي، وباعتبارها الحد الأدنى الذي يدل على تنفيذ المستفيد (البائع) لواجبه في تقديم المستندات، إضافة إلى مستندات أخرى تتحدد بحسب ظروف تنفيذ عقد البيع أو مكان تنفيذه، حيث لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، وإنما يتناول مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.<sup>30</sup>

يلتزم المستفيد (البائع) مثلاً بتسليم الشهادة الصحية؛ إضافة للوثائق المذكورة، إذا كان الاعتماد متعلقاً بتنفيذ عقد بيع محله أغذية معلبة أو لحوم، إذ تمكن هذه الوثائق المصرف وعميله الأمر من مطالبة الأطراف المسؤولة، كشركة التأمين بقيمة البضاعة الهالكة أو المفقودة، أو مطالبة ناقل البضاعة عن طريق سند الشحن.<sup>31</sup>

29 المادة 148، القانون المدني الليبي.

30 راجع في ذلك نص المادة 148، القانون المدني الليبي.

31 محمد حسين إسماعيل، التزام المشتري بفتح الاعتماد المستندي، معهد الإدارة العامة، الرياض، سنة 1992م، ص 22 .

المستندات المشار إليها أعلاه، هي التي يقع فيها الغش بحيث يتم استعمال وسائل احتيالية بواسطة البائع المستفيد من الاعتماد؛ وذلك بقصد الحصول على قيمة الاعتماد دون أن يلتزم بشحن ما اتفق عليه مع المشتري، وقد يرتكب الغش أيضاً بتواطئ بين المشتري والبائع؛ للتحايل على المصارف، وذلك لغرض الحصول على مزايا معينة من الاعتمادات المستندية، كالتهرب من قوانين غسل الأموال، أو الاستفادة من فرق سعر الصرف كما هو الحال في ليبيا، ويتميز الغش هنا بأنه صعب الإثبات؛ لعدم تقديم شكوى من قبل طرفي عقد البيع، فكلاهما متفق مع الآخر.<sup>32</sup>

أما عن واقع الغش في الاعتمادات المستندية في ليبيا؛ فيظهر ذلك من تقرير ديوان المحاسبة السنوي لسنة 2016م، والذي أورد فيه بأنه ومن خلال مراجعته وتدقيقه للاعتمادات الممنوحة للشركات التجارية العاملة في ليبيا، وعددها 81 شركة، بأن قيمة الأموال المهرية والتي لم تقابلها بضائع أو خدمات على أرض الواقع تبلغ 570 مليون دولار،<sup>33</sup> وعرض الديوان بيانات مجموعة من الشركات الأجنبية التي تلقت الأموال المهرية في الخارج.<sup>34</sup>

كما تبين لديوان المحاسبة عدة عيوب، من خلال مراجعته للاعتمادات المستندية المنفذة من المصارف التجارية العاملة في ليبيا، فاتضح وجود خلل

32 م سعود عويد، الحماية القانونية للاعتماد المستندي من الغش التجاري، مجلة كلية الحقوق/جامعة النهرين، المجلد 18 العدد الأول سنة 2016م، ص 295.

33 التقرير السنوي لديوان المحاسبة الليبي لسنة 2016م، ص 134.

34 انظر جدول الشركات الأجنبية المستقبلية للأموال المهرية المدرجة في تقرير ديوان المحاسبة الليبي لسنة 2016م، ص 135.

وعيوب في المستندات المقدمة من المراسل الخارجي (المستفيد من الاعتماد) والتي تتمثل مجملها في النقاط الآتية:

1. التأخر في عملية الشحن.
2. إصدار شهادة الغرفة التجارية بعد تاريخ الشحن.
3. عدم إدراج شهادة المنشأ.
4. عدم تقديم الشهادة الصحية.
5. شهادة التفتيش لا تبين عنوان الشركة.
6. شهادات الغرفة التجارية والصحية غير معتمدة من جهات الاختصاص.
7. عدم وجود تطابق بين اعتمادات المستندات، كالفاتورة المبدئية والنهائية، ومستندات الشحن.

يظهر من التقرير بأن المصارف التجارية لا تبذل العناية المهنية اللازمة لفحص مستندات الاعتماد حسب ما هو مقرر في القوانين والأعراف الموحدة لفتح الاعتمادات المستندية، ومثال ذلك: بأن يتم تقديم فاتورة مبدئية لا تحتوي على وصف دقيق للبضاعة الموردة، والمتمثلة في الأوزان والمكونات الخاصة بالبضائع، أو لا يتم تحديد شركات التفتيش الدولية في الإبراق الخاص بإصدار الاعتماد.<sup>35</sup> لذلك على الأمر فاتح الاعتماد، والذي تضرر من الغش في الاعتماد المستندي، أن يثبت بأي وسيلة لا تدع مجالاً للشك بأن البائع قد غش

35 تقرير ديوان المحاسبة الليبي لسنة 2016م ص 136.

في تنفيذ التزامه، كأن يثبت بأن المستندات غير مطابقة لشروط فتح الاعتماد، أو أن سند الشحن لا يحتوي على كل الكمية المتفق عليها.<sup>36</sup>

تثير مسألة الغش في الاعتماد تساؤلاً بخصوص مدى وجود اختلاف بين ما إذا كان الغش قد وقع في عقد البيع (عقد الأساس) أو وقع في عقد الاعتماد ذاته، أم أن الحكم لا يختلف في كلتا الحالتين؟ ولعل ما ينبغي الإشارة إليه هنا، مبدأ استقلال عقد البيع (عقد الأساس) عن عقد الاعتماد المستندي، فهذا الأخير ينشئ علاقات قانونية بين أطراف مختلفة، حيث توجد علاقة بين البائع والمشتري، وعلاقة بين المشتري والمصرف، وعلاقة بين البائع والمصرف،<sup>37</sup> فالاعتماد المستندي: هو عبارة عن وسيلة دفع يقوم من خلالها المشتري بدفع قيمة المبيع إلى البائع وهذا العقد -عقد الاعتماد المستندي- منفصل عن عقد البيع بين البائع والمشتري.<sup>38</sup>

الأصل أن يلزم المصرف بدفع قيمة الاعتماد إلى المستفيد بمجرد تقديم المستندات المطلوبة في عقد الاعتماد، أما إذا حدث خلاف في عقد البيع بين البائع والمشتري، فإن تلك الخلافات ليس لها علاقة بتنفيذ عقد الاعتماد

36 يوسف بنباصر، تعليق على قرار محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء حول الاعتماد المستندي، مجلة القصر، العدد 14، 2006.

37 مصطفى كمال طه، القانون التجاري الأوراق التجارية العقود التجارية عمليات البنوك الافلاس، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ص 472.

and Ling Xiao, "Risk Analysis of Letter of Credit-Based on Principles 38 Yan Hao of 'Independence' and 'Strict Compliance'" International Journal of Business and Social Science, Vol. 4 No. 9(2013) p 200.

المستندي؛ لكونه مستقلاً عن العلاقة الأصلية بين البائع والمشتري.<sup>39</sup> هذا ما أكدته القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية بنصها: على أن المصرف فاتح الاعتماد ليس طرفاً في العقد المبرم بين البائع والمشتري، وبالتالي، لا يجوز الاحتجاج أمامه بدفوع وحجج ناتجة عن العلاقة التعاقدية بين الأمر والمستفيد.<sup>40</sup>

وهكذا يعتبر المصرف طرفاً أجنبياً عن العلاقة بين البائع والمشتري، وعليه، فليس لديه علم بتفاصيل التعاقد بين المشتري الأمر وبين البائع المستفيد، وإنما ما يهم المصرف هو استلامه للمستندات والوثائق المنصوص عليها في عقد الاعتماد المستندي لمطابقتها،<sup>41</sup> ومبدأ الاستقلالية هو الذي أعطى للاعتماد المستندي أهمية كبيرة في المعاملات التجارية الدولية، بحيث أصبح محل توافق بين التجار كوسيلة دفع مقبولة من قبلهم.<sup>42</sup>

لذلك يرى بعض الفقهاء: بأن أي خلل يشوب عقد الأساس، كوجود عيب يؤثر في صحته أو يبطله من أساسه لا يؤثر على استقلال عقد الاعتماد، فهو

39 "Fraud in the Transaction": Enjoining Letters of Credit during the Iranian Revolution, Harvard Law Review, Vol. 93, No. 5 (1980), p 994-995.

40 القواعد والأعراف الموحدة المادة 600، Uniform custom and practice for documentary credits UCP 600).

41 يوسف بنباصر، تعليق على قرار محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء حول الاعتماد المستندي، مجلة القصر، العدد 14، 2006.

42 ROCCO D'ASCENZO, "The Supreme Court Of Ohio's Decision In MidAmerican Tire, Inc. V. Ptz Trading Ltd., And The Weakening Of The Independence Principle" Capital University Law Review, 32 (2004) p 1097.

التزام مصرفي مستقل عن الدفعات المتعلقة بعقد البيع بين الأمر والمستفيد،<sup>43</sup> وهذا قد يمثل عيباً في طبيعة الاعتماد، وبالتالي، فإن المصرف لا يمكنه حماية الأمر من الغش في البضاعة من قبل البائع.<sup>44</sup>

و مع ذلك فقد أوجد الفقه والقضاء المقارن استثناءً على قاعدة الاستقلالية، وذلك في حالة وجود غش في العقد الأصلي بين البائع والمشتري،<sup>45</sup> فنجد على سبيل المثال القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الأمريكية، يعطي للمحكمة الحق في أن تأمر بوقف الدفع بواسطة الاعتماد عند وجود غش في المعاملة التجارية بين البائع والمشتري ويتوافر اشتراطات معينة.<sup>46</sup> كما أنه وفقاً لقاعدة أن الغش يفسد كل شيء، فإن القضاء في بعض الدول يحكم بأن الغش في العقد بين المشتري والبائع يمتد ليفسد العلاقة بين المصرف والبائع، وذلك بالرغم من استقلال الرابطة التعاقدية في عقد الاعتماد عنها في عقد البيع.<sup>47</sup> بناءً على ما سبق، نرى منح الطرف المتضرر من الغش في الاعتماد

43 انظر معزي صونية، الغش وأثره على الالتزام المصرفي المستقل في عقد الاعتماد المستندي في القانون الجزائري، مجلة المفكر، ع 10، ص 400.

44 Yan Hao and Ling Xiao, "Risk Analysis of Letter of Credit–Based on Principles of 'Independence' and 'Strict Compliance'" International Journal of Business and Social Science, Vol. 4 No. 9(2013) p 20

45 Fairfax Leary, JR. & Michael R. Ippoliti, "Letters Of Credit: Have We Fully Recovered From Three Insolvency Shocks?" University Of Pennsylvania Journal of International Business Law, 9:4 (1987) p 599–600.

46 US Uniform Commercial Code, § 5–109. Fraud and Forgery.

47 أزد شكور صالح، الغش في الاعتمادات المستندية وأثره على التزام البنك –دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 2، العدد 4 السنة 2013، ص 227.

المستندي إمكانية أن يطلب من المحكمة عدم قيام المصرف بالدفع بسبب وجود غش أو تحايل؛ يترتب عليه عدم تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته التعاقدية. إذاً يظهر بوضوح، أن الغش في العقد الأصلي يؤثر على تنفيذ الاعتمادات المستندية، ويضر بأحد أطراف العلاقة التعاقدية؛ لذلك سنتطرق تالياً لبعض الصور العملية لعمليات احتيال في تنفيذ الاعتمادات المستندي.

**البند الثاني: بعض صور التطبيقات القضائية تتعلق بالاعتمادات المستندية المشوبة بالغش:**

تتم عمليات الغش والاحتيال في الاعتمادات المستندية في الغالب عن طريق تزوير أو إخفاء بعض البيانات المتعلقة بالمستندات المستعملة في عقد الاعتماد المستندي. ولكي تكون هذه المستندات سليمة وخالية من العيوب لابد من أن تتوفر فيها مجموعة من الشروط الضرورية، وأن تكون مطابقة لبنود خطاب الاعتماد. تعددت صور الاحتيال في الاعتمادات المستندية، فأحياناً يحصل الاحتيال في العقد الأصلي، أي: في البضاعة أو المعدات موضوع العقد الأصلي، كتوريد بضاعة ليست مطابقة للمواصفات المتفق عليها، وأحياناً أخرى يحصل الاحتيال في المستندات الواجب تقديمها لفتح الاعتماد، ومن هنا لابد من تسليط الضوء على بعض القضايا التي كان موضوعها الغش والاحتيال في الاعتمادات المستندية:-

**أ. قضية Sztejn. V. Henry Scroder Banking Corporation**

Sztejn. V. يعتبر الحكم الصادر سنة 1941م في وقائع قضية Sztejn. V. من أهم الأحكام القضائية الصادرة بخصوص عمليات الغش في الاعتمادات المستندية. حيث قدمت هذه القضية مفهوماً جديداً، يسمح باستصدار أمر بمنع الوفاء بمبلغ الاعتماد المستندي للمستفيد؛ إذا أمكن للمشتري إثبات وجود غش مقصود من البائع، لا مجرد إخلال من البائع بأحد الالتزامات التي يفرضها عليه عقد البيع.<sup>48</sup>

تتجلى وقائع القضية في أن (المشتري) Sztejn طلب من (المصرف) Schroder Banking Corporation فتح خطاب اعتماد غير قابل للإلغاء لصالح (المستفيد) شركة Transea Trading بناء على عقد بيع محله شراء شعر حيوان (Bristles)، وكانت شروط الاعتماد تتمثل في أن يدفع المصرف قيمة الاعتماد عند تسلمه الفاتورة وسند الشحن.

قام البائع بإعداد فاتورة تجارية، وتحصل بطريقة ما على سند للشحن من شركة متخصصة في نقل البضائع، قدم البائع تلك المستندات إلى المصرف مصدر الاعتماد عن طريق مصرف وسيط هو Chartered China Bank of Australia, India، وقبل قيام البنك بدفع قيمة الاعتماد اكتشف المشتري عند استلامه للبضاعة أنه لم يتم شحن البضاعة المتفق عليها في عقد البيع، وإن ما تم شحنه هو عبارة عن 50 صندوقاً مملوء بشعر البقر و بالنفايات،

1941 Supreme Court, New, Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corporations 48

York Country 177 Misc 719, 31 N.Y.S.2d 631.

لذلك طلب المشتري من محكمة نيويورك العليا في الولايات المتحدة الأمريكية الحصول على أمر بمنع دفع قيمة الاعتماد.

بناءً على تلك المعطيات، قام المستفيد من الاعتماد (البائع) بتقديم دفع للمحكمة طالباً فيه منها رفض الدعوى؛ لعدم وجود سبب لها، إلا أن المحكمة رفضت طلب البائع و منحت أمراً قضائياً بمنع الدفع على أساس وجود غش من قبل البائع (المدعى عليه)، وخلصت إلى أنه: وإن كان المبدأ المستقر هو استقلال عقد الاعتماد المستندي عن العقد الأصلي، إلا أن مبدأ الاستقلالية لا يطبق في حالة وجود غش؛ وذلك لتوفير قدر من الحماية للمشتري المتضرر من غش البائع عديم الضمير.<sup>49</sup>

**ب. قضية *United Bank Ltd. v. Cambridge Sporting Goods Corp***

تتلخص وقائع هذه القضية بأنه في سنة 1971م قامت شركة Duke sports (المشتري) بالتعاقد مع شركة Cambridge Sporting الباكستانية (البائع) لشراء قفازات ملاكمة جديدة، قام (المشتري) بالترتيب مع المصرف الذي يتعامل معه، والمتمثل في مصرف Manufacturers Hanover Trust Company ؛ لإصدار اعتماد مستندي لصالح شركة

31 N.Y.S.2d 631 (N.Y. Szejn v. J. Henry Schroder Banking Corporations 49 Sup. Ct. (1941).

Duke، كما قامت الأخيرة بالترتيب مع مصرفين من باكستان مصرف United Bank Limited والمصرف التجاري الإسلامي لتمويل عملية البيع. طلبت الشركة الباكستانية تأجيل عملية إرسال القفزات إلى المشتري بسبب بعض الصعوبات التي تواجهها، إلا أن المشتري رفض ذلك الطلب؛ مما ترتب عليه إنهاء التعاقد بين الطرفين، بعد ما يقرب من شهر من إنهاء التعاقد قدم المصرف الباكستاني الوسيط United Bank وثائق للمصرف فاتح الاعتماد Hanover Trust تبين وصول البضاعة إلى المشتري، وقدم المصرف الباكستاني وفقاً لذلك وثائق مطابقة في ظاهرها لشروط فتح الاعتماد، وطالب بالوفاء بقيمة الحوالة المسحوبة عليه من قبل شركة Duke.

قام المشتري بفحص الشحنة، وتبين له بأن البضاعة المشحونة عبارة عن قفزات قديمة و ممزقة وليست هي القفزات الجديدة المتعاقد عليها، رفعت شركة Cambridge دعوى ضد شركة Duke و تم إدخال مصرف Manufacturers Hanover Trust Company فاتح الاعتماد كطرف في الدعوى، وذلك سعياً من شركة Cambridge لإصدار أمر من المحكمة يمنع المصرف من دفع قيمة الاعتماد المستندي. بعد نظر المحكمة للطلب، تحصل المشتري على أمر من المحكمة موجه إلى المصرف فاتح الاعتماد Manufacturers Hanover Trust Company يمنع فيه الوفاء بقيمة الاعتماد المستندي.

بالرغم من أن البنك الباكستاني ادعى أنه حسن النية إلا أنه فشل في إثبات ذلك، قررت المحكمة أن شحن قفازات قديمة و متعفنة بدلا من قفازات جديدة كما تم الاتفاق عليه؛ يعد غشا واضحا في عقد الأساس، ومطابقا للمعنى المقصود في القانون التجاري الموحد.<sup>50</sup>

### ج. قضية Czarnikow – Rionda Sugar Trading Inc V Standard Bank London Limited

تتلخص وقائع القضية: بأن البائع والمشتري اتفقا على قيام البائع بإرسال براميل تحتوي على الكحول، وعند استلام المشتري للبضاعة تبين أن البراميل قد تم ملؤها بالماء. لقد تم تصنيع البراميل بشكل يؤدي لخداع أي مشرف أو مراقب قد يحاول فحص محتواها، من حيث قياس مستوى الكحول الموجود بها، فتوهمه بوجود الكحول بدلا من الماء.

قُدرت الخسارة التي لحقت بالمشتري بمبلغ 30 مليون دولار أمريكي، مما يؤكد على اعتبار الغش المقترف من طرف المستفيد غشاً جسيماً، وعند نظر المحكمة للنزاع القائم بين الطرفين، قررت المحكمة أن تدخلها لا يكون إلا في مثل هذه الحالات التي يصل فيه الغش درجة من الجسامه من شأنه التأثير على عصب الحياة التجارية، وبالتالي، تمنح للعميل الأمر أمر منع مؤقت من دفع قيمة الاعتماد، وفي هذا السياق جاء في حكم المحكمة: "إن الظروف الاستثنائية فقط كظرف الغش الجسيم هي التي تجبر المحكمة على التدخل في

United Bank Ltd. v. Cambridge Sporting Goods Corp 392 N.Y.S.2d 265, 271 50  
(N.Y. 1976).

تنفيذ الاعتماد القطعي الذي يلتزم البنك فيه بأداء قيمته، وعليه يمكن إصدار أمر بمنع الوفاء".<sup>51</sup>

#### د. قضية Mid-American Tire v. PTZ Trading Ltd.

تتلخص وقائع النزاع الذي حدث في سنة 1998م في أن شركة PTZ Trading Ltd (البائع) وهي شركة أوروبية عرضت على شركة Mid-American Tire ، شركة أمريكية متخصصة في بيع الإطارات (المشتري)، شراء إطارات شتوية ذات جودة عالمية على أنها الوكيل لبيع الإطارات، ووافقت الشركة الأمريكية بشرط أن تقوم الشركة الأوروبية بأن تبيع لها إطارات صيفية مع أسعار مخفضة، إلا أنه ونظراً لفوات موسم بيع الإطارات الشتوية في الولايات المتحدة، تم الاتفاق بين الطرفين على إرسال شحنة كاملة من الإطارات الشتوية والصيفية معاً بأسعار منافسة ومخفضة عن السعر العالمي. عندما كشفت الشركة الأمريكية على الإطارات الشتوية تبين لها رموز غير متعارف عليها، وعند سؤالها عن طبيعة هذه الرموز، تمت الإجابة بأن الرموز تشير إلى أماكن تخزين الإطارات وليس لها علاقة بجودة الإطارات، وعلى هذا الأساس تم الاتفاق على إرسال الإطارات في موعدها على أن يقوم المشتري بفتح اعتماد مستندي بقيمة الإطارات الدفع. اكتشف المشتري في وقت لاحق بأن تلك الرموز تعيد بأن الرقم التسلسلي لإدارة المواصلات غير موجود،

V Standard Bank London Limited Czarnikow- Rionda Sugar Trading Inc 51 (1999).

مما يعني: أن شحن الإطارات للخارج يعتبر غير قانوني، وبالتالي، فإن الإطارات غير قابلة للبيع في الولايات المتحدة.

بناء على المعطيات السابقة، قامت الشركة الأمريكية برفع طلب للقضاء الأمريكي لوقف عملية تسهيل قيمة الاعتماد؛ لوجود غش في الإطارات الموردة، وعليه، حكمت المحكمة العليا في ولاية أوهايو الأمريكية بإيقاف دفع قيمة الاعتماد؛ لوجود غش من قبل الشركة البائعة للإطارات.<sup>52</sup>

إذاً لاحظنا بأن الغش يلعب دوراً سلبياً في تنفيذ الاعتمادات المستندية، حيث يؤدي في أغلب الأوقات إلى عدم دفع قيمة الاعتماد، ونشوء نزاعات قانونية بين البائع والمشتري، فالسؤال الذي يطرح ما دور المصرف فاتح الاعتماد في تنفيذ الاعتماد؟ وما هي حدود مسؤوليته؟ كما أن الوسائل المتاحة للحد من الغش تطرح تساؤلاً؛ لذلك سيتناول المطلب الثاني هذه الإشكالية.

**المطلب الثاني: مسؤولية المصرف عن تنفيذ الاعتمادات المستندية ووسائل الحد من الاحتيال فيها:**

تعتبر المصارف أهم عنصر في عملية تنفيذ الاعتمادات المستندية، لذلك يجب توضيح حجم المسؤولية التي تتحملها في حالة وجود تقصير في متابعة تنفيذ الاعتماد، حيث يحدث أحياناً خللاً للتأكد من مستندات فتح الاعتماد، كما يوجد نقص كبير في عملية المتابعة.

52 Mid-America Tire, Inc. v. PTZ Trading Ltd., 768 N.E.2d 619 (Ohio 2002).

سنبحث في هذا المطلب مسؤولية المصرف عن تنفيذ الاعتماد المستندي، ثم نبين الوسائل المتبعة للحد من عملية الاحتيال، بحيث نوضح أهمية اشتراط شركة تفتيش دولية لفحص البضاعة قبل شحنها كإجراء يهدف للتأكد من المستندات المؤيدة لعملية الشحن، كما سنبين الإجراءات التي اشتراطها قانون الجمارك لسنة 2010م؛ لتنظيم عملية شحن السلع والبضائع إلى الموانئ والمطارات الليبية، والتي تهدف لمراقبة وصول البضائع، بعد ذلك سنتطرق للإجراءات المتخذة من مصرف ليبيا المركزي؛ للتقليل من مسألة التلاعب في فتح الاعتمادات المستندية، وأخيراً، سيتم تقييم تلك الخطوات والإجراءات المتبعة والتي تهدف للتقليل من الفساد في الاعتمادات المستندية.

#### البند الأول: مسؤولية المصرف عن تنفيذ الاعتماد المستندي:

تشير مسألة التزام المصرف بفحص المستندات الخاصة بالاعتماد المستندي عديد المسائل، فالمصرف ملزم بالتحقق من مدى صحة وسلامة المستندات، وفي نفس الوقت يتحمل المسؤولية، بل ويُطالب بالتعويض إذا رفض دفع قيمة الاعتماد وتبين أن المستندات المقدمة سليمة، لذلك على المصرف أن يتحرى بدقة سلامة المستندات، وفي نفس الوقت أن لا يمتنع عن تنفيذ الاعتماد، إلا في حالة ما إذا كان متأكدًا بأن الأوراق والمستندات المقدمة غير مطابقة لشروط فتح الاعتماد.<sup>53</sup> إن العناية المطلوبة من المصرف في

<sup>53</sup> علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية - دراسة للقضاء والفقهاء المقارن وقواعد سنة 1983 الدولية - دار النهضة العربية، القاهرة، 1989م، ص 259.

فحص المستندات ومطابقتها هي العناية المعقولة، وذلك بأن يبحث ضمن الظروف المحيطة به والعميل، وبشرط أن يتدقق من المستندات بالتفصيل.<sup>54</sup> إلا أنه يجب التنويه بأن على المصارف أن تتحرى من صحة ودقة المستندات المقدمة، وأن تتطابقها لشروط فتح الاعتماد، بحيث إذا تم اشتراط وثائق محددة فإنه يجب تقديم هذه الوثائق بذاتها ولا يستعاض عنها بوثائق أخرى، أو أن يُدفع بأن ما تبينه الوثيقة التي لم تقدم من معلومات هي موجودة في وثيقة أخرى تم تقديمها، فطالما اشترطت وثائق معينة في عقد الاعتماد بين المصرف والامر فيجب تقديم هذه الوثائق ولا يستعاض عنها بوثائق أخرى، وإلا كان المصرف مسؤولاً؛ لعدم احترامه شروط فتح الاعتماد المستندي.<sup>55</sup>

المصرف لا يلزم بأن يتأكد من كون البضاعة في ذاتها مطابقة للمستندات المقدمة من قبل المستفيد، إنما المصرف يسأل فقط عن تنفيذ عقد الاعتماد المستندي المبرم بينه وبين المستفيد، ولا يسأل بالتالي عن تنفيذ عقد البيع المبرم بين فاتح الاعتماد والمستفيد.<sup>56</sup> وهذا ما تقره المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية كقاعدة عامة: بأن التزام المصرف مصدر الاعتماد مستقل عن أي حجج قد يدفع بها الأمر وفقاً للعقد المبرم مع المستفيد؛ وذلك لمنع وفاء

54 علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 266.

55 مصطفى كمال طه، القانون التجاري الأوراق التجارية العقود التجارية عمليات البنوك الإفلاس، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ص 476.

56 المرجع السابق، ص 477.

البنك بقيمة الاعتماد للمستفيد.<sup>57</sup> سنتطرق في الفقرتين التاليتين لنطاق مسؤولية المصرف وفقاً لقانون النشاط التجاري الليبي (أ) ووفقاً للأصول والقواعد الموحدة للاعتماد المستندي (ب).

#### أ. مسؤولية المصرف وفقاً لقانون النشاط التجاري الليبي:

نظم قانون النشاط التجاري رقم 23 لسنة 2010م<sup>58</sup> الاعتماد المستندي في الباب السادس ضمن المواد من (735) إلى (751)، حيث ألزم القانون التجاري المصارف بتنفيذ شروط الوفاء والقبول التي تم الاتفاق عليها في عقد الاعتماد المستندي، بشرط أن تكون المستندات المقدمة مطابقة لما تم الاتفاق عليه في العقد من شروط وبيانات في المادة (742).<sup>59</sup> فيما يخص فحص ومطابقة المستندات، نصت المادة 747 من قانون النشاط التجاري على أن يتأكد المصرف من مطابقة المستندات للشروط المنصوص عليها في عقد الاعتماد المستندي، وفي حالة عدم قبول المصرف للمستندات المقدمة، عليه أن يقوم بإخطار فاحح الاعتماد (الأمْر) فوراً بالرفض وبالأَسباب التي أدت لعدم قبول المستندات.

57 Michel Stern, "The Independence rule in standby letter of credit", The University of Chicago Law Review, 1985, p 9-10.

58 نشر في مدونة التشريعات العدد الثاني عشر السنة العاشرة بتاريخ 2010/8/21م ص 726.  
59 المادة 742 المعنونة بشروط الوفاء والقبول والخصم، نصت على أنه: يجب أن يلتزم المصرف الذي فتح الاعتماد بتنفيذ شروط الوفاء والقبول والخصم المتفق عليها في عقد فتح الاعتماد إذا كانت المستندات مطابقة لما ورد في هذا العقد من بيانات وشروط.

أما بخصوص حدود مسؤولية المصرف، فقد نظمت المادة (748) من القانون التجاري مسؤولية المصرف فاتح الاعتماد، حيث نصت على: أن المصرف لا يسأل إلا إذا كانت الأوراق غير مطابقة في ظاهرها للتعليمات التي تلقاها من الأمر. يفهم من ذلك: أنه إذا قدم المستفيد أوراقا تطابق شروط فتح الاعتماد فإن المصرف لا يسأل بعد ذلك حتى وإن كانت البضاعة في الواقع مخالفة لما هو موجود في المستندات. كما أن المصرف لا يتحمل أية مسؤولية إذا كانت البضاعة مخالفة في الواقع للمستندات المقدمة، سواء من حيث الوزن، الكمية، القيمة، التغليف، وأيضا حالتها الخارجية، الأمر الذي يعني أن المصرف مسؤوليته محدودة عند الوفاء بقيمة الاعتماد، ولا يطالب بأكثر من أن يتأكد من تقديم المستندات المنصوص عليها في عقد الاعتماد، وأنها في ظاهرها هي الواجب تقديمها لتفعيل الاعتماد.

بناءً على ما سبق، نرى بتوسيع دائرة نطاق مسؤولية المصرف حتى يبذل عناية أكبر، وأن يشترط شروطاً معينة للتأكد والتحقق من البضاعة المرسلة؛ بحيث يؤدي ذلك للتقليل من الغش في الاعتمادات المستندية. كما أن فحص المستندات من قبل المصرف يجب أن يكون وفقاً لمبدأ حسن النية.

إنّ قضاء المحكمة العليا الليبية أكد على نطاق مسؤولية المصرف، وذلك بقوله: على أن " فتح الاعتماد المستندي يرتب على المصرف - وعلى ماجرى به العرف التجاري- التزاما بفحص المستندات والتأكد من مطابقة البيانات الواردة بها للشروط الواردة في خطاب الضمان، وأن يرفض المستندات إذا

وجدها غير مطابقة لهذه الشروط، ويمتنع عن دفع قيمة البضاعة وإلا كان المصرف مسؤولاً قبل العميل.<sup>60</sup> إن المقصود من مطابقة المصرف للمستندات: هو أن تكون في ظاهرها مطابقة لشروط فتح الاعتماد، من حيث عدد الأوراق المطلوبة المؤيدة للاعتماد، ونوعية هذه المستندات، ومدى صحتها ويجب أن تكون المستندات متفقة مع بعضها، من حيث التواريخ، وأن لا تخالف بعضها.<sup>61</sup>

بناء على ذلك، يجب أن يكون ظاهر المستندات سليماً، ولا يلزم المصرف بعمل نقص أو تحر خاص به؛ للتأكد من صحة المستندات، فمناط مسؤولية المصرف تنحصر في التأكد من ظاهر المستندات دون أي عمل آخر، فطالما لا يوجد في ظاهر الأوراق ما يوحي بعدم صحتها فالمصرف لايسأل بعد ذلك إن تبين أن الأوراق غير سليمة، وكان من غير الممكن الكشف عن ذلك من خلال ظاهر المستندات، وطالما تصرف المصرف طبقاً لمقتضيات حسن النية.<sup>62</sup>

**ب. مسؤولية المصرف وفقاً للأصول والأعراف الموحدة للاعتماد المستندي:**  
إن الأصول والأعراف الموحدة للاعتماد المستندي ( 600UCP )  
الصادرة عن غرفة التجارة الدولية لسنة 2007م تعد هي السارية حالياً والمطبقة

60 المحكمة العليا الليبية، طعن مدني رقم 90، 40 ق، بتاريخ 1994/5/1م غير منشور.

61 علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية "دراسة للقضاء والفقهاء المقارن وقواعد سنة 1983م الدولية" دار النهضة العربية، القاهرة، 1989م، ص 264.

62 علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية -دراسة للقضاء والفقهاء المقارن وقواعد سنة 1983 الدولية- دار النهضة العربية، القاهرة، 1989م، ص 265.

عالمياً، و أحال إليها المشرع الليبي في المادة (751) من قانون النشاط التجاري عند عدم وجود نص خاص في القانون، ونظمت الأصول الموحدة للاعتماد المستندي مسؤولية المصرف عن تنفيذ الاعتمادات. فنجد أن المادة (34) من القواعد الموحدة تعفي المصرف من أي مسؤولية عن شكل و كفاية و دقة أو صحة المستندات. كما أن المصرف لا يتحمل أي مسؤولية عن وصف، ونوعية، وحجم، وكمية، والتغليف، والقيمة الحالية للبضاعة.<sup>63</sup> فالمصرف لا يسأل عن قبول المستندات المزورة، متى كانت هذه المستندات تتطابق ظاهرياً مع شروط فتح الاعتماد، ذلك أن نطاق التزام المصرف يقف عند هذا الحد، بصرف النظر عن القيمة القانونية لهذه المستندات وفقاً لقاعدة التنفيذ الحرفي للاعتماد المستندي.<sup>64</sup>

وفق نفس السياق، نجد في القضاء المقارن تطبيقات عملية تبين نطاق مسؤولية المصرف، ففي المغرب مثلاً نجد أن قضاء النقض المغربي في أحد أحكامه أكد على مدى مسؤولية المصرف فاتح الاعتماد، حيث قرر "أن المؤسسة المصرفية فاتحة الاعتماد تتموقع كطرف أجنبي عن العلاقة التعاقدية السابق قيامها بين المشتري الأمر والبائع المستفيد ... كما أن المؤسسة المصرفية منشئة الاعتماد المستندي لا تضمن حسن تنفيذ البائع لالتزاماته المقابلة، بل إن دورها يقتصر على الرقابة الظاهرية للمستندات المؤيدة

63 الأصول والأعراف الموحدة للاعتماد المستندي الصادرة عن غرفة التجارة الدولية 2007.

64 د عبد الله خالد السوفاني، رجوع البنك على المستفيد بعد تنفيذ الاعتماد المستندي غير قابل للرجوع فيه (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة القانون جامعة آل البيت "الأردن" السنة 26، العدد 52، 2012 ص 173،174.

للاعتداده<sup>65</sup> كما أن نفس المحكمة في حكم آخر حكمت بأن: "الاعتماد المستندي يصبح مستحقاً للأداء عند الطلب بمجرد تقديم الوثائق المؤيدة للاعتداده المذكور وبسط البنك لرقابته الظاهرية على شكليتها المستندية"<sup>66</sup>.

وعليه، يمكن حصر مسؤولية المصرف بالنسبة للتأكد من شروط سلامة المستندات المستعملة في فتح الاعتماد المستندي، من خلال بيان ثلاثة ضوابط، والتي في حال اتباعها المصرف ينفي عن نفسه أي مسؤولية مترتبة على عدم تنفيذ الاعتماد وفق ما تم الاتفاق عليه بين الأمر والبائع.

### ج. ضوابط التزامات المصرف

سيتم هنا تناول ثلاثة ضوابط خاصة بصحة تنفيذ عقد الاعتماد المستندي، ويعفى المصرف من أي مسؤولية عند حدوث احتيال أو غش في الاعتماد في حال التزم بالضوابط الآتية :

#### 1. مطابقة المستندات لبند خطاب الضمان

إذا قدم المستفيد المستندات المطلوبة، عندها يقوم البنك بفحص المستندات؛ للتحقق من أنها هي ذاتها المنصوص عليها في خطاب الاعتماد، حسب ما نصت عليه المادة (14) من القواعد والأعراف الموحدة (600) والتي تعيد بأنه: "يجب على البنوك أن تفحص جميع المستندات المنصوص عليها في الاعتماد بعناية معقولة للتأكد مما إذا كانت في ظاهرها مطابقة لشروط

65 قضاء النقض المغربي، قرار عدد 1090 مؤرخ في 22 إبريل 1992م، المجلس الأعلى، منشور بمجلة مجلس القضاء الأعلى عدد 46 نوفمبر 1992.

66 قضاء النقض المغربي، قرار مدني عدد 74 مؤرخ في 15 يناير 1969 م، المجلس الأعلى، منشور بمجلة مجلس القضاء الأعلى السنة الأولى يونيو 1969م.

الاعتماد"، والمقصود بالفحص: هو النظر الدقيق للمستندات المقدمة؛ للتأكد من سلامتها، وهو ملزم في ذلك ببذل عناية الشخص الحريص المتخصص. و العناية المطلوبة من المصرف هي العناية المعقولة، أي: الممكنة في ظروف المصرف وظروف العملية، في حين أن لفظ "ظاهرها" الواردة في القواعد الموحدة، فيقصد به: أنه يلزم على المصرف أن لا يتجاوز العبارات الموجودة في المستندات إلى عناصر خارجية للبحث عن سبب لرفضه، فعليه التأكد فقط من السلامة الظاهرية، وينتج عن ذلك: أن المصرف يفحص المستندات دون مسؤولية من حيث تزويرها إلا إذا كان هذا التزوير واضحاً وظاهراً.<sup>67</sup>

كما أن المصرف لا يسأل عما إذا كانت المستندات تمثل حقيقة البضاعة أم لا، فيكفي أن يكون هناك توافق بين المستندات و شروط الاعتماد،<sup>68</sup> حيث لا تقبل المستندات إلا إذا كان بينها وبين خطاب الاعتماد تطابق تام،<sup>69</sup>

67 وفي قضية Bolivinter oil S.A (V) Chase Manhattan Bank سنة 1983 حيث ادعى فيها العميل الأمر بالغش فضت المحكمة، بأنه يجب أن تكون هذه الادعاءات مبنية على إثباتات ملائمة لطبيعة الاعتماد المستندي المبني على الطابع الشكلي، بحيث العبرة فيه بالمستندات، ومادامت هذه المستندات صحيحة من حيث الظاهر ومطابقة لخطاب الاعتماد، فإن الدفع بالغش غير مقبول، وعليه لم تستحب محكمة الاستئناف للعميل الأمر في ادعاءاته بسبب أنه لم يعط أي دليل على سوء نية البائع، وبالتالي، فإنه لم يثبت قيام الغش " <http://swarb.co.uk/bolivinter-oil-sa-v-chase-manhattan-bank-na-1984> " 68 د ليلي بعثاش " أثر الغش في عقد الأساس على تنفيذ الاعتماد المستندي" رسالة دكتوراه في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة العقيد الحاج لخضر، 2014، ص ب

69 المادة 14 من القواعد والعادات الموحدة نشرة رقم 600.

والمقصود بتطابق المستندات مع خطاب الاعتماد أن تتوافر في المستندات المطلوبة النقاط الآتية: <sup>70</sup>

أ. أن يكون كل مستند حاملاً لرقم الاعتماد، وتاريخ فتحه، واسم البنك فاتح الاعتماد، وقد يشترط أن تحمل المستندات اسم وعنوان فاتح الاعتماد. <sup>71</sup>

ب. المستندات المقبولة هي المستندات المصادق عليها من الجهات الرسمية التي حددتها بيانات فتح الاعتماد.

ج. يجب التقيد بما هو مذكور في طلب الاعتماد، ك مبلغ الضمان، ومكان صلاحيته، وكمية البضاعة بمواصفاتها. <sup>72</sup>

70 د.علي الأمير إبراهيم، التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتمادات المستندية، في عقود التجارة الدولية ومسؤوليته، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 2002 ص 166.

71 الأخطاء الإملائية أو الطباعية الغير مؤثرة، التي تختلف بحسب الحالة المعروضة ومن حيث أهمية البيانات أو المستندات التي وقع فيها الخطأ، فالاعتمادات المستندية كثيرا ما يتم فتحها في الدول الغربية، وغالبا ما يتم ذكر أسماء العملاء أو المستفيدين بلغات أجنبية، فيكون الخطأ في صياغة الاسم نتيجة الاختلاف في تهجئة الاسم، ومثاله: قضية: Beyne(VS) Irving trustco ( حيث أكدت المحكمة أنه ليس كل خطأ إملائي يؤدي بالضرورة لرفض المستندات كأن ترد كلمة Smith بدلا من Smithh مثل هذا الخطأ يعتد به، ولا يمكن البنك من رفض المستندات. راجع , Dessaleng Beyene and Jean M. Hanson VS Irving Trust Company , no . 83 Civ. 4067 . October 31 ,1984.

<sup>72</sup> ففي القضية التي عرضت أمام القضاء الأمريكي سنة 1970م بين Banco Nacional Ultramarino Vs First National Bank أشار الاعتماد المستندي إلى مستندات تمثل شحنة من السكر باسم "سكر بلور برازيلي أبيض" في حين أن المستندات قدمت دون أن تحمل ما يطابق تلك التسمية، فقضي بأن المستندات المقدمة ليست هي المطلوبة، و عندما حاول البائع إثبات أن السكر الذي شحنه هو السكر المطلوب، قررت المحكمة أنه ليس من الأهمية إثبات أن ما قد يتم شحنه بالفعل هي البضاعة المطلوبة، لأن التزام البنك كان مقابل مستندات لا مقابل تقديم بضاعة راجع Banco Nacional de Cuba Vs The Frist National City Bank of New York no 480 decided July 16 , 1970.

## 2. ضرورة تطابق المستندات فيما بينها وعدم تجزئتها:

يفيد هذا الضابط بأن على المصرف أن يتأكد من عدم وجود تناقض بين مستندات الاعتماد، فإذا تبين للمصرف أن بيانات أو شروط مستند معين يخالف بيانات مستند آخر،<sup>73</sup> فمثلاً إذا كان سند الشحن خاصاً ببضاعة على ظهر سفينة تغادر ميناء القاهرة، بينما شهادة معاينة البضاعة أو الشهادة الصحية المقدمة معه خاصة ببضاعة تغادر ميناء الاسكندرية، فإن هذه المستندات تكون مرفوضة.

كما أنه إذا تم تحديد المستندات تحديداً كافياً، فإن التزام المستفيد بتقديمها لا يتجزأ بحسب الأصل، بحيث لا يجوز له أن يطلب من المصرف دفع مبلغ من الاعتماد مقابل تقديم بعض المستندات الدالة على البدء في تنفيذ التزاماته، ذلك أن التزام المصرف لا يتجزأ.<sup>74</sup> كذلك ليس للمستفيد الاجتهاد وتقديم مستندات مشابهة، لأن كل مستند يخدم غاية معينة لدى العميل الأمر إذ يقول القاضي سامرز (Summers) "لا مجال لقبول المستندات المشابهة لشروط الاعتماد أو التي تؤدي الغرض نفسه".<sup>75</sup>

73 أكرم إبراهيم حمدان الزغبى، مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندي -دراسة مقارنة وفقاً لأحكام النشرة 500 -، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2000 ص 77.  
74 التزام البنك لا يتجزأ، فلا يمكن له أن يدفع إلا عند تسليم كل المستندات في مدة الصلاحية كاملة وسليمة.

do There is no room for documents which are almost the same, or which will" 75  
Equitable trust co. v Dawson partners, (1920) 25 LL.Rep. P 90 just as well"

### 3. ضرورة تقديم المستندات خلال مدة الصلاحية

على المصرف كذلك التأكد من مدة صلاحية الاعتماد عند تقديم المستفيد للمستندات، وبخلاف ذلك قد يتعرض المصرف للمسؤولية جراء وفائه بقيمته، إذا تبين أن مدة صلاحيته قد انتهت، وفي حكم صادر عن إحدى المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية، أيدت فيه موقف المصرف الذي امتنع عن الوفاء بقيمة الاعتماد بسبب تقديم مستندات خارج مدة الصلاحية.<sup>76</sup>

إذاً يتضح بأن المصرف مسؤوليته محدودة، ولا يسأل عن وجود غش؛ إلا إذا كان الغش واضحاً من خلال المستندات المقدمة إليه، فيما عدا ذلك فإنه يعفى من المسؤولية، ولا يكون أمام المستفيد المتضرر في حالة اكتشافه للتحايل عليه، من قبل البائع قبل دفع قيمة الاعتماد من المصرف، أن يقوم بتقديم طلب للمحكمة لإيقاف الدفع.

76 وذلك في قضية Zenith electronics corporation, v. Panalpina, inc والتي تتلخص وقائعها في أن مصرف Hamilto أصدر اعتماداً مستندياً لمصلحة المستفيد، ونص في خطاب الاعتماد: على ضرورة تقديم المستفيد عدداً من المستندات، من بينها سند الشحن، وذلك قبل 30-09-1991م، فقدم المستفيد بعضاً من المستندات خلال مدة الصلاحية، في حين قدم سند الشحن في 03-10-1991 أي بعد انتهاء مدة الصلاحية بثلاث أيام، فقرر المصرف رفض الوفاء بالاعتماد، لأن سند الشحن قد قدم خارج مدة الصلاحية، Zenith electronics corporation, v. Panalpina, inc. No. 95-1912.1995 .

## البند الثاني: الإجراءات والضمانات القانونية المقررة للحد من مشكلة الغش في الاعتمادات المستندية:

من الصعب القول بوجود حل وحيد وناجع لإشكالية الغش في الاعتمادات المستندية، لذلك توجد حزمة من الضوابط التي تساهم في الحد من ظاهرة الغش في الاعتمادات المستندية، فعلى المصرف المصدر للاعتماد أن يعي خطورة الغش في مثل هذه المستندات، فالمصرف يجب أن يتحرى الدقة والموضوعية عند مطابقته لأوراق الاعتماد المستندي، وأن يكون حريصا على صحة الأوراق المقدمة من قبل المستفيد، وحتى يحقق المصرف هذه الأهداف؛ يجب أن يدرّب الكوادر البشرية لديه، ويسهم في الرفع من كفاءة أدائهم؛ حتى يعوا خطورة الغش في الاعتمادات المستندية على الاقتصاد الوطني.<sup>77</sup>

بناء على الاختصاصات الممنوحة لمصرف ليبيا المركزي بموجب القانون، اتخذ المصرف بعض الخطوات التي رأى بأنها ربما تسهم في الحد من ظاهرة تهريب العملة الأجنبية للخارج، والتي تعتبر إحدى صور الغش في الاعتمادات، ولذلك سنتطرق في هذا الجزء من البحث، قبل بيان سياسات

77 بالرجوع للقانون رقم 1 لسنة 2005 بشأن المصارف، نجد أنه قد أعطى بعض الاختصاصات لمصرف ليبيا المركزي والتي لها علاقة بالائتمان منها:

- (1) إدارة احتياطياته واحتياطيات الدولة من الذهب والنقد الأجنبي.
- (2) تنظيم السياسة النقدية، والإشراف على عمليات تحويل العملة، داخل ليبيا وخارجها.
- (3) تنظيم السياسة الائتمانية والمصرفية، والإشراف على تنفيذها، في ظل السياسة العامة للدولة.
- (4) تنظيم سوق الصرف الأجنبي والإشراف عليه.

مصرف ليبيا المركزي لسنة 2016م بخصوص فتح الاعتمادات المستندية، لإحدى الحلول المعتمدة من قبل دول عدّة حول العالم للحد من ظاهرة الغش؛ ألا وهي التعاقد مع شركة دولية لفحص البضائع قبل عملية شحنها إلى المستفيد، ثم نيين بعد ذلك موقف قانون الجمارك لسنة 2010م بشأن تنظيم عملية دخول البضائع إلى ليبيا، لنختم بتقييم هذه الإجراءات المتخذة، والحلول المقترحة، ومدى مساهمتها في الحد من ظاهرة التحايل في تنفيذ الاعتمادات المستندية.

## 1) فحص البضاعة قبل شحنها من قبل شركة تفتيش دولية – Pre- Shipment Inspection

تقوم بعملية فحص البضاعة قبل الشحن شركات عالمية مختصة في فحص البضائع؛ للتأكد من مدى مطابقتها للمواصفات، وشروط فتح الاعتماد المستندي.<sup>78</sup> حيث يتضمن عمل الشركات الدولية المختصة بفحص البضائع: التأكد من الكمية، النوعية، السعر والتقييم الجمركي، وذلك حسب ما نصت عليه قواعد الممارسة الصادرة عن الاتحاد العالمي لوكالات التفتيش.<sup>79</sup> اتبعت الدول التي طور النمو هذا الإجراء؛ وذلك للحد من ظاهرة الغش، ولكونها أكثر الدول التي تستورد احتياجاتها من الخارج، وما يتطلبه ذلك

78 International Federation of Inspection Agencies, Code of practice Preshipment inspection mandated by government, Sixth Edition, 2002.

79 International Federation of Inspection Agencies, Code of practice Pre-shipment inspection mandated by government, Sixth Edition, 2002.

من فتح الاعتمادات المستندية.<sup>80</sup> وقد اشترط مصرف ليبيا المركزي في قرار المحافظ رقم 96 لسنة 2015م بأن تلتزم جميع المصارف التجارية العاملة في مجال فتح الاعتمادات المستندية؛ لغرض الاستيراد السلعي من الخارج، بإضافة شرط وهو تقديم شهادة تصدر من شركة تفتيش دولية على البضائع التي يتم توريدها ضمن شروط فتح الاعتمادات المستندية.<sup>81</sup>

ولغرض بيان المقصود من اشتراط شركة التفتيش الدولية على البضائع، عم مصرف ليبيا المركزي على المصارف التجارية في ليبيا كتابه رقم 2015\77 وبين من خلاله: أن شركة التفتيش الدولية يجب أن تتأكد من صحة المستندات، ومدى وجود شحنة معدة للشحن.<sup>82</sup> إلا أنه كان الأحرى بمصرف ليبيا المركزي أن يتوسع في تبيان المقصود بمهمة شركة التفتيش الدولية؛ لتشمل التحقق من كمية وجودة وسعر البضاعة المعدة للشحن، حيث أنه لتوضيح ذلك لا يشترط فقط التأكد من وجود الشحنة، وإنما يتأكد المصرف أيضا من أن سعر البضاعة هو نفسه المدون في المستندات، والشيء نفسه ينطبق على كمية وجودة البضاعة.

80 See International Federation of Inspection Agencies at

< <http://www.ifia-federation.org/content/publications/pre-shipment-inspection/>>

<sup>81</sup> قرار محافظ ليبيا المركزي رقم (96) لسنة 2015م بوضع ضوابط؛ لتنظيم استعمال النقد الاجنبي لأغراض فتح الاعتمادات المستندية والمستندات برسم التحصيل . وشروط فتح الاعتمادات المستندية لغرض الاستيراد من الخارج. المادة 4.

82 مصرف ليبيا المركزي، رسالة دورية رقم 2015\77، صدرت في 2015\6\29.

العديد من الدول تشترط التفتيش من شركة تفتيش دولية؛ للتأكد من وجود البضاعة قبل توريدها إليها، كما أن بعض هذه الدول تحدد شركات تفتيش معينة؛ لتراقب البضاعة قبل شحنها، ومثال ذلك: الكاميرون، هايتي، تشاد، النيجر وجمهورية أفريقيا الوسطى.<sup>83</sup> تتحقق مكاسب عدة من خلال اشتراط شركة دولية؛ لفحص البضاعة والمستندات قبل إتمام عملية الشحن من الدولة المصدرة، ويمكن سرد بعض من مزايا شركة التفتيش الدولية على النحو الآتي:<sup>84</sup>

### 1. الحد من مشكلة رفع قيمة الفواتير:

إن الغرض الأساسي من رفع قيمة الفواتير قد يكون هو الاستفادة من سعر الصرف، حيث تتم الحوالات بسعر صرف يقل كثيرا عن السعر في السوق الموازي، لذلك فإنه بالتعاقد مع شركة تفتيش دولية سيتم تقييم الثمن الفعلي للبضائع المفتوح من أجلها الاعتماد المستندي، ومن ثم يمنع تقييمها الصحيح من تحايل المستفيد، من خلال زيادة قيمة الفواتير بشكل يخالف الواقع كما هو واقع في ليبيا على ما يبدو.

### 2. الحد من مشكلة خفض قيمة الفواتير:

83 See International Federation of Inspection Agencies

< <http://www.ifia-federation.org/content/publications/pre-shipment-inspection/>>

84 Patrick Low, Preshipment inspection services, World Bank discussion papers, 1995 p 6.

إن الغرض الأساسي من خفض قيمة الفواتير: هو تقليل قيمة التعريفية الجمركية، ولذلك تقوم بعض الدول المستوردة للبضائع باشتراط الفحص قبل الشحن؛ حتى تتحدد قيمة البضائع، وبالتالي، تحدد بدقة قيمة التعريفية الجمركية الواجبة الدفع لإدخال السلع للدول المستوردة.

### 3. التأكد من إتمام عملية الشحن:

تهدف شركة التفتيش الدولية؛ للتأكد من أوراق الشحن، وأن البضاعة المشحونة هي نفس البضاعة المذكورة في المستندات التي تم فتح الاعتمادات على أساسها، من حيث الكمية والجودة، ومثل هذا الإجراء يزيد في ضمانات المستورد بأن البضاعة التي سيستلمها هي بذات المواصفات والكمية.

بناءً على ما سبق، يتضح مدى أهمية التعاقد مع شركة تفتيش دولية لفحص البضاعة قبل شحنها، ولكن ليس كل الشركات بذات الكفاءة والمهنية، لذلك تشترط الدول غالباً شركات بعينها لتقوم بهذه العملية، ولا تقبل بأي شهادة تصدر عن سواها، ونرى بأن على مصرف ليبيا المركزي أن يحدد شركات محددة يجب التعاقد معها لتفتيش البضاعة قبل شحنها، بناءً على تقارير المهنية والكفاءة لتلك الشركات، حتى لا يكون الأمر مجرد شهادات وهمية غير ذي قيمة من الناحية الواقعية.

يمكن لمصرف ليبيا المركزي أن يشترط أن تكون شركة التفتيش الدولية مسجلة لدى الاتحاد الدولي لوكالات التفتيش ( International Federation of Inspection Agencies ) حيث إن هناك العديد من شركات التفتيش

الدولية منطوية تحت هذا الاتحاد. وتظهر ميزة ذلك في كون الاتحاد يفرض قواعد الامتثال الخاصة به، وهي: مجموعة قواعد تشترط شروطاً معينة في هيكل الشركة المختصة بالتفتيش، كما تلزم الشركات باتباع إجراءات معينة في عملية الفحص؛ لضمان أن الشركات تعمل بالصورة المطلوبة طبقاً لمعايير منظمة التجارة العالمية.<sup>85</sup>

## 2) الضمانات المقررة بموجب القانون رقم 10 لسنة 2010م بشأن الجمارك

أورد قانون الجمارك رقم 10 لسنة 2010م<sup>86</sup> بعض الاشتراطات، والتي تهدف لضمان وصول البضاعة المستوردة بالكيفية المنصوص عليها في الفواتير وطبقاً للمواصفات القياسية الليبية، فقد نصت المادة (60) من قانون الجمارك على: أن يقوم ريتان السفينة عند دخولها نطاق الرقابة الجمركية، أن يبرز لدى أول طلب من موظفي الجمارك بيان الحمولة الأصلية للتأشير عليها ويسلمهم نسخة منها، كما يجب أن يقدم للجمارك عند دخول السفينة الميناء البيانات الآتية:

1. بيان الحمولة العام.
2. كشف بمؤن السفينة وأمتعة البحارة والسلع العائدة إليهم.

<sup>85</sup> انظر الموقع الخاص بالاتحاد العالمي لوكالات التفتيش على الرابط التالي:

[/http://www.ifa-federation.org/content/ifa-membership](http://www.ifa-federation.org/content/ifa-membership)

<sup>86</sup> صدر بتاريخ 2010/1/28م ونشر في مدونة التشريعات العدد الخامس السنة العاشرة بتاريخ 2010/5/5 م ص 168.

3. قائمة بأسماء الركاب وجميع الوثائق وبوالص الشحن التي يمكن أن تطلبها الجمارك في سبيل تطبيق الأنظمة الجمركية.
4. بيان الحمولة الخاص بالبضائع التي ستفرغ في الميناء.
- كما اشترطت المادة (62) من القانون المذكور على "ريابنة السفن أو من يمثلونهم أن يقدموا إلى مركز الجمارك خلال (24) ساعة من وصول السفينة على الأكثر ... قائمة الشحن الخاصة بالبضائع المشحونة عليها إلى الدولة" ويتم ذلك وفق الشروط المنصوص عليها في المادة (62) من قانون الجمارك.<sup>87</sup>

أما بخصوص المسؤولية عن النقص في البضاعة المشحونة، فقد نص قانون الجمارك على مسؤولية ريان السفينة أو من يمثله عن النقص في عدد الطرود أو محتوياتها إلى حين استلام البضاعة في المخازن الجمركية المادة (65) من قانون الجمارك، هذا وبينت المادة (66) من هذا القانون المسؤولية عن النقص في البضاعة المشحونة بنصها: على أنه إذا تحقق نقص في مقدار البضائع أو عدد الطرود المفرغة عما هو مدرج في وثيقة الشحن، وجب على ريان السفينة أو من يمثله تبرير هذا النقص، وإذا كانت البضائع أو الطرود الناقصة لم تشحن أصلاً، أو لم تفرغ، أو فرغت في جهة أخرى، يكون تبرير

87 تنص المادة 61 من قانون الجمارك رقم 10 لسنة 2010م : على أن كل بضاعة واردة بطريق البحر يجب أن تسجل في قائمة الشحن العامة لحمولة السفينة، ويجب أن توقع هذه القائمة من الريان، وأن يذكر فيها اسم السفينة، وجنسيته، وأنواع البضائع، وعدد طرودها، وعلاماتها وأرقامها، واسم الشاحن والمرسل إليه، وصفة الغلافات، والموانئ التي شحنت منها.

هذا النقص مؤيداً بمستندات ثابتة الدلالة، وإذا تعذر تقديم هذه المستندات جاز إعطاؤه مهلة لا تتجاوز ستة أشهر؛ لتقديمها بشرط أخذ ضمان يكفل حقوق الجمارك.

أما بخصوص الإقرار الجمركي فقد نظمتها المادة (83) حيث نصت على أنه: "يجب أن يقدم لمركز الجمارك إقرار تفصيلي عن أي بضاعة مستوردة أو صادرة عند الدخول إلى الدولة أو الخروج منها ... على أن يتضمن هذا الإقرار جميع المعلومات والإيضاحات والعناصر التي تمكن من تطبيق الأنظمة الجمركية النافذة واستيفاء الضرائب والرسوم الواجبة عند الاقتضاء." وقد بينت المادة (87) طريقة تقديم الإقرار وذلك بنصها: على أنه يجب تقديم الإقرار من قبل مالكي البضائع المستوردة أو المصدرة أو وكلائهم المقبولين لدى الإدارة، أو من المخلصين الجمركيين المرخص لهم، ويعتبر الموقع على الإقرار مسؤولاً عن صحة ما يرد فيه، وذلك مع عدم الإخلال بمسؤولية صاحب البضاعة، ويتولى مركز الجمارك بعد تسجيل الإقرار معاينة البضاعة، والتحقق من نوعها، وقيمتها، ومنشؤها، ومواصفاتها، ومن مطابقتها للإقرار والمستندات المتعلقة به، وله معاينة جميع الطرود أو بعضها، أو عدم معاينتها وفقاً للقواعد التي يصدرها المدير العام المادة (93) من قانون الجمارك.

فمن الملاحظ إزاء، أن قانون الجمارك قد وضع قواعد تنظيمية لمسألة دخول البضائع وخروجها من ليبيا، وهذه القواعد التنظيمية؛ تهدف لضمان وصول البضائع إلى الدولة بالكيفية المبينة في مستندات الشحن، وعدم مخالفة

تلك البضائع لمعايير السلامة والجودة المحلية، وفيما يخص دور الالتزامات التي يفرضها قانون الجمارك في الحد من الغش في الاعتمادات المستندية، فإن ذلك يظهر من خلال ممارسة مصلحة الجمارك لرقابتها المقررة بموجب القانون، وذلك يظهر في التأكد من وصول البضائع إلى وجهتها المقررة داخل ليبيا طبقاً للكمية والنوعية والموصفات المنصوص عليها في بوليصة الشحن، فتفعيل تقديم الإقرار الجمركي ومطابقته من قبل الجمارك؛ سوف يحد من مسألة وصول الحاويات الفارغة أو غير المطابقة للمواصفات الليبية، لأن جميع المستفيدين سيجدون صعوبة في تلافي مثل تلك الإجراءات.

وقد اشترط مصرف ليبيا المركزي على المستورد للسلعة من الخارج؛ أن يقدم إقرارات جمركية دالة على دخول البضاعة إلى أحد الموانئ الليبية، وذلك خلال شهرين من استلام المستندات، وفي حال إخفاق المستوردين في تقديم هذه الإقرارات، على المصارف التجارية أن تبلغ إدارة الرقابة على المصارف والنقد لاتخاذ الإجراءات بالخصوص.<sup>88</sup> إن هذا الشرط يدعم عملية المراقبة ويقويها، والغرض الأساسي منه هو التأكد من وصول الشحنة إلى ليبيا، وبالتالي، فإن عدم وصول الشحنة إلى ليبيا يقوي من فرضية الغش في الاعتماد المستندي.

<sup>88</sup> قرار محافظ مصرف ليبيا المركزي رقم 96 لسنة 2015م، السابق الإشارة إليه المادة 5.

### 3) تنظيم مصرف ليبيا المركزي لإجراءات وشروط فتح الاعتماد؛ لمعالجة ظاهرة الغش في الاعتمادات:

أصدر مصرف ليبيا المركزي منشور رقم (2) لسنة 2016م بشأن الضوابط والشروط والإجراءات المنظمة لفتح الاعتماد المستندي من قبل المصارف العاملة في ليبيا، وقد تضمن المنشور بعض الاشتراطات؛ للتقليل من مشكلة الغش في الاعتمادات المستندية، والتي تستهدف الحصول على النقد الأجنبي بسعر المصرف المركزي دون أن يقابل ذلك بضائع وخدمات.<sup>89</sup> ومن بين الاشتراطات والقيود التي أوردتها مصرف ليبيا المركزي على المصارف فاتحة الاعتماد، ما يلي:

1. أن تكون قيمة الغطاء النقدي مقابل فتح الاعتماد المستندي بنسبة 130% من قيمة الاعتماد، ولا يتم الإفراج عن النسبة الإضافية إلا بعد التحقق من صحة وسلامة وصول التوريدات، واستيفاء كامل الرسوم الجمركية والضريبية والمصرفية وفقاً للآلية المتبعة في هذا الخصوص.
2. على المصارف في الخارج التقيد بالأعراف الدولية وبمعايير التدقيق المعمول بها بالمصارف المركزية في تلك الدول، وعلى قسم الاعتمادات بالمصارف التجارية أن يطلب من المصرف المراسل، بموجب رسالة منفصلة عن برقية السويقت، التأكد من صحة البيانات المتعلقة بالشركة المصدرة (المستفيدة) بالخارج، وعلى الأخص النقاط التالية:

89 مصرف ليبيا المركزي، منشور رقم 2 لسنة 2016م بشأن الضوابط والشروط والإجراءات المنظمة لفتح الاعتمادات المستندية.

- ملاءتها المالية
  - مدى ممارستها لذات النشاط وخبرتها في مجاله
  - خلو ملفها من أي تحفظات قانونية أو شبهات فساد أو غسيل أموال
  - التحقق من أن فاتح الاعتماد ليس مساهما بهذه الشركة
3. تقديم إقرار تصدير (أصل) يتم النص عليه في طلب الاعتماد، ويرد ضمن مستندات شحن البضاعة، على أن يكون معتمداً من المستفيد في البلد المصدر، ومصدقاً عليه من السلطات المختصة في ذلك البلد طبقاً للإجراءات المتبعة.
4. تقديم شهادة تفتيش صادرة عن إحدى شركات التفتيش الدولية المعتمدة من المصرف؛ للتفتيش على البضائع، والذي تلتزم فيه الشركة بالمعايير الدولية للتفتيش، وأنها تتحمل المسؤولية القانونية تجاه ما يصدر عنها من شهادات تتعلق بالبضائع.
5. تقديم شهادة منشأ للبضائع مصدقا عليها من السفارات الليبية في الخارج أو الجهات المختصة في دولة التصدير.
- أما بالنسبة لإجراءات فتح الاعتمادات المستندية فقد نظم منشور مصرف ليبيا المركزي عدة اشتراطات من ضمنها النقاط الآتية:
1. فيما يتعلق بالفاتورة المبدئية للبضاعة، فقد أشار مصرف ليبيا المركزي لبعض الاشتراطات بخصوصها، ومن ضمنها: أن تكون الفاتورة

المبدئية صادرة عن الشركة المصدرة، على أن تتضمن المعلومات التالية:

- كافة البيانات المتعلقة بوصف ونوع وكمية ووزن السلع والخدمات التي سيتم توريدها من الخارج، وذلك وفقاً للعقد المبرم مع المورد الخارجي.
- أن تكون شارحة وبشكل واضح ومفصل لوصف السلع الموردة كمية ووزناً ونوعاً
- اسم الشركة المصنعة والعلامة التجارية ومكان التصنيع
- مواصفات البضائع وتركيباتها الداخلية، بالنسبة للأغذية والأدوية والكيماويات وغيرها من السلع الأخرى التي يسهل فيها الغش والتلاعب.
- التصديق على الفاتورة المبدئية من وزارة الاقتصاد، والحصول على إفادة ضمان تحقيق الأهداف الاقتصادية، من حيث أن الأسعار تتلاءم مع نوع ومواصفات السلعة الموردة، وأن يكون هناك توازن في الكميات المصرح بدخولها إلى الدولة بحيث تتوافق مع القدرة الاستيعابية للسوق المحلي.

2. على المصرف فاتح الاعتماد عند تدقيقه في المستندات، أن يرفض السداد عندما يلاحظ اختلافاً جوهرياً يتعلق بالنوع والسعر والوزن أو المواصفات، وذلك بعد مقارنة البيانات الواردة بالفاتورة المبدئية مع

شهادة التفتيش، والشهادة الصحية، وشهادة المواصفات القياسية وغيرها.

3. على المصرف عدم قبول أو استلام أي إقرارات جمركية غير محالة بموجب رسالة رسمية صادرة عن مصلحة الجمارك، وموجهة إلى المصرف، وتتعلق بالإفراج عن البضائع الموردة.

#### 4) تقييم الإجراءات المتبعة والضمانات القانونية المقررة:

يصعب الحد من الغش في الاعتمادات المستندية من خلال تبني إجراء بعينه، بل لابد من وجود حزمة من الإجراءات؛ تهدف للحد من ظاهرة الغش، فعلى مصرف ليبيا المركزي وهو المصرف المختص بموجب القانون رقم 1 لسنة 2005م بمراقبة النقد والائتمان، أن يكون جاداً في مراقبة وتتبع شروط تنفيذ الاعتمادات المستندية، وذلك بأن يجعل أي قرارات تصدر منه تدخل حيز التنفيذ.

تقرير ديوان المحاسبة السنوي يبين: بأن هناك تقصيراً من إدارات مصرف ليبيا المركزي في مراقبة تنفيذ المصارف التجارية للاعتمادات التجارية. أفاد التقرير فيما يخص المصارف التجارية بأن هناك تقصيراً في الرقابة من جانب إدارة الرقابة بمصرف ليبيا المركزي بخصوص التحويلات الخارجية التي تنفذها المصارف التجارية، ومنها: منح اعتمادات مستندية متجاوزة نهاية العام

المالي 2014م مبلغاً وقدره 26 مليار دولار، حيث أن هذه التحويلات لم تنعكس في صورة سلع وخدمات، أو إنشاءات على أرض الواقع.<sup>90</sup>

تبدو الإجراءات التي وضعها مصرف ليبيا المركزي مع الإجراءات المنصوص عليها في قانون رقم 10 لسنة 2010م بشأن الجمارك كافية للحد من ظاهرة الغش في الاعتمادات المستندية، حيث تضع تلك الإجراءات اشتراطات معينة؛ تهدف للتأكد من وصول البضاعة المستوردة إلى ليبيا، بالكيفية المنصوص عليها في الفاتورة، دون نقص في الوزن أو اختلاف في المواصفات والنوعية، إلا أن الإشكالية تظهر في وضع تلك الإجراءات موضع التنفيذ بالشكل الذي يجعلها تساهم في التقليل من ظاهرة تهريب الأموال، أو الغش في الاعتمادات المستندية بشكل عام.

---

90 ديوان المحاسبة الليبي، التقرير العام لديوان المحاسبة الليبي لسنة 2014م، ص 169، 170.

## الخاتمة

ناقشت هذه الورقة الاعتمادات المستندية، وذلك بدراسة مفهوم الغش في الاعتمادات المستندية، مع بيان صور لعمليات الاحتيال في الاعتمادات المستندية، وذلك بعرض بعض القضايا بالخصوص، وأخيرا تطرقت الورقة لنطاق مسؤولية المصرف عن تنفيذ الاعتمادات، كما عرضت الورقة الإجراءات والضمانات القانونية؛ التي تهدف للحد من ظاهرة الغش في الاعتمادات المستندية.

وللمساهمة في الحد من مشكلة الغش في الاعتمادات نعرض النقاط التالية بالخصوص:-

أولاً: يجب أن توجد الرغبة الجدية لدى مصرف ليبيا المركزي؛ للحد من ظاهرة الغش في الاعتمادات، ويتأتى ذلك بإصدار القرارات ذات العلاقة بالاعتمادات، وبمتابعة مدى تطبيق المصارف التجارية لشروط فتح الاعتمادات المقررة من قبله، والتي من ضمنها: شهادة تصدر من شركة تفتيش دولية؛ للتأكد من صحة المستندات ومطابقتها لما هو معد للشحن.

ثانياً: التأكد من وصول البضاعة إلى ليبيا، وذلك عن طريق التأكد من صحة الإقرارات الجمركية التي تصدر من السلطات المختصة؛ مما يقلل من وصول حاويات خاوية من البضائع إلى الدولة الليبية.

ثالثاً: القيام بتدريب كوادر وطنية تتمتع بمصدقية عالية و متخصصة في مجال الاعتمادات المستندية؛ لتواكب ما هو معمول به من قبل المصارف الدولية، وذلك لمكافحة الغش وغسيل الأموال.

رابعاً: الزام المصارف التجارية العاملة في ليبيا باتباع تعليمات المصرف المركزي، وتنفيذ قراراته التي تخص إجراءات واشتراطات فتح الاعتماد المستندي، لأنه دون الزام المصارف في تطبيق تلك الإجراءات، فإنه من الصعب وضع حد لظاهرة الغش في الاعتمادات المستندية. كما أن مصرف ليبيا المركزي عليه القيام بدوره الرقابي على المصارف التجارية، من خلال تطبيق عقوبات على المصارف التجارية المخالفة لتعليماته، وقد تكون من ضمن العقوبات حرمان المصارف المخالفة من إمكانية فتح اعتمادات مستندية لحين تسوية أوضاعها بمحاسبة المسؤولين.

## قائمة المراجع:

## أولاً : المراجع العربية

أ. الكتب والمجلات القانونية

1. د. أحمد محمود حسني، البيوع البحرية (دراسة لعقود التجارة البحرية الدولية، سيف وفوب)، الطبعة الثانية، الإسكندرية، 1983م.
2. د. أكرم إبراهيم حمدان الزغبى، مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندي -دراسة مقارنة وفقاً لأحكام النشرة 500 -، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2000م.
3. د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول، النظرية العامة للتاجر، العقود التجارية، العمليات المصرفية، ط3 بغداد، 1992م.
4. د. خالص نافع، "مسؤولية المصرف في مواجهة المستفيد بموجب عقد الاعتماد المستندي"، مجلة الكوفة، العدد 7، جامعة بغداد، كلية القانون.
5. د. سعيد عبد العزيز عثمان الاعتمادات المستندية، (2003 م)، الدار الجامعية، الاسكندرية.
6. د. عادل إبراهيم، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م.

7. د عبد الله خالد السوفاني، رجوع البنك على المستفيد بعد تنفيذ الاعتماد المستندي غير قابل للرجوع فيه (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة القانون جامعة آل البيت "الأردن" السنة 26، العدد 52، 2012م.
8. د عزيز عبد الامير العكيلي، دور سند الشحن في تنفيذ عقد البيع (كاف او سيف) 1971 القاهرة.
9. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية -دراسة للقضاء والفقهاء المقارن وقواعد سنة 1983 الدولية- دار النهضة العربية، القاهرة، 1989م.
10. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المصرفية وضماناتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994م.
11. محمد حسين إسماعيل، التزام المشتري بفتح الاعتماد المستندي، معهد الإدارة العامة، الرياض، سنة 1992 م.
12. د. محي الدين اسماعيل علم الدين، الاعتماد المستندي في الفقه والقضاء والعمل، 1968م دار النهضة العربية، القاهرة.
13. مصطفى كمال طه، القانون التجاري الأوراق التجارية العقود التجارية عمليات البنوك الافلاس، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
14. تقرير ديوان المحاسبة الليبي، التقرير العام لديوان المحاسبة الليبي لسنة 2014م.

15. د. نجوى ابو الخير، البنك والمصالح المتعارضة في الاعتماد المستندي، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ب. رسائل الماجستير والدكتوراة
1. سماح يوسف السعيد، "العلاقة التعاقدية بين أطراف عقد الاعتماد المستندي" رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، 2007م.
2. د. جمال محمود عبد العزيز، الالتزام والمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع، وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة، فينا، 1980م، رسالة دكتوراه مقدمة الى جامعة القاهرة، كلية الحقوق 1996م.
3. د. علي الأمير إبراهيم، التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتمادات المستندية في عقود التجارة الدولية ومسؤوليته، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق / جامعة عين شمس، سنة 2002م.
4. د ليلي بعثاش " أثر الغش في عقد الأساس على تنفيذ الاعتماد المستندي" رسالة دكتوراه، 2014.
- ج. الأحكام القضائية :
- ا. القضايا العربية.
1. المحكمة العليا الليبية، طعن مدني رقم 90، 40 ق، بتاريخ 1994/5/1م غير منشور.

2. قضاء النقض المغربي، قرار عدد 1090 مؤرخ في 22 إبريل 1992م - ملف مدني89/8318، المجلس الأعلى، منشور بمجلة مجلس القضاء الأعلى عدد 46 نوفمبر 1992م.
3. قضاء النقض المغربي، قرار مدني عدد74 مؤرخ في 15 يناير 1969 م، المجلس الأعلى، منشور بمجلة مجلس القضاء الأعلى السنة الأولى يونيو 1969م.
- II. القضايا الأجنبية

1. Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corporations
2. United Bank Ltd. v. Cambridge Sporting Goods Corp  
392 N.Y.S.2d 265, 271 (N.Y. 1976).
3. Czarnikow- Rionda Sugar Trading IncV . Standard  
Bank London Limited (1999)
4. Bolivinteroil S.A (V) Chase Manhalttan Bank
5. Beyne(VS) Irving trustco
6. Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corporations.  
1941 Supreme Court, New York Country 177 Misc  
719, 31 N.Y.S.2d 631.

## د. القوانين والقرارات

1. قانون الجمارك رقم 10 لسنة 2010م
2. القانون الجزائري رقم 09-03 المؤرخ في 25-2-2009م المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المنشور بجريدة الجزائر الرسمية عدد 15 لسنة 2009م.
3. قرار محافظ ليبيا المركزي رقم (96) لسنة 2015م بوضع ضوابط لتنظيم استعمال النقد الاجنبي؛ لأغراض فتح الاعتمادات المستندية والمستندات برسم التحصيل . وشروط فتح الاعتمادات المستندية؛ لغرض الاستيراد من الخارج
4. مصرف ليبيا المركزي، رسالة دورية رقم 77\2015، صدرت في 29\6\2015م.
5. قرار محافظ مصرف ليبيا المركزي رقم 96 لسنة 2015م.

## ثانياً/ المراجع الاجنبية

1. Patrick Low, Preshipment inspection services, World Bank discussion papers, 1995 p 6.
2. Abhinayan Basu , Documentary Fraud under Letter of Credit (a comparative study of English and Chinese law ) master thesis 2012

3. S. Isabella Chung, 'Developing a Documentary Credit Dispute Resolution System: An ICC Perspective', Fordham International Law Journal 19, 4 (1995) p 1358, 1359.
4. International Federation of Inspection Agencies, Code of practice Preshipment inspection mandated by government, Sixth Edition, 2002.
5. See International Federation of Inspection Agencies
6. Uniform custom and practice for documentary credits UCP 600)

## ثالثاً / المواقع الإلكترونية

1. الموقع الإلكتروني لاتحاد العالمي لوكالات التفتيش

[/http://www.ifia-federation.org/content/ifia-membership](http://www.ifia-federation.org/content/ifia-membership)

2. الموقع الإلكتروني لمصرف ليبيا المركزي <http://www.cbl.gov.ly>

الحاجة إلى تقنين مهنة الاختصاصي النفسي في ليبيا

موسى عبدالحفيظ القنيدي

عضو هيئة التدريس بكلية القانون-جامعة مصراتة

E-mail: [m.algunaidi@law.misuratau.edu.ly](mailto:m.algunaidi@law.misuratau.edu.ly)

## المقدمة

تمر على الإنسان في حياته لحظات يرافقها اضطرابات ومشكلات وربما عقد، فيظل يحاول التغلب عليها؛ بغرض تجاوزها للأفضل، ولكن في عديد الحالات قد يصل إلى مرحلة لا يقوى معها على الصمود، ويقف عاجزا عن إيجاد الحلول المناسبة.

فالمشكلات والاضطرابات التي يواجهها متعددة، منها ما هو هين يستطيع التعامل معه شخصيا، ومنها ما هو معقد لا يقدر عليه، ويكون مضطرا لإيجاد من يساعده، فكلما زاد تعقد المجتمعات واتجاهها نحو المدنية، زاد قلق الأفراد وما يواجهونه من مشكلات، فعصرنا يتميز ويتصف بتغيرات متلاحقة وسريعة، منها ما هو مرتبط بالعولمة، ومنها ما هو مرتبط بالأحداث التي تتسم بالعنف، وخاصة المسلح منه كالذي تعيشه ليبيا منذ عام 2011م، وهو ما ساهم بشكل أو بآخر في زيادة المشكلات والاضطرابات النفسية لدى العديد من الناس.

إن تحديد مفهوم دقيق للاضطراب النفسي (مجال عمل الاختصاصي النفسي) في غاية الصعوبة؛<sup>1</sup> لأنه ليس حالة واحدة، بل مجموعة من

<sup>1</sup> إيجاد تعريف للاضطراب النفسي يتبناه أي تشريع وطني يعتمد على مجموعة من العوامل، لعل أهمها: أن غرض التشريع هو تعيين الحدود الدقيقة للفئة المعنية؛ وبالتالي فالتشريع الذي ينصب اهتمامه الأساسي على الإدخال القسري والمعالجة الجبرية قد يقيد التعريف ليحصره في ذوي الاضطرابات النفسية الوخيمة والمزمنة فقط، في حين أن التشريع الذي يركز اهتمامه على الحقوق الإيجابية قد يوسع من مفهوم الاضطراب النفسي إلى أقصى قدر ممكن لتعم الفوائد والمنافع جميع المصابين بالاضطرابات النفسية.

الاضطرابات مع بعض الملامح والسمات المشتركة؛ ذلك كان سببا في قيام  
جدل محتدم ونقاش كبير حول الحالات التي يشملها أو يجب أن يشملها  
الاضطراب النفسي.<sup>2</sup>

في هذا الإطار، تشير منظمة الصحة العالمية إلى أن تعبير الاضطراب  
النفسي يمكن أن يغطي الاعتلال النفسي، والتخلف العقلي المعروف أيضاً  
بالإعاقة العقلية والعجز الفكري، واضطرابات الشخصية، والاعتماد على مواد  
الإدمان، فينبغي القول هنا إن تضمين الاضطراب النفسي التخلف العقلي

الاضطرابات الشخصية وغيرها يعتبر من أهم القضايا الخلافية المهمة  
والشائكة أيضاً.<sup>3</sup> وبالرغم من ذلك، و من خلال الاطلاع على غالبية تعريفات  
الاضطرابات النفسية،<sup>4</sup> يلاحظ أن هناك شبه توافق على كونه "تمط سلوكي،  
وسيكولوجي، ونفسي، ينتج لدى الفرد نتيجة شعوره بالضيق أو العجز، حيث  
تعتبر هذه الاضطرابات نمواً غير طبيعي في المهارات العقلية، ويُعتقد بأنها

<sup>2</sup> بعض منظمات الرعاية الصحية تستخدم تعبير "المرض النفسي" و"المريض النفسي" على أساس أنهما  
يدعمان هيمنة النموذج الطبي، ولكن معظم الوثائق السريرية الدولية تتجنب استخدام تعبير "المرض النفسي"  
مفضلة استعمال تعبير "الاضطراب النفسي" بدلا منه.

<sup>3</sup> تشريعات الصحة النفسية وحقوق الإنسان، منظمة الصحة العالمية، 2003م ص3-11 متاح على الرابط:

[http://www.who.int/mental\\_health/policy/essentialpackage\\_en/index\\_.htm](http://www.who.int/mental_health/policy/essentialpackage_en/index_.htm)

<sup>4</sup> في هذا السياق، يتم استخدام لفظ "العجز النفسي" كمرادف للاضطراب النفسي، حيث يعرف العجز بأنه:  
"تعبير يغطي بمطلته الاختلالات، ومقيدات النشاط، ومحددات المشاركة"، وهو يشير بدلالته إلى الجوانب  
السلبية من التأثير بين الفرد وحالته الصحية (وبين العوامل السياقية التي يعيش فيها) كالعوامل البيئية  
والشخصية.

تحدث نتيجة ظهور بعض المشاكل في الدماغ؛ وذلك بسبب التفاعل المعقد الذي يحدث بين العوامل الوراثية والتجارب الحياتية التي يمر بها الفرد".<sup>5</sup>

هذه الاضطرابات قد يكون الإنسان مضطرا للانعزال وترك العالم بأسره، وقد يبحث عن السعادة في فعل المعاصي والمنكرات، بالتأكيد أن القرار الأنسب والأمثل يكمن في البحث عن من يرشده لإيجاد العلاج المناسب، ولكن كيف؟

إن إيجاد العلاج المناسب يكون عن طريق ما يسمى بالاختصاصي النفسي (المرشد النفسي)، ذلك الشخص الذي يجهل دوره الكثيرون، وشوهت صورته المسلسلات والأفلام، واختلطت لدى الكثير من الناس صورته بصورة الطبيب النفسي، الذي لا يلجأ إليه إلا من كان يعاني من مرض نفسي شديد، ويخشاه العديد من الناس... هذا هو المعتقد السائد، فما هي الحقيقة الغامضة التي يجهلها الكثيرون؟

إن الحقيقة الغامضة في ظل هذا العالم المليئ بالتناقضات والمتغيرات تبرز الحاجة لضرورة وجود الاختصاصي النفسي داخل كل مجتمع؛ ليمد يد المساعدة لكل من يعاني من اضطراب نفسي ليعينهم في حل ما يواجههم من مشكلات، وفي تخطي ما يعترضهم من أزمات، لكن وجوده لا يمكن أن يكون ذا فائدة دون أن تكون هناك حماية قانونية له؛ حتى يستطيع أن يقوم بالدور المأمول منه.

<sup>5</sup> محمد جاسم العبيدي، الأمراض النفسية وعلاجها، الطبعة الأولى، مطبعة دار الثقافة، 2003م، ص 56-63.

## الفرع الأول

### مفهوم الاختصاصي النفسي وأهميته

يحدث خلط وخطأ شائع في التمييز بين العديد من المصطلحات الأكاديمية في هذا المجال أو هذا الشق تحديدا كالاختصاصي النفسي والطبيب النفسي؛ لذلك سنبين مفهوم الاختصاصي النفسي قبل أن نحدد أهمية دوره.

أولاً:- مفهوم الاختصاصي النفسي<sup>6</sup>: يتنازع تعريف الاختصاصي النفسي عدة مفاهيم مختلفة، ولكن يظل هناك اتفاق ضمني على الخطوط العريضة لأهم الجزئيات، ومن هنا يعرف علماء علم النفس الأكلينيكي، الاختصاصي النفسي: بأنه "شخص مؤهل علميا ومهنيا لتقديم الخدمات النفسية لمن يحتاجها، وذلك من خلال دراسة وتشخيص وعلاج المشكلات التي يعاني منها بعض الأشخاص".<sup>7</sup>

ويقصد بالمؤهل علميا: هو أن يكون الاختصاصي حاصلا على درجة جامعية تخصصية في علم النفس، وأن يخضع للتدريب الذي يؤهله للممارسة

<sup>6</sup> العديد من الجهود بذلت من قبل الجمعية الليبية للعلوم النفسية من أجل وضع تصنيف للاختصاصيين النفسيين من حملة الشهادات(الليسانس والبكالوريوس والماجستير والدكتوراه)، فهناك اختصاصي بدرجة استشاري نفسي أول، واستشاري نفسي ثاني، واستشاري، وأخصائي نفسي أول، وأخصائي نفسي ثاني وأخصائي نفسي ولكل منهما مهام تختلف عن غيره، مزيدا من المعلومات عن ذلك، ينظر مقترح التوصيف الوظيفي للكوادر المهنية للاختصاصيين النفسيين العاملين في المجال الطبي، الجمعية الليبية للعلوم النفسية، 2013م، ص2-9.

<sup>7</sup> محمد جاسم العبيدي، علم النفس الأكلينيكي، الطبعة الثالثة 2013م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص 13-21.

العملية، وهو بذلك ليس طبيباً نفسياً؛ لأن الطبيب النفسي تكون درجته الجامعية الأولى في مجال الطب، ثم يتخصص في دراسة السلوك المرضي، كما أن الاختصاصي النفسي يختلف عن الطبيب النفسي، في أن الأول لا يستخدم العقاقير أو الأدوية في العلاج، بل له أساليب أخرى مثل طرق تعديل السلوك... إلخ، ومع ذلك ينبغي الإشارة إلى أن هناك ارتباطاً وثيقاً في قيام كل من الاختصاصي النفسي والطبيب النفسي بأعمالهما على الوجه المطلوب، من حيث إمكانية استعانة أحدهما بالآخر قبل البدء في البرنامج العلاجي للشخص المريض.

إن مهمة الاختصاصي النفسي تتمثل في مساعدة الأشخاص العاديين في حل مشكلاتهم اليومية، خاصة تلك التي تنقل كاهلهم وتتغص صفو حياتهم، من تلك المشكلات ما يعانیه الأطفال وكيف يمكن تربيتهم بشكل صحيح وتعديل سلوكياتهم؟ والمشكلات الزوجية وكيف يمكن للزوجين فهم بعضهما وحل مشكلاتهما؟ إضافة لما يعانیه العديد من الطلاب في المدارس والجامعات. فالاختصاصي النفسي هو الذي يعمل على الأخذ بيد الفرد إذا أحس بأنه يغرق في بحر المشكلات، ويتيه في متاهات الحياة، فيرشده إلى الطريق

الصواب، ويعلمه كيف يخوض معارك الحياة، وآلية التغلب على مصاعبها مهما كانت.<sup>8</sup>

أما كونه مؤهلاً مهنيًا، فيقصد به قدرته الكاملة والفاعلة على تقديم الخدمات النفسية؛ لأنه يخضع وينتظم في دورات تدريبية عملية لاكتساب المهارات التي تؤهله للممارسة المهنية مثل: القياس النفسي والاضطرابات النفسية.<sup>9</sup>

وينبغي التذكير هنا، إلى أن عمل الاختصاصي النفسي لا يقتصر على مساعدة الأفراد في تشخيص مشكلاتهم وعلاجها، بل يمتد عمله إلى المؤسسات، بحيث يكون مسؤولاً عن تنميتها، فالاختصاصي النفسي لا يستطيع أن يباشر مهامه دون الاستعانة ببعض التخصصات الدقيقة، فقد يحتاج مثلاً إلى عرض المريض على طبيب؛ للتثبت من تلك الاضطرابات من حيث كونها عضوية أم لا؟ وقد يحتاج كذلك إلى الاختصاصي الاجتماعي لدراسة الاتجاهات الاجتماعية والمجتمعية التي تسهم في إحداث الاضطرابات، وتساعد في كيفية إيجاد الحلول لها.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> محمد جاسم العبيدي، الصحة النفسية ومفهومها والأمراض النفسية وعلاجها، الطبعة الأولى، 1996م، ص 27-28.

<sup>9</sup> محمد جاسم العبيدي، المرجع السابق، ص 57-61.

<sup>10</sup> هناك علاقة وطيدة بين كل من الاختصاصي النفسي والطبيب النفسي والاختصاصي الاجتماعي، فالطبيب النفسي هو طبيب مختص في الطب النفسي، ولديه شهادة جامعية في علاج الاضطرابات النفسية، "بكالوريوس طب وجراحة، دكتوراه في الطب، دكتوراه في الطب التقييمي، إلخ" في حين أن الاختصاصي الاجتماعي هو

ثانياً: أهمية الاختصاصي النفسي: للاختصاصي النفسي دور مهم جداً في نشر ثقافة الصحة النفسية التي تقوم على الوقاية من الاضطرابات والمشكلات والأمراض النفسية، وكذلك الإرشاد الذي يهدف إلى تحقيق الصحة النفسية للشخص.

فالعديد من البرامج الوقائية والإرشادية والعلاجية في علم النفس يقوم بها الاختصاصي، إلى جانب برامج إنمائية للمواهب التي تحتاج للاكتشاف والظهور، وعلى الرغم من ذلك، فإن دور الاختصاصي في هذه الأيام يقتصر في مجمله على المجال التعليمي والصحي فقط - في ليبيا شبه منعدم - رغم أن دوره مطلوب في كل القطاعات، وبكل مجالات التنمية في المجتمع.<sup>11</sup>

هذا ما نجده واضحاً وجلياً في المجتمعات المتقدمة التي أصبحت تولي المجال النفسي اهتماماً كبيراً، حيث توفر مثل هذا القسم في كافة قطاعات الحياة، خاصة في مجال إدارة الأعمال والتسويق والتجارة، إذ يشهد موظفهم ضغوطاً كبيرة قد تؤثر على فعاليتهم وعطائهم في العمل، كما أن هناك رغبة

---

بأنه ذلك الشخص الذي يسعى عبر مجموعة من البرامج والأنشطة الموجهة لفئة معينة من فئات المجتمع إلى مساعدتهم للتكيف من جديد مع البيئة الخارجية الطبيعية، والعمل على توافقهم الاجتماعي مع النظم الاجتماعية السائدة بشكل يمكنهم من المساهمة من جديد في كل ما يتعلق بجوانب الحياة المختلفة في المجتمع.

11 منظمة الصحة العالمية، "الكتاب المرجعي لمنظمة الصحة العالمية حول الصحة النفسية وحقوق الإنسان والتشريع"، 2005م، ص 27-31 متاح على الرابط:

[http://www.who.int/mental\\_health/policy/essentialpackage\\_/en/index.html](http://www.who.int/mental_health/policy/essentialpackage_/en/index.html)

شخصية من كل شخص هناك للذهاب إلى الاختصاصي في حال وقوعه بمشكلة أو لاستشارته بأمرٍ ما.

هذا ما نفتقده في بلادنا؛ لأن الاعتقاد السائد لدينا هو أن كل من يذهب للاختصاصيين النفسيين هو شخص مريض نفسياً، يجب الابتعاد عنه وأن لا يتم الوثوق بكلامه.<sup>12</sup> فمتى ستتغير هذه النظرة؟ ومن سيكون قادراً على تغييرها؟ وكيف يكون أو يتحقق ذلك؟

فمتى؟ يبدو أن الوقت قد حان بالفعل لضرورة تنظيم مهنة الاختصاصي النفسي من خلال قانون حديث متطور يهدف إلى تجاوز كل المشكلات الممكنة والإشكاليات عبر استشارة أهل الاختصاص النفسي والقانوني حول أهم ما يجب أن يتضمنه أي قانون مستقبلي.

من؟ بالتأكيد ليس كل أفراد المجتمع على دراية بأهمية دور الاختصاصي النفسي في المجتمع، والعبء سيقع بشكل رئيسي وأساسي على أهل الاختصاص في توعية الشارع بمدى ضرورته؛ لذلك نأمل من السلطات التشريعية في ليبيا الإسراع في تبني قانون يراعي كافة خصوصيات المجتمع، وأن يتم الابتعاد عن النقل الحرفي من قوانين دول أخرى، ذلك لن يتحقق إلا

12 تؤكد إحصائيات رسمية أوروبية أن أكثر من 40% من مواطني دول الاتحاد الأوروبي يترددون بشكل منتظم على اختصاصيين نفسيين مع اقناعهم التام بأهمية دورهم، إضافة إلى النتائج التي تحصلوا عليها من خلال مساهمتهم في تجاوز المشكلات والاضطرابات النفسية التي يمرون بها.

بتضافر الجهود بين الأكاديميين والحقوقيين والبرلمانيين في ضرورة سن قانون خاص بمهنة الاختصاصي النفسي يراعي متطلبات الشارع في ليبيا.<sup>13</sup>

## الفرع الثاني

### نحو تقنين مهنة الاختصاصي النفسي في ليبيا

نظرا لأهمية الدور الذي يقوم به الاختصاصي النفسي وما يترتب على ذلك من أمور وأحداث، فإن التنظيم التشريعي لهذه المهنة يظل أمرا هاما وضروريا.

---

<sup>13</sup> هناك غياب واضح وحقيقي لدور الطبقة المثقفة، والتي يقع على عاتقها ضرورة توعية الشارع بأهمية دور الاختصاصي النفسي، ومحو النظرة الغير إيجابية عنه وعن من يعاني من اضطراب نفسي، إضافة إلى أن الذهاب للاختصاصي في عصرنا اليوم يعتبر دليل وعي وتحضر على اعتبار أن الإنسان غير معصوم من مشكلات نفسية بسبب صعوبة الحياة وتداخلها خاصة مع ضغط العمل.

أولاً: - واقع تقنين مهنة الاختصاصي النفسي: ليبيا كانت إحدى الدول العربية التي نالت استقلالها مبكراً، إلا أنها تأخرت كثيراً في مواكبة التطورات التشريعية والقانونية في عديد المجالات، خاصة في مجال الصحة النفسية.<sup>14</sup>

بتاريخ 2016/04/25م أصدر وزير الصحة التابع لحكومة الإنقاذ الوطني القرار رقم 153 لسنة 2016م الذي اعترف واعتبر فيه الاختصاصي النفسي بمثابة مهنة طبية، وذلك في المادة الأولى من القرار، بعد أقل من عام تم إلغاء هذا القرار من قبل وزير الصحة التابع لحكومة الوفاق الوطني بدون ذكر الأسباب التي دفعته لذلك. ذلك يعني الرجوع للمربع الأول وهو ما يدفعنا للقول بصريح العبارة أن ليبيا إحدى الدول التي تفتقد لقانون ينظم مهنة الاختصاصي النفسي. هذا القصور كان سبباً رئيسياً في النقص الحاد إن لم يكن الاندثار في عدد الاختصاصيين النفسيين على مستوى البلاد، وتدني دورهم رغم أهميته والحاجة الضرورية له داخل المجتمع مع النظرة السلبية التي يراها أبناء المجتمع للاختصاصي ولكل من يعاني من مشكلات نفسية.

بقاء ليبيا من غير قانون ينظم مهنة الاختصاصي النفسي يزيد من تفاقم المشكلة، ويعقد حلها خاصة مع الانتشار الكبير لمن يعاني من اضطرابات وأزمات نفسية، فالسلطات التشريعية في ليبيا يقع على عاتقها عبء كبير في

<sup>14</sup> حصلت ليبيا على استقلالها عام 1951م بقرار من منظمة الأمم المتحدة، وعلى الرغم من مساهمة الأمم المتحدة في وضع دستورها إلا أن عجلة التطورات والتشريعات العالمية في مجال الصحة النفسية لم تستمر، بل وتأخرت كثيراً إذا ما قورنت بدول عربية أخرى كمصر وتونس.

ضرورة الإسراع بسن قانون يتوافق مع متطلبات هذه المهنة؛ حتى لا نكون أمام فراغ تشريعي في ظل عجز الاختصاصيين عن ممارسة دورهم، وتقديم المساعدة اللازمة لمن يرغب في ذلك.

إن ما يزيد من ضرورة وجود قانون ينظم مهنة الاختصاصي النفسي في ليبيا تلك الأحداث التي وقعت في مطلع عام 2011م، فالجميع يعلم أن الحروب لا تحمل في أحشائها سوى الألم والمعاناة للجميع. إن الصور المؤلمة التي تتم مشاهدتها للمصابين والقتلى والدمار قد يكون الزمن كفيلا بتجاوزها ونسيانها، وأما ما لا نشاهده ولا يمحوه الزمن فهو الأثر النفسي الذي ستركه هذه الحروب بداخل كل من عاصرها وعاش الرعب والقلق، وفقد عزيزا أو قريبا أو منزل يستظل بظله.<sup>15</sup>

ومن خلال قراءة متأنية في العديد من التقارير حول وضع الرعاية النفسية بعد الحرب، لوحظ أن الإحصائيات لا تتسم بدقة كافية، ولا تعكس الصورة الواقعية لوضع الصحة النفسية في ليبيا.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> سمر كمال أبو السعود، الآثار النفسية للحرب على المجتمع الليبي، المنظمة الليبية للسياسات والاستراتيجيات، 2017م، ص 17-18.

<sup>16</sup> في هذا السياق، ومن خلال الاطلاع على تقرير الإحصاء السنوي عن وضع الرعاية النفسية في ليبيا لسنة 2016م، ومقارنته بإحصاء 2009م يلاحظ زيادة أعداد المترددين على المستشفيات والعيادات الحكومية التي تقدم خدمات ورعاية نفسية مجانية في كل من المدن التالية: بنغازي ومصراتة وطرابلس.

إن حجم الضرر الذي خلفته الحرب لم تتمكن أي منظمة من تقديره بشكل دقيق، وهذا نظرا لانعدام توافر البيانات والإحصائيات والدراسات المحلية والعالمية السابقة حول هذا الشأن، كما أن النزاعات القائمة حاليا في أرجاء عدة من البلاد تعتبر عائقا كبيرا للحالات المرضية التي تسعى لزيارة المراكز النفسية، وهو ما يقلل من إمكانية وصولهم للمراكز الصحية وتلقيهم العلاج، و يمنع حتى المنظمات الدولية من التواجد على الأراضي الليبية؛ حتى تساعد في توفير الأدوية النفسية، وتساهم في تدريب وتنمية المعالجين والعاملين في المراكز النفسية في عموم البلاد.<sup>17</sup>

إن أكثر ما يترتب على الحروب التي لازالت تعصف ببلادنا هو التدمير النفسي الذي يدمر التوازن النفسي للمدنيين وخصوصا الأطفال، فالحروب دائما يصنعها الكبار ويقع ضحيتها الصغار، فما يتعرض له الطفل من الحروب أقسى مما قد يتعرض له من جراء الكوارث الطبيعية، وأكثر رسوخاً بالذاكرة ويزداد الأمر صعوبة إذا تكررت هذه الصدمات لتتراكم في فترات متقاربة، ومن معوقات الكشف عن هذه الحالات لدى الأطفال هو أنه يصعب عليهم التعبير عن الشعور أو الحالة النفسية التي يمرون بها، بينما يختزلها العقل وتؤدي إلى مشاكل نفسية عميقة، خاصة إذا لم يتمكن الأهل أو البيئة

<sup>17</sup> سمر كمال أبو السعود، الآثار النفسية للحرب على المجتمع الليبي، المنظمة الليبية للسياسات والاستراتيجيات، 2017م، ص 10-13.

المحيطة بهم من احتواء هذه الحالات، ومساعدة الطفل على تجاوزها.<sup>18</sup> ويؤكد المختصون في علم النفس أن أخطر آثار الحروب هو ما يظهر لاحقاً من مشاكل وعقد نفسية لدى أجيال كاملة من الأطفال، حيث يتوقف خطورتها على مدى استيعاب الأهل وكيفية مساعدة الطفل على تجاوز المشاهد التي مرّت به".<sup>19</sup>

لذلك، ينبغي أن تتضافر جهود المهتمين والمختصين في ليبيا في الضغط على السلطات التشريعية على أمل أن يعجل بإصدار قانون ينظم مهنة الاختصاصي النفسي بشكل عاجل؛ وذلك للضرورة الملحة لهذه المهنة على نطاق الأسرة والمجتمع بأسره.

صدور قانون يواكب كل من التطورات الطبية الحديثة واحتياجات المرضى وذويهم، لاشك أنه يعتبر نقلة مهمة في مجال الطب النفسي بشكل خاص، كذلك يوفر فرصة حقيقية لكل من يعاني من اضطراب في وجود قانون يحميه ويستظل بظله، وفي ذات الوقت، لا نحتاج لقانون إنشائي يصعب تطبيقه ويحفظ بالأدراج، وإنما نحتاج لقانون واقعي يسهل تطبيقه ويثبت فاعليته.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> لا توجد إحصائية واحدة عن وزارة الصحة الليبية تُثبت العدد الحقيقي للذين يعانون من مشاكل واضطرابات نفسية، وذلك ما يشكل عائقاً حقيقياً أمام وضع برنامج شامل للنهوض بالصحة النفسية.

<sup>19</sup> أمل حمدي دكاك، أثر الحروب والنزاعات المسلحة على الأسرة العربية، العدد الثاني، مجلة جامعة دمشق، 2007م، ص 234-239.

<sup>20</sup> سمر كمال أبو السعود، الآثار النفسية للحرب على المجتمع الليبي، المنظمة الليبية للسياسات والاستراتيجيات، 2017م، ص 4-10.

إن المشكلات النفسية تختلف عن غيرها من الأمراض الطبية، من حيث إن لها طبيعة خاصة في أعراضها وأسبابها وطرق علاجها، فهي تؤثر ليس على المريض فحسب وإنما على الأسرة والمجتمع ككل، ولهذا يقع على المجتمع مسؤولية اكتشاف من يعاني من اضطراب نفسي والبحث عنه وتقديم المساعدة له حيثما وجد، وتتعاظم هذه المسؤولية في ضرورة بناء الإنسان الذي يعد الدعامة الأولى والأساسية في مشوار تقديم العلاج، وذلك بفتح مجالس للصحة النفسية والمعاهد المتخصصة والدورات التدريبية وتنظيم المهنة لتحديد مسؤولية الاختصاصي النفسي وتنظيم عمله؛ حتى لا يمارس عمله بمنأى عن المجتمع الذي يعيش فيه.<sup>21</sup>

ثانياً: أسس تقنين مهنة الاختصاصي النفسي: لأن مفهوم الطب النفسي يرتكز على الناحية التحليلية والتقديرية عكس المفهوم القانوني الذي يرتكز أساساً على مادية الأشياء وواقعها، ومن ثم فإن الجمع بينهما وإصدار تشريع موحد لا شك أنه يعود بالفائدة على حياة الناس؛ لك أن دراسة الطب النفسي وعلاقته وتنظيمه بالقانون يتأصل مباشرة بحياة الناس وسلامة المجتمع، ويعتبر المقياس الحقيقي لحضارة الشعوب، والتقييم الصحيح لمنظورات المجتمع السياسية والاجتماعية والثقافية والدينية.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> فالج بن صنهاج العتيبي، دور الأخصائي النفسي الأكلينيكي من وجهة نظر العاملين في المستشفيات الحكومية، رسالة ماجستير منشورة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2011م، ص 14-22.  
<sup>22</sup> علي التهامي، دور الأخصائي النفسي في المدرسة والبيت، مؤسسة حمد الطبية، 2012م، ص 11-13.

هذا يقودنا إلى التذكير بأن ليبيا تعتبر إحدى الدول التي صادقت على "العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966م، و"العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966م؛ وكذلك اتفاقية حماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، 2008م؛<sup>23</sup> ولذلك فإن من المهم جدا مراجعة هاتين الوثيقتين بصورة شاملة عند التخطيط لتشريع الصحة النفسية، كما تمثل مختلف المعايير الدولية - رغم كونها غير ملزمة - إجماعاً دولياً على معايير الممارسة الجيدة والمقبولة، وتوفر إطاراً مفيداً لتطوير وتنفيذ التشريعات والسياسات المتعلقة بالصحة النفسية. وهذه تشمل "مبادئ الأمم المتحدة لحماية المصابين بعلل نفسية وتحسين الرعاية الصحية"، و"القواعد المعيارية"، و"إعلان كاراكاس"، و"إعلان مدريد"، و"قانون منظمة الصحة العالمية للرعاية الصحية النفسية: عشرة مبادئ أساسية".<sup>24</sup>

وقبل الشروع في وضع مسودة قانون لتنظيم مهنة الاختصاصي النفسي، نرى ضرورة الأخذ بعين الاعتبار مجموعة من الأسس والقواعد التي يمكن الاسترشاد بها، وهي كالتالي:

<sup>23</sup> اتفاقية حماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، 2008م، متاح على الرابط:

<http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-a.pdf>

<sup>24</sup> منظمة الصحة العالمية، "الكتاب المرجعي لمنظمة الصحة العالمية حول الصحة النفسية وحقوق الإنسان

والتشريع"، 2005، ص 27-31 متاح على الرابط:

[http://www.who.int/mental\\_health/policy/essentialpackage\\_/en/index.html](http://www.who.int/mental_health/policy/essentialpackage_/en/index.html)

- 1 - تحديد احتياجات ومشكلات الصحة النفسية الرئيسية في ليبيا، إضافة إلى المعوقات القائمة والمحتملة التي تعرقل تطبيق سياسات وخطط وبرامج الصحة النفسية.
- 2 - دراسة وفحص القوانين العامة التي تتصدى لقضايا الصحة النفسية، ومعاينة الجوانب المحددة الغائبة أو التي تحتاج إلى إصلاح، وتفحص العوائق والمشكلات المتعلقة بتنفيذها.
- 3 - فحص المواثيق والمعاهدات والمعايير الدولية لحقوق الإنسان التي تشمل الشروط والنصوص ذات الصلة بالصحة النفسية، مع دراسة مكونات تشريع الصحة النفسية في البلدان الأخرى، خصوصاً تلك المشابهة لليبيا على صعيد البنى الهيكلية الاقتصادية والسياسية، والخلفيات والظروف المشابهة، اجتماعياً وثقافياً.
- 4 - تضمين القانون "مبادئ الأمم المتحدة لحماية المصابين بعلل نفسية وتحسين الرعاية الصحية النفسية 1999م".<sup>25</sup>

<sup>25</sup> تعد مبادئ عام 1991م والمكونة من خمس وعشرين مادة وثيقة بالغة الأهمية؛ فقد تضمنت المعايير التفصيلية التي اتفق على ضرورة توافرها كحد أدنى فيما يتعلق بحق الأفراد ذوي الاضطرابات أو الإعاقات النفسية في الرعاية الصحية، واشتملت على مجموعة واسعة من الالتزامات المتصلة بمعايير العلاج والرعاية، كما تتخذ هذه المبادئ موقفاً قوياً وإيجابياً إزاء مكافحة الوصم والتمييز ضد المرضى النفسيين، وتدعم إدماجهم في المجتمع، وتسلم بحق كل شخص مصاب بمرض نفسي أو عقلي في تلقي العلاج والرعاية في المجتمع الذي يعيش فيه، مع بذل أكبر جهد ممكن في سبيل تحقيق ذلك.

6 - فحص المواثيق والمعاهدات والمعايير الدولية لحقوق الإنسان التي تشمل الشروط والنصوص ذات الصلة بالصحة النفسية، مع دراسة مكونات تشريع الصحة النفسية في البلدان الأخرى، خصوصًا تلك المشابهة لليبيا على صعيد البنى الهيكلية الاقتصادية والسياسية، والخلفيات والظروف المشابهة، اجتماعيا وثقافيا.

7 - تضمين القانون المأمول الميثاق الأخلاقي العالمي الذي يجب أن يتحلى به الاختصاصي النفسي، مع تحديد الإطار العملي له و للطبيب النفسي؛ حتى يزيل كل لبس أو غموض بينهما.

8 - ينبغي أن يحظى القانون بالقدر الكاف من المناقشات والمراجعات على مستوى أهل المهنة والمهن ذات العلاقة، فكلما تعددت وزادت المناقشات قلت السلبيات.

9 - تضمين القانون وبشكل صريح الشروط اللازمة لممارسة مهنة الاختصاصي النفسي من حيث بيان حقوقه والتزاماته، مع ضرورة أن يكون القانون نابعا من آراء أبناء المهنة و المهتمين خاصة القانونيين منهم.

10 - تحديد شروط واضحة يلزم و يتطلب توفرها في كل المراكز النفسية الحكومية منها والخاصة.

12 - يلزم (وبشكل واضح) بيان حالات الدخول الإرادي لكل من يعاني من اضطراب نفسي، وعدم ترك ذلك للسلطة التقديرية للاختصاصي النفسي، مع عدم إغفال دور القضاء.

13 - مراعاة كيفية وآلية الوصول والحصول على علاقة طبية مرضية تتسم بالود أكثر من الاهتمام بالقيود والعقوبات، مع أهمية تحديد العقوبات الواجب تطبيقها على الاختصاصي النفسي الذي يثبت إخلاله بالتزاماته، وكذلك تحديد نطاق المسؤولية التأديبية والجنائية له.

14 - ضرورة تضمين القانون مبدأ عدم إفشاء الأسرار المتعلقة بمن يتلقى العلاج إلا لمن يعوله أو لأي جهة، وذلك بعد استشارة المحكمة في ذلك.

15 - يجب أن يتم النص على ضرورة أن تكون أساليب العلاج المتبعة لا تحمل في طياتها أي آثار جانبية سلبية على من يتلقى العلاج، وبحث إمكانية إخطار من يعاني من اضطراب نفسي بها إذا كان قادراً على استيعاب ذلك.

16 - ضرورة الحفاظ على حقوق من يعاني من اضطراب نفسي وبالأخص "المحجور عليه" من خلال ضمانات واضحة ودقيقة "كحقه وعائلته في التظلم من قرارات الحجز الغير إرادية للمراكز النفسية.

## الخاتمة

يفتقر عموم الناس إلى فهم قضايا الصحة النفسية، ففي العديد من البلدان تكون هناك مقاومة، وأحياناً معارضة لتشريعات الصحة النفسية التي تنطلق من حقوق الإنسان، فالمصابون بالاضطرابات النفسية يعانون من الوصمة والتمييز من جهة؛ ما يسبب في عزوفهم عن الذهاب للاختصاصيين النفسيين من جهة أخرى، الأمر الذي قد يؤدي إلى معارضة العموم للتشريعات عند وضعها من قبل السلطة التشريعية، أو حتى إلى إضعاف التشريع حالما يصدر، سواء تلك التي تهتم بالمصابين بالاضطرابات أو حتى بالمختصين في علاجها. ومن المهم إعلام وتثقيف عموم الناس بماهية الاضطراب النفسي والحقوق المخولة للمصابين به، وبيان الدور الذي يضطلع به الاختصاصي النفسي، وهو ما سيسهل إلى حد كبير عملية إعداد مسودة التشريع، وتبنيه، وتطبيقه. إن تشريعات الصحة النفسية التي تستهدف تعزيز الرعاية المجتمعية للمصابين بالاضطرابات النفسية لا يمكن أن تنجح بدون المشاركة الفعالة لكل المهتمين وذوي العلاقة.

وبما أن دور الاختصاصي النفسي لم يعد مقصوراً على مجال معين أو مكان محدد، بل أصبح ضرورة ملحة على كافة الأصعدة؛ فوجود قانون ينظم مهنة الاختصاصي النفسي أمر مهم، قد يزيل معه أو على الأقل يقلل من النظرة الدونية لمن يعاني من اضطراب نفسي داخل المجتمع الليبي، ويبين الخطوط العريضة لحقوق وواجبات الاختصاصي النفسي.

## المراجع

- أمل حمدي دكاك، أثر الحروب والنزاعات المسلحة على الأسرة العربية، العدد الثاني، مجلة جامعة دمشق، 2007م.
- سمر كمال أبو السعود، الآثار النفسية للحرب على المجتمع الليبي، المنظمة الليبية للسياسات والاستراتيجيات، 2017م.
- فالح بن صنهاج العتيبي، دور الأخصائي النفسي الأكلينيكي من وجهة نظر العاملين في المستشفيات الحكومية، رسالة ماجستير منشورة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2011م.
- علي التهامي، دور الأخصائي النفسي في المدرسة والبيت، مؤسسة حمد الطبية، 2012م.
- محمد جاسم العبيدي، الصحة النفسية ومفهومها والأمراض النفسية وعلاجها، الطبعة لأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996م.
- محمد جاسم العبيدي، الأمراض النفسية وعلاجها، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2003م.
- محمد جاسم العبيدي، علم النفس الأكلينيكي، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2013م.
- تشريعات الصحة النفسية وحقوق الإنسان، منظمة الصحة العالمية، 2003م، متاح على الرابط:  
[http://www.who.int/mental\\_health/policy/essentialpackage\\_/en/index\\_.htm](http://www.who.int/mental_health/policy/essentialpackage_/en/index_.htm)
- "الكتاب المرجعي لمنظمة الصحة العالمية حول الصحة النفسية وحقوق الإنسان والتشريع"، 2005م، متاح على الرابط:  
[http://www.who.int/mental\\_health/policy/essentialpackage\\_/en/index.html](http://www.who.int/mental_health/policy/essentialpackage_/en/index.html)
- مقترح التوصيف الوظيفي للكوادر المهنية للاختصاصيين النفسيين العاملين في المجال الطبي، الجمعية الليبية للعلوم النفسية، 2013م.

التلقيح الصناعي بين الإباحة والتجريم  
في القانون الليبي

عبد الله عبد السلام عريبي

عضو هيئة التدريس بكلية القانون ترهونة - جامعة الزيتونة

E-mail: Araibi.a71@gmail.com

## المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، أحمده ، وأستعينه ، وأستغفره ، وأتوب إليه ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأن محمداً رسوله - ﷺ - وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين وبعد :

يحصل في الكثير من الأحيان أن يعجز الزوجان عن تحقيق رغبة الإنجاب بالشكل الطبيعي، بسبب عائق صحي يمكن التغلب عليه بالتقنيات الطبية الحديثة للإنجاب، والتي توصل إليها العلماء نتيجة لتكريس جهودهم وتجاربهم لعلاج مشكلة العقم، التي تشير الإحصائيات الطبية إلى انتشارها، واتساع نطاقها في العالم كله<sup>1</sup>، وقد تمكنوا فعلاً من تخطي نسبة كبيرة من موانع الإنجاب، وذلك عن طريق تقنية الإنجاب الصناعي والتي تقوم أساساً على استبعاد الاتصال الجنسي كطريقة طبيعية للجمع بين نطفتي الزوجين، ليتم بطريقة طبية، ومع أن هذه التقنية حققت العديد من الإيجابيات والفوائد،

1 - يعاني 8:12% من الأزواج على مستوى العالم من مشكلة العقم في فترة ما من عمرهم الإنجابي، ولأسباب صحية أغلبها معلومة، في حين تبقى نسبة من حالات العقم تقدر بحوالي 5% مجهولة السبب، راجع في ذلك: كتاب الجوانب الطبية والأخلاقية والقانونية لبعض قضايا الصحة الإنجابية - إصدار المؤسسة الأهلية المصرية لرعاية الخصوبة - الجمعية المصرية للطب والقانون - 2009م - ص56. كما تشير تقارير منظمة الصحة العالمية إلى أن عدد الأزواج المصابين بالعقم في العالم يتراوح ما بين 5% إلى 10% من الأزواج. أشار إلى ذلك: د. فرج صالح الهريش - موقف القانون الليبي من التطبيقات الطبية الحديثة - الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان - مصراتة - ليبيا - ط1 - 1426م - ص186.

ونجحت في القضاء على معظم أسباب عدم القدرة على الإنجاب، إلا أنها في الوقت ذاته، أثارت- ولا تزال - العديد من القضايا والإشكاليات بالغة الخطورة، الدينية منها والأخلاقية والقانونية، لهذا كان لزاماً على القانون أن يواكب هذا التقدم العلمي، لكي يوجهه التوجيه الصحيح، وأن يحيط مسألة الإنجاب بالحماية الجنائية التي تضمن عدم العبث بها، فليس كل ما هو ممكن علمياً وطبياً مباح قانونياً، وليس هذا بالطبع تدخل من القانون في مجال الطب، بل إنه يؤكد عمق الصلة بينهما، فما غاية تدخل القانون الجنائي في الطب، عموماً، إلا للموازنة بين متطلبات الثورة البيولوجية الحديثة في مجال الطب، وضرورة توفير الحد الأدنى من الاحترام الواجب للكيان المادي للإنسان وكرامته، بحيث لا يغلب الجانب العلمي للمسألة على جانبها الديني والأخلاقي والقانوني، أو العكس، فالطب يقدم الأمل، والقانون يجعله أملاً منظماً.

وتتطلب الدراسة في هذا البحث من افتراض وجود زوجين عجزا عن تحقيق رغبتهما في الإنجاب بالشكل الطبيعي، ووجدا طبياً يعرض عليهما تقنية التلقيح الصناعي؛ لتحقيق رغبتهما في الإنجاب، ونظراً إلى ما تثيره هذه التقنية الطبية الحديثة من صعوبة في تحديد إطار مشروعيتها ، والصور المباحة منها، فلا شك أن الطبيب وطرفي العملية في حاجة لمعرفة مدى مشروعية هذه العمليات ، فهل نظم المشرع الليبي عبر نصوص القانون هذه المسألة؟ وإذا

كانت الإجابة بنعم، فهل كان موقفاً في ذلك أم أن موقفه يشوبه القصور والغموض؟.

وتقتضي دراسة هذا الموضوع عرض تاريخ هذه العمليات في القانون الليبي الفرع الأول ، لنقف بعد ذلك على موقفه من هذه العمليات بين الزوجين الفرع الثاني ، وخارج إطار العلاقة الزوجية الفرع الثالث، وذلك على النحو الآتي :

### الفرع الأول

#### لمحة تاريخية عن عمليات التلقيح الصناعي

##### في القانون الليبي

باستقراء نص المادة ( 403 مكرر " أ " و 403 مكرر " ب " ) من القانون رقم (175 لسنة 1972م)2 التي نصت على أنه أ: (( كل من لقح امرأة تلقيحا صناعيا بالقوة أو التهديد أو الخداع، يعاقب بالسجن لمدة لا تزيد على عشر سنوات.

وتكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على خمس سنوات إذا كان التلقيح برضاها، وتزداد العقوبة بمقدار النصف إذا وقعت الجريمة من طبيب أو صيدلي أو قابلة أو أحد معاونيهم)).

2- القانون رقم 175 لسنة 1972م - منشور بالجريدة الرسمية - العدد 43 لسنة 1973م.

ب: (( تعاقب المرأة التي تقبل تلقيحاً صناعياً، أو تقوم بتلقيح نفسها صناعياً بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات.

ويعاقب الزوج بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة، إذا كان التلقيح بعلمه ورضاه وسواء وقع التلقيح من الزوجة أو من الغير (().

يتبين لنا: أن المشرع الليبي كان من السباقين في معالجة عمليات الإنجاب الصناعي، حيث نص صراحةً على حظر هذه العمليات، بموجب القانون سالف الذكر والذي أضاف بموجبه جريمة جديدة إلى مجموع الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات الصادر في نوفمبر سنة ( 1953م )، وهي جريمة التلقيح الصناعي، إلا أن تفسيرنا هذا يبدو أنه لا يتفق مع ما ذهب إليه جانب من الفقه وشراح القانون الليبي<sup>3</sup>، الذين يرون بأن التلقيح الصناعي المحظور بموجب النص السابق، هو التلقيح المستخدم فيه نطفة غير زوج المرأة الملقحة، والذي يؤدي إلى اختلاط الأنساب، أما إذا كانت النطفة من الزوج، فإنه لا وجود لشبهة اختلاط الأنساب، وبالتالي تنتفي علة الحظر، ويكون الأمر مباحاً، واستدلوا على صحة زعمهم هذا بما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون والتي

3 - د. فرج صالح الهريش - مرجع سبق ذكره - ص233، د. شعبان أبو عجيله عصاره - المسؤولية الجنائية للطبيب عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة - رسالة دكتوراه - جامعة بغداد - 2002م - ص515 وما بعدها، د. إدوار غالي الذهبي - شرح قانون العقوبات الليبي القسم الخاص - بنغازي - ب ط - ب ن - 1978م - ص133، عريبي سالم الهلوري - الرؤية الإسلامية والقانونية لمسألة التلقيح الصناعي - مجلة العلوم القانونية - العددان الثالث والرابع يونيو 1988م - طرابلس - ص45.

جاء فيها: (( أن التلقيح الصناعي فيه احتمال اختلاط الأنساب، وتغيير لسنة الله في خلقه، كما أنه قد يحوّل الإرث لمن ليس له الحق فيه شرعاً))، وبالتالي - والكلام لهم - متى كان نقل النطفة من الزوج لزوجته، أو دمجها بأية صورة من الصور ببويضة الزوجة باستخدام الطرق الصناعية، يؤدي إلى النتيجة نفسها التي يؤدي إليه نقلها بمباشرة الزوجة بالطرق الطبيعية، فإن احتمال اختلاط الأنساب، أو تحويل الإرث لمن ليس له الحق فيه شرعاً، يكون غير متحقق، وبالتالي، لا يكون هناك سبب لتجريم الفعل في هذه الحالة.

وما نراه أن تفسير الفقه السابق، قد جانب الصواب، ذلك أن نص المادة سالفة الذكر، لا تعني إلا شيئاً واحداً، وهو أن عمليات التلقيح الصناعي محظورة بكل صورها، سواءً أكانت المادة المستخدمة من الزوج أو من غيره، ودليلنا على ذلك يكون بقلب الاستدلال، إذ أن المذكرة الإيضاحية التي استدل بها أنصار هذا الرأي، قد ورد فيها عبارة: إن التلقيح الصناعي فيه احتمال اختلاط الأنساب، ولو كان المقصود حظر التلقيح الصناعي المستخدم فيه نطفة غير الزوج فقط، لما جاء في المذكرة لفظ احتمال اختلاط الأنساب، إذ أن الاختلاط في هذه الحالة محقق وليس محتمل، ولأن المقصود هو تجريم هذه العمليات، حتى في حالة استخدام المواد المنوية للزوج، كان التعبير بلفظ احتمال اختلاط الأنساب أصوب وأدق، لأن هذا الاحتمال وارد إن كانت العملية بين الزوجين، ومؤكد إذا ما كانت خارج نطاق العلاقة الزوجية، ومما يؤكد صحة ما انتهينا

إليه في رأينا هذا، أن هذه المذكرة قد تضمنت عبارات تدل على أن الحظر كان شاملاً لكل أنواع التلقيح، فقد جاء فيها: (( ... كان من الضروري والشريعة الإسلامية هي مصدر التشريعات في البلاد، والأسرة هي أساس المجتمع، قوامها الدين والأخلاق، أن يبادر المشرع إلى محاربة تلقيح النساء قبل أن يستشري فساد، ويستفحل ضرره، ويتعذر علاجه..... ))، كما أن ورود النص بصيغة عامة دونما استثناء في صفة الجانية، كونها متزوجة أم غير ذلك، أرملة أو مطلقة، يعني: أن هذه العمليات محظورة سواء أكانت بين الزوجين أم لا، إذ لو كان المشرع يقصد حظر العمليات التي تدور خارج العلاقة الزوجية فقط كما ذهب الرأي المنتقد لاستثنى العمليات التي تجرى بين الزوجين، وكيف لنا أن نتصور إباحة المشرع لعمليات التلقيح الصناعي بين الزوجين - حسب وجهة نظر هذا الفقه - في حين أنه جرم مجرد علم الزوج ورضاه بإجراء هذه العملية؟ فكيف تتم هذه العملية بدون علمه، لو كانت مباحة، وهو طرف رئيسي فيها؟ ناهيك عن عقوبة الزوجة أيضاً<sup>4</sup>.

4 - تنص المادة 100 ق ع ل على أنه: (( من اشترك في جريمة فعليه عقوبتها إلا ما استثني قانوناً بنص خاص))، والملاحظ على سياسة المشرع في نص المادة 403 أ، ب مكرر ، أنه جرم مجرد علم الزوج ورضاه بجريمة زوجته والواقع أن مسلك المشرع هذا يفتح باباً للتساؤل مفاده، طالما أن القاعدة العامة في قانون العقوبات، تقضي بأن الشريك هو فقط من يعاقب بذات عقوبة الفاعل الأصلي، فما هو الأساس القانوني لعقاب الزوج بذات العقوبة؟ إذ أنه في هذه الجريمة لا هو فاعل أصلي ولا هو بشريك حسب نص المادة المشار إليها، هو علم ورضا بجريمة زوجته فقط. في تقديرنا أن لذلك إحدى تفسيرين، الأول: هو خروج المشرع على القواعد العامة في الاشتراك الجنائي واعتبار أن مجرد علم الزوج ورضاه بجريمة زوجته صورة جديدة من صور

مما تقدم نخلص إلى: أن أنصار هذا الرأي، حملوا المذكرة الإيضاحية أكثر مما تحتمل، ذلك أن تصور ما يدور في خلد مُعدّي هذه المذكرة، يتوقف على مدى قدرة الإمكانيات الطبية المتاحة في تلك الفترة من الناحية العلمية والعملية، وهل كانت تلك العمليات مقبولة في ذلك الوقت أم لا؟ لاشك أن عمليات التلقيح الصناعي في مجتمعنا الليبي، كانت غير مقبولة في ذلك الوقت، وغير مأمونة الجوانب، إذ أنها لم ترق إلى المستوى الذي يقطع فيه بعدم اختلاط الأنساب حتى بين الزوجين، فكان التجريم هو الأصوب، وإلا بما نفسر إباحة المشرّع لها بموجب القانون اللاحق وهو قانون المسؤولية الطبية رقم ( 17 لسنة 86م ) في المادة (17) إذا كانت مباحة في السابق؟.

غير أن إعادة تنظيم المشرّع لعمليات الإنجاب الصناعي، الذي أباحها بموجب القانون رقم ( 17 / 86م ) بشأن المسؤولية الطبية المادة ( 17 ) تجعلنا نضرب صفحاً عن كون هذه العمليات كانت مباحة في السابق أم لا، حيث لا قيمة لذلك النص في الوقت الحالي ، إلا من الناحية التاريخية 5 .

---

المساهمة التبعية، والثاني: أن المشرّع اعتبر أن سكوت الزوج وعدم ممانعته لزوجته بمثابة اتفاق ضمنى الذي هو صورة من صور الاشتراك.

5- يسمى هذا النوع من الإلغاء بالإلغاء الضمني عن طريق إعادة التنظيم الشامل ، ويتحقق هذا النوع من الإلغاء عند صدور تشريع جديد ينظم بشكل شامل وجوهري موضوعاً معيناً سبق تنظيمه بتشريع سابق ، ويلاحظ عادة بأن المشرّع في مثل هذه الحالة يعلن عن مقصده بإلغاء التشريع السابق وإحلال التشريع الجديد بدلاً منه بشكل صريح إزالة لأي غموض أو شك حول مسألة الإلغاء الكلي للتشريع القديم، ويلاحظ في بعض الأحيان أن المشرّع لا يفصح عن هذا ، وفي هذه الحالة يعتبر مجرد إعادة التنظيم الكامل أو الشامل للموضوع

وخلاصة القول: أن المشرّع الليبي أولى تقنية الإنجاب الصناعي اهتماماً كبيراً بمتابعته لتطورها وآثارها ونتائجها، في الفترة ما بين ( 1972: 1986م ) حيث اتجه في بداية الأمر إلى تجريمها على الإطلاق؛ خوفاً من اختلاط الأنساب وضياعها، والمساس بالمشاعر الإنسانية والروابط العائلية، وإهدار الحكمة من الزواج<sup>6</sup>، ثم عدل عن موقفه، وأباحها في بعض صورها بعد أن نضجت الفكرة، وأصبحت مأمونة الجوانب.

---

الذي أفرده القانون القديم بمثابة إلغاء ضمنى بحيث يعتبر القانون القديم منسوخاً جملة وتفصيلاً ، للمزيد من التفصيل في هذا الموضوع راجع :د. عبد السلام على المزوي - النظرية العامة للقانون - المدخل لعلم القانون - الجزء الأول - نظرية القانون - منشورات الجامعة المفتوحة - الطبعة الثالثة - 1992 ف - ص 421 وما بعدها، وراجع كذلك ، د. الكوني على أعبودة - أساسيات القانون الوضعي الليبي - المدخل إلى علم القانون - الجزء الأول - منشورات المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية - الطبعة الرابعة - 2003 ف - ص 305 وما بعدها .

6- انظر المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 175 لسنة 1972م.

## الفرع الثاني

### التلقيح الصناعي بين الزوجين

أحسَّ المشرِّع الليبي بأهمية هذه التقنية، ودورها الفعال في علاج العقم، هذا المرض الذي يعاني منه الكثير، فبعد أن نضجت الفكرة واتضحت، اتجه إلى تنظيمها للاستفادة منها، وتجنَّب مساوئها ومخاطرها التي تتعارض مع ديننا وتقاليدنا وأخلاقنا ونظمنا الاجتماعية، وقد جاء هذا التنظيم عبر المادة (17) من القانون رقم ( 17 لسنة 1986م) بشأن المسؤولية الطبية 7 التي نصت على أنه: (( لا يجوز تلقيح المرأة صناعياً أو زرع الجنين بالرحم إلا عند الضرورة وبشرط أن يكون اللقاح في الحالتين من الزوجين وبعد موافقتهما)).

ومن استقراء النص السابق، يتضح أن الأصل في القانون الليبي هو عدم مشروعية عمليات التلقيح الصناعي، بدليل أن المشرِّع استهل النص بلفظ لا

7 - الجريدة الرسمية - العدد 28 - لسنة 1986م.

يجوز، والاستثناء هو جواز إجراء عملية التلقيح الصناعي بنوعيه الداخلي والخارجي، متى توافرت شروط معينة، من أهمها أن تكون هذه العملية بين زوجين، ألجأتهم إليها الضرورة، وبعد موافقتهما، وهذا أمر لا يحتاج إلى كثير عناء، إذ لا اجتهاد مع صراحة النص .

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام، هو ما مدى مشروعية إتمام عملية الإنجاب الصناعي التي بدأت حال قيام العلاقة الزوجية، وقبل انتهائها انفصمت عرى هذه الحياة بالطلاق، أو وفاة الزوج؟ ومما يزيد في أهمية البحث عن إجابة لهذا التساؤل، أن المشرّع اشترط أن يكون اللقاح من الزوجين فقط، ولم يأت على ذكر ضرورة أن تتم هذه العمليات في ظل قيام العلاقة الزوجية، حيث جاء نص المادة (17) سائلة الذكر خلواً من الإشارة إلى ما يفيد منع الاستمرار في هذه العمليات عقب حدوث ما من شأنه أن ينهي هذه العلاقة، ولو أخذنا بالمبدأ القائل المطلق يؤخذ على إطلاقه، وما أطلقه القانون لا يقيد به إنسان، لأمكننا القول بأن سكوت المشرّع يفيد جواز الاستمرار في هذه العملية، ولكن هذا القول بدوره سرعان ما يتبدد، إذ أن المشرّع اشترط لمشروعية هذه العمليات أن تكون هناك ضرورة لإجرائها، وفي اعتقادنا أن الموت والطلاق أيضاً فيهما ما يكفي لانتفاء الضرورة الملجئة، فوفاة الزوج تعني أنه لم يعد هناك محل للقول بوجود ضرورة في حقه، وكذلك الحال مع الزوجة المتوفى عنها زوجها، وذلك لأنه يمكنها الزواج والإنجاب من الزوج الجديد، وكذلك في

حالة الطلاق، فإنه لكل من الزوجين حق الزواج من جديد، وبالتالي، فإن شرط الضرورة غير متوافر، أضف إلى ذلك عدم توافر شرط أن يكون اللقاح من الزوجين، إذ أن الزوجة في مثل هذه الحالة ستلقح بماء زوجها السابق الذي يعد غريباً عنها بانتهاء العلاقة الزوجية، كما أن موافقة الزوجين السابقة على التلقيح الصناعي تصبح بانتهاء العلاقة بينهما محلاً للشك، لأن هذا الشرط يعني استمرار عدم ممانعتهما إلى حين الانتهاء من هذه العملية، وبوفاة الزوج يتعذر القول بموافقه على التلقيح، ورغم وصولنا إلى هذه النتيجة، إلا أننا نهيب بالمشرّع تدارك هذا النقص التشريعي بتعديل هذا القانون؛ تقادياً لتترك هذه المسألة محل اجتهاد على النحو الذي سبق بيانه.

ومما تقدم نخلص إلى القول: بأن المشرّع الليبي أباح عمليات الإنجاب بالتلقيح الصناعي بين الزوجين بنوعيه الداخلي والخارجي وبشروط معينة، وذلك استثناء من الأصل وهو عدم المشروعية، ومن ثم ينبغي تطبيقها في أضيق نطاق، وبعد التأكد بشكل جدي ودقيق من توافر كافة شروط إباحتها.

### الفرع الثالث

#### التلقيح الصناعي الذي يخرج عن إطار العلاقة الزوجية

يقصد بالتلقيح الصناعي خارج إطار العلاقة الزوجية ، مساهمة غير الزوجين بالخلايا التناسلية ، والتي إما أن تكون الحيوان المنوي ، أو البويضة ، أو لقيحة جاهزة ناتجة عن تلقيح البويضة بالحيوان المنوي ، أو أن تكون المساهمة بمقر اللقيحة ، فيما يعرف بالأم البديلة ( المستعارة ) ، أو بالرحم الصناعي والذي لازال في طور التجربة .

والواقع أن المشرّع الليبي حسم مسألة مساهمة غير الزوجين بالخلايا التناسلية ، بالنص صراحة علي عدم مشروعيتها ، وذلك من اشتراطه أن يكون اللقاح من الزوجين ، وبالتالي، فإنه لا يجوز إجراء عملية تلقيح صناعي ، إلا إذا كان اللقاح من الزوجين .

أما فيما يخص مساهمة غير الزوجين بمقر اللقيحة فإن المشرع الليبي لم يتطرق إليها بشكل مباشر، وبالتالي، فإن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام ، هو هل يجوز زرع اللقيحة الناتجة عن تلقيح بويضة امرأة بماء زوجها في رحم امرأة أخرى ، وذلك لعدم صلاحية رحم الأولى ؟.

قد نجد من يري أن نص المادة ( 17 ) من قانون المسؤولية الطبية ، لا يمنع من زرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى غير الزوجة ، أو في رحم صناعي ، استناداً على أن المشرع اشترط لمشروعية زرع الجنين في الرحم ، أن يكون اللقاح من الزوجين فقط ، ولم يشترط أن يكون الزرع في رحم الزوجة ذاتها التي أخذ منها اللقاح ، كما أنه لم يحدد طبيعة الرحم كونه بشريا ، أو صناعيا، فهو قد استخدم إلي جانب مصطلح التلقيح الصناعي مصطلح زرع الجنين بالرحم هكذا ، وبشكل عام دونما تحديد، الأمر الذي قد يبدو معه انصراف نيته إلى جواز زرع الجنين في غير رحم المرأة الملقحة بويضتها .

ومما تقدم نخلص إلى: أن مساهمة غير الزوجين بمقر اللقيحة ، أمر غير مجرم في القانون الليبي وفقاً لنص المادة ( 17 )، وما نعتقده أن المشرع الليبي لم يقصد إباحة هذا الأمر، استنادا على السياسة التي اتبعها في معالجته لعمليات التلقيح الصناعي التي جرّمها في سنة 1972 م بموجب المادة 403 أ ، ب مكرر ق ع ل، وأكد كذلك على تجريمها في سنة 1986 م بموجب المادة ( 17 ) من قانون المسؤولية الطبية رقم 86/17، إلا أنه استثنى من

ذلك حالة كون هذه العمليات تجرى بين زوجين، ألجأتهم إليها ضرورة علاجية ، وبعد موافقتها عليها ، وكل ذلك بشرط أن يكون اللقاح منهما، عليه فإن الصياغة المعيبة لنص المادة ( 17 ) هي التي أدت إلى ذلك الغموض، ولتقاديه نهيب بالمشروع تعديل هذا النص على النحو الآتي (( لا يجوز تلقيح بويضة المرأة صناعياً إلا بمني زوجها وعند الضرورة وبعد موافقتها، وبشرط أن تتم عملية التلقيح وزرع اللقيحة في رحم الزوجة ذاتها، وحال قيام العلاقة الزوجية )).

### الخاتمة

لقد فطن المشرع الليبي لأهمية مسألة الإنجاب بالتلقيح الصناعي، وضرورة تنظيمها ، حيث جرّمها في سنة 1972م بموجب المادة 403 أ ، ب مكرر ع ل؛ خوفاً من اختلاط الأنساب وضياعها ، وبعد أن نضجت الفكرة وأصبحت مأمونة الجانب، عاد فأباحها ووضع لها الأساس القانوني الذي يجب أن تنطلق منه عبر نص المادة (17) من القانون رقم (17) لسنة 1986م، بشأن المسؤولية الطبية ، حيث اشترط أن تكون بين زوجين فقط، وأن تكون هناك ضرورة لذلك، وأن تتم هذه العملية برضا الزوجين، وأن يكون اللقاح المستخدم فيها منهما، إلا أنه من خلال هذا البحث تبين أن هذا التنظيم صار قاصراً أمام تطور وسائل الإنجاب بالمساعدة الطبية الحديثة، واتساع نطاقها، والتي صارت واقعاً ملموساً لا سبيل لإنكارها، فذلك النص اليتيم لم يعد كافياً لتنظيم هذه

المسألة، ولا يقين شر المخاطر المتوقعة من انتشار هذه الوسائل، حيث سيكون من السهل استغلال مرونته، وغموضه، وقصوره، في إباحة العديد من الوسائل والأساليب الطبية الحديثة غير المقبولة؛ لتعارضها مع أحكام ديننا الإسلامي الحنيف والنظام العام والآداب، الأمر الذي يدعو إلى ضرورة تدخل المشرع وإعادة تنظيم المسألة من جديد.

### قائمة المراجع

- 1- إدوار غالي الذهبي- شرح قانون العقوبات الليبي القسم الخاص- بنغازي 1978م.
- 2- شعبان أبو عجيبة عصارة - المسؤولية الجنائية للطبيب عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة - رسالة دكتوراه - جامعة بغداد - 2002م.
- 3- عبد السلام على المزوغي - النظرية العامة للقانون- المدخل لعلم القانون- الجزء الأول- نظرية القانون - منشورات الجامعة المفتوحة - الطبعة الثالثة-1992 ف.

4- عريبي سالم الهلوري - الرؤية الإسلامية والقانونية لمسألة التلقيح الصناعي - مجلة العلوم القانونية - العددان الثالث والرابع يونيو 1988 م - طرابلس.

5- فرج صالح الهريش - موقف القانون الليبي من التطبيقات الطبية الحديثة - دراسة مقارنة - زرع الأعضاء ، تقنيات التلقيح الصناعي -الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان - مصراته - ليبيا- الطبعة الأولى 1426هـ..

6- الكوني على اعبودة - أساسيات القانون الوضعي الليبي - المدخل إلى علم القانون - الجزء الأول- منشورات المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية - الطبعة الرابعة-2003م.

حديث أبي موسى الأشعري: لا نكاح إلا بولي  
دراسة حديثة فقهيّة

حافظ امحمد مصطفى القليب

عضو هيئة التدريس بكلية التربية - جامعة مصراتة

## المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وآله وصحبه والتابعين، وبعد:

فهذا بحث تخريجيّ دلاليّ، يقوم على حديث أبي موسى الأشعري: (لا نكاح إلا بولي)، يدرس طرقه ونكته ودلالاته، عنوانته بـ: "حديث أبي موسى الأشعري: لا نكاح إلا بولي،

دراسة حديثة فقهية".

وقد اخترت هذا الحديث للدراسة؛ للخلاف الحاصل في صحته، ولكون الأنظار قد تجاذبت في دلالاته، وهو أصل وعمدة في بابه.

ويهدف البحث إلى بيان درجة الحديث وفق القواعد المقررة في الأصول، ومناقشة الآراء والموازنة بينها حول درجته ودلالاته الأصلية.

وقد رأيت تقسيمه إلى الآتي:

### المبحث الأول، تخريج الحديث، والحكم عليه، وفيه مطلبان:

المطلب الأول، تخريج الحديث، وفيه مسائل، الأولى: الوجه المتصل، الثانية: الوجه المرسل، الثالثة: متابعات أبي إسحاق.

المطلب الثاني: الحكم على الحديث، وفيه أربع مسائل، الأولى: بيان وجوه الحديث التي أتى بها، الثانية: الجواب عما يمكن أن يعل به الحديث، الثالثة: الجواب عن ترجيح الطحاوي للمرسل، الرابعة: بعض الفوائد المتعلقة بالحديث.

### المبحث الثاني: بيان معاني الحديث، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: معنى النكاح، وفيه أربع مسائل، الأولى: النكاح في اللغة، والثانية: النكاح في الاصطلاح، والثالثة: تعريفات أرباب المذاهب للنكاح، والرابعة: وقفة مع التعريفات.

المطلب الثاني: الولاية والولي، وفيه أربع مسائل، الأولى: الولاية والولي في اللغة، الثانية: الولاية والولي في الشرع، الثالثة: مفهوم الولاية والولي عند المذاهب المتبوعة، الرابعة: وقفة فيما نقلته عن أرباب المذاهب للبيان.

### المبحث الثالث: المذاهب في اشتراط الولي

المطلب الأول: أقوال أهل العلم في اشتراط الولي، وأدلتهم.

المطلب الثاني: المناقشة والترجيح.

ثم الخاتمة، والمصادر والمراجع.

## المبحث الأول

### تخريج الحديث، والحكم عليه

#### المطلب الأول: تخريج حديث أبي موسى الأشعري

روي حديثه من طرقٍ كثيرة، على وجهين، هذا ببيانهما:

#### المسألة الأولى: الوجه المتصل:

جاء من طريق إسرائيل بن يونس بن أبي إسحاق السبّيعي(1)، وأبيه يونس بن أبي إسحاق السبّيعي(2)، وزهير بن معاوية(3)، وقيس بن الربيع(1)، وشريك

(1) أخرجه أبو داود في السنن 299/2، كتاب النكاح، باب في الولي، رقم 2085، والترمذي في سننه 399/3، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، رقم 1011، وأحمد في المسند 280/32، 19518، والدارمي في سننه 184/2، كتاب النكاح، باب النهي عن النكاح بغير ولي، 2182، وابن حبان 394/9، 4083، والحاكم 184/2، كتاب النكاح، 2711، وأبو بكر بن أبي شيبة في مصنفه 455/3، 15937، والبزار في مسنده 108/8، 3105، وأبو يعلى في مسنده 158/13، 7227، والبيهقي في الكبرى 107/7، كتاب النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، 13989، والدارقطني في السنن 310/4، كتاب النكاح، 3514، والتمهيد لابن عبد البر 88/19، والطبراني في الأوسط 176/1، 702، وغيرهم، وله طرقٌ كثيرة عن إسرائيل تفوق العشرة، قال فيها الحاكم بعد أن ساق بعضها: وهذه الأسانيد كلها صحيحة، وقد علونا فيه عن إسرائيل، وقد وصله الأئمة المتقدمون الذين ينزلون في روايتهم عن إسرائيل مثل عبد الرحمن بن مهدي، ووكيع، يحيى بن آدم، ويحيى بن زكرياء بن زائدة، وغيرهم، وقد حكموا لهذا الحديث بالصحة، وقال البيهقي: هكذا رواه عبد الرحمن بن مهدي وجماعة من الأئمة عن إسرائيل، يعني موصولاً.

(2) أخرجه الترمذي في السنن 399/3، 1101، وأحمد في المسند 482/32، 19710، وابن حبان في صحيحه 202/6، 4071، والحاكم في المستدرک 186/2، 2712، والبزار في المسند 113/8، والبيهقي في الكبرى 109/7، 13995، والطبراني في الأوسط 176/1، 701، وغيرهم كثير.

(3) ابن حبان في صحيحه 199/6، 4065، والحاكم في المستدرک 186/2، 2713، وابن الجارود في المنتقى ص 268، والبيهقي في الكبرى 107/7، 13991، والطبراني في الأوسط 176/1، 703، وغيرهم كثير..

بن عبد الله النخعي(2)، وأبي عوانة الوضاح بن عبد الله(3)، وعبد الحميد بن الحسن الهلالي(4)، وأبي حنيفة النعمان(5)، ومطرف بن طريف الحارثي(6)، ورقبة بن مصلقة العبدي(7)، وزكريا بن أبي زائدة(8)، كلهم عن أبي إسحاق السبيعي، عن أبي بريدة بن أبي موسى الأشعري، عن أبيه، عن رسول الله ﷺ أنه قال: (لا نكاح إلا بولي)، وجاء موصولاً كذلك من طريق سفيان الثوري(9)،

- (1) البيهقي في الكبرى 108/7، 13993، والطحاوي في شرح معاني الآثار 9/3، 50، والطبراني في الأوسط 5/363، 5565، وزاد في آخره: وشهود، ثم قال: لم يزد في حديث أبي إسحاق وشهود إلا أبو بلال عن قيس، وهي زيادة غير محفوظة كما قال الدارقطني وغيره.
- (2) أخرجه الترمذي في سننه 399/3، 1101، والدارمي في سننه 185/2، 2183، وابن حبان في صحيحه 205/6، 4078، والبيهقي في الكبرى 107/7، 13992، والخطيب في التاريخ 40/6، والطبراني في الأوسط 211/1، 681، وقال: لم يروه عن شريك إلا علي بن حجر، وهو كما قال.
- (3) أخرجه الترمذي 399/3، 1101، وابن ماجه، 70/6، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، 1955، والطيالسي في مسنده 71، 523، والحاكم 187/2، 2714، والطحاوي في شرح معاني الآثار 9/3، 3948، وابن عبد البر في التمهيد 88/19، هذا وإن رواية أبي عوانة تعود إلى رواية إسرائيل لأنه قد صرح بنفسه كما في طريق البيهقي وغيره أنه إنما سمعه من إسرائيل، ولم يسمع من أبي إسحاق، ولهذا الترمذي لما عدد من رواه موصولاً في العلل الكبير لم يذكر أبا عوانة منهم.
- (4) أخرجه البزار في مسنده 108/8، 3105، وابن عدي في الكامل 10/7، وأشار الحاكم إلى روايته في المستدرک 187/2.
- (5) جامع مسانيد أبي حنيفة 102/2، وأشار إلى الرواية في المستدرک 187/2.
- (6) أخرجه ابن عدي في الكامل 333/1، وأشار إليها الحاكم 187/2، عند حديث رقم 2714.
- (7) أشار إلى روايته الحاكم في المستدرک 187/2.
- (8) أشار لها الحاكم 187/2.
- (9) أخرجه البزار في مسنده 110/8، 3108، من طريق بشر بن منصور عنه منفرداً، وقال البزار: كان من أفاضل الناس، ومن طريق بشر عن سفيان منفرداً، والطبراني في الأوسط 176/1، 704، والطحاوي في معاني الآثار 9/3، وأخرجه في المستدرک 184/2، 2710، والبيهقي في الكبرى 209/7، 14001، كلاهما الحاكم والبيهقي مقروناً بشعبة، من رواية سليمان بن داود، عن النعمان بن عبد السلام، عنهما عن أبي إسحاق به، وقال البيهقي: تفرد به سليمان بن داود الشاذكوني عن النعمان بن عبد السلام، وقال الحاكم: قد جمع النعمان بن عبد السلام بين الثوري وشعبة في هذا الحديث،

وشعبة بن الحجاج<sup>(1)</sup>، إلا أنه روي عنهما جمعاً، وإفراداً كما أشرت في الهامش  
المسألة الثانية: الوجه المرسل:

جاء من طريق سفيان الثوري<sup>(2)</sup>، وشعبة بن الحجاج<sup>(3)</sup>، وأبي الأحوص سلام  
بن سليم<sup>(4)</sup>، ثلاثتهم عن أبي إسحاق السبيعي، عن أبي بردة، عن النبي ﷺ  
مرسلاً، لم يذكر فيه عن أبي موسى الأشعري.

قلت: رواية ابن أبي شيبه: حدثنا أبو الأحوص، عن أبي إسحاق، عن أبي  
بردة، قال: قال رسول الله ﷺ وذكره، ورواية سفيان وشعبة تشعر أنهما سمعاه  
في مجلس واحد، فقد ساقها البيهقي من طريق أبي داود، عن شعبة قال: قال  
سفيان الثوري لأبي إسحاق: سمعت أبا بردة يحدث عن النبي ﷺ أنه قال:  
وذكر الحديث، قال نعم، ثم قال البيهقي: قال الحسن بن سفيان: ولو قال عن  
أبيه، لقال: نعم، وهذا إشارة إلى تخليطه وعدم ضبطه، وأشار البيهقي إلى  
روايته هكذا من رواية جماعة عن أبي داود، وقد جاء مرسلاً عن سفيان

- 
- ووصله عنهما، والنعمان ثقة مأمون، والخطيب في تاريخ بغداد 214/2، وقال البيهقي: وقد روي عن  
مؤمل بن إسماعيل وبشر بن منصور عن الثوري موصولاً، قلت: وروي كذلك عن جعفر بن عون كما  
في البزار 110/8، 3109، وخالد بن عمرو الأموي كما في تاريخ بغداد 279/6.
- (1) أخرجه البزار 111/8، 3111، والحاكم في المستدرک 184/2، 2710، والبيهقي في الكبرى 209/7،  
14001، والخطيب في تاريخ بغداد 214/2.
- (2) عبد الرزاق في مصنفه 196/6، 10475، والبزار في مسنده 109/8، 3107، والبيهقي في الكبرى  
108/7، 13994، والتمهيد 88/19.
- (3) أخرجه البزار 111/8، 3110، والبيهقي في الكبرى 108/7، 13994، وشرح معاني الآثار 9/3،  
3946.
- (4) أخرجه ابن أبي شيبه في مصنفه في مصنفه 456/3، 15939.

منفرداً (1)، وشعبة منفرداً (2).

**المسألة الثالثة:** متابعات أبي إسحاق:

لم ينفرد بالحديث أبو إسحاق، بل تابعه غيره:

1- ابنه يونس، عن أبي بردة به (3).

2- أبو حصين عثمان بن عاصم عن أبي بردة به (4).

**المطلب الثاني: الحكم على الحديث:**

**المسألة الأولى:** بيان الوجوه التي أتى بها الحديث، وأقوال أهل العلم في ذلك، والنظر فيها:

وَرَدَ الحديث على وجوه:

1- رواه إسرائيل، وشريك بن عبد الله، وزهير بن معاوية، وقيس بن الربيع، وعبد الحميد بن الحسن الهلالي، وأبو حنيفة النعمان، ومطرف، ورقبة بن مصقلة، وزكريا بن أبي زائدة موصولاً، وهؤلاء لم يُخْتَلَفَ عليهم في وصل الحديث.

2- اختلف على يونس بن أبي إسحاق، فجاء عنه على وجهين:

- (1) وممن رواه هكذا عبد الرزاق في مصنفه 196/6، 10475، وابن عبد البر في التمهيد 88/19.
- (2) وممن رواه هكذا البزار في مسنده 111/8، 3110.
- (3) أخرجها أبو داود في سننه 2/299، 2085، وأحمد 32/482، 19710، والحاكم 2/187، 13997، والبيهقي 7/109، 13997، وقال البيهقي: في بعض نسخ كتاب السنن يونس بن أبي كثير، كذا حكى عن أبي داود، قلت: يشعر كلامه برد ذلك، وأنه يونس بن أبي إسحاق، وأظنه وهماً؛ لأن الحديث لم يخرج عن أحد من الأئمة من طريق ابن أبي كثير.
- (4) أخرجها الحاكم في المستدرک 2/188، 2717.

- أ- روى أسباط بن محمد، وزيد بن حباب، عنه، عن أبيه، عن أبي بردة، عن أبي موسى موصولاً.
- ب- روى عنه أبو عبيدة الحداد، عن أبي بردة موصولاً، ولم يذكر فيه أباه أبا إسحاق.

### 3- اختلف على شعبة والثوري:

- أ- فروي عنهما عن أبي إسحاق، عن أبي بردة، عن النبي ﷺ.
- ب- وروي عنهما عن أبي إسحاق، عن أبي بردة، عن أبي موسى موصولاً.
- 4- أبو الأحوص سلام بن سليم روي عنه مرسلًا من غير خلاف.
- لأجل هذا الاختلاف اختلفت أنظار العلماء في الحكم على الحديث، ويزاد على ذلك:

- 5- أن إسرائيل بن يونس قال فيه يعقوب بن أبي شيبة: في حديثه لين، وإن كان وثقه أحمد وأبو حاتم والعجلي وغيرهم (1).
- 6- ما قيل في أبي إسحاق عمرو بن عبد الله السبيعي أنه تغير بأخرة، كما أشار أحمد وابن معين، والتدليس، نسبه إليه الكرابيسي وابن حبان وغيرهما (2). وعليه فقد انحصر ما يمكن أن يُعلَّ به الحديث في أربع:
- الاختلاف الحاصل في الحديث، ولين إسرائيل، وتغير أبي إسحاق وتدليسه.

(1) تهذيب الكمال 515/2، تهذيب التهذيب 261/1.

(2) تهذيب التهذيب 63/8.

المسألة الثانية: الجواب عما يمكن أن يُعلّ به الحديث:

أولاً: من وصل الحديث:

قال البيهقي لما ذكر أن المحفوظ عن سفيان وشعبة الإرسال: "الاعتماد على ما مضى من رواية إسرائيل، ومن تابعه في وصل الحديث" (1)؛ لأجل ذلك سيكون حديثنا على رواية إسرائيل لأنها العمدة، والبقية على سبيل المتابعة، وكلها تصلح لها، وبعضها في أعلى درجات القوة، ثم هو أثبت الناس في جده، وتترجح روايته من أوجه:

1- تصحيح العلماء لها، فقد صححها ابن مهدي، وعلي بن المدني، ومحمد بن يحيى الذهلي، والبخاري، والترمذي، والدارقطني، وابن حبان، وابن خزيمة، والحاكم، والبيهقي، والنووي، وابن الملقن، والذهبي، وغيرهم (2).

2- لمكانته في حديث جده، وأنه أضبط فيه وأتقن وأعرف من غيره بشهادة الأئمة، وإن كان شعبة وسفيان أجلاً منه، لكنه في حديث جده خاصة مقدّم؛ لأن طول الملازمة والممارسة ترفع الصدوق في حديث الرجل المعين إلى أعلى درجات الثقة، كما هو مقرر، قال ابن مهدي: كان إسرائيل يحفظ حديث جده كما يحفظ الحمد (3).

3- متابعة جمع له على الوجه الذي رواه، وفيهم شريك بن عبد الله، وهو من أثبت الناس في أبي إسحاق، وزهير بن معاوية الذي قيل فيه: من أثبت الناس

(1) السنن الكبرى 109/7.

(2) ينظر العلال الكبير للترمذي ص 155، والسنن الكبرى للبيهقي 109/7، والمستدرک 184/2، وشرح مسلم للنووي 204/9، وتهذيب سنن أبي داود 286/1، وعلل الدارقطني 207/7، والبدر المنير 543/7.

(3) المستدرک 184/2، ونقل عن أحمد وغيره تقديمه في حديث جده.

حديثاً (1).

4- ما ذكره الإمام الترمذي أن سماع الذين وصلوه عن أبي إسحاق كان في أوقاتٍ مختلفة، وشعبة والثوري سمعاه منه في مجلس واحد (2)، وهذا من القرائن المرجحة لقبول زيادة الثقة عند الترمذي.

5- الوصل زيادةً تقبل من الثقة، إذا رجحت بقرائن كما هو منهج المتقدمين من الأئمة، والقرائن هنا كثيرة، منها: تقدم إسرائيل في جدّه، واندفاع وهمه بمتابعة ثقاتٍ كشريك وزهير، وكثرة العدد، لأنه لا يمكن أن يتوارد كل هذا العدد على خطأ واحد، وغير ذلك.

6- ما قيل من لين إسرائيل مندفعٌ بأنه جرحٌ غير مفسر، وعلى فرض ثبوته فهو في غير جدّه الذي أثبت له الأئمة التقدم فيه.

**ثانياً: الاختلاف على يونس بن أبي إسحاق:**

من المتقرر أنه لا يلجأ إلى الحكم بالاضطراب إلا إذا لم يمكن الجمع، والجمع هنا ممكنٌ، مع ملاحظة أن الحكم خاصٌ بهذه الطريق، وإلا فقد ثبتت صحته من رواية إسرائيل، وإمكانية الجمع؛ لأنه قد ثبت سماع يونس من أبي بردة، فيكون سمعه على وجهين، وكلٌّ حدّث بوجهٍ صحيح، وحدّث به يونس على الوجهين، سمعه أولاً من أبيه، ثم علا فيه فسمعه من أبي بردة، ووجه تحديث يونس عن أبيه مع أنها نازلةٌ، وعنده عن غيره بعلوّ: أن المحدثين كانوا يعدّون

(1) ينظر العلل الكبير للترمذي ص155، والمستدرک 2/186.

(2) العلل الكبير ص155.

رواية الأبناء عن الآباء من المفاخر، فيقصدونها ولو مع النزول<sup>(1)</sup>.

وقد أثبت له السماع من أبي بردة العلماء، قال الحاكم: "لست أعلم بين أئمة هذا العلم خلافاً في عدالة يونس بن أبي إسحاق، وأن سماعه من أبي بردة مع أبيه صحيحٌ، ثم لم يُختلف على يونس في وصل هذا الحديث، بل قال علي بن المدني لما وقف على رواية يونس: استرحنا من خلاف أبي إسحاق"<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً: الاختلاف على شعبة وسفيان:

رأيت العلماء اختلفوا في توجيه هذا الاختلاف على أوجه، هذا بيان ما وقفت عليه:

أ- يرى الترمذي والبيهقي والدارقطني أن المحفوظ عنهما هو المرسل، ولا تصح رواية الرفع، وأنها وهمٌ، قال الترمذي: "حديث أبي بردة عن أبي موسى عن النبي ﷺ عندي أصح، وإن كان شعبة وسفيان لا يذكران فيه عن أبي موسى؛ لأنه قد دلّ في حديث شعبة أن سماعهما جميعاً في وقتٍ واحد، وهؤلاء الذين رووا عن أبي إسحاق، عن أبي بردة، عن أبي موسى سمعوا في أوقات مختلفة، ويونس بن أبي إسحاق قد روى هذا عن أبيه، وقد أدرك يونس بعض مشايخ أبيه، فهو قديم السماع، وإسرائيل أقدم سماعاً من أبي عوانة، وشريك وإسرائيل هما من أثبت أصحاب أبي إسحاق بعد شعبة والثوري"<sup>(3)</sup>.

ب- الحاكم: وقد وصله الأئمة المتقدمون وحكموا له بالصحة، ووصل الحديث

(1) ينظر في معنى ذلك الإلماع للقاضي عياض، ص55.

(2) المستدرک 187/2، والسنن الكبرى للبيهقي 109/7.

(3) العلل الكبير ص155، وينظر الكبرى للبيهقي 109/7، وعلل الدارقطني 207/7.

عن شعبة وسفيان النعمان بن عبد السلام وهو ثقةٌ مأمون(1)، فهو يرى أنه لا تعارض بين الوصل والإرسال، وأنهما كانا يرسلانه أحياناً، وأخرى يصِلانه، وأن الرفع وقع من ثقةٍ فهو مقبول، ودلل على رأيه بما أسنده عن محمد بن يحيى أنه قال: حديث إسرائيل صحيحٌ عندي، فقيل له: يرويه سفيان وشعبة مرسلًا، فقال: نعم هكذا رواه، ولكنهم كانوا يحدثون بالحديث فيرسلونه، حتى يقال لهم عن؟ فيسندونه، ومثله ذهب ابن حبان بتفصيل آخر حيث قال: سمع هذا الخبر أبو بردة عن أبي موسى، فمرةً كان يحدث به مسندًا، ومرةً يرسله، وسمعه أبو إسحاق من أبي بردة مرسلًا ومسندًا معًا، فمرةً كان يحدث به مسندًا، وتارةً مرسلًا، فالخبر صحيحٌ مرسلٌ ومسندٌ معًا لا شك ولا ارتياب في صحته، وهذا ما يشير إليه تصرف البزار، فإنه لما أخرج حديث سفيان موصولًا من طريق بشر بن منصور قال: وبشر كان من أفاضل الخلق.

ويُعكر على هذا التوجيه أنه قد ورد في رواية شعبة أنه سمعه مع سفيان في مجلسٍ واحدٍ مرسلًا، وهذا ما أشار إليه الترمذي، قال البيهقي: في الاختلاف على سفيان وشعبة في الوصل والإرسال: "والمحفوظ عنهما غير موصول"(2).

والذي يبدو لي والله أعلم أن المحفوظ عنهما الإرسال، وأن من رفعه من طريقهما فقد وَهَمَ، ويُعيّن هذا الفهم ما ثبت من سياق رواية حديثهما.

**رابعًا: ما ذكر من تغيير أبي إسحاق بأخرة، وتدليسه:**

أ- أما تغييره فمدفوعٌ برواية الجمع الكثير عنه في أوقاتٍ مختلفة، وفيهم من

(1) وممن رواه هكذا البزار في مسنده 111/8، 3110.

(2) السنن الكبرى 109/7.

سمع منه قديماً، ومن له خاصية في تمييز حديثه، كما أشار إلى ذلك الترمذي فيما قدّمت عنه، ومتابعة ابنه يونس له متابعة تامة، قال الحاكم: "لم يختلف على يونس في وصله، وفيه الدليل الواضح أن الخلاف الذي وقع على أبيه فيه من جهة أصحاب أبيه، لا من جهة أبيه"<sup>(1)</sup>.

ب- وأما تدليسه فمندفعٌ بتصريحه بالسماع في أكثر من طريق.

**المسألة الثالثة:** الجواب عن ترجيح الطحاوي للمرسل على المتصل:

أردت أن أقف مع الإمام الطحاوي(2) رحمه الله حيث مال إلى أن الحديث مرسلٌ، ورواه من طريق سفيان الثوري وشعبة بن الحجاج، عن أبي إسحاق السبيعي، عن أبي بُردة، عن النبي ﷺ مرسلًا، ليس فيه ذكرٌ لأبي موسى الأشعري، ورواه من طريق إسرائيل بن يونس وقيس بن الربيع وأبي عوانة، كلهم عن أبي إسحاق، عن أبي بردة، عن أبي موسى، عن النبي ﷺ موصولًا، ورواه من بعض الطرق عن أبي عوانة، عن إسرائيل، عن أبي إسحاق، فرجّع طريق أبي عوانة إلى إسرائيل، فلم يبق أمامه سوى رواية سفيان وشعبة بالإرسال، ورواية إسرائيل وقيس بن الربيع بالوصل، وسفيان وشعبة في نظره أقوى من هذين بكثير، فترجّحت بناء على ذلك رواية الإرسال، والمرسل عند المحدثين ليس مما تقوم به حجة(3).

وما ذهب إليه إنما هو تأييدٌ لما أخذ الحنفية، ثم لما شعر بضعف الرّدّ رجع إلى

(1) المستدرک 187/2.

(2) شرح معاني الآثار 9/3 وما بعدها.

(3) ينظر: صحيح مسلم، المقدمة، 29/1.

التأويل كما سنذكر، ويُرد هذا الاعتراض بأن الراويين اللذين رويَا هذا الحديث موصولاً لم ينفردا بذلك، بل تابعهما على روايته بالوصل كلُّ من يونس بن أبي إسحاق السبيعي، وشريك بن عبد الله النخعي، وزهير بن معاوية، وعبد الحميد بن الحسن الهلالي، والإمام أبو حنيفة، وغيرهم كما مرّ معنا، مما يجعل الواقف على هذه الطرق يجزم بثبوت رواية الوصل، وأنها ليست من باب الوهم، وأن هدر كل هذه الطرق، والاعتماد على طريق واحدة دلت الرواية نفسها على أنها في مجلس واحد، ولم تكن في مجلس تحديث أصلاً، وإنما سئل أبو إسحاق من سفیان وشعبة حاضر هل سمعت أبا بردة يحدث عن النبي ﷺ؟ فقال: نعم، وليس في ذلك نفي أنه لم يسمع منه الموصول، ثم إن مما يعجب له المرء ما ذكره البيهقي كالمنكر له بعد ذكر حديث شعبة وسفيان (1) نقلاً عن الحسن بن سفیان -أحد رواة الحديث-: لو قال: عن أبيه، لقال: نعم، دون دليل أو برهان، فلم يسق دليلاً على أنه لم يسمع منه هذا الوجه! ثم إن أبا إسحاق لم ينفرد بالحديث بل تابعه غيره، فصح الحديث من غير طريقه، فلا وجه لإسقاط المتعارضين إن قلنا بذلك، مع وجود ما يرجح أحد الوجهين، وله شواهد ذكرها الحاكم حيث قال: "وفي الباب عن علي بن أبي طالب، وعبد الله بن عباس، ومعاذ بن جبل، وعبد الله بن عمر، وأبي ذر الغفاري، والمقداد بن الأسود، وعبد الله بن مسعود، وجابر بن عبد الله، وأبي هريرة، وعمران بن حصين، وعبد الله بن عمرو، والمسور بن مخرمة، وأنس بن مالك رضي الله عنهم، و أكثرها صحيحة، وقد صحت الروايات فيه عن أزواج النبي ﷺ: عائشة وأم سلمة

(1) السنن الكبرى 108/7.

وزينب بنت جحش رضي الله عنهم أجمعين" (1).

المسألة الرابعة: بعض الفوائد المتعلقة بالحديث:

قال الخطيب البغدادي: "كره مالك، وابنُ إدريس وغيرهما: الإكثار من طلب الأسانيد الغربية والطرق المستتكرة؛ كأسانيد حديث لا نكاح إلا بولي، وغير ذلك مما ينتبغ أصحاب الحديث طرقه، ويعتّون بجمعه، والصحيح من طرقه أقلها" (2)، قال الكتاني في نظم المتناثر من الحديث المتواتر (3): "لا نكاح إلا بولي، أورده في الأزهار من حديث أبي موسى، وابن عباس، وجابر، وأبي هريرة، وأبي أمامة، وعائشة، وعمران بن حصين، وسبعة أنفس، قلت: ذكره ابن حجر في أماليه من حديث أبي موسى ثم قال: قال الترمذي: وفي الباب عن عائشة، وأبي هريرة، وابن عباس، وعمران بن حصين، وأنس، وكذا قال الحاكم: وزاد عن علي، ومعاذ، وابن مسعود، وأبي ذر، والمقداد، والمسور، وجابر، وابن عمر، وابن عمرو، وأم سلمة، وزينب بنت جحش، وأطنب الحاكم في تخريجه، ووقفت من المذكورين في كلامه على حديث علي، وابن مسعود، وجابر، وابن عمر، وأما بقية من ذكرهم فلم أقف عليهم إلى الآن اهـ، ملخصاً في الأمالي المذكورة، وفي تخريج أحاديث الرافعي له، قال الحاكم: وقد صحّت

(1) المستدرک 188/2، وللوقوف على ما هو موجود من هذه الأحاديث، ينظر ما سأشير إليه في الفوائد، وتحقيق جزء من علل ابن أبي حاتم 237/2 وما بعدها، وما بعدها، فقد اعتنى المحقق بذكر طرق الحديث، ونقل أقوال العلماء فيها، وغالب الأحاديث المروية في ذلك لا يصح مرفوعاً، باستثناء بعض الأحاديث، كحديث أبي موسى، وعائشة، وأبي هريرة، وبعضها لا يصح مرفوعاً وصح موقوفاً، ومثل ذلك لا يقال من قبيل الرأي.

(2) شرف أصحاب الحديث ص 129.

(3) ص 147-148.

الرواية فيه عن أزواج النبي ﷺ: عائشة وأم سلمة وزينب بنت جحش، قال: وفي الباب عن علي وابن عباس، ثم سرد تمام ثلاثين صحابياً، وقد جمع طرقه الدمياطي من المتأخرين اهـ، وفي الجمع ممن خرّجه سمرّة بن جندب، وممن صرح بأنه متواتر الشيخ عبدالرؤوف المناوي في شرح الجامع".

قلت: لا شك أنّ دعوى التواتر بعيدة كل البعد عن التحقيق العلمي، والدراسة الدقيقة لجميع طرق الحديث.

وقد أفرد هذا الحديث بالتصنيف، فممن صنف فيه من المتقدمين: الخطيب البغدادي، فقد قال في الفصل للوصل(1): "وقد ذكرنا أحاديثهم في كتاب إبطال النكاح بغير ولي"، والدمياطي، قال ابن حجر في التلخيص(2): "وقد جمع طرقه الدمياطي من المتأخرين"، وصنف فيه من المعاصرين مفلح بن سليمان الرشدي جزءاً سمّاه: التحقيق الجلي لحديث لا نكاح إلا بولي، طبع مؤسسة قرطبة، عام 1402هـ، وهو جيد، وقد فاته بعض الطرق، ويحتاج إلى مزيد من التدقيق في الأسانيد وعللها.

### المبحث الثاني: بيان معاني الحديث، وفيه مطلبان

#### المطلب الأول: معنى النكاح

##### المسألة الأولى: النكاح في اللغة:

نكح فلان - بابه منع وضرب - امرأة يَنكِحُها نِكَاحًا، إذا تزوجها، وَنَكَحَها يَنكِحُها باضْعها أيضًا، ويطلق كذلك على الضمّ يقال: تناكحت الأشجار إذا انضم

(1) 2/ 757.

(2) 3/ 156.

بعضها إلى بعضٍ، فهو إذاً يطلق على الوطاء، وعلى العقد دون الوطاء، والضم وصفٌ عائِدٌ إلى الوطاء، قال الأزهري: أصل النكاح في كلام العرب الوطاء، وقيل للترج نكاحٌ؛ لأنه سببٌ للوطأ المباح، وقال الجوهري: النكاح الوطاء، وقد يكون العقد، تقول: نكحتُها ونكحت هي أي تزوّجت، وهي ناكحٌ في بني فلان، أي ذات زوج منهم، قال ابن سيده النكاحُ البُضْعُ، وذلك في نوع الإنسان خاصة(1)، قال الزبيدي: استعماله في الوطاء والعقد مما وقع فيه الخلاف، هل هذا حقيقةٌ في الكلّ، أو مجازٌ في الكلّ، أو حقيقةٌ في أحدهما مجازٌ في الآخر؟ قالوا: لم يرد النكاح في القرآن إلا بمعنى العقد، الذي هو التزويج؛ لأنه في الوطاء صريحٌ في الجماع، وفي العقد كنايةٌ عنه، قالوا: وهو أرفق بالبلاغة والأدب كما قال غير واحد(2).

قلت: إذا كان حقيقةً في الوطاء والعقد فهو من المشترك اللفظي، وإذا كان مجازاً فيهما فهو مأخوذٌ من غيره، ويحتاج إلى قرينةٍ لتعيين المراد، فنكح في بني فلان أي تزوّج فيهم، ونكح زوجته أي وطئها، وعدم تعيين المراد إلا بقرينةٍ يرجح أنه مجازٌ فيهما، ألا ترى أنك إذا قلت: نكح فلانُ امرأةً، يحتمل الوطاء والعقد، وتعيين أحدهما يحتاج قرينةً من لفظٍ أو سياق، قال الزرقاني: هو في اللغة الضمّ والتداخل، وقال المطرزي والأزهري: هو الوطاء حقيقةً، وهو مجازٌ في العقد، لأن العقد فيه ضمٌّ، والنكاح هو الضمّ حقيقةً، قال: ضمنت إلى صدري مُعطرَ صدرها... كما نكحت أم الغلام صبيّها، أي كما ضمنت، أو

(1) ينظر لسان العرب لابن منظور 625/2، والصحاح لإسماعيل الجوهري 413/1، وتاج العروس للزبيدي 195/7، وشرح الموطأ للزرقاني 161/3.

(2) تاج العروس من جواهر القاموس 195/7.

لأنه سببه فجازت الاستعارة لذلك، وقال بعضهم: أصله لزوم شيءٍ لشيءٍ مستعلياً عليه، ويكون في المحسوس والمعاني، قالوا: نكح المطرُ الأرض، ونكح النعاس العين، ونكحت القمح في الأرض إذا حرثتها وبذرتة فيها، ونكحت الحصة أخفاف الإبل، قال الفراء: العرب تقول نُكِحَ المرأة بضم النون بضعها، وهي كناية عن الفرج، فإذا قالوا: نكحها، أرادوا أصاب نُكِحَها أي فرجها، وقال بعضهم: فرقت العرب فرقاً لطيفاً يعرف به موضع العقد من الوطء، إذا قالوا: نكح فلانٌ فلانةً، أو بنت فلان أرادوا تزوجها وعقد عليها، وإذا قالوا نكح امرأته أو زوجته لم يريدوا إلا المجامعة، لأن بذكر المرأة أو الزوجة يستغنى عن العقد، وهذا يرجع إلى أنه مشترك، ويتعين المقصود بالقرائن(1).

### المسألة الثانية: النكاح في الاصطلاح:

في حقيقته عند الفقهاء ثلاثة أوجه، أحدها: أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء(2)، واحتج له بكثرة وروده في الكتاب والسنة للعقد، حتى قيل: لم يرد في القرآن إلا للعقد، ولا يرد مثل قوله تعالى: ﴿حتى تنكح زوجا غيره﴾(3)؛

(1) ينظر: شرح الزرقاني للموطأ 161/3، وشرح النووي لصحيح مسلم 171/9، وإرشاد الساري للقسطلاني 2/8، وفتح الباري 198/1.

(2) وهو رأي المالكية، والأصح عند الشافعية كما رجح النووي وغيره من عمد المذهب، ورأي الحنابلة على الأصح عندهم، وخالف الحنفية فقالوا: مجاز في العقد، حقيقة في الوطء، ينظر شرح الزرقاني للموطأ 161/3، وينظر شرح النووي لصحيح مسلم 171/9، وإرشاد الساري للقسطلاني 2/8، ومرقاة المصابيح شرح مشكاة المصابيح لعلي القاري 32/10، والمغني لابن قدامة 333/7، وتظهر ثمره الخلاف في صور مثل موطوءة الأب من الزنا، أخذاً من قوله تعالى: (ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم)، فمن قال بأنه حقيقة في العقد لم يحرم موطوءته من الزنا، وعند الأحناف تحريم، لأنه حقيقة في الوطء، وحرمت معقودة الأب بغير وطءٍ بالإجماع، ينظر بعض هذه المسائل في البحر الرائق لابن نجيم 82/3.

(3) سورة البقرة، الآية 230.

لأن شرط الوطاء في التحليل إنما ثبت بالسنة، وإلا فلا بُدَّ من العقد، لأن معنى تتكح تنزوج أي يعقد عليها، ومفهومه: أن ذلك كافٍ بمجرد، لكن بيّنت السنة أنه لا بد من العقد وذوق العُسَيْلَة، قال بعضهم: لم يرد النكاح في القرآن إلا للتزويج، إلا قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ (1)، فإن المراد به الحُلم.

والثاني: أنه حقيقة في الوطاء، مجاز في العقد.

والثالث: حقيقة فيهما بالاشتراك، ويتعين المقصود بالقرينة (2).

ورجّح الحافظ في الفتح وكثير غيره: أنه حقيقة في العقد، مجاز في الوطاء، وذلك لكثرة الاستعمال وغلبته، ورجح المباركفوري أنه مشترك لفظي، وإن كان أكثر ما يستعمل في العقد؛ لأنه يرى أن كثرة الاستعمال لا أثر لها في التعيين (3).

المسألة الثالثة: تعريفات أرباب المذاهب للنكاح:

1- عرفه الحنفية بأنه عقد يفيد ملك المتعة، أي حلّ استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي (4)، وعُرف عندهم أيضاً بأنه: عقدٌ يثبت به ملك المتعة قصداً (5)،

(1) سورة النساء، الآية 6.

(2) شرح الزرقاني للموطأ 161/3، وينظر شرح النووي لصحيح مسلم 171/9، وإرشاد الساري للقسطلاني 2/8.

(3) ينظر: فتح الباري 103/9، شرح مسلم للنووي 172/9، الفجر الساطع على الصحيح الجامع لمحمد الشبهي المالكي 43/7، وعمدة القاري للعيني 173/10، وتحفة الأحوذى 166/4.

(4) حاشية ابن عابدين 3/3.

(5) البحر الرائق لابن نجيم 85/3، وقولهم قصداً ليخرج عقد الأمة في البيع فإن المقصد الأسمى ملك الرقبة، وإن كان التمتع تابع.

- 2- عرفه المالكية بأنه: عقدٌ لِحْلٍ تمتعٍ بأنثى، غير محرّم، ومجوسية، وأمةٍ كتابية، بصيغة (1).
- 3- عرفه الشافعية بأنه: عقدٌ يتضمّن إبّاحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج وترجمته (2).
- 4- عرفه الحنابلة بأنه: عقد التزويج، أي عقدٌ يعتبر فيه لفظ نكاح أو تزويج أو ترجمته (3).

#### المسألة الرابعة: وقفة مع التعريفات:

أ- تعريف الحنفية مخالفٌ لأصلهم أن النكاح حقيقةٌ في الوطاء، مجازٌ في العقد، فهم على ذلك يعرفون النكاح بمقدماته، لا بحقيقته، كما أن التعريف الأول لهم تعريفٌ بالرسم؛ لأنه بالغاية والمقصد، والثاني وإن كان تعريفاً بالحد، إلا أنه يلتقي مع الأول في معناه، وهو أن المقصود الأول بالعقد التوصل إلى التمتع، وليس الأمر كذلك في نظري، وإلا لكانت بهيميةً محضة، وسأبين هذا المعنى أكثر بعد قليل.

ب- تعريف المالكية وأن حقق ذاتية المعرف، إلا أنه مقصورٌ على التمتع، وكذلك تعريف الشافعية، ويزيد تعريفهم في الخلل بعدم ملاحظتهم للمحل المعقود عليه، وخلوه من الموانع. ج- تعريف الحنابلة أشدها خللاً، لأنه لم يلاحظ إلا الصيغة الملزمة.

وتشترك جميعها في أنها قصرت المقصود من النكاح في ملك التمتع، أو حله-

(1) إرشاد السالك عبد الرحمن البيгдаدي 1/109، وبلغة السالك لسبيدي الدردير 2/239.

(2) أسنى المطالب في شرح روض الطالب لذكريا الأنصاري 3/98، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشربيني 2/399.

(3) المغني لابن قدامة 7/333، وكشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور البهوتي 5/5.

وإن كان التعبير بالحلية أولى؛ لأن الملك يقتضي تمام التصرف، ويقوم بالزوجة ما يمنعه- وليس الأمر كذلك إن لاحظنا النصوص الشرعية المتناولة للموضوع، مثل قوله تعالى: ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجًا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة﴾ (1)، وليس كذلك هو عند أصحاب المقاصد النبيلة، والنفوس الكريمة، والملاحظ لحال النبي ﷺ وصحابته يدرك ذلك، وإن كان التمتع مقصدا من مقاصد منظومة النكاح، وقد نبه على ذلك بعض العلماء، قال السرخسي: "ليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة، وإنما المقصود ما يبناه من أسباب المصلحة، ولكن الله تعالى علّق به قضاء الشهوة أيضا ليرغب فيه المطيع والعاصي، المطيع للمعاني الدينية، والعاصي لقضاء الشهوة، بمنزلة الإمارة ففيها قضاء شهوة الجاه، والنفوس ترغب فيه لهذا المعنى أكثر من الرغبة في النكاح، حتى تطلب ببذل النفوس وجر العساكر، لكن ليس المقصود بها قضاء شهوة الجاه، بل المقصود إظهار الحق والعدل، ولكن الله تعالى قرن به معنى شهوة الجاه ليرغب فيه المطيع والعاصي، فيكون الكل تحت طاعته والانتقياد لأمره، مع أن منفعة العبادة على العابد مقصورة، ومنفعة النكاح لا تقتصر على النكاح، بل تتعدى إلى غيره، وما يكون أكثر نفعًا فهو أفضل" (2)، وهذا كلامٌ يكتب بماء الذهب وافق ما خالج النفس من رفض المعنى المتبادر من تعاريف الفقهاء رضوان الله عليهم كلما مررت بها؛ لأن المقصود الأسمى من النكاح في نظري امتثال أمر الله، وعمارة الكون، وتكثير سواد الأمة المحمدية.

وبعد هذه الوقفة، يمكن أن نعرف النكاح بقولنا: النكاح: عقدٌ سالمٌ من الموانع بين زوجين، ممن يملكه، لتحقيق مقصود الشارع، فقولي: عقدٌ جنس، تدخل فيه

(1) سورة الروم، الآية 21.

(2) المبسوط 353/4.

سائر العقود، ويوجب الصيغة، وقولي: سالم من الموانع، قيدٌ لبيان اشتراط سلامة العقد في صيغته وسائر شروطه، وقولي: بين زوجين، فصلٌ مخرج لسائر العقود سواه، ومبينٌ لمحلّه، وقولي: ممن يملكه، أي مباشرته، وفي هذا اشتراطٌ للولي، وقولي: لتحقيق مقصود الشرع، يشمل من وجب في حقه أو سنّ أو ندب؛ لأن هؤلاء تعلق بهم الأمر الإلهي بحسب حالهم منه، قصدًا للإعفاف أو الذرية أو السكن.

### المطلب الثاني: الولاية والولي:

المسألة الأولى: الولاية والولي في اللغة: الوَلِيُّ القرب، وكل من ولى أمر آخر فهو وليُّه، وقال ابن سيده: ولى الشئ، وولى عليه ولاية وولاية، ومن أسماء الله تعالى: الوَلِيُّ: النَّاصر، وقيل: المُتَوَلَّى أمور العالم والخلائق القائم بها، ومن أسمائه عز وجل: الوالي، وهو مالك الأشياء جميعها المُتَصَرِّفُ فيها، قال ابن الأثير: وكانَّ الولاية تُشعر بالتدبير والقُدرة والفعل، وما لم يجتمع ذلك فيها لم ينطلق على القائم بذلك اسم الوالي، وقد تكرر ذكر المولى في الحديث، وهو اسمٌ يقع على جماعةٍ كثيرةٍ، فهو: الرَّبُّ، والمالكُ، والسَيِّدُ، والمُنعمُ، والمُعْتَقُ، والنَّاصرُ، والمحبُّ، والتَّابعُ، والجارُ، وابنُ العمِّ، والحليفُ، والعقيدُ، والصَّهرُ، والعبدُ، والمُعْتَقُ، والمنعمُ عليه، والقِيمُ بالأمر، والعصبةُ، والقرايةُ، وبنو العمِّ، قال الفراء: المولى والولي واحدٌ، وأصله من الوَلِيُّ القرب، قال ابن الأثير: أكثر هذه المعاني قد جاءت في الحديث، فيُضاف كلُّ واحدٍ إلى ما يقتضيه الحديث الوارد فيه، وقد تختلف مصادر هذه الأسماء، الولاية بالفتح في النسب والنصرة والمُعْتَقُ، والولاية بالكسر في الإمارة، والولاء: المُعْتَقُ، والموالاة من والى القوم، ومنه الحديث: (أَيُّما امرأةٍ نكحت بغير إذن مولاهَا فنكاحها باطلٌ)، وفي

رواية: (وليها) (1) أي مُتَوَلَّى أمرها، وكل من وَلِيَ أمراً أو قام به فهو مولاه وولِيه (2).

قال شيخنا المبرور أحمد أبو مزيريق: "ولعل الولي مأخوذ من فلان أولى بهذا الأمر من فلان، أي أحق به، وهما الأوليان الأحقّان، قال الله تعالى: ﴿من الذين استحقّ عليهم الأوليان﴾ (3)، قرأ بها عليّ عليه السلام، وبها قرأ أبو عمرو ونافع وكثير، وقال الفراء: من قرأ الأوليان أراد وليّ الموروث، وقال القاضي عياض: أولى الناس أي أخصهم به وأقربهم" (4).

قلت: الوليُّ بمعناه العام يشمل من قام بالأمر أو تحمله، وفي النكاح ما ذهب إليه شيخنا له وجاهته، لأن الولي له مراتب، لا يجوز للمرتبة الدنيا أن تتعدّى على من فوقها بتقرير الشرع واعتباره، فعاد الأمر إلى أنه أحق بالتزويج من غيره، وإن كان في ذلك معانٍ أخرى، وذلك يلتقي مع أصل الولي وهو القرب، فهو أحق لأنه أقرب.

المسألة الثانية: الولاية والولي في الشرع:

قال الباجي: إذا ثبت أنه لا نكاح إلا بوليّ، فالولاية على ضربين: خاصة وعامة، فالخاصة على قسمين: ولاية نسب، وولاية حكم، فأما ولاية النسب فهي

(1) أخرجه الترمذي 407/3 كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، 1102، وقال: حديث حسن، وقال في الفتح 191/9: وصححه أبو عوانة وابن خزيمة وابن حبان والحاكم، وقال في سبل السلام 118/3: قال ابن كثير: وصححه يحيى بن معين وغيره من الحفاظ.

(2) ينظر معجم مقاييس اللغة لابن فارس، 141/6، والنهاية في غريب الحديث لابن الأثير 510/5، ومشارك الأتوار لعياض 287/2، ولسان العرب لابن منظور 405/15، والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير لأحمد الفيومي 672/2، وتاج العروس للزبيدي 241/40، مادة: ولي.

(3) سورة المائدة، من الآية: 107.

(4) إرشاد الحيران إلى توجيهات القرآن 115/4، وينظر لقول القاضي مشارق الأنوار 287/2.

لكل عاصبٍ للمرأة كالابن والأب والأخ، وابن الأخ، والجد، والعم وابن العم قرب أو بعد إذا كان له تعصيب، وكل من له ولاءً من الرجال، والمولى من العصبية، وقيل ليس منهم، وله الحق في الولاية، وولاية حكم للإمام والقاضي مع عدم الولي، أو مع أفتياته وعضله، والعامّة للمسلمين، والقرابة مراتب (1)، قال في عون المعبود: الولي الأقرب من العصبية نسباً، ثم من السبب، ثم من عصبية، وليس لذوي السهام ولا لذوي الأرحام ولايةً، وهذا مذهب الجمهور، وروي عن أبي حنيفة أن ذوي الأرحام من الأولياء، فإن لم يوجدوا فالسلطان وليٌّ من لا وليّ له (2).

المسألة الثالثة: مفهوم الولاية والولي عند المذاهب المعتمدة:

أولاً: المذهب الحنفي:

الولاية: تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى، وهي نوعان: ولاية ندب، وهي على العاقلة البالغة بكرة كانت أو ثيباً، وإجبارٍ وهي الولاية على الصغيرة بكرة كانت أو ثيباً، وكذا الكبيرة المعتوهة والمرقوقة، وهي للأب والجدّ.

والولي هو: المسلم البالغ العاقل الوارث ما لم يكن منتهكاً، فخرج الصبي والمعتوه والكافر، والولي المنتهك غير المبالي بمن يهتك ستره، ولا يمضي ما عقده إلا لمصلحة، والولي في النكاح على مراتب، أعلاها: الأب والجد، وهم أولياء في المال أيضاً، ووصفهما بذلك ذاتي لهما، ووليٌّ في النكاح فقط، وهو سائر العصابات والأم وذوو الأرحام (3).

ثانياً: المذهب المالكي:

(1) ينظر المنتقى للباي 80/2، والعرف الشذّي شرح سنن الترمذي 465/2.

(2) ينظر عون المعبود شرح سنن أبي داود 69/6، والعرف الشذّي شرح سنن الترمذي 465/2.

(3) ينظر البحر الرائق لابن نجيم 117/3، وحاشية ابن عابدين 54/3.

الولي هو العدل الرشيد العاقل البالغ الذكر الحر الحلال، فلم يشترطوا الإسلام، لأنّ للآب الكافر أن يزوج ابنته الكافرة لمسلم، وعرفه ابن عرفة بقوله: من له على المرأة ملك، أو أبوة، أو تعصيب، أو إيصاء، أو كفالة، أو سلطنة، أو ذو إسلام، وولاية الإجماع عندهم تثبت للسيد مطلقاً، وللآب في ابنته البكر صغيرة أو بالغة، والثيب الصغيرة على خلاف(1).

ثالثاً: المذهب الشافعي:

الولاية: تنفيذ القول على الغير، والإشراف على شؤونه(2)، وهي: ولاية إجماع في تزويج البكر صغيرة أو كبيرة عاقلة أو مجنونة، وهي للآب أو الجد فقط، وولاية اختيار وهي لكل الأولياء بقربا أو ولاء أو سلطان، والقربا ترتب كترتيبهم في الميراث، الأقرب يحجب الأبعد، إلا في استثناءات، والولي هو المسلم البالغ العاقل الحر الذكر العدل سالم النظر الحلال(3).

رابعاً: المذهب الحنبلي:

الولاية عندهم نوعان: إجبار وهي للآب وحده في تزويج البكر مطلقاً، أما العصبات كالجد والإخوة والأعمام وبنوهم فولاية غير إجبار، فلا يملكون تزويج البكر إلا بإذنهن، ولا يملكون تزويج الصغار بحال، والسيد فيه خلاف عندهم، والولي هو المكلف الذكر الحر الرشيد العدل، مع اتفاق الدين(4).

(1) ينظر شرح ميارة 257/1، 266، والشمس الداني للآبي الأزهرى 440/1، وشرح حدود ابن عرفة للرصاع 320/1، ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب الطرابلسي 71/5.

(2) الفقه المنهجي للدكتور مصطفى الخن وزملائه 60/4.

(3) ينظر روضة الطالبين للنووي 408/5، والإقناع للشريبي 410/2، وأسنى المطالب لذكرياء الأنصاري 363/2، والفقه المنهجي للخن وآخرين 60/4، وما بعدها.

(4) ينظر الهداية لمحفوظ الكلذاني 384/1، والروض المربع للبهوتي 355/1، والعدة شرح العمدة لعبد الرحمن المقدسي 6/2.

المسألة الرابعة: وقفة مع ما نقلته عن أرباب المذاهب للبيان:

1- تعريف الأحناف للولاية غير دقيق لأنه يجعلها قاصرة على ولاية الإيجاب مع ضيقها عندهم، وهذا ما حاول تداركه الدكتور الخن وزملاؤه فزادوا على التعريف والإشراف على شئونه، وهو تعريف غير دقيق أيضاً وإن اتسعت الدائرة عندهم لتسع ولاية الاختيار؛ لأن كلا التعريفين لا يخصان ولاية النكاح، بل يصدقان على كل ولاية هذا من ناحية، ومن أخرى هو تعريف باللائم لا بالذاتي، لأن إضاء القول على الغير لازم السلطة الشرعية التي فهمت من النصوص، والتعريف باللائم معيب في الحدود.

ومن أحسن ما وقفت عليه من تعريفات ولاية النكاح تعريف بعض المعاصرين بأنها: سلطة شرعية لعصبة نفس، أو من يقوم مقامهم، يتوقف عليها تزويج من لم يكن أهلاً لعقده (1)، وهذا تعريف جامع مانع، فقوله: سلطة شرعية، بيان لذاتية المصدر، فسلطة: جنس يشمل الشرعية وغير الشرعية، وقوله: شرعية، فصل مخرج لغير الشرعية، وقوله: لعصبة نفس، أو من يقوم مقامهم، هذا قيد لحصر من له هذه السلطة، وقوله: يتوقف عليها تزويج، قيد لبيان من يصلح لمباشرة العقد.

2- يمكن أن نحدد الخلاف بين أرباب المذاهب في الآتي:

أ- الولاية عند المالكية والشافعية والحنابلة دائرة على البكار والأهلية، فالبكر صغيرة كانت أو كبيرة، والمعنوة والمجنونة بالأولى صغيرة أو كبيرة تُجبر، أما الأحناف فالولاية عندهم دائرة على الصغر، أو إن شئت قلت على الأهلية، فلا تُجبر إلا الصغيرة غير البالغ، أو المعنوة، وهذا كله في غير

(1) وهو تعريف للدكتور عوض العوفي في رسالته الولاية في النكاح 29/1.

## الأمة(1).

ب- اتفق ما عدا الأحناف في شروط الولي، وقول الشافعية سالم النّظر يعود إلى الرشد الذي اشترطه المالكية والحنابلة، وعدم اشتراط المالكية الإسلام لا إشكال فيه؛ لأنهم يحصرونه في ولاية الكافر على الكافرة في التزويج من مسلم، أما الأحناف فإنهم يرون أن البالغة تزوّج نفسها، فلذلك لم يشترطوا العدالة والرشد، ولا كونه غير مُحرم في الولي، أما عدم اشتراطهم للعدالة والرشد فلعل ذلك لأنه لا أثر للوليّ في القبول بالزوج والرضا، وإنما له المباشرة فقط استحباباً، ولعلمهم لذلك أيضاً قالوا أن ذوي المحارم من الأولياء، خلافاً للجمهور كما تقدم، وأما كونه غير محرم لأنه غير لازم في مذهبهم، ولأن الحرمة في المُحرم متعلّقة بالدخول لا بالعقد.

ج- اتفق الجميع على أن الولاية قسمان: إجباراً واختياراً، خاصة وعامة، وإن اختلفوا لمن هذه الولاية؟ وما ترتيب الأولياء؟ قال المالكية والحنابلة ولاية الإيجاب للأب وحده، والشافعية والحنفية للأب أو الجد، وفي ذلك تفاصيل كثيرة خارجة عن مقصود البحث، لكن أحببت الإشارة إليه.

## المبحث الثالث: المذاهب في اشتراط الولي

الحديث يدل على أنه لانكاح إلا بولي، وهذا أسلوبٌ حصرٍ في اللغة، فكأن النبي ﷺ قال: النكاح بالولي لا بغيره؛ لأن أسلوب القصر يشتمل على نفي وإثبات، إثبات الولي في وجود النكاح، ونفيه عند عدمه، ويبقى النظر في تمام لا نكاح، هل هو نفي للصحة، أي لا نكاح صحيح، أو للكمال؟ لانكاح

(1) تركت تفصيل الأمة لأنه لا واقع له اليوم.

كامل، وهذا ما سنقف عليه من خلال عرض أقوال العلماء ومناقشتها.

### المطلب الأول: أقوال أهل العلم في اشتراط الولي، وأدلتهم

القول الأول: قول الجمهور: اشتراط الولي في النكاح، فلا يصح أن تباشر المرأة بنفسها عقد النكاح لها أو لغيرها، كبيرة كانت أو صغيرة، بكرًا كانت أو ثيبًا، قال ابن المنذر: ولا يعرف عن أحد من الصحابة قال بخلاف ذلك(1)، وقال الترمذي: العمل في هذا الباب على حديث النبي ﷺ: (لا نكاح إلا بولي) عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ، منهم عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وعبد الله بن عباس، وأبو هريرة، وغيرهم، وهكذا روي عن بعض فقهاء التابعين أنهم قالوا: لا نكاح إلا بولي، منهم سعيد بن المسيب، والحسن البصري، وشريح، وإبراهيم النخعي، وعمر بن عبد العزيز، وغيرهم، وبهذا يقول سفيان الثوري، والأوزاعي، وعبدالله بن المبارك، ومالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق(2)، وعزاه ابن عبد البر أيضًا لابن مسعود، وابن عيينة، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وأبي عبيد، وجابر بن زيد، وغيرهم(3)، وأدلتهم كثيرة جدًا، من القرآن والسنة، نعرض بعضها في الآتي:

#### 1- من القرآن الكريم:

أ- قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾(4)، وقال تعالى: ﴿وَلَا تُتَّكِّمُوا الْمَشْرِكِينَ حَتَّى

(1) فتح الباري 187/9.

(2) السنن 407/3.

(3) التمهيد 84/19.

(4) سورة البقرة، 232.

يؤمنوا<sup>(1)</sup>، وقال تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم<sup>(2)</sup>﴾.

قال ابن عبد البر: -في قول الله عز وجل: ﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن﴾- "هذه الآية نزلت في معقل بن يسار إذ عضل أخته عن مراجعة زوجها، ولولا أن له حقاً في الإنكاح ما نهي عن العضل، وأما افتتاح هذه الآية بذكر الأزواج، ثم الميل إلى الأولياء فذلك معروفٌ في لسان العرب كما قال: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم<sup>(3)</sup>﴾، فخطب المتبايعين ثم قال: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾، فخطب الحكّام، وهذا كثيرٌ، والرواية الثابتة في معقل بن يسار تبين ما قلنا، ورؤينا عن أبي هريرة أنه قال: البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير ولي، وعن عائشة أنها كانت إذا أنكحت رجلاً من قرابتها امرأة منهم، ولم يبق إلا العقد، قالت: اعقدوا، فإن النساء لا يعقدن، وأمرت رجلاً فأنكح، وهذا أصح شيء وأوضحه في أن للولي حقاً في الإنكاح، ولا نكاح إلا به؛ لأنه لولا ذلك ما نهي عن العضل ولاستغني عنه<sup>(4)</sup>، وترجم البخاري باباً بمقتضى حديث أبي موسى، فقال: باب: من قال: لا نكاح إلا بولي، وأتى بالآيات الثلاث، وقال: دخل فيه الثيب وكذلك البكر، قال الدكتور البغا: والغرض من الإتيان بهذه الآيات أن الخطاب للأولياء، فدل على أن الولي هو الذي يتولى عقد التزويج، قال العيني: ولما

(1) سورة البقرة، من الآية 221.

(2) سورة النور، من الآية 32.

(3) سورة البقرة، من الآية 282.

(4) التمهيد 85/19، 90، وينظر تفسير الطبري 488/2.

كان ميل البخاري إلى أنه لا نكاح إلا بولي، أتى بالآيات الثلاث للدلالة على ذلك، قال في الفتح: ووجه الاحتجاج أنه تعالى خاطب بالإنكاح الرجال ولم يخاطب به النساء، فكأنه قال: لا تتكحوا أيها الأولياء موليائكم للمشركين، وانفق أهل التفسير أن الخطاب للأولياء، وقال الشوكاني: هو حجة في اعتبار الولي(1).

وقال ابن حجر في آية: ﴿فلا تعضلوهن﴾: "هي أصرح دليل على اعتبار الولي، وإلا لما كان لعضله معنى، ولأنها لو كان لها أن تزوج نفسها، لم تحتج إلى أخيها، ومن كان أمره إليه لا يقال أن غيره منعه منه"(2).

2- من السنة:

أ- حديث أبي موسى مرفوعاً: (لا نكاح إلا بولي)، وهم يوجهون الحديث على معنى لا نكاح صحيح أو معتبر إلا بالولي، فالنفي محمول على ظاهره وعمومه، أما ظاهره فلنفي الصحة، وأما عمومته، فتدخل فيه الثيب والبكر، كما قال البخاري فيما تقدم(3)، والحديث جاء على أسلوب القصر، وهو يقتضي نفيًا وإثباتًا، إثبات النكاح بالولي، ونفيه بغيره.

قال ابن عبد البر: "قد صرح الكتاب والسنة على ألا نكاح إلا بولي، ألا ترى أن الولي نهي عن العضل، فقد أمر بخلاف العضل وهو التزويج، وهو بين"(4)، وهذا المعنى هو الذي عليه جماهير العلماء، كما تقدم النقل، وقال

(1) ينظر: صحيح البخاري، تحقيق البغا 1969/5، وعمدة القاري 9/ 298، وفتح الباري 184/9، 192، ونيل الأوطار 184/6.

(2) فتح الباري 187/9.

(3) وينظر معالم السنن للخطابي 568/2.

(4) التمهيد 90/19.

الصنعاني: الحديث دلّ على أنه لا يصح النكاح إلا بولي؛ لأن الأصل في النفي نفي الصحة لا الكمال، والولي هو الأقرب إلى المرأة من عصبتها دون ذوي أرحامها(1).

قلت: إنما قالوا: النفي للصحة أو الكمال، وذلك لما قرروا أن النفي لا يتوجه للذوات وهو وجود العقد، فالمراد نفي الأحكام المتعلقة بوجوده، كالصحة والكمال، أي لا نكاح صحيح أو كامل، وتعيين أحد المعنيين يقررونه بطرق، الأولى: جرياً على قواعد أهل اللغة: فيقولون: الحمل على الحقيقة أولى، فإذا امتنع حُمل اللفظ على أقرب مجاز، وهو الصحة، لا الكمال(2)، الثانية: بدلالة مجموع النصوص التي تدل على تعيين الصحة، أو القرائن(3).

ب- حديث عائشة: أن رسول الله ﷺ قال: (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحلّ من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له)(4).

قال الخطابي: "قوله: أيما امرأة كلمة استيفاء واستيعاب، وفيه إثبات الولاية على النساء كلهن، ويدخل فيها البكر والثيب والشريفة والوضيعة، وفيه بيان أن المرأة لا تكون ولية نفسها، وفيه بيان أن العقد إذا وقع لا بإذن الأولياء كان باطلاً، وإذا وقع باطلاً لم يصححه إجازة الأولياء، وفي إبطال هذا النكاح وتكراره القول

(1) سبل السلام 117/3.

(2) شرح التفتازاني على الأربعين النووية ص54.

(3) شرح الزرقاني على الموطن 164/3.

(4) أخرجه الترمذي 407/3 كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، 1102، وقال: حديث حسن، وقال في الفتح 191/9: وصححه أبو عوانة وابن خزيمة وابن حبان والحاكم، وقال في سبل السلام 118/3: قال ابن كثير: وصححه يحيى بن معين وغيره من الحفاظ.

ثلاثاً تأكيداً لفسخه ورفع من أصله" (1)، وقال الزيلعي: "هذا حديثٌ جليلٌ، وعليه الاعتماد في إبطال النكاح بغير ولي، ووجه الدلالة منه: أنه حكم بالبطان، وأكدته بالتكرار، وأوجب المهر بالدخول، ولو كان النكاح صحيحاً لوجب بالعقد" (2)، إلى غير ذلك من الأدلة.

القول الثاني: مذهب أبي حنيفة، وزفر، ومحمد بن سيرين، والشعبي، والزهري، وقتادة، عدم اشتراط الولي في النكاح، قال ابن حجر: "وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يشترط الولي أصلاً، ويجوز أن تزوج نفسها ولو بغير إذن وليها إذا تزوجت كفواً" (3)، قال الجصاص: "يرى أبو حنيفة أن لها أن تزوج نفسها كفواً، وتستوفي المهر، ولا اعتراض للولي عليها، وهو قول زفر، وإن زوجت نفسها غير كفوٍ فالنكاح جائز أيضاً، وللأولياء أن يفرقوا بينهما، وكذلك للولي أن يخاصم فيما حطت من صداق مثلها، بدليل حديث عائشة أنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر من المنذر بن الزبير، وعبد الرحمن غائب، فهذا يدل على أن مذهبها جواز النكاح بغير ولي، وهو قول محمد بن سيرين والشعبي والزهري وقتادة" (4).

واستدلوا على مذهبهم بأدلة كثيرة، نعرض بعضها في الآتي:

أولاً: من القرآن: قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتِ الْمَرْءَ فَبَلِّغْ مِنْهُ مَا بَلَغْتَ فِي نِكَاحِهِمْ أَنْ لَا يَأْتِيَ بِكَ مِنْهَا مَكْرَهًا، وَأَنْ يَكُونَ لَهَا مِنْهَا رِجَالٌ وَإِنْ عَادَتْ لَكَ فَأَنْصَرِفْ وَأَنْ يُغَادِلَكَ فَمَا كُنْتُمْ بِمَبْعُوثِينَ فَمَا يَكُونُ لَكَ بِهِمْ عِلْمٌ ذَلِكَ ظُلْمٌ﴾ (5)، قال الجصاص في تفسيره: "لا تعضلوهن، معناه: لا تمنعهن أو لا تضيقوا عليهن في التزويج، وقد دلت الآية من وجوه على جواز

(1) معالم السنن 196/3.

(2) نصب الراية 186/3، وبنظراً: حاشية الرملي 125/3.

(3) فتح الباري 187/9، وينظر التمهيد لابن عبد البر 90/19.

(4) أحكام القرآن للجصاص 101/2، وينظر المحلى 33/9.

(5) سورة البقرة، الآية 232.

النكاح إذا عقدت على نفسها بغير ولي ولا إذن وليها، أحدها: إضافة العقد إليها من غير شرط إذن الولي، والثاني: نهيه عن العضل إذا تراضى الزوجان....." ونظير هذه الآية في جواز النكاح بغير ولي، قوله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره، فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا﴾ (1)، قد حوى الدلالة من وجهين على ما ذكرنا، أحدهما: إضافته عقد النكاح إليها في قوله: ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾، والثاني: ﴿فلا جناح عليهما أن يتراجعا﴾، فنسب التراجع إليهما من غير ذكر الولي... ومن دلائل القرآن على ذلك قوله تعالى: ﴿فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف﴾ (2)، وجاز فعلها في نفسها من غير شرط الولي، وفي إثبات شرط الولي في صحة العقد نفي لموجب الآية (3).

ثانياً: من السنة: أ- حديث ابن عباس مرفوعاً: (الأيام أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها) (4).

وجه الاستدلال من الحديث: قال الطحاوي بعد إخراج الحديث: "قوله: الأيام أحق بنفسها من وليها، أن أمرها في تزويج نفسها إليها لا إلى وليها" (5)، وقال العيني: "هذا لفظ عام يتناول البكر والثيب والمطلقة والمتوفى عنها زوجها، ويجب العمل بعموم العام، وأنه يوجب الحكم فيما يتناوله قطعاً، وتخصيصه بالثيب هنا إخراج للكلام عن عمومها، فإن قلت جاءت الرواية: الثيب أحق بنفسها، وهذه تفسر تلك الرواية، قلت لا إجمال فيها، فلا يحتاج إلى التفسير،

(1) سورة البقرة، الآية 230.

(2) سورة البقرة، 234.

(3) 400/1.

(4) مسلم 1037/2، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، 1421.

(5) شرح معاني الآثار 11/3.

بل يعمل بكل واحدة منهما، فيعمل برواية الأيم على عمومها، وبرواية الثيب على خصوصها، ولا منافاة بين الروایتين، على أن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه رجح العمل بالعام على الخاص، على أن الأحناف فسروا الأيم بمن لا زوج لها" (1)، وقال الجصاص: "قوله: الأيم أحق بنفسها يمنع أن يكون للولي حق في منعها العقد على نفسها" (2).

ب- حديث سهل بن سعد الساعدي في قصة الواهبة الذي رواه الشيخان (3): جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله جئت أهب لك نفسي، فنظر إليها رسول الله ﷺ، فصعد النظر إليها وصوبه، ثم طأطأ رسول الله ﷺ رأسه، فلما رأته المرأة أنه لم يقض فيها شيئاً جلست، فقام رجل من أصحابه فقال: يا رسول الله إن لم تكن لك بها حاجة فزوجنيها، وفي آخره قال ﷺ: (أذهب فقد ملكتكها بما معك من القرآن)، قال الجصاص: "ولم يسألها هل لها ولي أم لا؟ ولم يشترط الولي في جواز عقدها" (4)، وهو يريد أن يقول: الحديث نص في انعقاد النكاح بعبارة المرأة، والدليل على ذلك عدم سؤال النبي ﷺ عن الولي، وذلك تقرير.

ج- حديث ابن عباس مرفوعاً: (ليس للولي مع الثيب أمر، واليتيمة تستأمر، وصمتها إقرارها) (5).

(1) عمدة القاري 288/9، وينظر العرف الشذي شرح سنن الترمذي للكشميري 369/2.

(2) أحكام القرآن 102/2.

(3) البخاري كما في شرح ابن بطال 445/6 كتاب الوكالة، باب وكالة المرأة الإمام في النكاح، ومسلم 104/2 كتاب النكاح، باب الصداق، 76.

(4) أحكام القرآن 102/2.

(5) قال في سبل السلام 119/3: رواه أبو داود والنسائي وصححه ابن حبان، وأخرجه الدارقطني في سننه 239/3، وذكر أن معمر بن راشد وهم في إسناده ومتمته.

ووجه الدلالة فيه على مذهبهم ظاهرة في أن ليس للولي مع الثيب أمرٌ، فتلي العقد بنفسها، وذلك مسقطٌ لاعتبار الولي في العقد(1).

ثالثاً: من القياس: احتج الحنفية بالقياس على البيع، فإنها تستقل به، والأصل أن كل من يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه، يجوز نكاحه على نفسه، وكل من لا يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه لا يجوز نكاحه على نفسه، وبديل عليه اتفاق الجميع على جواز نكاح الرجل إذا كان جائز التصرف في ماله، كذلك المرأة لما كانت جائزة التصرف في مالها، وجب جواز عقد نكاحها، والدليل على أن العلة في جواز نكاح الرجل ما وصفنا أن الرجل إذا كان مجنوناً غير جائز التصرف في ماله لم يجز نكاحه فدل على صحة ما وصفنا(2).

والإمام الطحاوي حاول نصرته مذهبه بكل ما أوتي، فرجح الإرسال في حديث أبي موسى، وقد تقدمت الإجابة عنه، وكأنه رأى أن جوابه على الحديث غير مقنع، فلجأ إلى التأويل، وأورد عدة احتمالات في فهم الحديث بحيث تبعده عن مجال الاحتجاج به لقول الجمهور، وذلك إذ يقول: لو ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: (لا نكاح إلا بولي) لم يكن فيه حجة لما قال الذين احتجوا به لقولهم في هذا الباب؛ لأنه قد يحتمل معاني: فيحتمل ما قال هذا المخالف لنا أن ذلك الولي هو أقرب العَصَبَةِ إلى المرأة، ويحتمل أن يكون ذلك الولي من تُولِيهِ المرأة من الرجال قريباً كان منها أو بعيداً، ويحتمل أن يكون الولي هو الذي إليه ولاية البضع من والد الصغيرة، أو مولى الأمة، أو بالغة حرة لنفسها،

(1) ينظر: شرح معاني الآثار 9/3، وبدائع الصنائع 248/2، وأحكام القرآن للجصاص 102/2.

(2) ينظر: شرح النووي على صحيح مسلم 205/9، والبحر الرائق لابن نجيم 117/3، وأحكام القرآن للجصاص 103/2.

فيكون ذلك على أنه ليس لأحد أن يعقد نكاحاً على بضع إلا ولي ذلك البضع، وهذا جائز في اللغة، قال الله تعالى: ﴿فليمل وليه بالعدل﴾ (1)، فقال قوم: ولي الحق هو الذي له الحق (2).

القول الثالث: قول الأوزاعي: إذا ولت المرأة أمرها رجلاً فزوّجها كفواً فالنكاح جائز، وليس للولي أن يفرق بينهما إلا أن تكون عربية تزوّجت مولى، وحمل لا نكاح إلا بولي على نفي الكمال (3)، وهذا ظاهرٌ في اشتراط اختيار الكفو لإمضاء عقدها، أو يفرق بينهما الولي.

القول الرابع: قول مالك: عقد النكاح لا يصح بلا وليٍّ إذا كانت المرأة شريفة لها موضع، فإن زوجها غير وليها فرق بينهما، فإن أجاز ذلك الولي أو السلطان جاز، فإن تقادم أمرها ولم يفسخ وولدت الأولاد لم يفسخ، أما إذا كانت دنيئةً كالسوداء، أو الفقيرة، أو النبطية، أو المولاة فيصح إن جعلت أمرها إلى رجلٍ من المسلمين وهو ليس لها بوليٌّ كالجار ونحوه، وشرط هذا القول: ألا يوجد للدنيئة وليٌّ خاصٌّ مجبر، وأن يتولاه رجلٌ ولا تتولاه هي، وذلك أن الدنيئة إن كُلفت بالسلطان عند فقد الولي المجبر فيه تكليفٌ لها بما لا يطاق، وفيه تضيقٌ شديدٌ عليها (4).

(1) البقرة: 282.

(2) أحكام القرآن 102/2.

(3) التمهيد لابن عبد البر 91/19، والمحلّى 33/9.

(4) التمهيد لابن عبد البر 91/19، والمقدمات الممهدة لابن رشد 473/1، وحاشية الدسوقي 226/2، والمحلّى 33/9، ويرى ابن عبد البر أن الدنيئة هي المرأة المعتقة، أو المسكينة التي لا خطب لها، ويلتحق بهما المرأة تكون في قرية لا سلطان فيها، والشريفة هي ذات النسب أو الغنى أو القدر، قال ابن عبد البر: فإن وكلت الشريفة رجلاً فزوّجها، فرضي به الولي وقف فيه مالك، فإن أراد الولي الفسخ جاز

القول الخامس: قول أبي يوسف ومحمد: وهو أن صحة عقد المرأة على نفسها متوقفة على إجازة الولي، قال الجصاص: "قال أبو يوسف: لا يجوز النكاح بغير ولي، فإن سلم الولي جاز، وإن أبى أن يسلم والزوج كفؤً أجازة القاضي، وإنما يتم النكاح عنده حين يجيزه القاضي، وهو قول محمد، وقد روي عن أبي يوسف غير ذلك، والمشهور عنده ما ذكرناه، وقال ابن حزم: اتفق محمد وأبو يوسف أنه لا نكاح إلا بولي، ثم اختلفا، فقال أبو يوسف: إن تزوجت بغير ولي فأجازة الولي جاز، فإن أبى أن يجيز والزوج كفؤً أجازة القاضي، ولا يكون جائزاً حتى يجيزه القاضي، وقال محمد بن الحسن: إن لم يجزه الولي استأنف القاضي فيه عقداً جديداً"<sup>(1)</sup>، واستدلوا على ذلك بحديث عائشة المتقدم: (أيما امرأة تزوجت بغير إذن وليها فنكاحها باطل)، فعلق البطلان إذا تم بغير إذن وليها، وبأن عائشة زوجت حفصة بنت عبد الرحمن أخيها في غيابه، ولم يمض إلا بإمضائه<sup>(2)</sup>.

القول السادس: مذهب أبي ثور: أنه لا يجوز أن تزوج المرأة نفسها، ولا أن تزوجها امرأة، ولكن إن زوجها رجلٌ مسلمٌ جاز، المؤمنون إخوة، بعضهم أولياء بعض، أخذاً بمفهوم قوله ﷺ: (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل)، فاعتبر عقد غير الولي إذا كان بإذن الولي، وذلك أن النبي ﷺ لما أبطل نكاحها بغير إذن وليها، دل على أنه يصح بإذن وليها<sup>(3)</sup>.

القول السابع: قول داود الظاهري: وهو التفريق بين البكر والثيب، فقال باشرط

له ذلك، وإن طال بولادة الأولاد ونحوها لم يجز له فسخه.

(1) أحكام القرآن 101/2، وينظر المحلى 34/9، والتمهيد لابن عبد البر 90/19.

(2) ينظر: بدائع الصنائع 247/2.

(3) ينظر المحلى لابن حزم 33/9، ونيل الأوطار 119/6، والمجموع للنووي 150/16.

الولي في البكر، وعدم اشتراطه في الثيب، ومن أدلته: حديث ابن عباس المتقدم: ليس للولي مع الثيب أمر (1).

المطلب الثاني: مناقشة الأدلة والترجيح:

المسألة الأولى: مناقشة الأدلة:

أولاً: أدلة الحنفية:

أ- استدلالاتهم من القرآن:

استدلواهم على مذهبهم بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾، على أن الخطاب للأزواج وليس للأولياء بدليل وإذا طلقتم، وأن إضافة العقد إليهن في أن ينكحن مسقطاً لشرط الولي، وأن النهي عن العضل مضمٍ للعقد على رضاهما، لا يتم به الاستدلال.

وقد أجاب عن ذلك العلماء، قال القسطلاني: نزول الآية في قصة معقل بن يسار حيث منع أخته من الرجعة إلى زوجها بعد أن طلقها طلاقاً رجعي، فحلف معقل ألا ترجع إليه، فأمره النبي ﷺ بتكفير يمينه، وأن يرجعها إليه، فكفر وأنكحها إياه، فنزلت الآية، وهذا صريح في سبب نزول الآية، ولا يمنع ذلك أن يكون ظاهر الخطاب للأزواج، حيث وقع فيها: وإذا طلقتم، لكن قوله في بقيتها فلا تعضلوهن أن ينكحن ظاهراً في أن العضل يتعلق بالأولياء، وفيه أن المرأة لا تملك أن تزوج نفسها، وأنه لا بد في النكاح من ولي، إذ لو تمكنت من ذلك لم يكن لعضل الولي معنى، ولا يعارض بإسناد النكاح إليهن؛ لأنه بسبب توفقه على إذنهن، وهن ثيبات (2)، وقال ابن القصار: والدليل على أنها لا تعقد على

(1) إكمال المعلم لعياض 292/4، وشرح النووي على مسلم 205/9، والمحلى 34/9.

(2) ينظر إرشاد الساري 37/7، ومعالم السنن 199/3.

نفسها بحال، قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضِلُوهُنَّ﴾، والدلالة في الآية من وجهين: أحدهما: أن الله عاتب معقلاً لما امتنع من ردّ أخته إلى زوجها، ولو كان لها أن تزوج نفسها أو تعقد النكاح لم يعاتب أخواها على الامتناع منه، ولا أمره رسول الله ﷺ بالحنث، فدل على أن النكاح كان إليه دونها، والوجه الثاني: قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضِلُوهُنَّ﴾، والعضل هو المنع من التزويج، فمنع الله الأولياء من الامتناع من تزويجهن، كما منع أولياء اليتامى أن يعضلوهن إذا رغبوا في أموالهن، فلو كان العقد إليهن لم يكن ممنوعات(1).

والاستدلال بتزويج عائشة ابنة أخيها عبد الرحمن من المنذر بن الزبير، وعبد الرحمن غائب، لا يحقق المراد لهم؛ لأن المقصود بالتزويج التمهيد له، والسعي في الخطبة وإكماله، فأضيف إليها، وليس في الرواية ما يدل على أنها هي التي وليت العقد، كيف يُظنّ بها ذلك، وقد روت عن النبي ﷺ بطلان مثل ذلك، والحنفية حينما يستدلون بمخالفة عمل عائشة للحديث المروي عنها في اشتراط الولي وذلك اعتماداً على أصلهم: أن الراوي الفقيه إذا عمل بخلاف ما روى وكان المرويّ أحاداً رُدّ الحديث، وقد أجاب على ذلك ابن حزم فقال: وأما اعتراضهم بأنه صح عن عائشة وعن الزهري أنهما خالفا ما روي من ذلك، فكان ماذا؟ إنما أمرنا الله عز وجل، ورسول الله ﷺ، وقامت حجة العقل بوجوب قبول ما صح عندنا عن رسول الله ﷺ، ويسقط اتباع قول من دونه عليه الصلاة والسلام، ولا ندري أين وجدوا: أن من خالف باجتهاده مخطئاً متأولاً ما رواه أنه يسقط بذلك ما رواه، ثم نعكس عليهم أصلهم فنقول: إذا صح أن أم المؤمنين والزهري روي هذا الخبر، ورُوي عنهما أنهما خالفاه، فهذا دليل على سقوط الرواية بأنهما خالفاه، بل الظن بهما أنهما لا يخالفان ما روياه، وهذا

(1) شرح البخاري لابن بطال 242/7.

أولى، لأن تركنا ما لا يلزمنا من قولهما لما يلزمنا من روايتهما هو الواجب، لا ترك ما يلزمنا مما روياه لما لا يلزمنا من رأيهما، كيف وقد ثبت عن عائشة أم المؤمنين أنها أنكحت رجلاً من بني أخيها جاريةً من بني أخيها، فرضيت بينهم سنزاً، ثم تكلمت حتى إذا لم يبق إلا النكاح أمرت رجلاً فأنكح، ثم قالت: ليس إلى النساء النكاح، فصح يقيناً بهذا رجوعها عن العمل الأول إلى ما نهبت عليه من أنّ نكاح النساء لا يجوز(1).

قلت: هذا جوابٌ حسن، على أنه ليس في الخبر الذي استدلت به الحنفية أنها هي التي تولت العقد، والأعجب من هذا الاستدلال، استدلالهم بقوله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾، ولا يتم لهم الدليل على مقصودهم؛ لأن الآيات في شأن المبتوتة، وأنها لا تعود إلى من بثتها حتى يطأها زوج آخر، وهذا دلت عليه السنة، حتى يذوق عُسيلتها، وتذوق عسيلته، ونسبة التراجع إليهما باعتبار العاقبة، وإنما يرجعهما الولي بعد تحقق الشرط، واستدلالهم بقوله تعالى: ﴿فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف﴾، لا يتم لهم به الاستدلال، وذلك أن المراد برفع الحرج ألا يُمنعن من النكاح إن أردنه، فلا يدل على تفردهن بغير ولي، كما لم يدل على تفردهن بغير شهود، والمراد التعرض للخطاب والتزين بوجه لا ينكره الشرع(2).

ب- استدلالاتهم من السنة:

\* حديث ابن عباس مرفوعاً: ( الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها)، وحملوا لفظ الأيم على عمومها فيشمل الثيب والبكر،

(1) المحلى 30/9.

(2) ينظر إرشاد الحيران إلى توجيهات القرآن 2/ 89، ومحاسن التأويل للقاسمي 155/2

والمطلقة والمتوفى عنها زوجها، ويجب العمل بعموم العام؛ لأن التخصيص هدرٌ للعموم، وعلى ذلك فالحديث مسقطٌ لاعتبار الولي، وفي استدلالهم نظر من وجوه:

الأول: أن الأيم في أصل اللغة: هي التي أمت من زوجها بموته أو طلاقه، فتخلو منه بعد أن كانت زوجةً، وهي الثيب، وقد تقول العرب لكلّ من لا زوج لها من النساء أيم على الاتساع، لكن الحديث إنما أراد الثيب التي قد خلت من زوجها، بدليل رواية من روى الحديث: الثيب أحق، فكانت روايةً مفسرة، ورواية من روى الأيم مجملة، والمصير إلى المفسرة أولى، ويعين هذا المعنى عطف البكر على الأيم بالواو الذي يقتضي المغايرة بين الأيم والبكر، وإذا كانت غير البكر فهي الثيب لا عموم النساء، وإرادة العموم ترده السنة والقرآن(1).

الثاني: قولهم: يجب العمل بعموم العام، لم يختلف العلماء على وجوب العمل بالعام إذا لم يعارضه غيره، ولم يرد ما يُخصّصه، أما إذا تعارض عمومان، أو ورد مخصص للعام فإنهم يخصصون به ذلك العام، وهذا محل اتفاق بين العلماء خلا الحنفية، وهذا العموم مدعى إذا لاحظنا الرواية المفسرة، ومقتضى السياق، والأدلة الأخرى، فيتعين حمل الحديث على الثيب(2).

الثالث: دل قوله: (أحق بنفسها من وليها) أن لوليها في إنكاحها حقاً، لكن حقها هي أكثر؛ لأن لفظة أفعل: تقتضى المفاضلة مع المشاركة، وحقها: هو أنه لا يتم ذلك إلا برضاها، وليس في ذلك إسقاطٌ للولي(3).

\* حديث الواهبة، لا يتم لهم به الاستدلال، وذلك من وجوه:

(1) ينظر التمهيد 77/19، 78.

(2) ينظر أصول الأحكام لفتاح زقلام ص78.

(3) ينظر إكمال المعلم للقاضي عياض 291/4.

الأول: لم يدل الحديث على أن النكاح قد انعقد بلفظ المرأة، غاية ما هنالك أنها وهبت نفسها، والنبى ﷺ لم يقبل، ولعله إن قبل أوكل غيره على ولايتها.  
الثاني: أن هبة المرأة نفسها خالصة بدون مهر خاصة بالنبى ﷺ لا يقاس عليها.

الثالث: أن قولها: قد وهبت نفسي كالوكالة له على تزويجها من نفسه أو ممن شاء، وهذا ما يدل عليه ختام الحديث: ملكتها بما معك من القرآن(1).

\* حديث ابن عباس: ليس للولي مع الثيب أمر، لا يحقق لهم الاستدلال، فهو غير مسقط للولي، قال ابن عبد البر: ومعناه الذي من أجله ورد أن الثيب لا يجوز عليها في نكاحها إلا ما ترضاه، ولا أعلم مخالفاً في أن الثيب لا يجوز لأبيها ولا لأحد من أوليائها إكراهها على النكاح إلا الحسن البصري، ومعنى ليس له أمرٌ عليها في إجبارها، أو اختيار الزوج، فلا بد من اعتبار رضاها جمعاً بين الأدلة(2)

ج- وأما استدلالهم بالقياس فردّ بأنه لا يصح القياس على الرجل؛ لأن المرأة غير مأمونة على البضع لنقص عقلها وسرعة انخداعها، فلم يجز تفويضه إليها كالمبذر في المال، ثم إن الأصل خصّ بالدليل لا بمحض العقل(3).

هذا وقد حاول الطحاوي تأييد مذهب إمامه برد حديث أبي موسى، وترجيح الإرسال، لأن شعبة وسفيان مقدمان على إسرائيل، والمرسل لا حجة فيه(4)، وقد ثبتت صحة الحديث بما يلزم قبوله، والحديث قد بلغ أبا حنيفة لأنه

(1) ينظر شرح ابن بطال على البخاري 445/6.

(2) التمهيد 318/19، وينظر سبل السلام 3/119.

(3) الكافي في فقه الإمام أحمد 10/3.

(4) شرح معاني الآثار 9/3، ولكنه لما أحس بضعف الرد لجأ إلى التأويل.

أحد رواته كما أثبتنا، وإنما تأوله على نفي الكمال، وهذا أولى من ردّ الثابت الصحيح، وحمل الإمام أبو حنيفة الأحاديث الواردة في اشتراط الولي على الصغيرة، وخص بهذا القياس عمومها، وهو عملٌ سائغٌ في الأصول، وهو جواز تخصيص العموم بالقياس، لكن حديث معقل المذكور رفع هذا القياس، وأما ما ذكره من احتمالات في فهم الحديث فكأنه يقول: ما تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال، فتعين قول الحنفية.

والحقيقة أنه ليس كل ما تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال؛ لأنه لو أخذ بهذا القول على إطلاقه لما كاد يسلم استدلالٌ لمستدل، إذ أين الدليل الذي لا يتطرق إليه احتمال قوي ولا ضعيف ولا واهن؟! فلا بد من التفريق بين الاحتمال القوي والاحتمال الضعيف والواهن، والذي يفصل في تمييز الاحتمالات وترتيبها القرائن، وعلى ذلك إنما يعتبر من الاحتمالات ما كان قوياً تجاذبته الأدلة إثباتاً ونفيًا، وحيث استوى أو قارب المعنى على أكثر من احتمال، ولا موجب للترجيح من دلالة الأدلة، أو اللغة، أو العمل ونحو ذلك، وحيث لم يمكن الجمع بين احتمالات الدليل، وما نحن في صدد من القرائن والأدلة تتطرق بما عليه الجمهور، أو يفهم منها ذلك، والجمع ممكنٌ، ويحمل ما يفهم منه أن الولي غير معتبر اعتباراً رضا المرأة لا إسقاط الولاية عليها، هذا ما فهمه جمهور العلماء من الصحابة فمن بعدهم، بل لا مخالف له بين الصحابة، وعدم المخالفة منهم يعني أنهم لم يعتبروا الاحتمال الذي أورده الطحاوي، ولو كان معتبراً وله حظٌّ من النظر لقال به بعضهم، فلما لم يقولوا به كان فهمهم وما تبادر إليه قرينةً على تعيين أحد المعنيين (1).

(1) ينظر التمهيد 318/19، والمجموع 293/4، وسبل السلام 3/119.

وأما الاحتمال الأخير الذي أورده وهو إخلاء للنص عن الفائدة، وهذا مرجوح، إذ المعنى على هذا الاحتمال: لا يصح عقد على بضع إلا أن يعقده ولي ذلك البضع، وهذا تحصيل حاصل، بخلاف ما إذا فُسر الحديث بالمعنى الذي فهمه جمهور الصحابة والتابعين، وهو أنه لا يصح عقد نكاح المرأة إلا أن يعقده لها وليها الذي له عليها ولاية التزويج، فهذا تأسيس لمعنى يستفاد من النص، وهو أولى من حمله على معنى لا يتجاوز ما هو مسلم معروف ببديهة العقول قبل ورود النص، وهو أنه لا يصح لأحد أن يعقد على شيء إلا من له الحق في العقد عليه، قال ابن عبد البر: الأولى أن يحمل قوله ﷺ: (لا نكاح إلا بولي) على عمومته، وكذلك قوله: (أيما امرأة نكحت بغير وليها فنكاحها باطل) على عمومته أيضاً، وأما حديث (الأيام أحق بنفسها من وليها)، فإنما ورد للفرق بين الثيب والبكر في الإذن(1).

وأجاب النووي على مجموع أدلة الحنفية بما محصله: أن الأدلة التي توهموا تعارضها لا تعارض بينها، لأنها ترشد إلى اعتبار الرضا، وهو طريق الجمع بين الأدلة، وهو أولى من الأخذ ببعضها، وتأويل الآخر(2)، وقال ابن حزم: اعترضوا في رواية أبي موسى: أن قوماً أرسلوه، فقلنا: فكان ماذا؟! إذا صحَّ الخبر مسنداً إلى رسول الله ﷺ فقد قامت الحجة به، ولزمنا قبوله فرضاً، ولا معنى لمن أرسله، أو لمن لم يروه أصلاً، أو لمن رواه من طريقٍ أخرى ضعيفة، كل هذا كأن لم يكن، ثم روى بسنده مثملاً يدل عليه حديث أبي موسى عن عمر بن الخطاب، وأنه ردَّ نكاح امرأة نكحت بغير إذن وليها، وأن امرأة ثيباً جعلت أمرها إلى رجلٍ من القوم غير ولي فأنكحها رجلاً، فبلغ ذلك عمر، فجدد النكاح والمنكح، وأطال في الاستدلال لذلك من أقوال الصحابة والتابعين

(1) التمهيد 97/19.

(2) المجموع 149/61.

وأفعالهم(1).

ثانيًا: قول الأوزاعي: ليس عليه دليلٌ ناهض، ويصادم الأدلة المصرحة بوجود الولي، إذ لم تفرق النصوص بين امرأة وامرأة، وليس له فيها ما يدل على أن المرأة العربية إذا تزوجت مولى يفسخ، وتزوج زينب لزيد، وفاطمة بنت قيس لأسامة يرد عليه(2).

ثالثًا: قول الإمام مالك لا دليل يساعده للتفرقة بين الشريفة والذنية؛ لأن النصوص أطلقت في الوصف ثيبًا وبكرًا، ولم تقيد المرأة بكونها شريفةً أو ذنيّة، وقد ردّ ابن حزم قول مالك بأنه فرّق بين الذنية وغير الذنية، وما علمنا الدناءة إلا معاصي الله تعالى، وأما السوداء، والمولاة: فقد كانت أم أيمن سوداء ومولاة، ووالله ما بعد أزواجه عليه الصلاة والسلام في هذه الأمّة امرأة أعلى قدرًا عند الله تعالى وعند أهل الإسلام كلهم منها، وأما الفقيرة: فما الفقر دناءة، فقد كان في الأنبياء عليهم الصلاة والسلام الفقير الذي أهلكه الفقر، وهم أهل الشرف والرفعة حقًا، وقد كان قارون، وفرعون، وهامان من الغنى بحيث عرف، وهم أهل الدناءة والردالة حقًا، وأما النبطية: فرب نبطية ميسورة، عالية الحال في الدنيا، ورب بنت خليفة هلكت فاقّةً وجهدًا وضياعًا(3).

رابعًا: قول أبي يوسف ومحمد: الأدلة لا تدل على هذا التفصيل، وإنما خصصوا النصوص بالرأي، وهذه مسألة اختلف فيها، وقد سلكها الأحناف، وخاصة إذا كان وجهه ظاهرًا(4)، قال ابن حزم: قول محمد بن الحسن، وأبي يوسف متناقض، لأنهما نقضا قولهما لا نكاح إلا بولي، إذ أجازا للولي إجازة ما

(1) ينظر المحلى 31/9.

(2) إكمال المعلم 293/4.

(3) ينظر المحلى 34/9.

(4) ينظر أصول الأحكام فاتح زقلام ص129.

أخبرا أنه لا يجوز، وكذلك قول أبي حنيفة، لأنه أجاز للمرأة إنكاح نفسها من غير كفاء، ثم أجاز للولي فسخ العقد الجائز، فهي أقوال لا متعلق لها بقرآن، ولا بسنة، لا صحيحة، ولا سقيمة، ولا بقول صاحب، ولا بمعقول، ولا قياس، ولا رأي سديد، وهذا لا يقبل إلا من رسول الله ﷺ الذي لا ينطق عن الهوى (1).

خامساً: قول أبي ثور: رده ابن حزم فقال: قول أبي ثور يرده قول رسول الله ﷺ: فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له، ومانع من أن يكون ولي المرأة كل مسلم، لأن مراعاة اشتجار جميع من أسلم من الناس محال، وحاش عليه الصلاة والسلام أن يأمر بمراعاة محال لا يمكن، فصح أنه عليه الصلاة والسلام عنى قوماً خاصة يمكن أن يشتجروا في نكاح المرأة، لا حق لغيرهم في ذلك، وقوله عليه الصلاة والسلام: فالسلطان ولي من لا ولي له بيانٌ جليٌّ بما قلنا، إذ لو أراد عليه الصلاة والسلام كلَّ مسلم لكان قوله: من لا ولي له محالاً باطلاً، وحاش له من فعل ذلك، فصح أنهم العصابة الذين يوجدون لبعض النساء ولا يوجدون لبعضهن، ودليلنا عليه أن المراد ههنا بالإذن لغيرها من الرجال، بدليل قوله ﷺ: (لا تتكح المرأة المرأة ولا تتكح المرأة نفسها)، ولم يفرق بين أن يكون ذلك بإذن الولي أو بغير إذنه (2).

سادساً: قول داود الظاهري: رده القاضي عياض فقال: ناقض داود في استعمال هذه الأحاديث أصله في موضعين، فقضى بالمفسر منها على المجمل على طريق الكافة، وترك ظاهر اللفظ على مذهبه، وليس من أصله، فخالف أبا حنيفة ومن قال بقوله في البكر: أنها لا يعقد عليها إلا الولي، لعموم قوله: لا نكاح إلا بولي، ووافقهم في الثيب، لظاهر قوله: هي أحق بنفسها من وليها، وأصله في مثل هذه الظواهر إذا تعارضت طرحها، والرجوع إلى استصحاب

(1) ينظر المحلى 34/9.

(2) ينظر المحلى 35/9، والمجموع 150/16.

حال الأصل قبل ورود الشرع، فهذا موضع واحد ناقض فيه أصله، والآخر: أن مذهبه: أن إحداه قول ثالث في مسألة الخلاف فيها على قول خرق إجماع، وهو مذهب بعض أهل الأصول، وقوله هو - هذا في التفريق بين البكر والثيب في اشتراط الولي في العقد، وكونه ركناً من أركان صحة العقد في البكر دون الثيب - قول لم يقله قبله غيره، وإنما الخلاف في أن ذلك في الجميع لازم أو غير لازم(1).

المسألة الثانية: الترجيح:

إن ما يبرحه الدليل هو قول الجمهور، وأن العقد لا يصحّ بعبارة النساء، وإن أظهر الولي رضاه ألف مرة، وهذا ما تعينه الأدلة الصريحة، وما تدل عليه الأحاديث الأخرى جمعاً بين الأدلة، وحديث الباب ناطقٌ بهذا المعنى، فقوله ﷺ: "لا نكاح إلا بولي" نفي للصحة؛ لأنه لما كان لا يجوز حمله على الحقيقة وهو صورة العقد، تعين حمله على أقرب مجاز وهو نفي الصحة لا الكمال، على أن بعض العلماء يرى أن الإجزاء أو الكمال إنما يتعلق بالعبادات؛ لأنها هي التي يمكن فيها ذلك، أما المعاملات فلا يمكن فيها إلا الصحة أو البطلان، فعلى كلا الرأيين يتعين حمله على الصحة، غير أنه على الأول حملاً على الأقرب لعدم وجود الصارف إلى الثاني، وعلى الثاني ليس ثم غيره، فيكون المعنى حينئذ: لا نكاح صحيح إلا بولي، وهو أسلوب حصر، يقصر الموصوف على الصفة، وهو حصرٌ حقيقي لا ادعائي، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، أن لا في قوله ﷺ: "لانكاح إلا بولي" نافية للجنس، واسمها نكرة، والنكرة في سياق النفي للعموم، ثم هذا ما فهمه العلماء، وكل ما أورده المخالف متعقب من وجوه، فيتعين الأخذ بوجوب الولي في المرأة مطلقاً، وعلى فرض قوة

(1) إكمال المعلم 293/4.

الاحتمالات التي ذكرها الأحناف فإن قاعدة سدّ المفاصد من القرائن التي تعين رأي الجمهور، وخاصة في مثل هذا الزمان، ثم إن نصوص القرآن والسنة ناطقةً بوجوب الولي، متوافرةً على الدلالة عليه، لا يمكن أن يغض النظر عنها، ولا تجاوزها، وجعل الخطاب فيها لغير الولي لا يقبل مع كثرتها وتظافرها، فلا محيد عن قبول رأي الجمهور.

وأذكر ختاماً قول ابن حزم الذي يقطع جبهة كل خطيب، حيث قال رحمه الله: لم يثبت أن النبي ﷺ تزوّج امرأة بغير وليّ، أو زوّج امرأة بغير وليّ، أو أمضى نكاحاً بغير ولي، فعن أنس بن مالك قال: لما نزلت في زينب بنت جحش ﴿فلما قضى زيدٌ منها وطراً زوجناكها﴾ (1) قال: فكانت تفخر على نساء النبي ﷺ تقول: زوجكن أهلكن وزوجني الله عز وجل من فوق سبع سموات، فهذا إسنادٌ صحيح مبين أن جميع نسائه عليه السلام إنما زوجهن أولياؤهن، حاش زينب رضي الله تعالى عنها فإن الله تعالى زوجها منه عليه الصلاة والسلام، وصح بهذا معنى قول أم حبيبة رضي الله عنها أن النجاشي زوجها، أي تولى أمرها وما تحتاج إليه، وكان العقد بحضرتة، وقد كان هنالك أقرب الناس إليها عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية، وعمرو، وخالد، ابنا سعد بن العاص بن أمية، فكيف يزوجه النجاشي بمعنى يتولى عقد نكاحها، وهؤلاء حضور راضون مسرورون آذنون في ذلك بيقين لا شك فيه؟! وأما تزويجه عليه الصلاة والسلام المرأة بتعليم سورة من القرآن فليس في الخبر أنه كان لها وليّ أصلاً، فلا يعترض على اليقين بالشكوك، وهكذا القول في كل حديثٍ ذكروه، كخبر نكاح ميمونة أم المؤمنين، وإنما جعلت أمرها إلى العباس فزوجها منه عليه

(1) سورة الأحزاب، الآية: 37.

الصلاة والسلام، ونكاح أبي طلحة أم سليم على الإسلام فقط، أنكحها إياه أنس بن مالك، فهذا كله منسوخ بإبطاله عليه الصلاة والسلام النكاح بغير ولي، وخطاب الله بقرآنه الأولياء، وكل تأويل يخرج عن ذلك إما باطل، أو لامستند له، وذلك أن القول من رسول الله ﷺ هو الزائد على معهود الأصل؛ لأن الأصل بلا شك أن تنكح المرأة من شاءت بغير ولي، فالشرع الزائد هو الذي لا يجوز تركه، لأنه شريعةً واردة من الله تعالى، كالصلاة بعد أن لم تكن، والزكاة بعد أن لم تكن وسائر الشرائع، ولا فرق (1).

---

(1) ينظر المحلى 36/9، 37.

### الخاتمة

بعد هذا العرض لطرق الحديث ودلالاته، ومنزع الأئمة فيها، أسجل هنا أهم النتائج في البحث:

- 1- حديث أبي موسى الأشعري رضوان الله عليه صحيح ثابت، ولا مجال لإعلاله بالاختلاف، ولا بغيره من العلل، وقد صححه جمع كثير من الأئمة.
- 2- المعنى المتعين من الحديث أنه لا يجوز أن يكون العقد بعبارة النساء، ولا بد أن يليه الرجال بحق الولاية التي أعطاها الله لهم، وفي ذلك صونٌ لكرامة المرأة، واستيفاء الحقوق لها، وغلقٌ لأبواب الفساد.
- 3- المراد من النفي في الحديث نفي الصحة لا نفي الكمال، وهو الذي يرجحه السياق، وترجحه الأدلة والعمل.
- 4- عملٌ بمقتضى الحديث جماهير العلماء من لدن الصحابة فمن بعدهم، بل هو محل اتفاق بين الصحابة.
- 5- الولاية شرعت لإكرام المرأة وحفظها لا لإهانتها أو ظلمها، ولذلك لو عضلت أمر القاضي بتزويجها أو أبرمه بنفسه.
- 6- تعريف النكاح بقصره على التمتع فقط فيه هدرٌ للنصوص، وبشاعةٌ تنتافي مع التكريم، إذ المقصود الأسمى فيه امتثال أمر الله، وعمارة الأرض، وتكثير سواد الأمة المحمدية، وإخراج من يدعو إلى الله، ويقوم شرعه وذكره.
- 7- اختلاف العلماء معتبرٌ وفيه تيسيرٌ إذا كان له وجهٌ، ولم يؤدِّ إلى مفسدة ظاهرة، وإلا فاعتبار المؤيد بالأدلة المحقق للمصلحة مراد الشارع هو المتعين. إلى غير ما ذكرت في ثنايا البحث.

## المصادر والمراجع:

1. أحكام القرآن للجصاص، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1405.
2. إرشاد الحيران إلى توجيهات القرآن، الشيخ أحمد أبو مزريق، دار أوياء، زليتن، ط1، 2011.
3. إرشاد الساري لشرح البخاري، القسطلاني، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر.
4. إكمال المعلم بفوائد مسلم، القاضي عياض، المكتبة العتيقة.
5. تاج العروس مرتضى الزبيدي، دار الهداية.
6. تاريخ بغداد، الخطيب البغدادي، دار الكتب العلمية، بيروت.
7. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ابن عبد البر، تحقيق العدوي وآخرون، مؤسسة قرطبة.
8. حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، 1421.
9. روضة الطالبين، النووي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 1405.
10. سبل السلام، الصنعاني، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ط4، 1960.
11. سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين، المكتبة العصرية، صيدا.
12. سنن الترمذي، مكتبة مصطفى البابي، مصر، ط2، 1975.
13. سنن الدارمي، تحقيق خالد السبع وآخر، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1407.
14. السنن الكبرى، البيهقي، وفي ذيله الجوهر النقي، دائرة المعارف، الهند، ط1، 1344.

15. شرح الزرقاني على الموطأ، دار الكتب العلمية، بيروت 1411.
16. شرح صحيح البخاري، ابن بطال، مكتبة الرشد، الرياض، ط2، 1423.
17. شرح معاني الآثار، الطحاوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1399.
18. شرح النووي على صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، 1392.
19. صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، دار باوزير، جدة، ط1، 2003.
20. صحيح البخاري، تحقيق الدكتور البغا، دار ابن كثير، بيروت، ط3، 1407.
21. صحيح مسلم، تحقيق محمد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1390.
22. العدة شرح العمدة، عبد الرحمن المقدسي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2005.
23. العرف الشذي شرح سنن الترمذي محمد أنور الكشميري، تحقيق محمود شاعر، دار التراث العربي، بيروت، ط1، 1425.
24. فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر، دار المعرفة، بيروت، 1379.
25. الفقه المنهجي على مذهب الشافعي، الدكتور مصطفى الخن وآخرون، دار القلم، دمشق، ط4، 1413.
26. الكامل في ضعفاء الرجال، ابن عدي، دار الكتب العلمية.

27. لسان العرب، ابن منظور، دار صادر، بيروت، ط1.
28. محاسن التأويل، القاسمي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418.
29. المحلى، ابن حزم، دار الفكر، بيروت.
30. المجموع شرح المذهب، النووي، دار الكتاب العربي، ط1، 1398.
31. المستدرک على الصحيحين، الحاكم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411.
32. مسند أبو داود الطيالسي، دار المعرفة، بيروت.
33. مسند أحمد، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط2، 1420.
34. مسند البزار، مكتبة العلوم والحكم، المدينة، ط1، 2009.
35. مشارق الأنوار على صحاح الآثار، القاضي عياض، المكتبة العتيقة، تونس.
36. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد المقري، المكتبة العلمية، بيروت.
37. مصنف أبو بكر ابن أبي شيبة، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409.
38. مصنف عبد الرزاق، تحقيق الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1403.
39. المعجم الأوسط، الطبراني، تحقيق عوض الله، دار الحرمين، القاهرة، 1415.
40. معالم السنن، الخطابي، المطبعة العلمية، حلب، ط1، 1932.
41. معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، بيروت، 1399.
41. المغني، ابن قدامة، دار الفكر، بيروت، 1405.
42. مواهب الجليل، الخطاب، دار عالم الكتب، ط1، 1423.
43. النهاية في غريب الأثر، المكتبة العلمية، بيروت، 1979.
44. نيل الأوطار، الشوكاني، تعليق: محمد المشقي، إدارة الطباعة النيرية.

الاختصاص القضائي الدولي ونظر محاكم الدولة  
في المنازعات ذات العنصر الأجنبي

عبد المنعم قريرة مرعي

عضو هيئة التدريس بكلية القانون - جامعة سرت

E-mail: Dr.monaemgrera@gmail.com

## المقدمة

إن الدولة تنشأ بتوافر أركانها الثلاثة، وهي الشعب والإقليم والسيادة، فالدولة تصبح طرفاً فعالاً من أطراف النظام الدولي، بعد أن يتم الاعتراف بها من قبل الدول الأخرى<sup>(1)</sup>، وإن الدول ذات السيادة هي الطرف الرئيسي من أطراف النظام الدولي المعاصر.

وإن وسائل تحقيق العلاقات الدولية أساسها العلاقات الدولية التي تقوم بين الدول باعتبارها من أشخاص القانون الدولي العام- أي أنها مكرسة في الأساس لبحث الأشكال القانونية للعلاقات بين الدول.

وتحوز قواعد الاختصاص القضائي الدولي درجة كبيرة من الأهمية في القانون الدولي الخاص، فهذه القواعد هي التي تكفل حماية الحقوق والمراكز القانونية التي يتمتع بها الأشخاص، ولولا هذه الحماية لتجردت الحقوق والمراكز القانونية من كل قيمة لها.

ومن ناحية أخرى فهذه القواعد هي التي تحدد الاختصاص الدولي لمحاكم كل دولة بنظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي، وهذا التحديد للمحكمة بنظر النزاع له أثره البالغ على الحل النهائي للنزاع، ذلك أن تحديد الاختصاص الدولي يساهم إلى حد كبير في تكوين الحكم الذي سوف تصدره المحكمة

(1) انظر في ذلك: د. مصطفى عبد الله خشيم، موسوعة علم العلاقات الدولية، الناشر الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، طرابلس، طبعة 1994م ص 254.

## المختصة بالمنازعة الدولية (2).

وقد اختلفت نصوص الفقهاء في تحديد المقصود بالاختصاص القضائي الدولي كل حسب رؤيته الخاصة، ومع ذلك نحن نفضل التعريف الذي أخذ به جانب من الفقهاء<sup>(3)</sup>، والذين يرون أن اصطلاح الاختصاص القضائي الدولي يقصد به « بيان القواعد التي تحدد ولاية محاكم الدولة في المنازعات التي تتضمن عنصراً أجنبياً إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى، وذلك بالمقابلة لقواعد الاختصاص الداخلي التي تحدد اختصاص كل محكمة من محاكم الدولة إزاء غيرها من محاكم نفس الدولة » .

ووفقاً لهذا التعريف فإنه إذا ما رفعت دعوى تتعلق بمنازعة ذات عنصر أجنبي أمام إحدى محاكم دولة ما، فإن الأمر يتطلب أن تحدد هذه المحكمة بدايةً ما إذا كانت مختصة بنظر هذا النزاع أم لا، فإذا انتهت إلى أنها مختصة انتقلت بعد ذلك إلى تحديد ما إذا كان هذا النزاع يدخل ضمن اختصاصها المحلي أو النوعي على النحو الذي تحدده قواعد الاختصاص الداخلي، أما إذا انتهت إلى أنها غير مختصة بنظر النزاع، كما لو كان هناك قيود يمكن مراعاتها، مثل المعاهدات والعرف الدولي، ولا سيما مسألة

(2) د. فؤاد رياض، ود. سامية راشد مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الناشر دار الفكر الجامعي الإسكندرية سنة 1993: ص 12، وانظر: أيضاً د. أحمد قسمت الجداوي، مبادئ القانون الدولي الناشر، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1988 ص 13.

(3) في فقه هذا الاتجاه راجع: د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، 1977م: ص 605. وانظر كذلك: مرجع د. هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، 1972م: ص 7.

الحصانات القضائية التي يفرضها القانون الدولي العام على سيادة الدولة، فإذا انتهت إلى أنها غير مختصة فيجب أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى المتعلقة بالحصانة القضائية.

فبينما يتم تكوين قواعد القانون الداخلي عن طريق السلطة التشريعية المركزية لكل دولة، فإن مثل هذه السلطة تفتقد تواجدتها في المجتمع الدولي، فالدول ذات السيادة لم تقبل، ولن تقبل قيام سلطة تشريعية عليا تباشر اختصاص التشريع الدولي؛ وذلك لسبب منطقي هو أن وجود مثل هذه السلطة مؤداه تفريغ السيادة من مضمونها، أي تحول الدول إلى وحدات تابعة؛ لذا فكل الدول تشارك في تكوين القواعد القانونية الدولية، فإذا كانت هناك مركزية في وضع قواعد القانون الداخلي «فإن اللامركزية صفة تقترن بعملية تكوين قواعد القانون الدولي العام».

ولاشك أن الدول من ناحية لا يمكن إلزامها بغير ما تريد، غير أنه ومن ناحية أخرى فليس للدول أن تقوم - بصفة مطلقة - برفض الانصياع لاحترام قواعد القانون الدولي العام السارية في العلاقات فيما بينها، والحقيقة أن كل ما يحرك سلوكها هو اجتماع وتآلف العاملين الآتين: العامل الأول: يتمثل في ضرورة الحفاظ على مصالحها الأساسية والخاصة بها، والعامل الثاني: يتمثل في أن كل دولة لا تستطيع أن تعيش بمعزل عن الدول الأخرى بالنظر إلى تشابك المصالح فيما بينها، ففي إطار انضواء كل دولة في إطار الجماعة الدولية فإنه لا بد أن تلتزم بما يسري بصفة أساسية من قواعد

مشتركة لا خلاف عليها بحكم أنها ضرورية لانتظام هذه الجماعة، بل إن أعضاء الجماعة الدولية لا يسمحون في الغالب لإحداها بإتيان سلوك مخالف للقواعد السارية المفعول أو التخلي عنها.

وأن الأصل ولاية القضاء الإقليمية، حيث تختص محاكم الدولة بالنظر في كافة المنازعات التي تقع على إقليمها لاعتبارات معينة، يأتي في مقدمتها مبدأ السيادة (سيادة الدولة)، فتتنظيم السلطة القضائية في الدولة يعتبر من أهم مظاهر سيادتها على إقليمها، فالإقليم لا يخرج عن كونه المجال المكاني الذي تمارس فيه الدولة اختصاصاتها، والإطار الذي تعتبر تصرفات السلطة فيه مشروعة، كما أنه تحقيق العدالة في إقليم الدولة الإقليمية لقضائها، ولا شك أن من أبرز مظاهر السيادة السلطة القضائية التي تعتبر من السلطات الأساسية في أي دولة، والتي تتمسك كل دولة بالاختصاص بتنظيمها دون أن تقبل لأي جهة أخرى أن تشاركها في هذا التنظيم.

ويمكن حصر الأفكار العامة التي تسيطر على تحديد الاختصاص في ثلاثة أفكار أساسية وهي: القوة، الفاعلية، الملاءمة، فمثلاً: فكرة القوة تقوم على أن الأساس في عقد الاختصاص لمحاكم دولة ما بنظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي هو القوة المادية لهذه المحاكم تجاه المدعى عليه، فخضوع المدعى عليه للسيطرة المادية للدولة يعني إمكانية إجباره على الانصياع لتنفيذ الأحكام التي تصدرها محاكم هذه الدولة، والحقيقة أن مبدأ قوة النفاذ يعتبر من إحدى قواعد الاختصاص القضائي الدولي مع غيره من المبادئ القانونية

## المبحث الأول

المبادئ التي تحكم ممارسة الدولة لاختصاصها فوق إقليمها

وتقيدها بالمنازعات ذات العنصر الأجنبي

الأصل أن كل دولة تتولى تحديد نطاق اختصاص محاكمها بالمنازعات ذات الطابع الدولي؛ لأن هذا التحديد يعتبر أهم مظاهر سيادة الدولة، ويترتب على ذلك وجود مبدأ عام في مجال الاختصاص القضائي الدولي، وهو مبدأ حرية الدولة في تحديد الاختصاص الدولي لمحاكمها، وإذا كان الأصل أن القواعد القانونية المنظمة للاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية هي قواعد وطنية المصدر، بحيث يمكن أن يختلف مضمونها من دولة لأخرى، مع ذلك فالثابت أن هناك مبادئ عامة تشترك غالبية الدول المتحضرة في إتباعها؛ بغية تحقيق هدف مهم هو دفع حركة التجارة الدولية، وذلك بالقدر الذي لا يهدر سيادة الدولة المعنية.

وإزاء عدم وجود جهة دولية تتولى حل المنازعات ذات الطابع الدولي، أو حتى تقوم بتوزيع الاختصاص بحلها على محاكم مختلف الدول، فلا مفر من قيام الدولة بهذا العبء، ومن ناحية أخرى فإن توزيع الاختصاص على المحاكم يعتبر تكليفاً لسلطة قضائية بالقيام بالعمل، وهو ما لا يتصور أن يصدر إلا من الدولة ذاتها.

فحرية الدولة تتقيد بوجود قيام اختصاص محاكمها بالنزاع بناء على صلة أو رابطة فعلية، ذلك أن هذه الصلة هي التي تبرر عقد الاختصاص

بالنزاع لمحاكم الدولة، كما أنها تضمن تحقيق مبدأ الفاعلية أو قوة النفاذ، بيان ذلك أن الدولة حينما تقرر عقد الاختصاص بنزاع ما لمحاكمها يجب أن يكون ذلك مبنياً على أساس يضمن الفاعلية لما تصدره من أحكام، فتحديد نطاق اختصاص محاكم الدولة يتوقف على مدى الفاعلية التي يمكن أن توفرها هذه المحاكم للأحكام التي سوف تصدرها في المنازعات ذات الطابع الدولي، ويجب تحديد ضوابط الاختصاص القضائي الدولي بصفة وطنية، بمعنى أنها تقترن بصفة وطنية، بحيث يؤدي إلى عقد الاختصاص للمحاكم الوطنية للدولة.

فالدولة حرة في تحديد الاختصاص وتحديد سياستها، وهي تنفرد في رسم اختصاص محاكمها، ولا يجوز لأي فرد أو جهة أجنبية أو هيئة دولية التدخل في تنظيم الاختصاص القضائي لدولة من الدول، وتستمد الدولة سلطتها من مبدأ سيادتها واستقلالها المقرر لها بمقتضى قواعد القانون الدولي العام.

« وإن مبدأ حرية الدولة في تحديد الاختصاص الدولي لمحاكمها، وإن بدأ منطقياً ومسلماً به، إلا أنه ليس مطلقاً، وإنما يتقيد بقواعد القانون الدولي، التي قد تخرج بعض المنازعات من اختصاص القضاء المحلي، فحرية الدولة في وضع ضوابط الاختصاص القضائي الدولي تقيدها ما تكون قد أبرمتها الدولة من معاهدات في هذا الصدد، كذلك قواعد العرف الدولي

المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي»<sup>(4)</sup>.

ثم إن الدولة تتفقد بضرورة مراعاة واقع وجودها في المجتمع الدولي؛ ذلك أن اعتداء الدولة على مجال الاختصاص القضائي لمحاكم الدول الأخرى، وإهدارها حقوق الدول الأخرى المماثلة، من شأنه رفض الجماعة الدولية للأحكام الصادرة من محاكم هذه الدولة، بحيث تكون هذه الأحكام عديمة القيمة خارج حدود الدولة التي صدرت من محاكمها .

فالقاعدة: أن كل دولة لها سلطة كاملة في حسم المنازعات التي تثور على ترابها، دون النظر إلى طبيعة النزاع المعني، أو حق المدعي أو المدعى عليه، وأساس سلطان الدولة المتقدم، هو سيادتها الإقليمية التي تشمل كافة الوقائع التي قد تحدث على إقليمها ، أياً كان نوعها، والمعروف أن القانون الدولي العام يعتبر كل دولة ذات سيادة، أو بعبارة أخرى فإن القانون الدولي العام، هو مصدر السيادة التي تتمتع بها الدولة.

وهذا الاستنزال، إنما تم جبراً على الدولة، وبموجب أحكام القانون الدولي، والتي تنهي المشرع الوطني عن إدخال مثل هذه المنازعات في ولاية قضائه، وترفض منح سلطتها القضائية ولاية الفصل في بعض المنازعات، رغم تضمينها لعنصر أجنبي؛ رعاية لسياستها التشريعية.

وأن القانون الدولي يفرض قيوداً على الدولة عند وضع الأحكام المنظمة

(4) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية لأحكام، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996، ص 130.

للاختصاص الدولي لمحاكمها، ولكن الثابت مع ذلك، أن الدولة إنما تستجيب لهذه القيود ، بمحض إرادتها وليس جبراً عنها.

فكان بوسع هذه الدولة أن تصدر تشريعها المنظم للاختصاص الدولي لمحاكمها، وللأخيرة حق نظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي، التي يكون المتمتعون بالحصانة القضائية أطرافاً فيها.

وأن غاية ما في الأمر أن الجماعة الدولية، سوف تقوم بتوقيع الجزاء المناسب، على الدولة التي أصدرت التشريعات ، ولكن هذه التشريعات سوف تظل مع ذلك سارية المفعول في الدولة التي أصدرتها، وليس لأي قوة إلغاؤها، ما لم يتم إلغاء السلطة في الدولة المعنية ، بحيث تقوم سلطة خارجية بفرض إرادتها في هذا الصدد.

وبهذه المثابة، يحق لنا القول: بأن الدولة المعنية تخرج المنازعات التي يكون أطرافها من العنصر الأجنبي بكامل إرادتها؛ احتراماً لأحكام القانون الدولي في هذا الصدد، أو بعبارة أخرى: فهي تقيد اختصاصها الدولي بإرادتها الكاملة، فالحصانة - إن - قيد على القواعد المتعلقة بالاختصاص.

وعلى هذا النحو ، فالدولة تستبعد من اختصاصها الدولي المنازعات ذات العنصر الأجنبي، وأساس الاستبعاد هو رعاية مصلحتها التشريعية، والدولة يجب أن تضع في اعتبارها مقدار الجزاء الذي سيوقع عليها ، حال انتهاكها للقاعدة الدولية .

وعليه سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة، وفي المطلب الثاني نتناول أثر القانون الواجب التطبيق في الدعوى القضائية على حصانة الدولة، وذلك على النحو التالي :

### المطلب الأول

#### ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة

يهدف الاختصاص القضائي الدولي إلى تحديد حالات اختصاص محاكم الدولة، ويكون ذلك وفقاً لقواعد الاختصاص، وتقوم هذه القواعد على معايير أو ضوابط للاختصاص، مثل موطن الخصوم، أو موقع المال، أو محل نشأة الالتزام ... إلى غير ذلك من معايير.

إلا أن هذه الضوابط تستخدم بصفة وطنية، بمعنى أنها تقتصر بصفة وطنية، حيث تؤدي إلى عقد الاختصاص للمحاكم الوطنية للدولة، فإذا ما أردنا مثلاً الأخذ في ليبيا بقاعدة للاختصاص القضائي مبنية على موطن الخصوم، لفتنا تختص المحاكم الليبية بمنازعات المتوطنين في ليبيا، أو بالدعاوي التي ترفع على متوطنين في ليبيا.

« وذلك لأن ترك الضابط عاماً سيؤدي إلى احتمال اختصاص محاكم دولة أجنبية بالنزاع، وهو ما لا تملكه الدولة، كما لو نصت على اختصاص محاكم

دولة الخصوم على سبيل المثال»<sup>(5)</sup>.

بيد أن دخول النزاع في اختصاص محاكم الدولة قد لا يتحقق من الناحية العملية، بمعنى أن دخول النزاع في اختصاص محاكم الدولة من الناحية النظرية - أي وفقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي - لا يعني بالضرورة أن محاكم هذه الدولة ستنتظر في هذا النزاع الداخل بحسب الأصل في اختصاصها، وهذا الوضع في الحقيقة راجع بصفة أساسية إلى الطبيعة الخاصة بالمنازعات الدولية الخاصة، والتي غالباً ما ينعقد الاختصاص بشأنها لأكثر من دولة، أي محاكم دول مختلفة، بما يعني إمكانية اتفاق الخصوم على عرض النزاع أمام محكمة معينة من محاكم هذه الدول، وقد تكون إحدى هذه المحاكم أقدر على الفصل في النزاع من غيرها من المحاكم المختصة الأخرى بنظر هذا النزاع، فيتم التخلي عن نظر النزاع لصالح هذه المحكمة، ومن المتصور إعمال الدفع بالإحالة في مجال الاختصاص القضائي الدولي باعتبار أن نفس الدعوى مرفوعة أمام عدة محاكم.

ويعطي القانون الدولي العام لكل دولة الحق في تحديد الأحوال أو الاعتبارات أو الضوابط أو الأسس في تحديد الاختصاص الدولي للمحاكم، وحتى في العلاقات ذات الطابع الدولي، أو التي لها ارتباطات مع أكثر من دولة واحدة، ومن هذه الضوابط:

أولاً- ضابط جنسية المدعي:

(5) د. إبراهيم أحمد، مرجع سبقته الإشارة إليه: ص 133.

ووفقاً لهذا الضابط ينعقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في الحالة التي يكون فيها المدعي منتماً لجنسية هذه الدولة، وقد جانب هذا المعيار نقد شديد؛ لأنه يستند إلى مفاهيم سياسية قديمة، كانت تعتبر اللجوء إلى القضاء امتيازاً قاصراً على الوطنيين وحدهم، وهي مفاهيم لم يعد لها وجود في الفكر القانوني المعاصر؛ « حيث يقوم الاختصاص القضائي بمفهومه الحديث على فكرة تحقيق العدالة، وتوفير الأمن والسكينة من الدولة، وفض المنازعات التي تثور بين المتقاضين أياً كانت جنسيتهم »<sup>(6)</sup>.

#### ثانياً- ضابط جنسية المدعى عليه:

وفقاً لهذا المعيار ينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة التي ينتمي إليها المدعى عليه بجنسيته، وهو ضابط شخصي، وغير إقليمي، مبني على صفة الشخص، دون الاعتماد بالإقليم، وقانوني؛ لأنه مبني على فكرة قانونية، وعام؛ لأنه لا يقتصر على طائفة معينة من المنازعات دون غيرها<sup>(7)</sup>.

وإن مؤيدي هذا الاتجاه من الفقه<sup>(8)</sup> يبررون أساس تأييدهم على أن الأصل في المدعى عليه هو براءة الذمة، وأن على المدعي أن يسعى إلى المدعى عليه، ويبينون الاختصاص على ضابط جنسية المدعى عليه.

(6) في تأييد هذا الاتجاه من الفقه انظر: د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الطبعة التاسعة، 1986م: ص 674.

(7) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 645.

(8) انظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، أصول المرافعات المدنية والتجارية الدولية، مكتبة العالمية المنصورة، 1984 ص 90.

وأعتقد من وجهة نظري أن ضابط جنسية المدعى عليه لكي يكون محققاً من الناحية العملية للفائدة المرجوة منه- وهي التيسير على المدعى عليه- فإنه من الضروري أن يكون للمدعى عليه موطن أو محل إقامة أو أموال في دولته، الأمر الذي يجعل من عقد الاختصاص لمحاكم دولته أمراً مرغوباً فيه مؤدياً إلى التيسير عليه فعلاً.

ثالثاً: ضابط موطن المدعى عليه.

بناء عليه ينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة التي يوجد بها موطن المدعى عليه، أو محل إقامته، وهو ضابط شخصي إقليمي؛ لأنه مبني على الصلة بين الشخص وإقليم الدولة، وهو ضابط قانوني؛ لأنه مبني على قوة قانونية، وهو ضابط عام؛ لأنه لا يقتصر على طائفة معينة من المنازعات<sup>(9)</sup>.

ويعد هذا الضابط أكثر شيوعاً في التشريعات الوضعية، وفي مجال الاختصاص القضائي الدولي، كما هو الحال في مجال الاختصاص الداخلي، وذلك في جميع الدول، ومن الأسباب التي تدعو إلى تبرير الأخذ بهذا الضابط هو أن محكمة موطن المدعى عليه هي أكثر المحاكم قدرة على إلزام المدعى عليه بالحكم الصادر منها، كما أنها الأكثر قدرة على كفالة آثار الحكم الصادر منها، باعتبار أن موطن المدعى عليه هو المكان الذي تتركز فيه مصالحه وأوجه نشاطه .

وإذا كان الأخذ بضابط موطن المدعى عليه في مجال الاختصاص الداخلي يستند إلى حجة مفادها أن الأصل في المدعى عليه براءة الذمة، وأنه ليس من المعقول أن تحمله مشقة الانتقال إلى محكمة غير محكمة

(9) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 646.

موطنه قبل أن تثبت مسؤوليته، فإن هذه الحجة تبدو أكثر وضوحاً في مجال الاختصاص القضائي الدولي، حيث لا يقتصر الأمر على الانتقال إلى محكمة بعيدة في نفس الدولة، ولكن الانتقال إلى محاكم دول أخرى، وما ينطوي عليه ذلك من مشقة أكبر في السفر وأعباء مالية أكثر<sup>(10)</sup>، «كما أن الأخذ بضابط موطن المدعى عليه يقوم أيضاً على أساس عملي، أن المدعي سيء النية، ويقوم بدفع دعواه أمام محاكم بعيدة عن موطن المدعي عليه، ويكبده مصاريف الانتقال دون أن يستطيع هذا الأخير استرداد نفقاته من المدعي»<sup>(11)</sup>.

ويعتبر موطن المدعي عليه من أهم الضوابط التي يقوم عليها الاختصاص القضائي الدولي في كافة الدول، وأساس الأخذ بهذا الضابط هو مبدأ قوة النفاذ، إذ أن محكمة موطن المدعي عليه<sup>(12)</sup> بلا شك هي الأقدر على إلزامه بالحكم الصادر، ضده بمالها من سلطة فعلية عليه، وهي أيضاً أقدر محكمة على كفالة آثار الحكم الصادر منها باعتبار أن الموطن هو المكان الذي تركز فيه عادة أوجه أنشطة الفرد ومصالحه.

رابعاً: ضابط الخضوع الإرادي أو قبول ولاية القضاء.

يقوم هذا الضابط على فكرة الاعتداد بإرادة الأطراف في مجال تحديد

(10) د. هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة، الناشر دار النهضة العربية، 1972، ص 47.

(11) د. هشام صادق، مرجع سابق، ص 47.

(12) إذا كان مقيماً في البلاد أو له فيها موطن مختار، فإنه عملاً بنص المادة 3، مرافعات مدني لبيبي يكون الاختصاص للمحاكم الليبية، مجلة المحكمة العليا الليبية، السنة التاسعة، العدد الأول، أكتوبر، 1970م، ص 70.

الاختصاص القضائي الدولي، أي أنه من الجائز أن يتفق الطرفان المتنازعان على عقد الاختصاص القضائي لمحكمة دولة معينة، حتى لو كانت هذه المحكمة غير مختصة أصلاً، طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي الخاص بها.

وإذا كنا قد عرضنا في إيجاز بعض المبادئ العامة التي يسترشد بها المشرع الوطني عند صياغته لقواعد الاختصاص الوطنية، فإننا سنعرض إلى القيد الذي يجعل المشرع الوطني مقيد الاختصاص لمحاكم دولته، منها العرف الدولي والاتفاقيات الدولية، وبمعنى آخر تتولى الدول وضع قواعد الاختصاص القضائي، وفقاً لقوانينها، ومقيدة لما تبرمه من معاهدات في هذا الشأن، وبقواعد العرف الدولي المستقرة في هذا الشأن.

فالحصانة القضائية هي مانع يحول دون خضوع المستفيد بها للقضاء الأجنبي بشأن بعض المنازعات، إلا إذا قبل الاحتكام إلى هذا القضاء بشكل صريح، فهي بمثابة إعفاء لأشخاص معينين من الخضوع للقضاء الإقليمي في دولة أجنبية بشأن منازعات معينة .

وأن الرأي السابق ينطوي في اعتقادي على خلط كبير بين حق الدولة في الجزاء الجنائي، واختصاصها القضائي لمحاكمة الجناة، فالحق الأول لا يرد عليه أي قيد، بخلاف الاختصاص القضائي، فهو وحده محل هذه القيود. إن الدولة تمارس طبقاً لنظرية السيادة اختصاصها على جميع الأفراد المقيمين فوق إقليمها، وعلى كافة التصرفات الصادرة منها، والدولة -وهي

تضع معايير وضوابط لاختصاص محاكمها بجميع المنازعات الواقعة على إقليمها، سواء ضابط جنسية المدعي عليه، أو ضابط موقع المال، أو ضابط مصدر الالتزام، أو محل تنفيذه - تنقيد بالقانون الدولي العام، أي أن النزاع يدخل في اختصاصها وفقاً لضوابط معنية بحسب الأصل، ولكنها تمتنع عن نظر المنازعات التي يكون أحد طرفيها أجنبياً؛ لأنهم غير مقيمين على أراضيها.

### المطلب الثاني

أثر القانون الواجب التطبيق في الدعوى القضائية على حصانة الدولة إن الاختصاص القضائي الدولي يرتبط بسيادة الدولة، وأن هذا الاختصاص يتوقف تحديده على ارتباط عناصر العلاقة القانونية بتلك الدولة التي تحكم المحكمة باسمها، وسواء أكان هذا الارتباط شخصياً أم إقليمياً، وفي حالة انتفاء هذه الصفة لا يحظى الحكم بأي صفة تنفيذية في الخارج. وأن قواعد الاختصاص الدولي هي التي تحدد الاختصاص الدولي لمحاكم كل دولة بنظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي، ذلك أن تحديد الاختصاص القضائي الدولي يساهم إلى حد كبير في تكوين الحكم الذي سوف تصدره المحكمة المختصة بالمنازعة الدولية .

وفي القانون الدولي الخاص لا توجد جهة قضائية، مثل المحاكم الوطنية للدول التي تتولى الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأشخاص الخاصة، طبيعية أو اعتبارية في العلاقات الخاصة الدولية، والتي يحددها القانون

الدولي العام، وأن القانون الدولي الخاص لا يتضمن إلا مادة تنازع القوانين، ولكن في الحقيقة أن علم القانون الدولي الخاص يتسع ليشمل إلى جانب تنازع القوانين موضوعات أخرى، منها الاختصاص القضائي الدولي.

وإذا كان الاختصاص القضائي الدولي يهتم ببحث مسألة اختصاص محاكم كل دولة بنظر المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، فإن مادة تنازع القوانين تتولى تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعات، باعتبار أن القواعد القانونية التي تنظم حماية الحقوق والمراكز القانونية لا تقل أهمية عن تلك التي تنظم ممارسة الحقوق.

وتحتل مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الدعوى القضائية، باعتبار هذه الأخيرة الوسيلة الفنية للحصول على الحماية القضائية للحق الموضوعي، أو المركز القانوني الذي نشأ عن العلاقة القانونية المتضمنة عنصراً أجنبياً تحتل مركزاً هاماً في القانون الدولي الخاص، ولقد ازدادت تلك الأهمية منذ اللحظة التي اقترن فيها حق الأجنبي بالالتجاء إلى القضاء بتقرير اختصاص المحاكم الوطنية بنظر الدعاوي بين الأجانب كمبدأ عام، حيث إن مجرد الاعتراف للأجنبي بالحق في الالتجاء إلى القضاء ذاته بنظر الدعاوي بين الأجانب يعد أمراً لا قيمة له من الناحية العملية.

فإذا كان الأجنبي يتمتع الآن - دون قيود كأصل عام - بحق الالتجاء إلى القضاء، فإن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الدعوى القضائية تعد من أدق مشاكل القانون الدولي الخاص؛ نظراً لما يكتنف نظرية

الدعوى القضائية من غموض ليس على صعيد القانون فحسب، وإنما أيضاً في إطار القانون الداخلي.

وأن القانون الدولي الخاص هو الذي يحدد -بالإضافة إلى القواعد المنظمة للاختصاص العام المباشر للمحاكم الوطنية- القواعد التي تحكم القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وأثار الأحكام، وذلك إذا كانت العلاقة القانونية محل المنازعة متضمنة عنصراً أجنبياً.

وإذا كانت المنازعات ذات العنصر الأجنبي تثير بحثاً عن المحكمة المختصة بنظرها، فإنها تثير أيضاً البحث في الإجراءات التي تتبع في نظرها، والفصل فيها، وبالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات في المنازعة الدولية، فهناك قاعدة راسخة بمقتضاها تخضع إجراءات المنازعة الدولية لقانون الدولة المرفوعة أمامها الدعوى، أو ما يعبر عنه عادة للاختصاص بقانون القاضي، بافتراض أن القاضي يتمتع بجنسية الدولة التي يمارس القضاء فيها<sup>(13)</sup>.

وقد أكد المشرع المصري قاعدة خضوع الإجراءات لقانون دولة القاضي « حيث تنص المادة 22 مدني على أنه « يسري على جميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه

(13) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام، مرجع سابق: ص 138.

## الإجراءات». (14)

ومن القواعد المستقرة في القانون الدولي الخاص قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضي المختص بنظر النزاع، وإذا طبقنا هذه القاعدة في تكييف الحصانة القضائية، فإنه يعني خضوع مسألة التكييف لقانون الدولة المرفوعة الدعوى أمام محاكمها<sup>(15)</sup>، إلا أن هذا قد يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة، ويتعارض مع فكرة الحصانة القضائية ذاتها، باعتبارها قاعدة من قواعد القانون الدولي العام، ويمكن الاستناد على نفس هذه المبررات لرفض تطبيق قانون الدولة المدعي عليها بشأن عملية التكييف، وباعتبار أن الحصانة القضائية تجد مصدرها في القانون الدولي العام العرفي أو الاتفاقية، فإنه يجب أن تخضع لقواعد العرف الدولي أو الاتفاقية إن وجدت<sup>(16)</sup>، فإن لم توجد فإنه يجب على القاضي المعروض عليه النزاع أن يطبق قانون الدولة المدعية، باعتبار أن هذا القانون هو الذي يمكن في ضوءه تحديد طبيعة النشاط، أو العمل موضوع النزاع، وتحديد ما إذا كان مشمولاً بالحصانة القضائية أم لا.

عليه فإنه ليس للقاضي المعروض عليه النزاع أن يحكم قانونه الوطني

(14) نقض مدني 6 مايو سنة 1969، الطبعة رقم 231 لسنة 35ق، مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة العشرون، العدد الثاني: ص 717.

(15) انظر في ذلك: د. هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص 105.

(16) د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، مشكلة الحصانة القضائية ضد التنفيذ في القانون الدولي الخاص المقارن - مكتبة القصر، سنة 1991م. مرجع سابق: ص 293.

في شأن القانون الواجب التطبيق على المنازعة الدولية، إلا إذا لم يجد في قواعد العرف الدولي أو الاتفاقي ما ينص على الحصانات القضائية .  
وفي إطار تحديد هذا القانون ذهب رأي فقهي<sup>(17)</sup>، إلى أن التكييف يجب أن يتم طبقاً لقانون القاضي الذي ينظر المنازعات الناشئة التي باشرتها الدولة، مع إمكانية استعانة القاضي إذا لزم الأمر بقانون الدولة التي تتمسك بالحصانة للوصول إلى التكييف السليم للنشاط محل النزاع.

## المبحث الثاني

### طبيعة الدفع بحصانة الدولة

عرفنا فيما سبق أن الأصل في ولاية القضاء هو الإقليمية، أي الاختصاص الإقليمي، الاختصاص المقرر لكل دولة بناء على سيادتها على إقليمها، حيث تختص محاكم الدولة بالنظر في كافة المنازعات التي تقع في إقليمها لاعتبارات معينة، يأتي في مقدمتها مبدأ سيادة الدولة، فتنظيم السلطة القضائية في الدولة يعتبر من أهم مظاهر سيادتها، كما أن تحقيق العدالة في إقليم الدولة، واستقرار الأمن فيها يتطلب إخضاع جميع المنازعات التي تقع داخل الحدود الإقليمية لقضائها، ومن هنا فإن كل دولة تتولى تحديد اختصاص محاكمها بالمنازعات ذات الطابع الدولي، وبطبيعة الحال يتم هذا

(17) انظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة: أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 282.

التحديد وفقاً لاعتبارات وضوابط معينة، تبرر اختصاص محاكمها بالمنازعات الدولية الخاصة، وهذه الضوابط كما ذكرنا في حدود ولاية القضاء في المنازعات ذات العنصر الأجنبي قد تكون ضوابط موضوعية، وقد تكون شخصية، أو مراعاة مبدأ حسن أداء العدالة.

ولقد بدأت الدول، تتمتع بهذه الحصانات في الدول الأخرى؛ إعمالاً لأحد مبادئ القانون الدولي المستقرة<sup>(18)</sup>، وهو مبدأ المساواة القانونية بين الدول أعضاء المجتمع الدولي، مما لا يجوز معه قيام إحدى الدول بمقاضاة دولة أخرى أمام محاكمها، كما أن سيادة الدولة واستقلالها تتنافى مع خضوعها لقضاء دولة أخرى أجنبية.

وبما أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي تستبعد عن طريق اتفاق الخصوم، وكذلك بتخلي القاضي عن اختصاصه والدفع بالإحالة، فهناك كذلك حالات يتم فيها استبعاد قواعد الاختصاص القضائي الدولي، فيمكن استبعاد اختصاص محاكم الدولة؛ نتيجة لتمتع أحد أطراف النزاع بالإعفاء من الخضوع للقضاء الأجنبي، وهو ما يسمى « بالحصانة القضائية »، وعندما يقوم خصمه بدفع النزاع أمام محاكم الدولة يدفع بهذه الحصانة، وبالتالي يؤدي بهذا الدفع إلى استبعاد اختصاص هذه المحاكم بالنظر في النزاع، على الرغم من أن محاكم الدولة مختصة بنظر هذا النزاع بحسب الأصل، أي أن

(18) د. الكوني أعبودة، قانون علم القضاء، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، 1998م، ص

النزاع يدخل في اختصاصها وفقاً لضوابط معينة لهذا الاختصاص، وإن سيادة الدولة واستقلالها تتنافى مع خضوعها لقضاء دولة أجنبية<sup>(19)</sup>، والإعفاء من سلطة القضاء الوطني، يترتب عليه عدم إمكان رفع الدعوى، أو اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة من يتمتعون بهذه الحصانة.

فأعمال الحصانة القضائية في الأحوال التي يتعلق فيها النزاع بنشاط الدولة الأجنبي كسلطة عامة، قد يجعل من الدفع بالحصانة أقرب ما يكون للدفع بعدم الاختصاص الولائي في القانون الداخلي، فكما يمكن للدولة صاحبة الإقليم أن تدفع بعدم اختصاص قضائها العادي بالمنازعات المتعلقة بنشاطها كسلطة عامة، فإنه يحق للدولة الأجنبية أن تدفع بالمثل بحصانتها القضائية إزاء تصرفاتها كشخص دولي أو كسلطة عامة، وقد كان ذلك هو الاتجاه الذي اعتنقه بالفعل جانب من الفقه الدولي، وهذا ما سأتناول شرحه في المطلب الأول من هذا المبحث.

ولكن ألا يمكن القول بأن تقريب القواعد التي تحكم الاختصاص القضائي الدولي من المبادئ العامة في الاختصاص الدولي للمحاكم على الوجه الذي أراده الرأي السالف، يتضمن قدراً من الافتعال؟ نظراً لاختلاف الاعتبارات التي

(19) من المتصور أن تدخل إحدى المنازعات ذات الطابع الدولي -بحسب الأصل- في اختصاص محاكم الدولة، إلا أنها تمتنع رغم ذلك عن نظر النزاع؛ نظراً لتمتع أحد الخصوم بميزة الإعفاء من الخضوع لقضاء الدولة، أو ما يطلق عليه بالحصانات القضائية. انظر د. إبراهيم أحمد إبراهيم، الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق: ص 84.

يقوم عليها كل من الاختصاص الداخلي من جهة، والاختصاص الدولي من جهة أخرى، وإن كان ذلك، فهل يكون من الخير أن تقرر أن الدفع بالحصانة هو ببساطة دفع بعدم الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية؟ وهذا ما سأتناوله في مطلب ثان.

وأن الدفع بالحصانة يختلف اختلافاً جوهرياً عن الدفع بعدم الاختصاص بصفة عامة (داخلياً أو دولياً).

والحصانة القضائية هي بمثابة دفع يتمسك به المستفيد بها في مواجهة خصمه لاستبعاد ولاية محاكم الدولة بالنظر في الدعوى المرفوعة إليها من قبل المدعي فما هو التكييف الصحيح لهذا الدفع، واتجاهات الفقه المختلفة حول طبيعة الدفع بحصانة الدولة، والرأي الراجح عند الباحث؟ وهذا ما سأنتظر إليه تباعاً كالاتي:

### المطلب الأول

#### الدفع بالحصانة والدفع بعدم الولاية

كان التطور القضائي في شأن حدود الدفع بالحصانة القضائية أقرب ما يكون للدفع بعدم الولاية<sup>(20)</sup> للمحاكم المدنية في القانون الداخلي، فمن المبادئ

(20) الدفع بعدم الاختصاص الولائي يعتبر دائماً مطروحاً على محكمة الموضوع؛ لتعلقه بالنظام العام، ولو لم يدفع به أمامها، فلا يسقط الحق في إبدائه، والتمسك به، حتى ولو تنازل عنه الخصوم، ويجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض، إذا لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع. طعن مدني رقم 63 لسنة 52 جلسة 1982/6/12م معروض في د. على عوض حسن، الدفع بعدم الاختصاص في المواد المدنية والجنائية، عام 1994، ص 103.

المستقر عليها، أن المحاكم المدنية لا تختص بالدعاوى المتعلقة بنشاط الدولة كسلطة عامة، ما دام أنها قد مارست هذا النشاط متبعة أساليب القانون العام، فالطابع الإداري للنزاع يجعل الاختصاص به منوطاً للمحاكم الإدارية دون غيرها<sup>(21)</sup>.

وإذا كان هذا هو شأن المنازعات المتعلقة بنشاط الدولة بوصفها سلطة عامة، فإن الأمر لا يختلف إذا كان يتعلق بنشاط الدول الأجنبية الذي تمارسه بوصفها شخصاً دولياً، أو بمعنى آخر بصفتها سلطة عامة، فالطبيعة الإدارية للنزاع في كلٍّ من الحالتين تقتضي القول بعدم اختصاص المحاكم المدنية بالنظر فيه.

ووضع أنصار هذا الاتجاه معياراً لتحديد اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات المتعلقة بنشاط الدول الأجنبية، يتمثل في الدفع بالحصانة أو الدفع بعدم الولاية، واستقوا هذا المعيار من القانون الداخلي.

وينتهي هذا الرأي إلى أن الدفع بعدم اختصاص المحاكم العادية في المنازعات التي تكون الدولة الأجنبية طرفاً فيها بوصفها سلطة عامة، والتي باشرت إزاءها أساليب القانون العام، يمكن أن يقوم على أساس مختلف من فكرة الحصانة، فهو في حقيقته دفع بعدم الولاية للمحاكم العادية.

(21) انظر في الفقه المصري: د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوجيز في القانون الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، عام 1975م: ص 13 وما بعدها.

وفي سبيل التضييق من نطاق الحصانة التي تتمتع بها الدولة، فيجب التمييز بين ما إذا كانت الدولة تظهر بوصفها سلطة صاحبة سيادة أو بوصفها فرداً عادياً، فإن ظهرت بالصفة الأولى كان لها أن تتمتع بالحصانة التي تصدر عنها بهذه الصفة من ولاية القضاء الوطني بداية، وعلى العكس لا تتمتع بالحصانة بالنسبة لما يصدر عنها من تصرفات بوصفها شخصاً عادياً، وتكون من ثم مشمولة بولاية القضاء الوطني بينها وبين أي فرد عادي. وبما أن شخصية الدولة واحدة لا تتجزأ؛ فإن المعيار السابق يطبق فكرة غير صحيحة، وهي فكرة ازدواج شخصية الدولة.

وهناك معيار آخر يحدد نطاق الحصانة للدولة، ووفقاً له يتحدد نطاق الحصانة، لا بالنظر إلى الصفة التي تظهر بها الدولة عند تصرفها، وإنما بالنظر إلى طبيعة العمل الذي تقوم به، فإذا كان العمل الذي تقوم به الدولة يعد من قبيل أعمال السيادة التي تعكس بذاتها سيادة الدولة، كان للدولة أن تتمتع بالحصانة القضائية، وامتنع على القضاء الوطني أن ينظر النزاع، وعدم قابلية المحاكم الوطنية بنظر دعوى تخص دولة أخرى ذات سيادة واستقلال، أما إذا تعلق الأمر بعمل من أعمال الإدارة العادية التي لا تتصل بالسلطة العامة فلا حصانة عندئذ للدولة عند قيامها بهذه الأعمال، بمعنى إذا قام النزاع بشأن عمل تجاري تباشره تلك الدولة كأى فرد من الأفراد، فيجوز مقاضاتها أمام القضاء الإقليمي.

والعبرة بطبيعة العمل، فالمهم هو أنه ليست كل تصرفات الدولة الأجنبية

تتمتع بالحصانة القضائية ، بل يقتصر المتمتع بالحصانة على الأعمال التي تقوم بها بوصفها ذات سيادة، دون تلك التي تمارس فيها أنشطة تجارية أو مدنية<sup>(22)</sup>.

وأن المعايير الوطنية لتحديد الأساس الفني لبناء القانون الإداري، لا يمكن أن تنطبق ببساطة إزاء العلاقات التي تكون جهة الإدارة الأجنبية طرفاً فيها، فكل من فكرة السلطة العامة أو المنفعة العامة<sup>(23)</sup>، والتي تخول لجهة الإدارة الوطنية سلطات غير مألوفة في مواجهة الأفراد، هي بالضرورة فكرة نسبية لا يتصور إعمالها في إقليم معين، وبالنسبة لسلطة واحدة، وهي سلطة الدولة صاحبة الإقليم، والتي تملك دون غيرها حق السيادة عليه.

فإذا افترضنا أن العرف الدولي لم يستقر على مبدأ حصانة الدولة، من خضوع المنازعات التي تكون هذه الدول طرفاً فيها، بوصفها شخصاً دولياً لولاية المحاكم العادية، باعتبارها الجهة صاحبة الاختصاص الأصيل في القضاء في الإقليم، طالما تحقق أحد الأسباب التي يقوم عليها اختصاص هذه المحاكم إزاء المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، ومع ذلك فلما كان القانون الدولي العام قد قرر مبدأ المساواة بين الدول، ولم يعد مقبولاً بذلك أن تقوم إحداها بمقاضاة الأخرى أمام محاكمها، فقد أصبح من المتعين ألا

(22) انظر في ذلك: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام، مرجع سابق ص 92.

(23) راجع بالنسبة لكل من فكرة السلطة العامة « المنفعة العامة » كمعيار لتحديد القانون الإداري د. ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، المجلد الأول، 1966: ص 150 وما بعدها .

يختص القضاء الوطني بالفصل في المنازعات التي تكون دولة أجنبية طرفاً فيها بوصفها شخصاً دولياً، ومن هنا كان حق الدولة المستمد من مبادئ القانون الدولي العام، في أن تدفع بحصاناتها القضائية أمام محاكم الدول الأخرى<sup>(24)</sup>.

وهنا يتضح الاختلاف الجوهرى بين طبيعة الدفع بعدم الولاية للمحاكم العادية، والذي يقوم على الصفة الإدارية للنزاع، وبين الدفع بالحصانة والذي يرجع إلى اعتبارات تتصل بالعرف الدولي، وتتعلق بصفة المدعى عليه كشخص من أشخاص القانون الدولي العام، وأن فكرة حصانة الدولة فكرة استثنائية بطبيعتها، ولاشك أن الحكمة التي تسعى الحصانة إلى تحقيقها، لا تتأتى إلا عند ممارسة الدولة الأجنبية لنشاط يتعلق بصفته كشخص دولي، أما إذا قامت بالأعمال التجارية، وتعاقدت مع الغير بقصد الربح، فلم يعد من المقبول أن تشملها الحصانة، بل إن محاولة الدولة للتخلص من التزاماتها في هذه الحالة عن طريق الدفع بالحصانة يعد اعتداء على مبدأ السيادة، ويشكل مخالفة صريحة لمبادئ العدالة<sup>(25)</sup>.

(24) د. هشام على صادق تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية 1977، ص 316.  
 (25) راجع في ذلك: د. عائشة راتب، التنظيم الدبلوماسي والقنصلي، مطبعة جامعة القاهرة دار النهضة العربية القاهرة 1963، ص 26. وهي تذهب إلى حد إنكار العرف الدولي المقرر لمبدأ الحصانة أصلاً على أساس فكرة سيادة الدولة واستقلالها، بل أن إعفاء الدولة الأجنبية من الخضوع لقضاء دولة أخرى يعد في رأيها اعتداء على سيادة هذه الأخيرة، ففكرة الحصانة تقوم على أفكار عتيقة من مخلفات الماضي، تدعي أن

## المطلب الثاني

### الدفع بالحصانة والدفع بعدم الاختصاص الدولي

يميل جانب آخر من الفقه<sup>(26)</sup> إلى تكييف الدفع بالحصانة على أنه دفع بعدم الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، وإن كان الفقه الغالب لم يصرح

---

الدولة ذات السيادة فوق القانون، وتتمتع بمركز ممتاز، حتى أمام قضائها الوطني، وعكس ذلك لا يتفق الدكتور هشام على صادق مع هذا الرأي في إطلاقه؛ لأن حرمان الدولة من حصانتها أمام قضاء الدول الأخرى في جميع الأحوال قد يؤدي إلى الاضطراب في العلاقات الدولية.

(26) انتقاد فكرة تقريب مشكلة الحصانة القضائية من قواعد الاختصاص الداخلي (الاختصاص الوظيفي) د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق: ص 205.

بوضوح بهذا التكيف، إلا أن مسلكه عند معالجة موضوع حصانة الدولة يكشف عن نظرتة الحقيقة لهذا الدفع.

إن فكرة الحصانة تخرج عن مفهوم « الاختصاص » وفقاً لمعناه الفني في الاصطلاح القانوني، فقواعد الاختصاص هي قواعد داخلية تضعها كل دولة وفقاً لما تراه محققاً لسياستها التشريعية، وتستوي في ذلك قواعد الاختصاص الداخلي أو قواعد الاختصاص الدولي، ولهذا فلم يشكل فقه القانون الدولي الخاص في تأكيد الطابع الوطني لقواعد الاختصاص الدولي للمحاكم، أما فكرة حصانة الدولة فهي تقوم وفقاً للرأي الراجح - على أسس ثابتة في القانون الدولي العام<sup>(27)</sup>.

ومن هنا يبدو لنا الفارق الجوهرى بين قواعد الاختصاص وفقاً لمعناها الفني، وبين مفهوم الحصانة على الوجه الذي رأيناه.

ونحن نعلم أن الأصل أو القاعدة الأصلية، أن كل دولة لها سلطة كاملة في حسم كافة المنازعات التي تثور على ترابها، دون بنظر إلى طبيعة النزاع المعنى، أو صفة المدعى أو المدعى عليه، وتستمد الدولة سلطتها هذه من مبدأ سيادتها واستقلالها المقرر لها بمقتضى قواعد القانون الدولي العام.

وأساس سلطان الدولة المتقدم هو سيادتها الإقليمية، تلك السيادة التي تشمل كافة الوقائع التي عسى أن تحدث على إقليمها، أيا كان نوعها،

(27) د. هشام علي صادق، مرجع سابق: ص 324.

والمعروف أن القانون العام يعتبر كل دولة ذات سيادة، أو بعبارة أخرى: أن الأخير هو مصدر السيادة التي تتمتع بها الدولة.

وسلطة الدولة في القضاء على الوجه السالف ليست سلطة مطلقة، وإنما هي تتقيد بما تفرضه قواعد القانون الدولي العام من مبادئ تحد من إطلاقها، وأن مبدأ سيادة الدولة نفسه هو الأساس الذي تقوم عليه سلطة الدولة في القضاء، ليس مبدأ مطلقاً، إذ لا يجوز للدولة أن تتعدى بحال من الأحوال على سيادة واستقلال الدول الأخرى تحت ستار مبدأ سيادتها على إقليمها<sup>(28)</sup>.

وإذا ما تحدد إطار سلطة الدولة في القضاء على هذا النحو<sup>(29)</sup>، فيكون للدولة أن تمارس سلطتها هذه في الحدود التي تراها مناسبة، ذلك أن الدولة - ولاعتبارات تتعلق بسيادتها التشريعية، تقوم بتنظيم سلطتها السابقة بوضع قواعد الاختصاص الدولي لمحاكمها تحدد عن طريقها المنازعات التي ترى إخضاعها لولاية القضاء الوطني، وهي بهذا التحديد تستبعد بطريقة غير مباشرة - المنازعات التي لا ترى لاعتبار أو لآخر - إخضاعها لاختصاص محاكمها، رغم أنها تملك في شأنها سلطة القضاء.

(28) انظر في ذلك: د. علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، دار المعارف الاسكندرية 1965 ص 57 وما بعدها.

(29) راجع في ذلك: د. إبراهيم أحمد إبراهيم: الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام، مرجع سابق ص 25، 26. د. عائشة راتب: التنظيم الدبلوماسي والقنصلي، مطبعة جامعة القاهرة دار النهضة العربية القاهرة 1963م، ص 184.

ويتضح من كل ما سبق أن الدولة إذ تستبعد من ولاية محاكمها المنازعات التي تكون فيها دولة أجنبية في موقف المدعى عليه في الأحوال التي تم ذكرها، فهي لا تفعل ذلك لمجرد رغبتها في تنظيم اختصاص محاكمها على وجه معين، وإنما لأنها لا تملك سلطة القضاء أصلاً إزاء هذه المنازعات، وبمعنى آخر فهي لا تستبعد هذه المنازعات من ولاية محاكمها؛ لأنها تريد ذلك، ولكن لكونها لا تستطيع غير ذلك.

أما ما تبقى من منازعات ذات عنصر أجنبي، فإن الدولة المعنية، إنما تحدد ما يحق لقضائها التصدي لحسمه، وما يحق لقضائها التغاضي عن نظره، ويكون ذلك من خلال قواعد الاختصاص القضائي الدولي، ونحن نعلم أن القانون الدولي يفرض ثمة قيود على الدولة عند وضع الأحكام المنظمة للاختصاص الدولي لمحاكمها، احتراماً لأحكام القانون الدولي في هذا الصدد، وبعبارة أخرى، فهي تقيد اختصاصها القضائي الدولي بإرادتها الكاملة، ورعاية لسياسة الدولة التشريعية، فهي تستبعد من اختصاصها الدولي بعض المنازعات ذات العنصر الأجنبي.

والأدق أن يتحدد مدى حصانة الدولة القضائية بالنظر إلى الأساس الذي تقوم عليه مختلف حلول القانون الدولي الخاص، وهو فكرة التعايش المشترك بين النظم القانونية<sup>(30)</sup>، وانطلاقاً من هذا الأساس تتمتع الدولة بالحصانة

(30) انظر د. فؤاد رياض، والدكتورة سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، 1987م، بند 414، ص 451.

متى كان التصرف أو النزاع متعلقاً بإحدى وظائف الدولة ، وتتحقق هذه الصلة متى كان التصرف أو النزاع متعلقاً بإحدى وظائف الدولة الأجنبية، ومن البديهي أنه يلزم في هذه الحالة الرجوع إلى النظام الاقتصادي والسياسي في الدولة الأجنبية الموقوف على ما إذا كان التصرف أو النشاط محل النزاع داخلياً في الإطار الوظيفي لهذه الدولة أم لا، غير أنه لما كان هذا التحديد يترتب عليه انحسار الولاية القضائية لدولة القاضي عن شمول بعض المنازعات، فإنه يلزم اشتراك النظام القانوني لدولة القاضي في هذا التحديد، وبحيث يكون للقاضي الوطني عدم تقرير الحصانة للدولة إذا وجد تعارضاً مباحاً بين نظام دولته ونظام الدولة الأجنبية<sup>(31)</sup>.

ونحن في الحقيقة نعتقد أنه يجب تكييف أنشطة الدولة طبقاً لقانون الدولة نفسها لمعرفة ما إذا كانت تشملها الحصانة من عدمه؛ لأن هذا القانون يعد - في اعتقادي - قادراً على تحديد طبيعة هذه الأنشطة، حيث هذا القانون يضم في طياته تحديد الأنشطة التي تشملها الحصانة، وتلك التي لا تشملها هذه الحصانة، وبالتالي يكون هو الأكثر مناسبة من قانون دولة القاضي، فقد يحدث في الكثير من الحالات أن يضيف قانون القاضي الحصانة على بعض الأنشطة محل النزاع، في حين أن قانون الدولة التي مارست هذه الأنشطة لا يشملها بالحصانة.

(31) د. فؤاد عبد المنعم رياض، القانون الدولي الخاص والتحكيم التجاري، القاهرة سنة 1984م، ص

فهناك اختلاف في فكرة « الحصانة » كقيد على سلطة الدولة في القضاء على المفهوم التقليدي « للاختصاص »، فكما يجوز الطعن لتجاوز السلطة في الأحوال التي تخرج فيها المحاكم عن وظيفتها القضائية، وتتعدى على سلطات الدولة الأخرى، فإنه يتعين إبداء الطعن، إذا كانت محاكم الدولة لا تملك سلطة القضاء أصلاً، فهناك تفرقة بين سلطة الدولة في القضاء وبين القواعد التي تضعها الدولة لتنظيم اختصاص محاكمها، كما أن الحصانة القضائية هي قيد على سلطة الدولة في القضاء، ومن ثم لا يعتبر الدفع بها دفعاً بعدم الاختصاص الدولي للقضاء الوطني.

تحديد موقفنا من طبيعة الدفع بحصانة الدولة:

كما رأينا فيما سبق أن الآراء والاتجاهات الفقهية المختلفة في طبيعة الدفع بحصانة الدولة لم يجانبها الصواب، لأن أصحابها رأوا أن الدفع بالحصانة القضائية هو دفع بعدم الاختصاص، أي اختصاص المحاكم الوطنية بنظر الدعوى، فإن المنازعات التي يكون الشخص المتمتع بالحصانة طرفاً فيها تخرج عن نطاق اختصاص المحاكم الوطنية، حيث استندوا على أن الحصانة القضائية لا يستطيع الشخص المتمتع بها أن يستفيد منها إلا إذا كان الأمر يتعلق بقيامة بعمل من أعمال السلطة العامة، وأسسوا رأيهم على أن الحصانة القضائية لم تعد حصانة مطلقة، بل أصبحت حصانة نسبية

ومقيدة، ولا يستفيد منها الشخص المتمسك بها والمقررة لصالحه، إلا إذا كان التصرف محل المنازعة المرفوع عنها الدعوى أمام القضاء الوطني تصرفاً صدر بصدد القيام بعمل من أعمال السلطة العامة. بحيث يمكن أن يقال إننا بصدد دفع بعدم قبول الدعوى بالنظر لحصانة الدولة، والأخذ بعين الاعتبار لهذه الحقيقة التي أظهرها القانون الوضعي يؤثر على فكرة الحصانة القضائية، وأن فكرة الحصانة يجب أن تعالج من زاوية الاختصاص، بحيث تتسع هذه الفكرة الأخيرة لتشمل كافة القواعد التي تعطي أو تنكر سلطة الفصل في النزاع على قاضٍ أو نظام قضائي محدد بالنظر للعناصر التي يتكون منها النزاع، والباحث لا يؤيد هذا الرأي القائل بأن الدفع بالحصانة هو دفع بعدم الاختصاص أساسه خروج المنازعات التي يكون الشخص المتمتع بالحصانة طرفاً فيها من نطاق اختصاص المحاكم الوطنية.

فالدفع بالحصانة القضائية لا يتعلق بالحق موضوع النزاع، ولذا فهو لا يعد دفعاً موضوعياً، وإنما هو يتعلق بصفة المدعى عليه كما رأينا، والتي تجعله بمنأى عن الخضوع للقضاء الإقليمي، فهو يرتبط بمدى حق المدعي في رفع دعواه أصلاً، أي أنه في مركز يتوسط بين الدفوع الشكلية من جهة، والد فوع الموضوعية من جهة أخرى، وهذا شأن الدفع بعدم القبول<sup>(32)</sup>.

(32) د. عبد المنعم الشرقاوي، شرح المرافعات المدنية والتجارية، القاهرة، 1950م، ص 67، وانظر كذلك د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، الطبعة الأولى، 1954م: ص 345 وما بعدها.

ومن القواعد المستقرة في القانون الدولي الخاص قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضي المختص بنظر النزاع، وإذا طبقنا هذه القاعدة في تكييف الحصانة القضائية، فهذا يعني خضوع مسألة التكييف لقانون الدولة المرفوعة الدعوى أمام محاكمها<sup>(33)</sup>، إلا أن هذا قد يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة، ويتعارض مع فكرة الحصانة القضائية ذاتها، باعتبارها قاعدة من قواعد القانون الدولي العام، ويمكن الاستناد على نفس هذه المبررات لرفض تطبيق قانون الدولة المدعى عليها بشأن عملية التكييف، أي إخضاع المسألة لقانون المحل، أي قانون القاضي المعروض عليه النزاع.

---

(33) د. هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية 1977م، ص 105.

## الخاتمة

إن قواعد الاختصاص الدولي هي التي تحدد الاختصاص الدولي لمحاكم كل دولة بنظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي، ذلك أن تحديد الاختصاص القضائي الدولي يساهم إلى حد كبير في تكوين الحكم الذي سوف تصدره المحكمة المختصة بالمنازعة الدولية .

وإذا كان الاختصاص القضائي الدولي يهتم ببحث مسألة اختصاص محاكم كل دولة بنظر المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، فإن مادة تنازع القوانين تتولى تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعات، باعتبار أن القواعد القانونية التي تنظم حماية الحقوق والمراكز القانونية لا تقل أهمية عن تلك التي تنظم ممارسة الحقوق.

وإذا كانت المنازعات ذات العنصر الأجنبي تثير بحثاً عن المحكمة المختصة بنظرها فإنها تثير أيضاً البحث في الإجراءات التي تتبع في نظرها، والفصل فيها، وبالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات في المنازعة الدولية، فهناك قاعدة راسخة بمقتضاها تخضع إجراءات المنازعة الدولية لقانون الدولة المرفوعة أمامها الدعوى، أو ما يعبر عنه عادة للاختصاص بقانون القاضي، بافتراض أن القاضي يتمتع بجنسية الدولة التي يمارس القضاء فيها .

وان بوسع الدولة، أن تصدر تشريعها المنظم للاختصاص الدولي

لمحاكمها، ولأخيرة حق نظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي، التي يكون المتمتعون بالحصانة القضائية أطرافاً فيها.

### النتائج

1. القانون الدولي العام يعطي لكل دولة الحق في تحديد الأحوال أو الاعتبارات أو الضوابط أو الأسس في تحديد الاختصاص الدولي للمحاكم، وحتى في العلاقات ذات الطابع الدولي أو التي لها ارتباطات مع أكثر من دولة واحدة.
2. الدولة تستبعد من اختصاصها الدولي المنازعات ذات العنصر الأجنبي، وأساس الاستبعاد هو رعاية مصلحتها التشريعية، والدولة يجب أن تضع في اعتبارها مقدار الجزاء الذي سيوقع عليها، حال انتهاكها للقاعدة الدولية.
3. يوجد خطأ، وهو تشبيه الدفع بالحصانة بالدفع بعدم الاختصاص الداخلي (سواء كان الاختصاص الولائي أو الاختصاص المحلي)، كما أنه من الخطأ أيضاً تكيف الدفع بالحصانة على أنه دفع بعدم الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية.
4. الوصف الإجرائي الصحيح للدفع بالحصانة، هو أنه دفع بعدم قبول الدعوى، لرفعها في مواجهة شخص لا يخضع لسلطة القضاء الوطني، ومن ثم يؤدي هذا الدفع إلى استبعاد اختصاص محاكم الدولة بالنظر في النزاع المعروض عليها؛ لأن أحد أطرافه يتمتع

بالحصانة القضائية، وأن المحكمة إذا رفع النزاع أمامها، وكان المدعى عليه طرفاً أجنبياً فإنها تقضي بعدم الولاية.

### التوصيات

1. باعتبار أن سيادة الدولة تعتبر قاعدة من قواعد القانون الدولي العام فيجب عدم خضوع التكييف لقانون القاضي المختص بنظر النزاع الذي يكون أحد طرفيه عنصر أجنبياً ، بل يجب خضوع المسألة لقانون المحل ، أي قانون القاضي المعروض عليه النزاع؛ حتى لا يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة .
2. بحكم إن قواعد الاختصاص القضائي الدولي متعلقة بالنظام العام، فيجب أن تكون محاكم الدولة مختصة من حيث المبدأ وحسب الأصل بنظر النزاع؛ لأن الدولة لها ولاية الفصل في النزاع باعتباره واقعا في إقليمها .
3. تقنين قواعد الاختصاص لمجموعة الدول في نظر المنازعات الدولية، والنص على أن تقضى محاكم الدولة بعدم قبول الدعوى التي يكون أحد طرفيها عنصراً أجنبياً حتى وإن كانت مخولة بالنظر في النزاع بحسب الأصل؛ وذلك لعدم توافر الشروط التي يتطلبها القانون لقبولها ، ويجب تكييف الدفع بالحصانة على أنه دفع بعدم القبول .

## لائحة المراجع

1. د. إبراهيم أحمد إبراهيم، الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996م.
2. د. أحمد قسمت الجداوي، مبادئ القانون الدولي الناشر، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1988م.
3. د. أحمد عبد الكريم سلامة، أصول المرافعات المدنية والتجارية الدولية، مكتبة العالمية المنصورة 1984م.
4. د. الكوني أعبودة، قانون علم الفضاء، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، 1998م.
5. د. ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، المجلد الأول، 1966م.
6. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثانية 1986م.
7. د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، مشكلة الحصانة القضائية ضد التنفيذ في القانون الدولي الخاص المقارن - مكتبة القصر، سنة 1991م.
8. د. عبد المنعم الشرقاوي، شرح المرافعات المدنية والتجارية، القاهرة، 1950م.
9. د. على عوض حسن، الدفع بعدم الاختصاص في المواد المدنية والجنائية، عام 1994م.
10. د. علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، دار المعارف الإسكندرية 1956م.
11. د. فؤاد رياض، ود. سامية راشد مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الناشر دار الفكر الجامعي الإسكندرية سنة 1993م.
12. د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوجيز في القانون الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، عام 1975م.
13. د. مصطفى عبد الله خشيم، موسوعة علم العلاقات الدولية، الناشر دار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، طرابلس، طبعة 1994م.
14. د. هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية 1970م.
15. د. هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، 1972م.

## الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية الليبي

دراسة استباقية تعنى بتحديد مدى الحاجة إلى المواءمة بين القواعد الدستورية بمشروع الدستور الليبي وقواعد قانون الإجراءات الجنائية الليبي

شعبان محمد عكاش

عضو هيئة التدريس بكلية القانون - جامعة طرابلس

E-mail: akashshaban2@gmail.com

## المقدمة

إن الحماية الدستورية تقوم على التوازن الذي يكون بين كل من القيم الدستورية للحقوق والحريات، والقيم الدستورية للمصلحة العامة، بشكل يمكن معه عدم التفريط في أي من هذه القيم. وتقع المسؤولية على المشرع فيما يتعلق بتنظيم ممارسة الضمانات الدستورية، وذلك من خلال شكل التوازن الذي يجريه بين مختلف الحقوق والحريات من جهة، والمصلحة العامة من جهة أخرى.

ولا ريب أن القانون الجنائي من أهم المجالات التي يبدو فيها شيء من الاختلاف بين مختلف الحقوق والحريات وتلك المصلحة العامة. فهذا القانون هو من يتحمل مسؤولية تحقيق التوازن الذي من شأنه أن يوقف هذا الصراع، ويكفل حماية كل من الحقوق والحريات، وكذلك المصلحة العامة بقدر من التناسب. وبذلك يلتزم المشرع في سبيل كفالة هذه الحماية باحترام الضمانات التي تنص عليها القواعد الدستورية التي يمكن أن تتمثل في قواعد دائمة (الدستور) أو مؤقتة (الإعلان الدستوري) كما هو الحال عندنا.

إن قانون الإجراءات الجنائية بما يضعه من جهته من قواعد شكلية إجرائية؛ تهدف إلى تحديد الإجراءات التي يتم بواسطتها استعمال حق الدولة في العقاب، هو يحمي حقوق كل من المتهم والمجني عليه، وكذلك يسعى لأن يكفل حماية المصلحة العامة. ولما كان من المعلوم أن الإجراءات الجنائية من شأنها أن تمس ببعض الحقوق والحريات فإنه تعين كفالتها بمجموعة من القواعد

الدستورية، كأصل البراءة، وحق الدفاع، وحق التقاضي...، وذلك كله في إطار محاكمة عادلة ومنصفة، من خلال معايير تحددها القواعد الدستورية، وتتمثل في ضمانات يتعين على المشرع الإجرائي الجنائي الالتزام بها.

ولطالما كانت القواعد الدستورية تمثل القانون الأساسي و تحمل في طياتها تحديد القيم الأساسية للمجتمع، وكذلك تحديد الحقوق والحريات، مما يوجب على قانون الإجراءات الجنائية أن يكفل من خلال الأدوات التي ينظمها حماية هذه القيم، وضمان حماية الحقوق والحريات على نحو يتفق وما قرره القواعد الدستورية، فلا يجوز أن يقوم المشرع من خلال قانون الإجراءات بتنظيم إجراءات تمس الحريات بغير أن يعنى بكفالة ضماناتها.

وينبغي ألا يغيب على البال أن قانون الإجراءات الجنائية جزء من النظام القانوني، وتتحدد أحكامه في ضوء طبيعة العلاقة بين الفرد والدولة. فالفرد هو إما المجني عليه أو المتهم، والدولة هي صاحبة الحق في العقاب، وهي كذلك صاحبة السلطة الإجرائية. وتحدد المبادئ والقواعد الدستورية طبيعة هذه العلاقة، والتي بدورها تحكم مضمون القواعد القانونية؛ لكي تجعلها أكثر انضباطا مع الإرادة العامة للشعب المتمثلة في الدستور، وتأكيد حماية الحقوق والحريات والمصلحة العامة من خلال إحداث توازن فيما بينها، وهذا الأخير يتحقق من خلال معيار التناسب الذي يحقق علاقة منطقية بين الوسائل والغايات.

لعل كل ذلك يأتي إيذانا بمرحلة جديدة لفقهاء القانون الجنائي، تعطى الصدارة فيها للمبادئ الدستورية التي تحكم هذا القانون؛ لكي تضبط قواعده التي تتأثر بطبيعة العلاقة بين الفرد والدولة في ضوء النظام الدستوري، ويعد تأصيل العلاقة بين الفرد والدولة أمراً يحتم ربط قانون الإجراءات الجنائية بالشرعية الدستورية، تأكيداً لوحدة النظام القانوني الذي يحكمه الدستور، وهذا سيؤدي حتماً لربط القانون الجنائي في عمومه بسائر فروع القانون، فلا يكون هائماً بعيداً عنها أو منفصلاً منعزلاً عن ضوابطها، بل مرتبطاً معها بحكم علاقته معها داخل النظام القانوني الذي على قمته الدستور، وفي هذا الإطار لن يعود قانون الإجراءات الجنائية أداة للقهر أو للتحكم، وإنما أداة لحماية الحقوق والحريات بالإضافة إلى التركيز على تحقيق المصلحة العامة.

لا ريب أن أخطر ما يهدد الحقوق والحريات يبدو في المواد الجنائية، لاسيما الشكلية منها. والقواعد الدستورية: هي استجلاء للحماية الدستورية للحقوق والحريات في الإجراءات الجنائية. ويهدف قانون الإجراءات الجنائية إلى إحداث التوازن بين حماية المصلحة العامة التي تمس كيان الدولة أو المجتمع، وبين حماية الحقوق والحريات والمصالح الخاصة بالأفراد. ويتميز هذا القانون بأن قواعده تتسم بقوة التأثير على السلوك الاجتماعي، ويبدو ذلك جلياً في قانون الإجراءات الجنائية بما ينظمه من قواعد إجرائية تمس حقوق وحريات المواطنين في سبيل كشف الحقيقة وإقرار حق الدولة في العقاب. مع العلم بأن قوة التأثير

التي تتسم بها قواعده على السلوك الاجتماعي لا تخفي طابعه الحقيقي، وهو حماية المصلحة الاجتماعية.

وقانون الإجراءات الجنائية يوازن بين المصلحة الخاصة للفرد والمصلحة العامة، فيقر من المصلحتين ما يهم المجتمع ويضمن حسن سيره وفعالته. ولا شك في أن ما يهم المجتمع من المصالح - وخاصة الفردية منها - يتوقف على ملامح النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، والتي تشهد تغيرا كبيرا في ظل التحولات التي تشهدها ليبيا مؤخرا.

إن الإجراءات الجنائية هي الوسيلة الضرورية لتطبيق قانون العقوبات، ونقله من السكون إلى حالة الحركة. فمن القواعد الدستورية الراسخة أن لا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، وبناء على ذلك فإن حق الدولة في العقاب يظل في دائرة السكون حتى تأتي الإجراءات فتنتقله إلى مرحلة التطبيق. وقد قيل: بأن قانون العقوبات جاء لمواجهة الأشرار، بينما جاء قانون الإجراءات الجنائية من أجل الشرفاء. ولكن من المؤكد أن القانونين يهدفان إلى حماية الحقوق والحريات، بل يعتبر قانون الإجراءات من أهم المجالات الحساسة المتعلقة بالحقوق والحريات.

وتمر الإجراءات بمرحلتين، إحداهما سابقة للمحاكمة، والأخرى تتمثل في إجراءات المحاكمة. وفي كل من هاتين المرحلتين تتعرض حرية المتهم لأخطار عدة، منها: القبض، والتفتيش، والاستجواب، والحبس الاحتياطي، وضبط

الأشياء، ومراقبة الرسائل والمحادثات الشخصية. وتباشر هذه الإجراءات سلطات عدة، تبدأ من سلطة الضبط القضائي إلى سلطة التحقيق (النيابة العامة بحسب الأصل)، والمحكمة. وتختلف حقوق كل من هذه السلطات في المساس بحرية المتهم في إطار ما تباشره قانونا من إجراءات جنائية.

وسنحاول من خلال هذه الورقة التركيز على القواعد الشكلية (قانون الإجراءات الجنائية)، والتحقق من مدى استحقاقها وحاجتها للمواءمة مع ما ورد في نصوص مشروع الدستور من عدمه، إعمالا للشرعية الدستورية في هذا القانون، وذلك من خلال الوقوف على أهم المبادئ الدستورية من جهة، وما يقابلها في قانون الإجراءات الجنائية؛ رغبة في رصد ما بينهما من انسجام أو تغاير، أي: وضع قواعد قانون الإجراءات الجنائية الليبي في الميزان الدستوري، حتى يتسنى لنا تحديد مدى حاجة القواعد الإجرائية لإعادة القراءة والمراجعة من عدمها. وسيتم ذلك من خلال تناول الضمانات الإجرائية بمرحلة التحقيق الابتدائي (المطلب الأول)، ثم الضمانات الإجرائية بمرحلة المحاكمة (المطلب الثاني)، وذلك على النحو الآتي:

## المطلب الأول

### الشرعية الدستورية للضمانات الإجرائية بمرحلة التحقيق الابتدائي

من مقتضيات السياسة الجنائية الحديثة حماية حقوق الأفراد وحياتهم، وإحاطتها بسياج من الضمانات ضد أي إجراء يمكن أن يمس بهذه الحقوق أو تلك الحريات، إلا وفقا لما تقتضيه الضرورة الاجتماعية والمصلحة العامة، وذلك في حدود القوانين المنظمة لها دونما تعسف أو انحراف في استعمال السلطة.<sup>1</sup>

ولا تخفى أهمية مرحلة التحقيق الابتدائي على صعيد إقامة العدالة، كما لا تخفى خطورة هذه المرحلة على حقوق وحيات الأفراد، لاسيما وما تحتويه من إمكانية اتخاذ بعض الإجراءات الاحتياطية، وما يترتب عليها من مساس بحقوق وحيات الأفراد، فلا ينبغي التضحية بهذه الأخيرة، وإنما ينبغي تحقيق العدالة من خلال التوازن الدقيق بين مصلحة الفرد من جهة ومصلحة الجماعة من جهة أخرى.<sup>2</sup>

1 - محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، د.ط، 1992، ص168 وما بعدها.

2 - مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، منشورات المكتبة الجامعة، الزاوية - ليبيا، ط2 / 2000، ج1، ص8.

## الفرع الأول

### احترام كرامة الإنسان من خلال إجراءات التحقيق

لقد نصت (م/72) من مشروع الدستور على أنه: "لكل فرد الحق في احترام كرامته الإنسانية في كافة الإجراءات الجنائية...".<sup>3</sup> هذا نص صريح يراد من خلاله حفظ كرامة الإنسان، وتكريس فكرة أن المتهم أقل ما يمكن أن يوصف به كونه إنسانا، ينبغي أن تحفظ عليه إنسانيته وكرامته، فلا يجوز مطلقا النيل من هذه الكرامة، من خلال إباحة بعض الإجراءات الماسة بها، كالإهانة، والتعذيب، والإذلال غير المبرر.

لا يخفى أنه في مرحلة جمع الاستدلالات هناك مكنة اتخاذ بعض الإجراءات الاحتياطية؛ رغبة في جمع الاستدلالات، ومن ثم خدمة مصلحة التحقيق والمساعدة في كشف الحقيقة، بل أبعد من ذلك، إن قانون الإجراءات الجنائية الليبي أعطى لمأمور الضبط القضائي إمكانية اتخاذ مثل هذه الإجراءات، فقد أجازت (م/24 ق.إ.ج.ل) لمأمور الضبط القضائي أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر. كما أجازت (م/25 ق.إ.ج.ل) لمأمور الضبط أن يصدر أمرا بضبط المتهم وإحضاره. وأجازت (م/35 ق.إ.ج.ل) لمأمور الضبط تفتيش المتهم. وأجازت (م/36 ق.إ.ج.ل) لمأمور الضبط تفتيش منزل

3 - ينظر مشروع الدستور الصادر عن الهيئة التأسيسية لصياغة الدستور في ليبيا، النسخة المقدمة لمجلس النواب.

المتهم... إلخ.<sup>4</sup> ونعلم أن هذا فيه ما فيه من المساس بكرامة الإنسان، لاسيما عندما يتم ذلك على يد مأمور الضبط القضائي!!<sup>5</sup>

### أولاً/ تسبیب الأوامر الماسة بالحقوق والحريات:

لا يخفى أنه في مرحلة التحقيق الابتدائي هناك مكنة اتخاذ بعض الإجراءات الاحتياطية التي من شأنها المساس بالحقوق والحريات، مثل: تفتيش الأشخاص، وتفتيش المنازل والمحال، والقبض، وضبط الأشياء، والتكليف بالحضور، والضبط والإحضار، والحبس الاحتياطي. وكل هذه الإجراءات رغم مساسها المباشر بالحقوق والحريات إلا أنها غير مسببة، فلم تشترط قواعد قانون الإجراءات التسبیب، وبذلك نجد أن اشتراط التسبیب لهذه الأوامر وفقاً لما ورد في نص (م/72) من مشروع الدستور يقتضي من المشرع المواءمة، وذكر هذا القيد نصاً في حق كل الأوامر الماسة بالحقوق والحريات، وذلك أمر تقتضيه الشرعية الدستورية. حيث إنه جاء في نص

المادة المشار إليها صراحة "... وعلى السلطات المختصة تسبیب أوامرها الماسة بالحقوق والحريات...".<sup>6</sup>

4 - ينظر موسوعة القوانين الجنائية والقوانين المكملة لها، الجزء الثاني، قانون الإجراءات الجنائية ، ط1 / 2008، ص5 وما بعدها.

5 - مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ج1، ص445 وما بعدها. وكذلك عبدالرحمن محمد ابوتوتة، شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبي، دار الرواد، طرابلس - ليبيا، ط1 / 2017، ج1، ص223 وما بعدها. محمد عودة الجبور، الاختصاص القضائي لمأمور الضبط، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، 1981 (غير منشورة)، ص184 وما بعدها.

## ثانيا / أماكن الإيقاف وضبط مدته:

جاء في نص (م/72) من مشروع الدستور "... لا إيقاف إلا في الأماكن المخصصة لذلك، ولمدة محددة قانونا تناسب التهمة...". ومما يفهم من هذا النص أنه لا يجوز الإيقاف إلا في الأماكن المخصصة للإيقاف، فلا يجوز وضع الموقوفين في غير هذه الأماكن لأي اعتبار كان. ومن جهة أخرى، ينبغي أن تكون هذه الأماكن في مستوى لا ينال من كرامة الإنسان، بحيث ينبغي أن تتسم باللياقة، وتوفير ما من شأنه أن يحفظ على النزول كرامته. ويفهم ذلك من خلال الجمع ما بين هذا النص والنص السابق من ذات المادة " احترام كرامته الإنسانية في كافة الإجراءات الجنائية...". وبالرجوع إلى نصوص قانون الإجراءات لا نجد مقابلا لهذا النص وبهذا المعنى، حيث غاية ما نجده هو الإشارة إلى الأماكن المخصصة لذلك دون اشتراط " احترام كرامته الإنسانية"، كما في نص (م/31 ق.إ.ج.ل) حيث جاء فيها ما نصه: " لا يجوز حبس أي إنسان إلا في السجون المخصصة لذلك". مما يستدعي ضرورة ذكر هذه الإضافة في النص الدستوري في قانون الإجراءات.<sup>7</sup>

6 - ينظر: مشروع الدستور، مرجع سبق ذكره. وكذلك محمد شريف بسيوني - عبدالعظيم وزير، الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان، ط1 / 1999، ص89 وما بعدها.

7 - أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة - مصر، ط3 / 2004، ص470 وما بعدها.

ومن زاوية أخرى، فإن النص "ولمدة محددة قانونا تتناسب التهمة" مفاده: أن تكون مدة الحبس الاحتياطي منضبطة ومحددة، وذلك بما يتناسب مع الجريمة المتهم بها. وهذا القيد لا تعرفه قواعد الإجراءات الجنائية الليبي، فلم يرد فيها ما يحدد المدة الأقصى للحبس الاحتياطي نصا وبشكل واضح وصريح، وبذلك يعد ما ورد في النص المذكور أعلاه إضافة مهمة، من شأنها إقامة التوازن بين المصلحة العامة ومصلحة المتهم، مما ينبغي على المشرع تضمينه لقانون الإجراءات الجنائية الجديد بما يتفق والنص الدستوري.<sup>8</sup>

### ثالثا / الإعلان عن الإيقاف:

جاء أيضا في نص (م/72) من مشروع الدستور "... مع إعلانه للجهة القضائية المختصة ولعائلة الموقوف أو الشخص الذي يختاره، وتحديد مكانه...". وهذا من شأنه أن يحفظ على الإنسان كرامته، بما يعد ضمانا إجرائية أخرى ترد على أمر الإيقاف، فمن المهم التأكيد على محتوى هذه الضمانة في قانون الإجراءات الجنائية، حيث أن هذا الأخير لا يعرف مثل هذه الضمانات صراحة، فمن المهم أن يضع المشرع الليبي قواعد إجرائية من شأنها تكريس مثل هذه الضمانات المهمة لشخص المتهم؛ مما يحفظه عن العزل

8 - ينظر: عبدالرحمن محمد ابوتوتة، مرجع سابق، ج 1، ص 353 وما بعدها. وكذلك أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 468 وما بعدها. وأيضا مجدي محب حافظ، الحبس الاحتياطي وفقا لأحدث التعديلات في قانون الإجراءات الجنائية في ضوء الفقه وأحكام القضاء، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة - مصر، ط 2 / 1998، ص 28 وما بعدها.

الفجائي التام عن محيطه وأسرته، بحيث لا تمكن عائلته من معرفة ما يطرأ عليه، هذا بالإضافة إلى أهمية إعلان الجهة القضائية المختصة بذلك، مما يضيفي بعداً آخر للضمانات الإجرائية.

وكذلك تتطلب هذه الضمانات الإجرائية الدستورية: ضرورة تدخل المشرع، والقيام بالمواءمة التشريعية، وصياغة قواعد إجرائية تحتوى على النص المباشر والصريح الذي من شأنه المساعدة في تحقيق الغرض من هذه الضمانات.

#### رابعا / تسليم المتهمين:

نتيجة للتزايد الطردي لمستوى الجريمة وانتشارها على مستوى العالم، وثبوت عجز الدولة منفردة على التصدي للإجرام، تم الاهتمام بالتعاون الدولي بالخصوص، مما ساعد على التركيز على التعاون الدولي تجاه مكافحة الجريمة، ولعله من غير الخفي أن تسليم المتهمين يعد إحدى أهم صور هذا التعاون، وإن فعالية مكافحة الجريمة تطلب ترسيخ نظام التسليم، أحد النظم المستقرة على صعيد التعاون الدولي، حيث يعد أقدم الوسائل الدولية للتعاون حيال مكافحة الإجرام.<sup>9</sup>

وقد نصت (م/52) من مشروع الدستور على أنه: "... كما يحظر تسليمه - أي المواطن- إلا وفق التزام دولي لجهة قضائية دولية". فوفقاً لهذا النص

9 - ظافر محمد الفالح، التعاون الدولي الجنائي (قراءة معاصرة)، دار النجم للطباعة، تونس، ط1 / 2016، ص152 وما بعدها.

يحظر تسليم أي مواطن ليبي إلا بشرطين، أولهما: أن يكون التسليم وفقا للالتزام دولي يتطلب التسليم. وثانيهما: أن يكون التسليم لجهة قضائية دولية. ويعد ذلك تعديلا لما جرى عليه النص في قانون الإجراءات الجنائية الليبي (م/ 493، 493 مكرر - أ، 493 مكرر - ب، 493 مكرر - ج، 494، 495، 496، 497، .. الخ)،<sup>10</sup> مما يتطلب تضمين هذا النص في قواعده القانونية، وتعديل وإلغاء كل نص يعارض هذه القاعدة الدستورية.

ومن جهة أخرى، فقد ورد في (م/18) ما نصه: "تكفل الدولة اللجوء السياسي، ويحظر تسليم اللاجئين لغير القضاء الدولي. وتنظم شروطه وأوضاعه بقانون". هذا مع العلم بأن قانون الإجراءات الجنائية له نص يحدد الموقف من تسليم المجرمين السياسيين، حيث جاء في نص (م/493 مكرر - أ): "يجوز تسليم المتهمين أو المحكوم عليهم متى توافرت الشروط الآتية: ... ه/ ألا تكون الجريمة سياسية أو جريمة أخرى تتعلق بها...". ومما يفهم من النص الوارد في قانون الإجراءات السالف ذكره أنه لا يجوز تسليم المجرمين السياسيين، بخلاف ما ورد في مشروع الدستور، الذي أجاز التسليم للقضاء الدولي، مما يتطلب إجراء المواءمة بين النصين من خلال التعديل لنص قانون الإجراءات، وذلك على سبيل أعمال الشرعية الدستورية.<sup>11</sup>

10 - يراجع: موسوعة القوانين الجنائية والقوانين المكملة لها، مرجع سابق، ص135 وما بعدها.

11- محمد عزت مصطفى سلام، الجريمة السياسية في ظل النظام العالمي الجديد، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2012، (غير منشورة)، ص133 وما بعدها.

## الفرع الثاني

### حق المتهم في الخصوصية والحرية والعدالة في التحقيق

#### أولا / حق المتهم في الصمت:

ورد في (م/72) من مشروع الدستور ما نصه: "...وإعلامه -أي المتهم- بحقه في ألا يجبر على تقديم دليل ضد نفسه، ومسئوليته عما يدلي به...". ومما يفهم من هذا النص رغم عدم الدقة في الصياغة أنه يفترض الآتي:

- إعلام المتهم وتنبيهه من قبل سلطة التحقيق بحقه في الصمت وعدم الإجابة أو الرد، وهذا لم يكن معهودا في مرحلة التحقيق الابتدائي وفقا لقواعد قانون الإجراءات الليبي، بخلاف الموقف في التشريعات المقارنة، وحسنا فعل مشروع الدستور الذي نص صراحة على هذه الضمانة، مع أننا كنا نتمنى أن ينص بشكل أكثر دقة على حق المتهم في الصمت. وذلك تماشيا مع ما نصت عليه العديد من المواثيق والمعايير الدولية.<sup>12</sup>

12 - ومنها على سبيل المثال: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسة (المادة 14/3)، الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (المادة 6/2-3)، الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان (المادة 8/2)، نظام روما الأساسي (المادة 1/55-2)، وغيرها. وينظر في ذلك: سامي صادق الملا، حق المتهم في الصمت، مجلة الأمن العام، وزارة الداخلية، القاهرة - مصر، العدد 53، ص 22 وما بعدها.

- وكذلك يفهم أيضا أنه ينبغي أن ينبه المتهم بأن صمته لا يعد قرينة ضده، فلا يعد الصمت بتاتا قرينة إدانة، فلا يجوز استخلاص إدانته استنادا إلى ممارسته لحقه في الصمت. بل هو حق للمتهم على سبيل الاحتفاظ بما يراه سرا، وعدم إجباره على البوح به، لأنه لا يجوز إجباره على تقديم دليل ضد نفسه.

- وأن يعلن المتهم بعدم ترتب أي مسؤولية على عدم رده، وبأنه لا يجوز في جميع الحالات أن يؤول صمته على وجه يضر بمصلحته، أو يستغل بأي كيفية ضده في الإثبات.

وذلك لأن الحق في الصمت يمثل أيضا أحد مظاهر حرية المتهم في الدفاع عن نفسه، ولا شك في أن كفالة حرية الدفاع من المبادئ الراسخة، ولطالما أن التشريعات تكفل للمتهمين حرية الدفاع، فليس من المستساغ حرمانهم من الحق في الصمت، لأن ذلك ببساطة أخذ بالشمال ما أعطي باليمين. ثم ألم يعف القانون الشاهد من الشهادة؛ رفعا للحرج، متى ما كان بينه وبين المتهم صلة قرابة قوية، فإنه من الأولى إعفاء المتهم من الشهادة ضد نفسه!! مما يقتضى التسليم بحق المتهم في الصمت.<sup>13</sup>

وهذا المعنى السابق ذكره (حق المتهم في الصمت) لا وجود له في قواعد قانون الإجراءات مما يتطلب تضمينه فيه.

13 - سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص 129 وما بعدها.

## ثانيا / حرمة الحياة الخاصة:

جاء نص (م/41) من مشروع الدستور على النحو الآتي: "للحياة الخاصة حرمة، ولا يجوز دخول الأماكن الخاصة إلا لضرورة، ولا تفتيشها إلا في حالة التلبس أو بأمر قضائي. كما لا يجوز المساس بالبيانات الشخصية أو إخضاع الاتصالات والمراسلات للمراقبة إلا بإذن من القاضي المختص".

والنص السابق أيضا يكرس في سبيل تحقيق الضمانات الملائمة لحرمة الحياة الخاصة، بحيث لا يجوز انتهاكها والمساس بها، إلا في أضيق نطاق، ووفقا لضوابط تنسجم مع القيود التي وردت في القاعدة الدستورية.

فإن حاجة التحقيق لدخول الأماكن الخاصة أو تفتيشها قائمة، ولكن وفقا للقيود الدستورية، وما تتطلبه من قيود قانونية يتكفل بها قانون الإجراءات، حتى لا تستباح هذه الأماكن، وتنتهك حرمة الحياة الخاصة دون ضرورة.<sup>14</sup>

لاسيما وأن (م/75) قد نصت صراحة على "تبنى كافة السياسات التشريعية والتنفيذية وبرامج التنمية والتطوير على حماية حقوق الإنسان والنهوض بها...".

14 - محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، دار الأوائل للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ط1 / 2003، ص188 وما بعدها.

ثم إن المساس بالبيانات الشخصية أو مراقبة الاتصالات والمراسلات لا يجوز إلا بإذن من القاضي المختص، وفي ذلك ما فيه من إسدال للحماية الدستورية للحياة الخاصة، مما يتطلب من المشرع مواءمة ذلك مع قواعد قانون الإجراءات، وتحديداً (المواد / 34، 35، 36، 37، 38، 75، 78، 79، 180).

### ثالثاً / ضمانات سلب الحرية احتياطياً:

الحبس الاحتياطي: هو سلب لحرية المتهم مدة من الزمن لاعتبارات تتعلق بمصلحة التحقيق، وهو إجراء استثنائي خارج عن أصل البراءة،<sup>15</sup> حيث جاء في نص (م/71): "والمتهم برئ إلى أن تثبت إدانته".

ولخطورة هذا الإجراء، فقد وضعت له العديد من الشروط والضمانات لحماية حقوق المتهم وحياته من العبث بها، وقد لوحظ على مشروع الدستور زيادة إمعانه في توفير الضمانات، ولعل أبرز ملامح التطوير لهذه الضمانات والتي لم نجد لها نظيراً، مما يشير من قريب أو بعيد إلى محتوى هذه الضمانات في قانون الإجراءات الجنائية الليبي، على سبيل المثال المواد (115، 116، 117، 118، 119، 120، 121، 122، 123، 175، 176، 177)، وأهم ملامح الضمانات الدستورية التي نص عليها مشروع الدستور تتمثل في الآتي:

15 - مجدي محب حافظ، مرجع سابق، ص 25 وما بعدها. عبدالرحمن محمد أبوتوتة، مرجع سابق، ج1، ص338 وما بعدها.

- ورد في نص (م/46) من مشروع الدستور أنه: " لا يجوز الحبس الاحتياطي في قضايا الصحافة". وبالرجوع إلى أحكام الحبس الاحتياطي بقانون الإجراءات الجنائية الليبي لا نجد مثل هذا القيد على سلطة التحقيق، وبذلك ينبغي تضمين هذا القيد في نصوصه حتى تتحقق الملاءمة مع المبدأ الدستوري.

- إن المشرع الليبي لم يشترط صراحة تسبب أمر الحبس الاحتياطي، مع العلم أن التسبب هو وسيلة لحماية الفرد من خطورة التعسف والتسرع في اللجوء للحبس الاحتياطي، وبذلك فقد ورد في نص (م/72) "... وعلى السلطات المختصة تسبب أوامرها الماسة بالحقوق والحريات...". ولا يختلف اثنان على أن أمر الحبس الاحتياطي يعد من الأوامر الماسة بالحقوق والحريات، ولذلك يعد النص حجة قاطعة على اشتراط التسبب عند صدور أمر يقضي بحبس المتهم احتياطياً، مما يتطلب تضمين هذه الضمانة في قانون الإجراءات الجنائية.<sup>16</sup>

- أكدت العديد من الاتفاقيات والمؤتمرات والحلقات العلمية الدولية على حق من كان ضحية للحبس الاحتياطي في التعويض، ورغم ذلك لا نجد في قانون الإجراءات الجنائية الليبي ما يقرر هذه الضمانة لحق المتهم في تعويضه عن الحبس الاحتياطي، بخلاف مشروع الدستور الذي نص على ذلك صراحة من خلال (م/73) حيث جاء فيها ما نصه: "... ولمن سلبت حريته احتياطياً أو

16 - أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 470 وما بعدها. عبدالرحمن محمد أبوتوتة، مرجع سابق، ج 1، ص 340.

تنفيذا لحكم الحق في تعويض مناسب عند الأمر بالألا وجه لإقامة الدعوى أو الحكم بالبراءة لعدم قيام الجريمة أو عدم وجود دليل وفق ما ينظمه القانون". مما يتطلب تضمين هذه الضمانة في قواعد قانون الإجراءات الجنائية، مع ضرورة التفصيل حيال أحكامها المهمة بما لا يدع المجال إلى تعطيل هذه الضمانة المهمة في حق المتهم الذي نيل من حريته.<sup>17</sup>

#### رابعا / الحق في التحقيق العادل:

تتمثل ضمانات العدالة وحيدة القضاء في الإجراءات الجنائية أساسا في توزيع وظائف القضاء الجنائي وعدم جمعها في وظيفة واحدة. فالأصل هو الفصل بين وظائف القضاء الجنائي للحيلولة دون التحيز. وبذلك فإن مبدأ الفصل بين وظائف القضاء الجنائي هو ضمان حياد القضاء الجنائي، وداعم أساسي لإقامة العدالة. ولاشك في أن ضمان الحياد الكامل للقضاء يفترض استقلال كل جهة تباشر إحدى هذه الوظائف عن الأخرى.<sup>18</sup>

لكن السؤال المهم في هذا المقام، هو هل الاتهام والتحقيق وظيفة واحدة أم متعددة؟. في اعتقادنا أنه لا جدال حول كونهما وظيفتين متناقضتين، ووظيفة

17 - محمد علي سويلم، ضمانات الحبس الاحتياطي في ضوء القانون رقم (145) لسنة 2006، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، ط1 / 2007، ص183 وما بعدها. بشير سعد زغلول، الحبس الاحتياطي، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ط1 / 2007، ص341 وما بعدها.

18 - أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص384 وما بعدها. عبدالرحمن محمد أبوتوتة، مرجع سابق، ج1، ص281 وما بعدها.

الخصم والحكم، والفصل بينهما ضمان كبير لحياذ القضاء، حيث ينبغي أن تقتصر النيابة العامة على وظيفة الاتهام، ويتولى وظيفة التحقيق قاضي التحقيق.

وبذلك حسب رأينا فإنه قد ورد في نص (م/70) من مشروع الدستور ما يفيد بأن: "... لكل شخص الحق في محاكمة عادلة...". كما ورد في نص (م/72) منه أيضا بأنه: " لكل فرد الحق في احترام كرامته الإنسانية في كافة الإجراءات...". وورد أيضا في نص (م/130) "... ويلتزمون بمبادئ النزاهة والحياد...". فمما يستفاد من هذه النصوص إعادة النظر في الموقف من الجمع بين سلطتي الاتهام والتحقيق، فالفصل بينهما من متطلبات المحاكمة العادلة.<sup>19</sup>

---

19 - شعبان محمد عكاش، قراءة في متطلبات العدالة (الواقع الليبي أنموذجا)، مجلة القانون، كلية القانون، جامعة طرابلس، العدد الثالث، للعام 2011/2012، ص 347 وما بعدها.

## المطلب الثاني

### الشرعية الدستورية للضمانات الإجرائية بمرحلة المحاكمة

سنقتصر في هذا المطلب على تناول أهم هذه الضمانات، بحيث نقف عند موضوع الحقوق والالتزامات المترتبة على أصل البراءة (الفرع الأول)، ثم الضمان القضائي للمحاكمة العادلة (الفرع الثاني)، وذلك على النحو الآتي:

### الفرع الأول

#### الحقوق والالتزامات المترتبة على أصل البراءة

يشير مبدأ الأصل في المتهم البراءة إلى حالة يمر بها المتهم، قبل أن يثبت قضائياً عدم سلامة الاتهام المنسوب إليه، أو قبل أن يتم التحقق من إدانته. ويعتبر هذا الأصل مفترضا من مفترضات المحاكمة المنصفة، كما يعتبر من حقوق الإنسان، ومن الحقوق الأساسية التي كرست القواعد الدستورية لترسيخها، كما يعد ركيزة للشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية.<sup>20</sup> وقد ورد في نص (م/71) من مشروع الدستور أن " ... المتهم برئ إلى أن تثبت إدانته". ومفاد أصل البراءة: أن كل شخص يفترض أنه يسلك طريقه طبقا للقانون، ولكنه في ذات الوقت قابل لإثبات العكس بطبيعة الحال. ويعد هذا الأصل مبدأ

20 - أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 292 وما بعدها.

أساسيا لضمان الحرية الشخصية للمتهم، ومقتضاه: أن كل متهم بجريمة مهما بلغت جسامتها يجب معاملته بوصفه شخصا بريئا حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات. وبذلك فلا يجوز مثلا التعذيب عند التحقيق مع المتهم أو المعاملة التي تنتافي مع كرامة الإنسان. فقد جاء في (م/72) من مشروع الدستور ما نصه: "لكل فرد الحق في احترام كرامته الإنسانية في كافة الإجراءات الجنائية...".

ويترتب على هذا الأصل جملة من الحقوق للمتهم، والعديد من الالتزامات ترد على المحكمة أهمها :

#### أولا/ عدم إلزام المتهم بإثبات براءته:

يعد أصل البراءة من أصول الإثبات الجنائي، ووفقا لهذا لا يلتزم المتهم بإثبات براءته، ويجب أن يكون اليقين القضائي أساسا للحكم بالإدانة، وأن تفسر المحكمة الشك لمصلحة المتهم، وألا تقضي بإدانته إلا على أساس اليقين الكامل لا مجرد الاحتمال.<sup>21</sup>

ويتمتع بأصل البراءة كل الأشخاص، سواء تعرضوا للاشتباه أو للاتهام، وبذلك ينبغي أن يعدل نص (م/26 ق.إ.ج.ل) حيث ورد فيه: "يجب على مأمور الضبط القضائي أن يسمع فوراً أقوال المتهم المضبوط، وإذا لم يأت بما

21 - عبدالفتاح مراد، التحقيق الجنائي التطبيقي، دن، الإسكندرية - مصر، د ط، د ت، ص36 وما بعدها.

أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 299 وما بعدها.

ببرئته، يرسله في مدى ثمان وأربعين ساعة إلى النيابة العامة المختصة".  
فينبغي حذف عبارة (وإذا لم يأت بما يبرئه)؛ لأنها تمثل خروج عن الشرعية  
الدستورية، وأصل البراءة.

كما أنه لا يملك المشرع أن يفرض قرائن قانونية لإثبات التهمة أو نقل عبء  
الإثبات ليصبح على عاتق المتهم؛ لمناقضة ذلك عدم إلزام المتهم بإثبات براءته  
تطبيقاً لأصل البراءة. فافتراض براءة المتهم يمثل أصلاً ثابتاً يتعلق بالتهمة  
الجنائية في جميع مراحلها، وعلى امتداد إجراءاتها، مما لا يجوز معه نقضها  
بغير الأدلة الجازمة التي تخلص إليها المحكمة وتكون منها عقيدتها.<sup>22</sup>

وبذلك وإعمالاً للشرعية الدستورية، ينبغي إعادة النظر فيما يخالف أعمال  
أصل البراءة أو يعطل أثراً من آثارها في نصوص قانون الإجراءات الليبي،  
كعدم دستورية قرائن الإثبات.<sup>23</sup>

ثانياً / حماية أصل البراءة قضائياً:

طالما أن الأصل في المتهم البراءة فيجب أن تكفل له جميع الحقوق  
والحريات في جميع مراحل الخصومة الجنائية. بحيث تقتضي الشرعية  
الدستورية ضمان التعويض أو العقوبة أحياناً عن أي مساس بهذه القرينة.

22 - أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 301 وما بعدها. عبدالفتاح مراد، مرجع سابق، ص 482 وما بعدها.

23 - عبدالفتاح مراد، مرجع سابق، ص 483 وما بعدها.

كحالة التعويض عن الحبس الاحتياطي الذي قرره (م/73) من مشروع الدستور. بما يستوجب الموازنة لقانون الإجراءات الجنائية.

### ثالثاً / الشك يفسر لمصلحة المتهم:

يترتب على أصل البراءة ألا تقتنع المحكمة بالإدانة إلا بناء على الجرم واليقين لا على الاحتمال أو الترجيح. فإنه بذلك يتمتع معيار الجرم واليقين بالقيمة الدستورية، ذلك كنتيجة منطقية للقيمة الدستورية لأصل البراءة،<sup>24</sup> ومن ثم فإن الأمر يتعدى مجرد بطلان الحكم بالإدانة الذي بني قضاؤه على الترجيح أو الاحتمال إلى تقدير عدم دستورية النصوص التشريعية التي تسمح بالحكم بالإدانة كما هو الحال فيما ورد في قانون المتشردين والمشتبه في أمرهم، وكذلك قانون بشأن الأحداث المشردين. فالشك يعني: إسقاط أدلة الإدانة والعودة إلى الأصل العام وهو البراءة عند توافر الشك في هذه الأدلة.<sup>25</sup>

24 - محمود صالح العادلي، النظرية العامة في حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية - مصر، ب ط، 2005، ص 155 وما بعدها. محمود محمود مصطفى، الإثبات في المواد الجنائية (النظرية العامة)، مطبعة جامعة القاهرة للكتاب الجامعي، القاهرة - مصر، ط 1 / 1977، ج 1، ص 56 وما بعدها.

25 - محمود صالح العادلي، مرجع سابق، ص 153 وما بعدها. محمود محمود مصطفى، مرجع سابق، ص 58 وما بعدها.

## الفرع الثاني

### الضمان القضائي للمحاكمة العادلة

#### أولاً / الحق في اللجوء للقضاء :

نظرا للتقاطع بين الحقوق والحريات مما ينشعب عنه النزاع، فقد عمدت الشرعية الدستورية إلى ضمان الحق في اللجوء للقضاء لحسم هذا النزاع عن طريق المحاكمة العادلة، التي من شأنها حفظ الحقوق والحريات على أصحابها. وذلك بإجراء محاكمة عادلة تحترم فيها جميع الضمانات، وعلى رأسها حق الدفاع وإعطاء المتهم الوقت والتسهيلات اللازمة لإعداد الدفاع. وهذا ما أكدته (م/70) من مشروع الدستور، حيث جاء فيها صراحة: " الحق في اللجوء للقضاء مكفول للجميع، ولكل شخص الحق في محاكمة عادلة أمام قاضيه الطبيعي وفي أجل معقول يؤمن له فيها الضمانات كافة...". وهذا النص الأخير يمثل من جهة إعطاء البعد الدستوري، أو القيمة الدستورية لمحتواه، كما أنه يمثل تطويرا لمستوى الضمانات الإجرائية. فهو كرس لترسيخ حق اللجوء للقضاء، والمحاكمة العادلة،<sup>26</sup> وكذلك القاضي الطبيعي، ثم الأجل المعقول (العدالة الناجزة)،<sup>27</sup> وهذه المعاني تتطلب مراجعة القواعد الإجرائية

26 - حسن صادق المرصفاوي، ضمانات المحاكمة العادلة في التشريعات العربية، مطبعة محرم بك، الإسكندرية - مصر، ب ط، 1973، ص 137 وما بعدها.

27 - شريف سيد كامل، الحق في سرعة الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ط 1 / 2005، ص 19. مدحت عبدالحليم رمضان، الإجراءات الموجزة لإنهاء الدعوى الجنائية في ضوء تعديلات =

وتعديلها بما يتلاءم مع الشرعية الدستورية المستفادة من النص المشار إليه آنفاً.

### ثانياً / استقلال وحيدة القضاء :

إن مبدأ استقلال السلطة القضائية هو أساس الشرعية والمساواة أمام القانون. واستقلال القضاء يعني: تحرر سلطته من أي تدخل من جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية، وعدم خضوع القضاة لغير القانون. فواجب القاضي في تطبيق القانون يقتضي منه معرفة إرادة المشرع على الوجه الصحيح، وهو ما لا يتأتى إلا إذا كان كامل الحرية في استخلاص هذه الإرادة غير متأثر بفكرة معينة، وغير خاضع لتدخل من هاتين السلطتين، وهذا على سبيل الاستقلال الخارجي، ولكن أيضاً يجب أن يكون القاضي مستقلاً عند تأديته لمهمته عن رؤسائه، وهو ما يعرف بالاستقلال الداخلي. ولا يعني هذا الاستقلال: التحكم أو الاستبداد في الرأي أو الحكم، ولكنه يعني: عدم الخضوع في استخلاص كلمة القانون وتطبيقها لغير ضمير القاضي واقتناعه الحر السليم.<sup>28</sup>

وهذه المعاني جميعاً رسخها ما ورد في مشروع الدستور، حيث جاء في (م/130) منه ما نصه: "السلطة القضائية مستقلة، وظيفتها إقامة العدل

=قانون الإجراءات الجنائية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ب ط، 2000، ص 8 وما بعدها.

28 - أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 354 وما بعدها. عبدالرحمن محمد أبوتوتة، مرجع سابق، ج 1،

ص 281. حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص 138 وما بعدها.

و ضمان سيادة القانون وحماية الحقوق والحريات. والقضاء مستقلون في أداء وظائفهم، لا يخضعون لغير القانون...".

بل إن مشروع الدستور لم يكتف بهذا، وإنما ذهب إلى ما هو أبعد عندما نص صراحة على تجريم التدخل في عمل القضاء، واعتبرها جريمة لا تسقط بالتقادم، "... والتدخل في عمل القضاء جريمة لا تسقط بالتقادم...". من (م/130). وهذا يعد من باب التطور في حماية استقلال القضاء، عن الشكل الذي عليه الحال في التشريعات القائمة، مما يتطلب إجراء مواءمة تشريعية.

والقضاء ميزان العدالة، وتقتضي سلامة الميزان أن يكون مجرداً من التأثير بالمصالح أو العواطف الشخصية. فمبدأ حياد القضاء؛ يهدف إلى حماية أطراف الخصومة من تحيز القاضي بسبب ميوله أو معتقداته الشخصية. ولا يضمن استقلال القضاء وحده سلامة ميزان العدل ما لم يكن حكم القاضي غير خاضع لعوامل التحكم، وهو ما يسمى بالحياد، فحيدة القضاء عامل مكمل لاستقلاله، لأنها تؤكد الثقة في القضاء. ومن ناحية أخرى، فإن القيمة الموضوعية للقانون تتوقف على تطبيقه المحايد.<sup>29</sup> وقد أكد مشروع الدستور على مبدأ الحياد، حيث جاء في (م/130) "... ويلتزمون بمبادئ النزاهة والحياد...". وبذلك ينبغي أن تكرر القواعد الإجرائية لمعنى حيده القضاء.

29 - حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص138 وما بعدها. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص378 وما بعدها.

وتتمثل ضمانات حيدة القضاء في الإجراءات الجنائية أساسا في توزيع وظائف القضاء الجنائي، وعدم جمعها في وظيفة واحدة. فالأصل هو الفصل بين وظائف القضاء الجنائي للحيلولة دون التحيز. مما يتطلب الموازنة التشريعية على مستوى قانون الإجراءات الجنائية بحيث يتم الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق.

### ثالثا / القضاء الطبيعي والمتخصص:

ورد في (م/70) من مشروع الدستور ما نصه: "... ولكل شخص الحق في محاكمة عادلة أمام قاضيه الطبيعي". كما ورد في (م/133) منه أيضا: "تتولى المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها الفصل في المنازعات والجرائم وفق نظام التخصص القضائي بما يستجيب لمتطلبات العدالة..". وجاء أيضا في (م/135) منه ما نصه: "يحظر إنشاء المحاكم الاستثنائية".

تستند قاعدة القضاء الطبيعي على ضمانين متكاملين، أولهما: استقلال القضاء وحياده، وثانيهما: مبدأ المساواة. ولكي يكون القضاء طبيعيا يجب أن يكون إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها قد تم بالقانون، وأن يكون إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها وفقا لمعايير عامة ومجردة سابقة على نشوء الدعوى، وكذلك أن تكون المحكمة دائمة أي محكمة عادية، دون قيد زمني معين. فالمحاكم الاستثنائية والمؤقتة لا تعد قضاء طبيعيا. وبذلك قرر المشروع

حظر إنشاء المحاكم الاستثنائية. وتعد المحاكم ذات الاختصاص الخاص نوعاً من القضاء الطبيعي.<sup>30</sup>

#### رابعاً / تعدد درجات التقاضي:

جاء في (م/134) من مشروع الدستور ما نصه: "فيما عدا المخالفات (والقضايا قليلة الأهمية) التي يحددها القانون، تنظم المحاكمات على درجتين...". ويفهم من هذا النص أن التقاضي يكون على درجتين ما عدا المخالفات (والقضايا قليلة الأهمية) فإنها يتم التقاضي فيها على درجة واحدة. هذا بخلاف القانون المعمول به، فإنه وفقاً له تكون درجات التقاضي درجتين في المخالفات والجناح، أما الجنايات فإن التقاضي فيها يكون على درجة واحدة. وبالمقارنة فإن مشروع الدستور نص على تغيير ملحوظ في ضبط درجات التقاضي، وهو أكثر منطقية، ويحقق أكبر قدر من الضمانات تتلاءم والأهمية من جهة والخطورة من جهة أخرى. مما يتطلب المواءمة التشريعية، وتضمين نص المشروع في القواعد المنظمة للتقاضي ودرجاته.

30 - عبدالرحمن محمد أبوتوتة، مرجع سابق، ج2، ص9 وما بعدها. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص402.

## الخاتمة

لعله بعد هذا الجهد تبين لنا بشكل قاطع حاجة قانون الإجراءات الجنائية الليبي للمراجعة، وذلك رغبة في مواءمته مع تلك المتغيرات التي نالت من عديد المبادئ والقيم الدستورية، إعمالاً للشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية، فلم يعد بوسع هذا القانون أن يقبل على النحو الذي عليه قواعده الحالية، حيث ثبت لنا من خلال هذه الدراسة أن العديد من قواعده فقدت الدستورية.

وبذلك نهيب بالجهات ذات الاختصاص أن تعنى بتشكيل لجنة فنية متخصصة يكون بمقدورها مراجعة القانون، وإعداد مشروع واف يأخذ في الحسبان كافة المتغيرات التي طرأت في ليبيا، وبما يتلاءم مع الشرعية الدستورية، حتى يكون هذا القانون قادراً على النهوض بواجبه، وتحمل الأعباء المسندة إليه؛ بغية حماية المصالح الجوهرية، وإرساء مبدأ العدالة، وتحقيق الطمأنينة، والاستقرار القانوني، والنهوض بالمجتمع والسعي إلى تحقيق تقدمه ورقبه، بما يتسم به من الفعالية، ووفقاً لقيم حقوق الإنسان، وما يحفظ كرامته.

## أهم المراجع

- 1- أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة - مصر، ط3 / 2004.
- 2- بشير سعد زغول، الحبس الاحتياطي، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ط1 / 2007.
- 3- حسن صادق المرصفاوي، ضمانات المحاكمة العادلة في التشريعات العربية، مطبعة محرم بك، الإسكندرية - مصر، ب ط، 1973.
- 4- سامي صادق الملا، حق المتهم في الصمت، مجلة الأمن العام، وزارة الداخلية، القاهرة - مصر، العدد 53.
- 5- شريف سيد كامل، الحق في سرعة الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ط1 / 2005.
- 5- شعبان محمد عكاش، قراءة في متطلبات العدالة (الواقع الليبي أنموذجا)، مجلة القانون، كلية القانون، جامعة طرابلس، العدد الثالث، للعام 2011/2012، طرابلس - ليبيا.
- 6- ظافر محمد الفالح، التعاون الدولي الجنائي (قراءة معاصرة)، دار النجم للطباعة، تونس، ط1 / 2016.

- 7- عبدالرحمن محمد أبوتوتة، شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبي، دار الرواد، طرابلس - ليبيا، ط1 / 2017.
- 8- عبدالفتاح مراد، التحقيق الجنائي التطبيقي، دن، الإسكندرية - مصر، د ط، دت.
- 9- مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، منشورات المكتبة الجامعة، الزاوية - ليبيا، ط2 / 2000.
- 10- مجدي محب حافظ، الحبس الاحتياطي وفقا لأحدث التعديلات في قانون الإجراءات الجنائية في ضوء الفقه وأحكام القضاء، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة - مصر، ط2 / 1998.
- 11- محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، دار الأوائل للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ط1 / 2003.
- 12- محمد شريف بسيوني - عبدالعظيم وزير، الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان، ط1 / 1999.
- 13- محمد عزت مصطفى سلام، الجريمة السياسية في ظل النظام العالمي الجديد، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2012، (غير منشورة).

- 14- محمد علي سويلم، ضمانات الحبس الاحتياطي في ضوء القانون رقم (145) لسنة 2006، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، ط 1 / 2007.
- 15- محمد عودة الجبور، الاختصاص القضائي لمأمور الضبط، دراسة مقارنة، أطروحة دكتورة، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، 1981 (غير منشورة).
- 16- محمود صالح العادلي، النظرية العامة في حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية - مصر، ط 1، 2005.
- 17- محمود محمود مصطفى، الإثبات في المواد الجنائية (النظرية العامة)، مطبعة جامعة القاهرة للكتاب الجامعي، القاهرة - مصر، ط 1 / 1977.
- 18- محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ط 1، 1992.
- 19- مدحت عبدالحليم رمضان، الإجراءات الموجزة لإنهاء الدعوى الجنائية في ضوء تعديلات قانون الإجراءات الجنائية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ط 1، 2000.
- 20- موسوعة القوانين الجنائية والقوانين المكملة لها، الجزء الثاني، قانون الإجراءات الجنائية، ط 1 / 2008.

## مشكلة الازدواج الضريبي تداعياته وعلاجه

دراسة مقارنة بين التشريع الليبي وغيره من القوانين العربية

رحاب محمد الهادي بن نوبه

عضو هيئة التدريس بكلية القانون - جامعة طرابلس

## المقدمة

الضريبية أداة من أدوات السياسة المالية والاقتصادية ، تستخدمها الدولة لتحقيق أهدافها الاقتصادية والاجتماعية إلى جانب الأدوات الأخرى ، ولاسيما في ظل ما شهده العالم خلال النصف الثاني من القرن العشرين من تحولات اقتصادية كبيرة أدت إلى زيادة حجم التبادل التجاري؛ نتيجة تطور المشاريع الاقتصادية والمالية بعد الأزمة الاقتصادية العالمية الكبرى عام 1929-1932 ، مما أدى إلى تعقد العلاقات التجارية ، وزيادة حجم الاستثمارات ، وظهور المشروعات الصناعية الضخمة التي لم تعد لها صفة إقليمية محلية ، وظهور الشركات متعددة الجنسية والتي انتشرت وبتوسع مؤخرا ، والمستجدات الاقتصادية المحلية والإقليمية والدولية في عالم اقتصاد مفتوح يتوافق مع عصر الاتصالات وشبكات المعلومات وما تؤمنه من إيصال المعلومات وتبادلها التجاري والاستثماري بصورة أنية متسارعة.

### أهمية البحث:

أدت طبيعة العلاقات التي تربط الدول إلى ظهور التكتلات الاقتصادية الإقليمية والدولية ، مما أسهم في تسهيل انتقال رؤوس الأموال فيما بينها وبين الدول الأخرى، وتوفير المرونة اللازمة، مما يساعد في تشجيعهم على الاستثمار بهدف زيادة وتأثر النمو، ودعم القدرة التنافسية ؛ لتعزيز الهياكل الاقتصادية لتلك الدول، ومن ثم ضرورة إيجاد الوسائل والأدوات اللازمة لتشجيع الاستثمارات الأجنبية وجذبها من جهة ، ودعم عمليات التبادل

التجاري البيئي والدولي من جهة ثانية وانسجاماً مع تلك المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية ، تنبتهت الدول لمعالجة مسألة الازدواج في ظل اقتصاد عالمي أصبح العالم فيه قرية صغيرة ، وتركز الاهتمام على معالجة تجنّب الازدواج الضريبي على ضرائب الدخل بأنواعها.

وقد خصصت هذه الدراسة هذه الظاهرة ؛ لارتباطها بها ، وبذلك تخرج الأنواع الأخرى من الضرائب كالضرائب الجمركية مثلاً لأن الازدواج فيها يكون على السلع والخدمات وليس على الدخل لذلك بلغت أهمية ضريبة الدخل بالنسبة لموضوع الازدواج كظاهرة ينبغي توضيحها للممول والإدارة الضريبية، والإلمام بجميع جوانبها وتداركاً لما تحدثته هذه الظاهرة من آثار سيئة، فقد تركزت الجهود الدولية لوضع الأسس والقواعد والمبادئ ، لإعداد صيغ اتفاقيات لتجنب الازدواج الضريبي، تعقد بين الدول لتحديد الاختصاص المكاني لفرض الضريبة ، وتساعد في عملية التنسيق الضريبي الإقليمي والدولي، بهدف تشجيع استثمار عملية التبادل التجاري الدولي ، ودفعها قدماً، بما يساعد على انسياب وانتقال رؤوس الأموال بين الدول المتعاقدة ، والتي تتفق على إعطاء معاملة تفضيلية فيما بينها. لذلك نرى أن أهمية البحث في هذه المسألة يتعلق بالتعرف على الازدواج الضريبي المحلي والدولي ولاسيما في الضرائب على الدخل والأساليب المختلفة لتجنبه مسبقاً بالتعرف على الدخل بشكل عام.

اشكالية البحث:

الضرائب على الدخل تعتبر أكثر أنواع الضرائب انتشارا في النظم الضريبية الحديثة على أساس أن الدخل يعتبر المصدر الطبيعي الذي يخضع للضريبة، وقد يؤدي هذا الغرض إلى تكرار دفعها من شخص واحد مرتين على نفس الوعاء وعن نفس المدة محدثة ظاهرة الازدواج ، وتعود مشكلة الازدواج الضريبي إلى توسع الدول وامتدادها في اختصاصاتها الضريبية ، ولن حل هذه المشكلة بحاجة إلى التنسيق بين هذه الاختصاصات والتضحية بجانب من إيراداتها بما يساعد على تجنب الآثار السيئة لضرائب الدول الأعضاء في الأسواق المشتركة، وعلى تهيئة ظروف المنافسة لعوامل الإنتاج والتي تكفل حرية الانتقال للأشخاص والسلع ورؤوس الأموال، وكذلك يؤدي الازدواج الضريبي الداخلي بطريقة مباشرة إلى زيادة عبء الضريبة على الممولين، عليه سوف تهدف الدراسة أساساً إلى تناول هذه الظاهرة من منظور قانوني اقتصادي في مستواه المحلي والدولي، ملمين بكافة الأساليب التي تكفل تجنبه من الداخل إلى الخارج.

منهج البحث:

انتهجت الباحثة المنهج التحليلي الوصفي لمعرفة كيفية حدوث الظاهرة وأسبابها، والاستعانة بالمنهج المقارن لبيان أوجه القصور والتميز في القوانين الأخرى ، كما أن هذه الدراسة تجنح إلى تبسيط هذا الموضوع بالاقتران على الخطوط العريضة الموضحة لضريبة الدخل وما تثيره ظاهرة الازدواج مهتدياً في تقويم هذه الإشكالية بما توصلنا إليه من ملاحظات مهمة

وفقا للقوانين المقارنة، مما جعلنا نعتد تقسيم البحث إلى مبحثين رئيسيين، وذلك بهدف إفادة الدارسين والباحثين والعاملين في هذا المجال.

خطة البحث:

قُسم البحث على النحو التالي :-

المبحث الأول :-الضرائب على الدخل وأهم المشاكل التي تعترضها.

المطلب الأول :-عموميات الضرائب على الدخل .

المطلب الثاني :-مشكلة الازدواج الضريبي.

المبحث الثاني :-الأساليب الممكنة والعملية لمنع الازدواج.

المطلب الأول :-الأساليب المحلية لتجنب الازدواج

المطلب الثاني:-الأساليب الدولية لتجنب الازدواج

## المبحث الأول

### الضرائب على الدخل وأهم المشاكل التي تعترضها

الضريبة قد تفرض على الدخل أو على رأس المال ، ولأن الدخل طبيعته متجددة ، لذلك نجد الوعاء الأساسي للضريبة هو الدخل، ومن هنا تكتسي الضريبة تسميتها بل إن دور الضريبة على الدخل جعل الدولة في عصرنا الحاضر تعتبرها أهم الإيرادات العامة وقد احتلت مكاناً مرموقاً في التشريعات الضريبة الحديثة<sup>(1)</sup> فالآثار المالية تتمثل في حجم الواردات الناتجة عنها مقارنة بأنواع الضرائب الأخرى وبتخفيض حصيلتها، ووصفها المثال الأمثل للضريبة المباشرة ولأنها تتميز بمقدرتها المباشرة على التوفيق بين الهدفين المتنافيين للضريبة المعاصرة ، هدف ضمان (الوفرة المالية) للدولة من جهة وهدف الإسهام في تحقيق (العدالة الضريبية) من جهة أخرى، وذلك بمراعاة مبدأ شخصية الضريبة هذا فضلاً عن أهمية البحث في كفالة ضمان هذه الأهداف وفقاً للتشريع الضريبي الليبي، ولأنها تكتسي مثل هذه الأهمية كان علينا ضمان العدالة الضريبية إذا ما تعرضت للازدواج الضريبي.

(1) رفاعي الهزائمة، الإعفاءات من الضريبة على الدخل في الأردن ودورها في السياسة الضريبية للدولة، عمان، 1983م، ص 5.

## المطلب الأول

### عموميات الضرائب على الدخل

وضع النظام الضريبي الليبي على أساس أن يكون الهيكل الضريبي مبنياً على فرض ضرائب نوعية ، وفقاً لنوع النشاط أو الدخل المتحقق ، ودراسة الضرائب على الدخل - وهي أهم أنواع الضرائب المباشرة في ليبيا حيث ينظم أحكامها القانون رقم (7) لسنة 2010 بشأن الضرائب على الدخل - كان لابد من معرفة مفهوم الدخل، وماهي أهم ملامح الضريبة على الدخل؟.

### الفرع الأول

#### مفهوم الدخل

أولاً: معنى الدخل: لتحديد معنى الدخل نقف على المعنى القانوني ، ثم نحدد مصادره.

أ- المعنى القانوني للدخل: وهو الذي ينص على تحديده القانون الضريبي<sup>(1)</sup>، عليه فما يعتبر دخلاً قانونياً قد لا يعتبر كذلك عند الفقه المالي ، مما أثار

(1) د. أبو بكر متولي، الاقتصاد الخارجي نظرة تحليلية، ط الأولى، مكتبة عين شمس، 1980م، ص

الكثير من الاختلاف في الرأي حول مفهوم الدخل ضريبياً<sup>(1)</sup>، لذلك يعد تحديد مفهوم الدخل مسألة ضرورية بالنسبة للدراسات الضريبية لسببين في غاية الأهمية الضريبية وخاصة عند تحصيل الضريبة، وهما:-

الأول:- منع التهرب الضريبي من العناصر التي تعد دخلاً، وتلافي ما قد تشمله الضريبة من بعض الأموال التي لا تعد من قبيل الدخول، التي تفرض عليها الضريبة، والتي تكون الوعاء.

الثاني: تجنب حدوث الازدواج الضريبي في حالة فرض الضريبة على نفس العنصر مرتين؛ نظراً لتشابك المفاهيم لبعض أنواع الدخول.

ب-المعنى الاقتصادي للدخل: والذي تتزعمه نظريتان هما (نظرية المصدر- المنبع، ونظرية الإثراء-الزيادة في القيمة الإيجابية)<sup>(2)</sup> فنظرية المصدر ترتكز على كون الدخل دورياً، أي احتمال عودته وتكراره كأساس لمنطقها أي أنها لا تخضع للأرباح العارضة للضريبة<sup>(3)</sup>، وقد أخذ المشرع الليبي بشرط الدورية في الدخل، وكذلك كل من المشرع المصري والأردني<sup>(4)</sup>.

(1) أمين السيد أحمد لطفي، فلسفة المحاسبة عن الضريبة على الدخل، ط الأولى، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 96.

(2) د. السيد عبد المولى، الوجيز في المالية العامة، ط الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م، ص 286.

(3) د. عبد الباسط علي جاسم الجحيشي، الإعفاءات من ضريبة الدخل، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر، عمان، الأردن، 2008، ص 30.

(4) فرهود، محمد سعيد، علم المالية العامة، معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، 1982م، ص 307 وما بعدها.

أما نظرية الإثراء فتعتبر دخلاً كل زيادة مالية في ذمة الممول يستوي حصول الشخص في ذلك بشكل منظم أو بشكل عارض<sup>(1)</sup>، بمعنى آخر يشمل الدخل كل ثروة حققها الممول مهما كان مصدرها حتى لو تحققت مصادفة بلا مجهود أو سعي بصرف النظر عن مداها، أي حتى لو تحققت مرة في السنة<sup>(2)</sup>.

وفي الواقع العملي، فإن تحديد الدخل الخاضع للضريبة يكون من خلال تحديد التشريعات الضريبية لمصادر الدخل.

ثانياً: مفهوم الدخل في التشريع الضريبي الليبي:

من خلال تتبع نصوص قانون الضريبة على الدخل الليبي نجد أن المشرع اخضع للضريبة "كل دخل ناتج في ليبيا من أية أصول موجودة فيها مادية كانت أو غير مادية أو من أي نشاط أو عمل فيها، وتخضع الدخول الناتجة في الخارج للضريبة في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك"<sup>(3)</sup>.

يتبين مما ذكر أن المشرع الليبي لم يعرف المقصود من الدخل ولا حتى في اللائحة التنفيذية للقانون المذكور مما يفسر أن المشرع قد أخذ بالمفهوم الواسع للدخل (نظرية المصدر- ونظرية الزيادة الإيجابية في ذمة الممول)

(1) علي، محمد كرم، مدى خضوع الأرباح الرأسمالية للضريبة على الدخل في السودان، رسالة ماجستير غير منشورة، 1983، جامعة القاهرة، ص 112.

(2) د. غازي عناية، المالية العامة والتشريع الضريبي، الطبعة الأولى، دار البيارق، عمان، الأردن، 1998، ص 121.

(3) المادة 1 من الباب الأول (أحكام عامة) رقم 7 لسنة 2010م بشأن الضريبة على الدخل الليبي.

وإن كان قد أعفى المشرع الدخول الخارجية لليبيين والمقيمين الأجانب بليبيا"، وهذا رغبة منه في التشجيع على الاستثمار<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### أهم ملامح الضريبة على الدخل الليبي

للقوف على أهم الملامح الرئيسية نتناول الدخول الخاضعة للضريبة ونطاق سريانها.

أولاً: - الدخول الخاضعة للضريبة:

تنقسم الضرائب في الفقه الضريبي إلى تقسيمات فنية متعددة أهمها تقسيمها إلى ضرائب مباشرة وضرائب غير مباشرة ، وتعتبر ضرائب الدخل أهم أنواع الضرائب المباشرة ، وتنقسم ضرائب الدخل وفقاً للقانون رقم (7) لسنة 2010 بشأن الضرائب على الدخل الليبي إلى ضرائب على دخل الأشخاص الطبيعيين وضرائب على دخل الشركات<sup>(2)</sup>.

(1) المادة 33 بند (6) من قانون رقم 7 لسنة 2010 بشأن الضرائب على الدخل.

(2) ويقصد بالأشخاص الطبيعيين:

- 1- الأفراد الذين يزولون أي نشاط أو يؤدون أي عمل بشكل مستقل أو غير مستقل.
- 2- الشركاء المتضامنون في شركات التضامن.
- 3- المنتجون في الشركات والوحدات الإنتاجية المملوكة للمجتمع التي تطبق مقولة (شركاء لا أجراء) في النظام السابق ولا تسري هذه الضرائب على الدخول التي يحصل عليها الشركاء أو

وقد أخذ المشرع الليبي بالضرائب النوعية علي دخل الأشخاص الطبيعيين كما يلي:-

أ- دخل التجارة والصناعة والحرف .

ب- دخل حصص الشركاء.

ج- الدخل من المهن الحرة.

د- الدخل الناتج عن الإيداع لدى المصارف .

هـ- الدخل من الأجور والمرتبات وما في حكمها .

وفي رأي الباحثة إن الوعاء في ضريبة الدخل غير كافيا في الوقت الحالي لكي يكون مورد لتغطية النفقات العامة، خصوصاً بعد إعفاء بعض الدخل التي كانت خاضعة للضريبة في القانون السابق ، فحصيله الضرائب النوعية في ليبيا لا تكفي مع شبه وقوف كامل لتصدير النفط المصدر الرئيسي لإيرادات الدولة في الوقت الحالي وكذلك فإن ضريبة الدخل تؤثر في الادخار، فكلما زادت نسبة الضريبة المفروضة على الدخل أدى إلى تقليل مقدرة الأفراد على الادخار خاصة بالنسبة لذوي الدخل المرتفعة ، حيث يدفعون فائض دخلهم على شكل ضرائب مما لا يشجعهم على الاستثمار، أما الضريبة على دخل التجارة والصناعة والحرف، فقد نص المشرع على خضوع هذا الدخل للضريبة ولو كان عارضاً لا يتصل بالمهنة، كما يخضع للضريبة كل دخل

المساهمون في الشركات الخاضعة للضريبة على الشركات، للمزيد أنظر: أ. محمود الشاوي،

المحاسبة الضريبية، طرابلس، ط 2، 2001، ص 123.

ناشئ من أي مصدر آخر لاتسري عليه ضريبة نوعية أخرى، وذلك ما لم يستثنى بنص خاص<sup>(1)</sup>، ويلاحظ بأن المشرع أخذ بالمفهوم الواسع للدخل في هذا النص مما سائر فيه المشرع المصري إلا أنه حدد ما يعتبر عملاً تجارياً في البند (أ-ب)، وهي تقسيم الأراضي وبيعها وإدارة الملكيات الإنتاجية، والخدمية الثابتة والمنقولة، وتسييرها من قبل الغير، وأعمال السمسة أياً كان نوعها، والانتفاع بالأراضي الزراعية مع عدم الإخلال بالفقرة (9) من المادة (33) من القانون<sup>(2)</sup>.

كما شملت اللائحة التنفيذية جميع أرباح الممول، سواء ناتجة عن نشاطه الرئيسي أو من أي نشاط آخر باعتبارها دخلاً يخضع للضريبة، وكذلك جميع الأرباح الناتجة عن بيع أي أصل من أصول النشاط المادية وغير المادية، وعن تأجير أدوات المنشأة وخدمات عمالها لدى أي جهة، والفرق الناتج عن إعادة تقييم أموال المنشأة عند انفصال شريك أو انضمامه وما يحصل من ديون معدومة خلال السنة المقدم عنها الإقرار، وغير ذلك من أرباح النشاط<sup>(3)</sup>، حيث يتضح أن المشرع أخذ بنظرية (المصدر) في تحديد الربح.

ثانياً: نطاق سريان الضريبة على الدخل:

ومن خلال الاطلاع على نص المادة الأولى من قانون الضريبة على الدخل

(1) المادة الأولى من الباب التمهيدي من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 7 لسنة 2010 بشأن ضريبة الدخل.

(2) المادة (46) من الفصل الثاني من قانون رقم 7 لسنة 2010 بشأن ضريبة الدخل الليبية.

(3) المادة 43 من الفصل الثاني من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 7 لسنة 2010.

رقم (7) لسنة 2010 اتضح لنا أن المشرع الضريبي الليبي قد أخذ بمعيار التبعية الاقتصادية، معتمداً على مبدأ مصدر الدخل (إقليمية الضريبة) وهو من أهم المظاهر السيادية للدولة، والذي يقضي بسريان الدخل المحققة داخل ليبيا أيا كان مصدرها وبغض النظر عن جنسية أصحابها أو محل إقامتهم، كما نلاحظ أن المشرع قد دعم هذا المبدأ بمعيار التبعية السياسية (الإقامة أو الموطن) وذلك في بعض الحالات الاستثنائية، معتمداً على معيار المواطنة كالدخل المتحقق لبعض الشركات الليبية في الخارج وتبعاً لذلك فإن من حق الدولة أن تشارك الممول صاحب الجنسية الليبية فيما يحققه من أرباح نتيجة مزاولته لنشاط معين، حتى يساهم في الأعباء العامة في ليبيا، وغالباً ما يؤدي الأخذ بهذه القاعدة إلى حدوث مشكلة الازدواج الضريبي، سواء على الصعيد المحلي أو على الصعيد الدولي.

### المطلب الثاني

#### مشكلة الازدواج الضريبي

يعد الازدواج الضريبي وما ينتج عنه من مشاكل ضريبة مقصودة وغير مقصودة للدخل الناتج عن الاستثمار من أبرز الظواهر الاقتصادية الحديثة التي أثارت الكثير من المنافسات بين رجال الاقتصاد والمال والقانون في ظل المنجزات الاقتصادية المحلية والدولية، حيث يؤدي تباين ما تتجه إليه الدول من تطبيق النظم الضريبية (معيار الإقامة، الجنسية، التبعية الاقتصادية) على درجات مختلفة إلى تنازع ضريبي دولي ينشأ عنه ازدواج ضريبي دولي،

أي خضوع الدخل المعين للشخص الواحد في السنة الواحدة للضريبة في أكثر من دولة، مما يترك السلبية ليس فقط على المكلف وإنما أيضاً بالنسبة للتدفق الدولي لرأس المال الخاص، بسبب العبء الضريبي الكبير الذي يترتب على المكلفين، مما يؤدي إلي تقليص استثماراتهم الخارجية، وأيضاً على الصعيد الداخلي فإن تباين الجهات المختصة والسلطات المالية في تطبيق النظم الضريبية دون أي تنسيق يذكر فيما بينها، يؤدي إلى تنازع ضريبي داخلي، ينشأ عنه ازدواج ضريبي عملي أي خضوع الدخل المعين للشخص الواحد في العام الضريبي نفسه إلى أكثر من مرة للضريبة ذاتها. عليه سنتعرض في هذا المطلب إلى التعريف بهذه المشكلة ، وتحديد أنواعها وأسبابها.

### الفرع الأول

#### تعريف الازدواج الضريبي

الازدواج الضريبي هو " فرض الضريبة ذاتها أو ضريبة مماثلة لها في النوع أو الطبيعة أكثر من مرة على شخص واحد أو أكثر من شخص، ولكن يتحمل عبئها شخص واحد ، وذلك على مادة واحدة أو أكثر من دولة"<sup>(1)</sup>.  
وينبغي الإشارة إلى أن اصطلاح الازدواج الضريبي لا يعني دفع الضريبة

(1) أحمد عصام الدين السيد عيسوي، دراسة تحليلية للازدواج الضريبي الداخل في التشريع الضريبي المصري، بحث منشور في المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، كلية التجارة، جامعة عين شمس، العدد الأول 1999م، ص 324.

مرتين فقط كما يتبادر للوهلة الأولى، وإنما يقصد به دفع الضريبة أكثر من مرة سواء ثم دفعها مرتين أو أكثر، إلا أن ذلك لا يلغي احتمالاً قائماً وهو دفع الضريبة ثلاث مرات، كأن تنطبق معايير الاختصاص الضريبي عندما يرتبط المكلف بنشاط اقتصادي وفي أكثر من دولة وينفس الوقت تأخذ كل دولة بمعيار يختلف عن الأخرى، بذلك يختلف عن ظاهرة التكرار الضريبي الذي ينتج عند فرض ضريبة على التداول قد تسري على العقارات، فإذا ما بيع عقار أكثر من مرة خضع للضريبة في كل مرة، وهذا تكرار وليس ازدواج<sup>(1)</sup>، لذا فإنه لا ازدواج إذا تعددت مصادر الدخل وفرضت عليها أنواع مختلفة من الضرائب، بالتعريف المذكور آنفاً للازدواج نستخلص أركانه.

### الفرع الثاني

#### أركان الازدواج الضريبي

ويمكن أن نعدد شروط الازدواج الضريبي وهي :-

أولاً: أن تكون الضريبتان من نوع واحد (وحدة الضريبة): أي أن تكون الضريبة التي تفرض على الممول في المرة الأولى هي الضريبة نفسها التي تفرض عليه في المرة الثانية، أي أن يدفع الممول أكثر من ضريبة على الوعاء الخاضع للضريبة نفسه على الرغم من أن الواقعة المنشئة للضريبة هي نفسها، وتحققت لمرة واحدة فقط، أما إذا تحققت تلك الواقعة أكثر من مرة

(1) د. رفعت المحجوب، المالية العامة، ط الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982م، ص 329.

وتكررت تبعاً لتلك الضريبة المفروضة أكثر من مرة، فإن الأمر لن يتعلق بالازدواج الضريبي، حيث من المنطق أن يخضع الممول للضريبة بعدد المرات التي قام بها بالفعل المنشئ للضريبة، ومثال ذلك بالنسبة للضرائب الجمركية، فهي تفرض عند عبور البضاعة حدود الدولة الواحدة، فإذا عبرت البضاعة نفسها، حدود ثلاثة أو أربعة دول فرضت الضريبة الجمركية عليها في كل دولة من هذه الدول ولا يمكن القول أننا أمام ازدواج ضريبي على الرغم من وحدة المال الخاضع للضريبة، ووحدة الضريبة نفسها كون الواقعة المنشئة للضريبة والتي هي عبارة عن أعمال قانونية أو مادية معينة مختلفة، وقد تكررت هنا بعبور البضاعة حدود أكثر من دولة<sup>(1)</sup>، إلا أنه قد يحدث لبس معين من تحديد ما إذا كنا بصدد ازدواج أم لا بالنسبة لوحد الضريبة، فقد اختلفوا فقهاء المالية في الرأي<sup>(2)</sup> مثالها عندما يحمل الدخل ضريبتين، إحداهما تفرض عليه مباشرة، وهذه هي ضريبة الدخل، والأخرى تفرض على رأس المال، ولكن نظراً لانخفاض معدلها، يتم الوفاء بها من الدخل دون المساس برأس المال.

هذا ونجد بعض فقهاء المالية ينفون مثل هذا الازدواج، وذلك لأن الضريبتين مختلفتان، من حيث التنظيم الفني والقانوني فالأولى ضريبة دخل والثانية

(1) جهاد، سعيد خصاونه، الضريبة على الدخل في التشريع الضريبي الأردني، دراسة تحليلية، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 1994، ص 147.

(2) جهاد، سعيد خصاونه، مرجع سبق ذكره، ص 150 وما بعدها.

ضريبة على رأس المال، ولا يغير من طبيعتها أن الوفاء بها يتم في النهاية من الدخل، وهناك من فقهاء المالية من يؤكد حالة الازدواج هنا، لأن الضريبة لا تعدو أن تكون في الحقيقة عبء على الدخل.

ونظراً لصعوبة تحديد الضرائب المتشابهة، فقد لجأت الاتفاقيات الدولية الخاصة بتجنب الازدواج الضريبي إلى تحديد الضرائب التي تعد من نوع واحد<sup>(1)</sup>.

ثانياً: وحدة الممول (المكلف بالضريبة شخص واحد): يجب أن يكون الممول الذي حدده القانون واحداً في الضريبتين متى تحققت ظاهرة الازدواج الضريبي، فإذا فرضت الضريبة الأولى على ممول والثانية على ممول آخر لا يكون هناك ازدواج، ولكن ما يدعوا للتمييز<sup>(2)</sup> هو الفرق بين الوضع القانوني والوضع المالي للشخص الاعتباري، ففي حالة فرض الضريبة على أرباح إحدى الشركات المساهمة باعتبارها شخصاً معنوياً متميزاً عن شخصية مساهمها، ثم فرضت الضريبة على توزيعات هذه الشركة لمساهمها، لا تتوافر هنا ظاهرة الازدواج من الناحية القانونية - رغم وحدة المال الخاضع للضريبة وهي أرباح الشركة - إذن المكلف بدفع الضريبة على الأرباح هو الشركة، في حين نجد المكلفين بدفع الضريبة على التوزيعات هم

(1) باهر، محمد عثم، المالية العامة ومبادئ الاقتصاد المالي، القاهرة، مكتب الآداب، 1998، ص 214.

(2) د. سالم محمد الشوابكة، المالية العامة والتشريعات الضريبية، ط الأولى، دار رائد للنشر، الأردن، 2000م، ص 192.

المساهمون، وفي نفس الوقت تتوافر ظاهرة الازدواج الضريبي من الناحية الاقتصادية نظراً لتحمل المساهمين عبء الضريبتين عند تحقيق أرباح الشركات وعند توزيعها.

ثالثاً: وحدة الواقعة المنشئة للضريبة: أي أن يكون المال الخاضع للضريبة هو نفسه في الضريبتين، ومن ثم فاختلاف المال الخاضع للضريبة يؤدي إلى انتفاء الازدواج الضريبي، فظاهرة الازدواج تعد متحققة فقط إذا قام المكلف بدفع الضريبة أكثر من مرة واحدة عن ذات الواقعة المنشئة لها<sup>(1)</sup>، فلو فرضنا أن المكلف دفع الضريبة من دخله إلى السلطة المركزية ومن ثم قام بدفع الضريبة عن الدخل ذاته إلى هيئة محلية، هنا يتحقق الازدواج.

كما أنه لا يتحقق الازدواج الضريبي في حالة اختلاف وعاء الضريبة، فإذا كان وعاء الضريبة الأولى ملكية العقار للمكلف بدفع الضريبة ووعاء الثانية ريع العقار، وبالتالي تنتفي ظاهرة الازدواج الضريبي<sup>(2)</sup>.

رابعاً: وحدة المدة الزمنية: تتحقق مشكلة الازدواج عندما تكون المدة نفسها التي تفرض عنها الضريبة أكثر من مرة، أما إذا فرضت الضريبة مثلاً على دخل المكلف في سنة ما، ثم فرضت مرة أخرى في سنة ثانية، فلن يكون هناك ازدواج ضريبي.

(1) أما لو قام هذا المكلف بدفع ضريبة عن عقار بملكه ومرة أخرى عن دخله من تجارة، ومرة أخرى عن دخله كموظف، فنقول بإختلاف المادة الخاضعة للضريبة، ومن ثم لا يكون أمام إدواج.

(2) د. عبد الباسط علي جاسم الزبيدي، وعاء ضريبة الدخل في التشريع الضريبي، التباين في الأنظمة الضريبية، ط الأولى، الحامد للنشر، عمان، 2007، ص 121.

ويذهب فقهاء المالية<sup>(1)</sup> إلى أن شرط المدة ليس شرطاً مستقلاً، لأن تخلفه يعني بالضرورة وحدة المال الخاضع للضريبة، وهو ما يعني وجود مشكلة الازدواج، غير أنه وإن صح في مجال الدخل حيث يؤدي اختلاف المدة إلى اختلاف المال موضوع الضريبة، فإنه لا يصح في مجال رأس المال، حيث لا يؤدي دائماً اختلاف المدة إلى اختلاف رأس المال موضوع الضريبة، لذلك فإن شرط وحدة المدة يظل يحتفظ باستقلاله في مواجهة شرط وحدة المال.

### الفرع الثالث

#### أنواع الازدواج الضريبي

أولاً: من حيث المكان: نميز بين الازدواج المحلي (الداخلي) والازدواج الدولي (الخارجي).

أ- الازدواج المحلي: بتوافر الشروط السابق الإشارة إليها داخل الحدود الإقليمية للدولة، أي عندما يحدث الازدواج نتيجة لتعدد السلطات المالية أو

(1) عاطف صدقي، مبادئ المالية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 452.

(الضريبية) داخل حدود الدولة الواحدة<sup>(1)</sup>، سواء كانت موحدة -من خلال فرض الضريبة من السلطة المركزية وفرضها ذاتها من إحدى سلطات الحكم المحلي على نفس الشخص والوعاء- أو كانت دولة اتحادية<sup>(2)</sup> وذلك متى فرضت الحكومة الفيدرالية ضريبة، وقامت إحدى الولايات بفرض الضريبة نفسها على المال نفسه لشخص مقيم فيها<sup>(3)</sup>.

ب- الازدواج الدولي: وذلك عندما تتحقق أركان الازدواج داخل أكثر من دولة نتيجة تطبيق الدول لتشريعاتها الضريبية المختلفة، التي قد تتعدى نطاق إقليمها، وذلك عندما يخضع الشخص المكلف لأكثر من نظام ضريبي على الرغم من وحدة الواقعة المنشئة للضريبة، فيكلف بالضريبة نفسها وعلى المال نفسه في دولتين أو أكثر، ومن هنا يجد المكلف نفسه مخاطباً بقانون الدولة الأولى استناداً إلى مبدأ الجنسية، وبقانون الدولة الثانية استناداً إلى فكرة الموطن، وبقانون الدولة الثالثة استناداً إلى موقع المال، وهكذا يتعدد فرض الضريبة بواسطة المعايير الثلاثة المتقدمة<sup>(4)</sup>.

ويمكن باختصار توضيح تلك الضوابط كما يلي :-

(1) عصام بشور، المالية العامة والتشريع الضريبي، جامعة دمشق، 1990، ص 201.

(2) نفس المرجع السابق، نفس الصفحة وما بعدها.

(3) سالم، محمد الشوايكة، مرجع سبق ذكره، ص 195.

(4) د. علي لطفي، المالية العامة، مرجع سبق ذكره، ص 148.

1- مبدأ التبعية السياسية: المقصود هو إعمال رابطة الجنسية<sup>(1)</sup> أساساً لفرض الضريبة، ويترتب على ذلك أن يخضع لقوانين الدولة كل من يتمتع بجنسيتها، سواء أكانوا داخل الدولة أم خارجها، على أساس أن جميع القوانين قد شرعت لمصلحة الأشخاص، لهذا السبب يجب أن يكون اتصالها بالأشخاص لا بالإقليم مما يترتب على تطبيقه في الغالب الازدواج الضريبي.

2- مبدأ التبعية الاجتماعية: وتتحقق هذه التبعية استناداً إلى إقامة الشخص وتفرض الضريبة على المقيم في الدولة سواء كان من حاملي الجنسية أم كان أجنبياً، و نتيجة لهذا الولاء الاجتماعي للشخص المقيم فإنه يتمتع بحقوق في تلك الدولة التي يقيم فيها، كحماية شخصه وأمواله، وبالمقابل يترتب عليه التزامات منها أن تفرض الضريبة على دخله المحقق.

3- مبدأ التبعية الاقتصادية : في هذا المبدأ الدولة تفرض الضريبة على كل دخل ينشأ أو يتحقق على إقليمها سواء كان صاحب الدخل مقيماً داخل حدود الدولة أو كان مقيماً خارجها، والملاحظ اختلاف التشريعات الضريبية للدول من حيث الأخذ بهذه المعايير التي تكون في حقيقتها أهم أسباب الازدواج الضريبي.

فقد فرق التشريع المصري بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، فلم

(1) تعرف الجنسية بأنها رابطة سياسية قانونية تربط الشخص بالدولة وتترتب عليها حقوق والتزامات، وتمنح الجنسية استناداً إلى حق الدم (النسب والزواج) أو حق الإقليم (الولادة) للمزيد راجع د جابر إبراهيم الراوي، القانون الدولي الخاص في الجنسية، ط الأولى، مطبعة دار السلام، دمشق، 1977، ص 29.

يأخذ بمعيار الجنسية في فرض الضريبة (التبعية السياسية) على ما يحققه مصري الجنسية من دخل خارج الدولة، وإنما أخذ بمبدأ التبعية الاجتماعية (محل الإقامة المعتادة) ،ومبدأ التبعية الاقتصادية (مصدر الدخل) أساساً لتحديد النطاق المكاني لسريان الضريبة الموحدة<sup>(1)</sup>، معني ذلك إما أن تكون مصر محل الإقامة لفرض الضريبة وبصرف النظر عن جنسية صاحبها (معيار التبعية الاجتماعية) أو أن تكون مصر هي مصدر الدخل (معيار التبعية الاقتصادية) أما بالنسبة للأشخاص المعنوية (الشركات) فقد أخذ المشرع المصري بمعيار التبعية الاقتصادية (مصدر الدخل) إذ تسري الضريبة على صافي الأرباح لشركات الأموال المشتغلة في مصر أيا كان الغرض من إنشائها.

أما التشريع الليبي فقد أخذ بمبدأ التبعية الاقتصادية (مكان تحقق الدخل) حيث نص المشرع على أن "يخضع للضريبة كل دخل ناتج في ليبيا عن أي أصول موجودة بها مادية كانت أو غير مادية، أو من أي نشاط أو عمل فيها، وتخضع الدخول الناتجة في الخارج للضريبة في الأحوال المنصوص عليها في هذا القانون"<sup>(2)</sup>.

بينما أخذ بقاعدة الإقامة وكذلك التبعية السياسية استثناء في بعض الأحوال حيث نص "تسري الضريبة على الدخل الناتج عن العمل وما في حكمه من

(1) أنظر المادتين 2 - 3 من القانون رقم 91 لسنة 2005.

(2) أنظر المادة (1) من القانون رقم (7) لسنة 2010 بشأن الضريبة على الدخل الليبي.

الدخول الناتجة عن أي خدمة أو وظيفة سواء كانت دائمة أو مؤقتة<sup>(1)</sup>.  
فقد أخذ المشرع الليبي في فرض الضريبة على الشركات بمبدأ التبعية الاقتصادية حين فرض الضريبة على دخول فروع الشركات الأجنبية العاملة في ليبيا، وأخذ بمبدأ التبعية السياسية بفرض الضريبة على دخول الشركات الليبية، وأخذ بمبدأ الإقامة (التبعية الاجتماعية) حين فرض الضريبة على دخول الشركات وفروع الشركات الأجنبية وتلك الدخول المحققة في ليبيا أو خارجها والعائدة لها<sup>(2)</sup>.

ثانياً: من حيث القصد: قد يكون الازدواج الداخلي مقصود وقد يكون غير مقصود: فيكون مقصوداً عندما يتعمد المشرع إحداثه، لتحقيق بعض الأغراض المالية، والاقتصادية والاجتماعية والسياسية... الخ، حيث تقصد السلطات المالية إحداث هذا الازدواج، مثلاً فرض الضرائب الإضافية (علاوة على الضرائب) الأصلية لزيادة الحصيلة الضريبية لمواجهة الزيادة المستمرة في الإنفاق العام، أو زيادة عدالة توزيع العبء الضريبي بفرض ضرائب على بعض فئات المكلفين أو ذوي دخول معينة دون غيرها، بحيث ينشأ الازدواج المقصود لهذه الفئات<sup>(3)</sup>.

(1) أنظر المادة (55) من القانون رقم 7 لسنة 2010 بشأن الضريبة على الدخل الليبي.

(2) أنظر المادة (63) من القانون رقم 7 لسنة 2010 بشأن الضريبة على الدخل الباب الثالث الضريبة على الشركات.

(3) قد يكون الغرض من الإزدواج الداخلي هي تصحيح النظام الضريبي للدولة بأن تلجأ بعض الدول إلى فرض ضريبة شخصية إضافية على الدخول الخاضعة للضرائب النوعية لتحقيق تناسب أكبر بين

ومما سبق، نجد أن الازدواج الداخلي في معظم الأحيان يكون مقصوداً بهدف الحد من ارتفاع الدخل مثلاً وزيادة الإيرادات للدولة، ولكن قد يكون غير مقصود وإنما يحدث بسبب تمكن المكلف بالضريبة من نقل عبئها إلى شخص آخر مفروض عليه الضريبة نفسها أو حدث نتيجة للازدواج الاقتصادي عند فرض أكثر من ضريبة على الوعاء نفسه، مثال ذلك أرباح الشركات المساهمة، فتخضع لضريبة الأرباح التجارية والصناعية وتربط باسم الشركة، كما تخضع إيرادات القيم المنقولة للضريبة عند القيام بتوزيع الأرباح على المساهمين باسم كل مساهم على حده.

وبالرغم من أن الازدواج الضريبي الدولي يكون غالباً غير مقصود، وذلك لأن الدول تنفرد بوضع تشريعاتها المالية المتعلقة بالضريبة دون النظر إلى تشريعات الدول الأخرى عند وضع تشريعها الداخلي، ومن الصور الشائعة لهذا الازدواج وجود مركز رئيسي لمشروع تجاري أو صناعي في دولة معينة وعدة فروع له في دول أخرى، ومن الطبيعي أن تعد أرباح الفروع داخلة في تحديد أرباح المشروع التجاري والصناعي كله، أي أنها تكون عرضة للخضوع لضريبة الأرباح التجارية التي يدفعها المكلف لدولة المركز الرئيسي، وفي الوقت نفسه للدولة التي يمارس فيها فرع المنشأة نشاطها<sup>(1)</sup>، وبالرغم من أن

عبء الضريبة ومقدرة الأفراد لتحقيق عرض اقتصادي أو إجتماعي أو سياسي كضريبة الجهاد التي فرضها المشرع الليبي أنظر د. نوح محمد عبد الرحيم، المحاسب الضريبي، دراسة نظرية تطبيقية مقارنة مع التشريع الضريبي الليبي، ط الأولى، منشورات الجامعة الليبية، 1971، ص 127.

(1) د. سالم محمد الشوايكة، المالية العامة، مرجع سبق ذكره، ص 197.

الازدواج الدولي يكون غير مقصود في غالبه إلا أنه قد يكون مقصوداً في بعض الحالات<sup>(1)</sup>، وذلك تحقيقاً لبعض الأغراض، منها :-

1/ تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل في فرض الضرائب على رعايا الدولة الأجنبية.

2/ الحد من توظيف رؤوس الأموال الوطنية في الخارج من خلال فرض ضريبة على إيراد رؤوس الأموال المستثمرة في الخارج ، لمنع خروجها وتشجيع استثمارها داخل الدولة .

3/ الحد من استيراد رؤوس الأموال الأجنبية، وذلك للحيلولة دون استثمار تلك الأموال الأجنبية في مشاريع قد ترى الحكومة أنه يتعين تمويلها برؤوس أموال وطنية.

فقد يكون هدف المشرع من الازدواج زيادة العبء على بعض طوائف الممولين بطريقة أقل ظهور من رفع سعر الضريبة، وأقرب مثال على ذلك، الرسم الذي فرضه المشرع الليبي والمشرع المصري وهو ما يعرف برسم الدمغة على قيمة الأسهم والسندات وحصص التأسيس بنسبة واحد في الألف من تلك القيمة، وبدلاً من أن يجعل سعر الضريبة على إيراد تلك الأسهم والسندات أعلى من السعر المقرر للإيرادات الأخرى، فرسم الدمغة في الحقيقة

(1) رفعت محجوب، المالية العامة، مكتبة دار النهضة العربية، 1983، ص 334.

ضريبة إضافية على إيرادات تلك القيم<sup>(1)</sup>.

## المبحث الثاني

### الأساليب المحلية والدولية لتجنب الازدواج الضريبي

يعد الازدواج الضريبي من أهم المشاكل التي تحول دون اتساع نطاق التجارة والاستثمارات على الصعيد الداخلي أو على الصعيد الدولي، فهو يعد بحق خروجاً عن مبدأ العدالة الضريبية، لما يترتب من آثار سيئة بالنسبة للمكلف وللاقتصاد، فالمكلف يجد نفسه مرهقاً بالضرائب المتعددة، وهناك الكثير من الاستثمارات يحجم عن العمل بها عندما يكون القسم الأكبر من الأرباح يذهب بسبب الضرائب المفروضة من أكثر من سلطة وما يؤديه الازدواج من عرقلة للعمليات التجارية والمالية بين الدول، هذا الأمر استدعي من أغلب الدول البحث عن سبل المعالجة والحد من هذه الإشكالية عن طريق ما تتضمنه التشريعات الضريبية الداخلية في المطلب الأول.

وما تتضمنته الجهود الدولية لتلافي الازدواج الضريبي في المطلب الثاني.

(1) دكتوري الفاضل عبد الحفيظ عبد الله عبيد، المالية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م،

## المطلب الأول

### الأساليب المحلية لتجنب الازدواج

تجنب الازدواج الضريبي الداخلي يتمثل في عدم خضوع المكلف للضريبة مرتين على نفس الوعاء الضريبي في نفس الفترة لأكثر من سلطة مالية واحدة، وعادة ما يكون الازدواج الداخلي غير مقصود ولاسيما أنه نتيجة عدم تنسيق للقواعد التي يجب أن تلتزم بها السلطات الوطنية المختلفة في فرض الضريبة لذلك يكون ضروريا رغبة في منع هذا الازدواج العمل على تنسيق هذه القواعد وهو أمر ليس من السهل تحقيقه، نظراً لوجود سلطة عليا داخل الدولة الواحدة تلتزم بقراراتها بقية السلطات.

وقد يبقي الازدواج قائماً نتيجة لعدم تطبيق معايير الفصل بين الدخل ورأس المال وعادة تتبع الدول أسلوبيين داخليين كما سيأتي.

### الفرع الأول

#### الأسلوب السلبي لتجنب الازدواج

حتى تكافح الدولة مشكلة الازدواج الضريبي تصدر تشريعات كتعبير عن سيادتها الضريبية، وتكون خلاصة لرغبة الحكومة في التنازل عن بعض اختصاصاتها وحقوقها الضريبية، أي التضحية ببعض إيراداتها الضريبية، وذلك بإصدار تشريع ضريبي يلغي الازدواج الدولي ويتم ذلك عن طريق الإعفاء.

أولاً: مفهوم الإعفاءات الضريبية: هو ميزة قانونية تمنحها السلطة العامة<sup>(1)</sup> بعدم فرض الضريبة على أشخاص معينة أو أموال محددة، بالرغم من توافر شروط خضوعها للضريبة قانوناً لاعتبارات خاصة اقتصادية أو إنسانية أو ثقافية أو مجاملات دولية أو لمنع الازدواج الضريبي، أو أي اعتبار يراه المشرع الضريبي لتقرير الإعفاء من عدمه<sup>(2)</sup> فالإعفاء ليس هدفاً في حد ذاته، وإنما وسيلة لتحقيق أهداف محددة، فهو أهم أدوات السياسة الضريبية والتي بدورها أهم أدوات السياسة المالية لتشجيع الاستثمار الخاص وتحقيق العدالة الاجتماعية<sup>(3)</sup>.

ثانياً: الإعفاء الضريبي كأسلوب لتجنب الازدواج: يعتبر الإعفاء وسيلة محلية لتجنب الازدواج يتطلب من الإدارة المالية اختيار سياسة الإصلاح الضريبي وتوجيه الضريبة الوجه السليمة، فاتباع مثل هذه السياسة قد تفرض قيود المعاملة بالمثل وغيرها من الضمانات التي تعفي الدخل ومن ثم

(1) إن فرض الضرائب وتعديلها والغاءها والإعفاء منها لا يتم إلا بقانون وهذه القاعدة الدستورية تعرف بقاعدة قانونية الضريبة للمزيد راجع محمد علي السيد سرور، سياسة الإعفاءات الضريبية في ضرائب الدخل في التشريع المصري دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992، ص 54.

(2) د. أسعد أحمد طاهر، الإعفاءات الضريبية على الاستثمارات في النظم الضريبية الحديثة، دراسة مقارنة، ب. د. ب. ن، 2001، ص 109.

(3) د. سيد إمام أحمد، الإعفاءات من الضريبة يقصد تشجيع الاستثمارات والإنتاج، بحث منشور بمجلة مصر المعاصرة، العدد 345، السنة 62، مطابع شركة الإعلانات الشرقية، القاهرة، 1971، ص 199 وما بعدها.

تمنع الازدواج الضريبي، فقد يكون للدول التي تمنح الإعفاء منشآت وطنية يمتد نشاطها إلى دول أجنبية الأمر الذي يمكنها من الحصول على نفس المزايا والامتيازات الممنوحة لمنشآت هذه الدول الأجنبية التي تزاوّل نشاطها فيها<sup>(1)</sup>، أيضاً قد تقوم سياسة منع الازدواج على تقرير إعفاء جزء من الإيراد الذي خضع للضريبة الأجنبية أو أن ينص المشرع على خصم مبلغ الضريبة التي دفعها الممول في الخارج عن نفس الإيراد الذي خضع لضريبة الوطنية من مقدار الضريبة الأخيرة<sup>(2)</sup>.

وقد تقوم الدولة بإعفاء المكلف عن جزء من الدخل الخاضعة لاختصاصها الضريبي تاركة للدولة الأخرى الحرية الكاملة في فرض الضريبة عليه، كأن تنفرد دولة الموطن أو الإقامة وليس مصدر الدخل أو موقع النشاط بحق فرض الضريبة على الدخل التي يحققها الممول، وبذلك لا يخضع شخص لأية ضريبة في الدولة التي لا يقيم فيها حتى ولو كان فيها موقع نشاطه أو مصدر إيراداته<sup>(3)</sup>.

وتأسيساً على اختلاف التشريعات الضريبية في منح الإعفاء حاولنا الاطلاع

(1) للمزيد راجع: د. عبد الكريم صادق بركات ود. يوسف أحمد الصديق، اقتصاديات المالية العامة، ط الأولى، الدار المصرية الحديثة، الإسكندرية، 1980، ص 212.

(2) للمزيد راجع محسن إبراهيم، مكافحة الازدواج الضريبي في القانون المصري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، (غير منشورة)، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 2000، ص 26.

(3) كإعفاء التشريع الأمريكي الأمريكيين الخاضعين لضريبة الدخل والذين يستقرون في دولة أخرى حول السنة الضريبية من الضريبة على الدخل الناتج من مصادر أجنبية فقد قصد المشرع من ذلك علاوة على منع الازدواج بل إيجاد حافز ضريبي فعال لرعايا الولايات المتحدة الأمريكية للمدنيين.

على أهم ما وجد في التشريع الليبي من أحكام لتجنب الازدواج.

مما يلاحظ أولاً أن القانون رقم (7) لسنة 2010م وضع على أساس أن يكون الهيكل الضريبي مبنياً على فرض ضرائب نوعية بحسب أنواع النشاط أو الدخل المحقق، هذا فضلاً عن إفراد ضريبة خاصة لدخول الشركات ويحتوي الهيكل الضريبي أيضاً على ضريبة الجهاد<sup>(1)</sup> التي تفرض إلى جانب كافة الضرائب النوعية الأخرى (ضريبة الأرباح التجارية والصناعية، ضريبة الدخل من الأجور والمرتبات، ضريبة دخل المهن الحرة)، بالتالي تفرض ضريبتان على نفس الوعاء مما يشكل ازدوجاً ضريبياً مقصوداً من المشرع لا مجال لتداركه وتجنبه إلا من خلال تشريع ضريبي جديد يلغيها، وحسناً فعل المشرع إذ لغى ضريبة المساهمة لتجنب الازدواج الضريبي الناشئ من فرضها بإصدار تشريع ضريبي يلغيها، ويتتبع نصوص القانون الضريبي الحالي نجد أن المشرع الليبي أفرد أحكاماً منظمة لضريبة دخل الشركات في باب مستقل<sup>(2)</sup>، وما نلاحظه أن المشرع لم يعالج الازدواج الضريبي الدولي، ولم يورد من الأحكام ما يؤدي إلى تجنبه أو تخفيفه، خصوصاً أنه قد أخضع لهذه الضريبة بالإضافة إلى الشركات والأشخاص الاعتبارية التي حددها فروع الشركات الأجنبية في ليبيا أياً كان تنظيمها أو شكلها القانوني، بل ذهب لأكثر من ذلك حيث أخضع لهذه الضريبة بالإضافة إلى الدخل

(1) والقصد من فرض هذه الضريبة هو أن يذهب ريعها لصالح صندوق الجهاد، ولكن بخضوع جميع الدخل النوعية لهذه الضريبة يترتب ازدواج ضريبي داخلي مقصود.

(2) الباب الثالث المواد (63 - 81) من القانون رقم 7 لسنة 2010 بشأن الضريبة على الدخل الليبي.

الناجمة في ليبيا تلك الدخول الناتجة في الخارج والعائدة للشركات الوطنية<sup>(1)</sup>. كما تضمنت بعض أحكامه<sup>(2)</sup> وجود ازدواج ضريبي عندما نص على أن "تحدد الضريبة سنوياً على أساس مقدار الدخل الصافي وفقاً لمبدأ الاستحقاق ووفقاً لاختيار الممول خلال السنة الضريبية" فقد قصد المشرع وجود ازدواج ضريبي ذلك لأن وعاء ضريبة الشركات يشمل صافي دخل جميع العمليات التي تقوم بها الشركة خلال السنة الضريبية وما أدته من عمليات استثمار عادي مما يدخل في أغراض الشركة مباشرة، وما يتحقق من صافي يخضع للضريبة، من ذلك ناتج مساهمة الشركة في شركة مساهمة أخرى، وهذه الحالة لا يرتفع الازدواج إلا بإعفاء الدخل الناتج من مساهمة شركة في شركة شركة ثانية من الضريبة المستحقة على الشركة الأولى، لذلك عالج المشرع هذا الازدواج بالنص صراحة<sup>(3)</sup> استثناء من حكم المادة. وتسري على الشركات وفروع الشركات الأجنبية والأشخاص المعنوية أحكام المواد (45.44.43.42.41.34) وذلك فيما لا يتعارض مع أحكام هذا الباب".

(1) المادة (63) من القانون رقم 7 لسنة 2010 بشأن الضريبة على الدخل الليبي.

(2) المادة (64) من نفس القانون السابق.

(3) نص المادة 71 من القانون رقم 7 لسنة 2010 بشأن الضريبة على الدخل.

## الفرع الثاني

### الأسلوب الإيجابي لتجنب الازدواج

عادة ما يكون الازدواج الداخلي غير مقصود لاسيما أنه نتيجة عدم تنسيق بين القواعد المختلفة لفرض الضرائب، وحتى يكون هناك تجنب لوقوع ازدواج ضريبي لابد من العمل على تنسيق هذه القواعد وهو أمر ليس عسير، نظراً لوجود سلطة عليا داخل الدولة الواحدة تلتزم بقراراتها باقي السلطات<sup>(1)</sup>.

وحتى لا يكون هناك ازدواج ضريبي لابد من تطبيق معايير للفصل بين الدخل ورأس المال، وعادة تتبع الدول أخذ ثلاثة حلول للتغلب على هذه المصاعب وهي:-

أولاً: خصم إيراد من إيراد: حيث يتم خصم الإيراد الذي يخضع للضريبة الأجنبية من ذلك الإيراد الخاضع للضريبة الوطنية، بالتالي يتم تنزيل مقدار الإيراد الذي سبق وخضع للضريبة من الإيراد الكلي للمكلف.

مثال ذلك، إذا قام مكلف باستثمارات في السوق المالي، فإنه يخضع لضريبة رؤوس الأموال المتداولة من الأرباح الخاضعة للضريبة على الدخل التجاري، وبذلك يتم تلافي الازدواج الضريبي، عليه يمكن إيضاح هذا الأسلوب بالمثال:- حيث تقرر بعض التشريعات لمنع الازدواج أن تخصم الشركات

(1) رفعت محجوب، المالية العامة، مرجع سبق ذكره، ص 335.

المساهمة من الأرباح التي تستحق عليها الضريبة الأولى (ضريبة الأرباح التجارية والصناعية) مبلغ معادل لمجموع المبالغ التي وزعت من الأرباح المذكورة وأبدت منها بالفعل الضريبة على إيرادات الأسهم، لنفترض أن مقدار الإيراد الذي استحققت عليه الضريبة الأولى 2000 دينار ومقدار الإيراد الذي استحققت عليه الضريبة الثانية على الأسهم والسندات هو 1000 دينار، يكون الحل بخضم 1000 من 2000 والمبلغ المتبقي وهو 1000 دينار يخضع لضريبة الأرباح التجارية إذا كان ذلك الإجراء تتخذه الدول المدينة، فهو يعتبر في حد ذاته تضحية منها بالضريبة التي ستحصل عليها من المستثمر الأجنبي، إلا أن تلك التضحية يقابلها استفادة تلك الدولة من الأموال المستثمرة والخبرة الفنية<sup>(1)</sup>.

ثانياً: خصم ضريبة من ضريبة: ويتضمن خصم الضريبة المدفوعة عن الإيراد الأول من الضريبة عن الإيراد الثاني، ويشترط لهذا الإجراء أن تكون معدلات الضريبة واحدة ، مثال ذلك إذا كانت الضريبة المستحقة في الأول هي 200 دينار على أساس أن سعر الضريبة هي 10% فتكون الضريبة المستحقة في الثاني هي  $100 - 200 = 100$  دينار، وهي طريقة مشابهة تماماً لطريقة خصم إيراد من إيراد.

ثالثاً: خصم ضريبة من إيراد: في هذه الطريقة يعتبر المشرع الضريبي الضريبة المدفوعة بمثابة نفقة يتكبدها المكلف يجب خصمها من الإيراد الكلي

(1) د. عصام بشور، المالية العامة والتشريع المالي، مرجع سبق ذكره، ص 273.

الخاضع للضريبة، مثلاً إذا دفع المكلف ضريبة إيراد على الأوراق المالية، ستعد عبء على المكلف ويسمح بخصمها من الضريبة على الأرباح التجارية<sup>(1)</sup>، ذلك لأن الضريبة على الدخل تعد من استعمالات الدخل وليس من تكاليفه حتى يسمح بتخفيضها للحصول على الدخل الصافي الخاضع للضريبة، ولا يتفادى هذا الأسلوب الازدواج بصورة كلية، وإنما يعد عاملاً للتخفيف من حدته<sup>(2)</sup>.

ويلاحظ أن هذه الوسيلة استخدمت في أغلب الدول المصدرة والمستوردة لرؤوس الأموال على حد سواء، وحققت نتائج ملموسة في معالجة الازدواج الضريبي، وأخيراً وليس أخراً نلاحظ أنه بتعدد هذه الطرق تجد الدول السبل لمنع الازدواج الضريبي الداخلي والخارجي.

وإن قلنا أن هناك مواداً في القانون تؤكد منع الازدواج فتلك أنجح السبل لعلاج الازدواج ولكن لا يغيب عن البال قصور التشريعات الوطنية في معالجة الكثير من حالات الازدواج الدولي نتيجة لاختلاف أنظمة الضرائب على الدخل.

(1) د. خالد شحاتة الخطيب ود. أحمد زهير شامية، أسس المالية العامة، ط 2، دار وائل للنشر، الأردن، 2005، ص 214.

(2) رفاعي الهزايمة، الإعفاءات من الضريبة على الدخل في الأردن، مرجع سبق ذكره، ص 130 وما بعدها.

## المطلب الثاني

### الأساليب الدولية لمنع الازدواج

برزت التجمعات الاقتصادية الإقليمية في العالم بصورة متنامية بعد الحرب العالمية الثانية، وشملت الدول على اختلاف مذاهبها الاقتصادية وعلى اختلاف درجة نموها وتقدمها.

وأمام الواقع الذي فرضته المتغيرات الدولية تنبعت الدول على المستوى العربي وعلى المستوى الدولي، لأهمية منع الازدواج الضريبي، وذلك بالتطوير وبالتعاون الاقتصادي ويظهر ذلك في الآتي:-

### الفرع الأول

#### منع الازدواج على المستوى العربي

أسست جامعة الدول العربية عام 1945 ونص ميثاقها (م2 ف4) على أن الأهداف الاقتصادية لا تتجاوز فكرة تعزيز التعاون حسب نظم كل دولة وأموالها دون أن تشير إلى أسلوب هذا التعاون أو صيغته أو مراحلها<sup>(1)</sup>.

وقد وافق المجلس الاقتصادي التابع لجامعة الدول العربية في دور انعقادها العادي الرابع بجلسته الثالثة بتاريخ 3/9/1957م على اتفاقية الوحدة

(1) جامعة الدول العربية، ميثاقها ونبذة تاريخية منها، القاهرة، الجامعة، 1947، ص 50.

الاقتصادية والتي ضمنت (الأردن، سورية، السودان، العراق، السعودية، تونس، مصر، لبنان، ليبيا، اليمن، المغرب، الكويت)<sup>(1)</sup>.

وقد تضمنت المادة الثانية من اتفاقية الوحدة الاقتصادية الآتي:-

أ- تنسيق تشريع الضرائب والرسوم الحكومية والبلدية وسائر الضرائب والرسوم الأخرى المتعلقة بالزراعة والصناعة والتجارة والعقارات وتوظيف رؤوس الأموال بما يكفل مبدأ تكافؤ الفرص.

ب- تلافي ازدواج الضرائب والرسوم على المكلفين من رعايا الدول المتعاقدة ، وقد دخلت هذه الاتفاقية حيز النفاذ في 1964/4/20م، ورغبة من دول مجلس الوحدة الاقتصادية في التعاون بين الدول العربية بما يضمن تدفق رؤوس الأموال بين الأطراف المتعاقدة وتحقيق نوع من تحسين المناخ الاستثماري ، من خلال تنسيق التشريعات والنظم الضريبية، اتخذ مجلس الوحدة الاقتصادية العربية القرار رقم (649) بتاريخ 1973/12/3م والمتضمن الموافقة على اتفاقية تجنب الازدواج الضريبي ومنع التهرب من الضرائب<sup>(2)</sup>.

وقد أعد المجلس مشروع اتفاقية نموذجية لتجنب الازدواج الضريبي من قبل لجنة خبراء الضرائب للدول الأعضاء في المجلس في عام 1996م ، ويستمد

(1) جامعة الدول العربية، التقرير العام، الجامعة، 1957، ص 97.

(2) القرار (644) بتاريخ 1973/12/3، اتفاقية تحتية الازدواج الضريبي والتهرب من الضرائب بين دول مجلس الوحدة الاقتصادية، مجلس الوحدة الاقتصادية.

أحكامه من نموذجي الأمم المتحدة ومنظمة التعاون الاقتصادي الأوروبي،  
 وبما يتفق مع الظروف الاجتماعية والاقتصادية للدول العربية وقد وافق  
 مجلس الوحدة الاقتصادي بقراره رقم 1069 في دورته 66 عام 1977 ،  
 ليحل هذا القرار محل اتفاقية تجنب الازدواج الضريبي ومنع التهرب .

هذا في إطار الاتفاقيات الجماعية أما الثنائية قلما نجد اهتمام الدول العربية  
 لإبرام هذا النوع من الاتفاقيات وعلى فرض وجودها نجد أنها كانت بين دول  
 عربية وأجنبية.

على الرغم من أن إبرام مثل هذه الاتفاقيات الثنائية العربية تحقق نتائج  
 ملموسة في مجال تجنب الازدواج الضريبي للدولة، لما تتيحه من تنسيق  
 ضريبي بين الدولتين المتعاقبتين، وتعيين حدود واضحة لتوزيع الاختصاص  
 الضريبي في كل منها بالنسبة لأنواع الدخل المختلفة<sup>(1)</sup>.

وهكذا يتبين للباحث أن الجهود العربية التي بذلت لمعالجة الازدواج الضريبي  
 ضئيلة ولم تكن ذات أهمية ولاسيما أن الاتفاقية الجماعية لم تصادق عليها  
 إلا أربع دول ولم تكن ليبيا طرفاً فيها، وإذا عدنا الاتفاقيات بالخصوص نجد  
 أن ليبيا أبرمت اتفاقية مع باكستان ودخلت الاتفاقية حيز النفاذ 1976م،  
 وأبرمت اتفاقية مع الهند ودخلت الاتفاقية حيز النفاذ 1983م، ومع مصر  
 سنة 1991م، ومع السودان سنة 1992م، ومع اتحاد دول المغرب العربي  
 سنة 1993م، أما عن اتفاقيتها مع فرنسا فكانت سنة 2008م، أما مع سوريا

(1) التنسيق الضريبي في الدول العربية، مجلة البحوث والدراسات العربية، يونيو 1973، ص 43.

فكانت في سنة 2009 م، ومع مالطا كانت في 2010م، هذا وقد وقعت ليبيا وبريطانيا سنة 2010م اتفاقية لتجنب الازدواج الضريبي ومنع التهرب الضريبي بينهما، ويتم بموجب هذه الاتفاقية تجنب الازدواج الضريبي بحيث تدفع الضريبة فقط في بلد المصدر للدخل ومكان الإقامة للممول كما تكفل للبلدين معالجة مسألة التهرب الضريبي، وقال مسؤول بمصلحة الضرائب في ليبيا في تصريح صحفي إن من شأن هذه الاتفاقية بعد سريان مفعولها تشجيع الشركات والأفراد على الاستثمار في البلدين ومعالجة التهرب الضريبي ونقل التقنية في كافة مجالات العمل الضريبي، و أن ليبيا سبق وأن أبرمت مثل هذه الاتفاقية مع فرنسا، ومن المرتقب توقيع مثلها مع ألمانيا وبلجيكا كما أن المفاوضات جارية حالياً بهذا الصدد مع عدد من الدول الأوروبية الأخرى وأشار المصدر الليبي إلى أن رئيس فريق الاتفاقيات الدولية للضرائب بإدارة الضرائب في بريطانيا قال إن هذه الاتفاقية خطوة مهمة في تعزيز العلاقات الاقتصادية بين البلدين من خلال القضاء على الازدواج الضريبي وانها تعد علامة بارزة في العلاقات الثنائية بين ليبيا وبريطانيا، هذا وقد أبرمت ليبيا بعدها العديد من الاتفاقيات لمنع الازدواج الضريبي منها مع سلوفاكيا سنة 2010 أيضا وفي ذات السنة أبرمت الدولة الليبية اتفاقيات لمنع الازدواج ودخلت حيز التنفيذ مع صربيا ومع إيطاليا وأيضا سنغافورة<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> - إحصائية مأخوذة من مدير عام مكتب الاتفاقيات الدولية للازدواج الضريبي في مصلحة الضرائب

ومن المسلم به أن تلك الاتفاقيات تعد من المعاهدات الضريبية الخاصة التي تعقد بين دولتين أو عدد محدد من الدول في أمر خاص بها، وهي لا تلزم بطبيعة الحال سوى المتعاقدين ولا يتعدى أثرها أساساً إلى الدول غير الموقعة عليها، لأنها ليست طرفاً فيها وهي تسموا من حيث القوة على التشريع الداخلي للدولة، وذلك بعد التصديق عليها بحيث إذا تعارضت أحكامها مع نصوصه تعين العمل بما ورد في الاتفاقية.

### الفرع الثاني

#### منع الازدواج على المستوى الدولي

إن هناك اتفاقيات تهدف لمنع وقوع الازدواج الضريبي ، قد تكون عامة تنضم إليها الدول الراغبة في الانضمام مع تفعيل شرط الدول الأولى بالرعاية في هذا النوع من الاتفاقيات ، أو تكون اتفاقيات ثنائية بين الدول التي ترغب في تلافي الازدواج الضريبي عند رغبتها في تصدير رؤوس الأموال إلى الخارج، أو عند رغبتها في جلب رؤوس الأموال إليها<sup>(1)</sup>.

ومن شأن هذه الاتفاقيات أن تغير من نصوص التشريعات المحلية، لتخفيف

طرابلس.

(1) 12 Settembre 2007

(2) نوح محمد عبد الرحيم، المحاسب الضريبي، دراسة مقارنة مع التشريع الضريبي الليبي، منشورات الجامعة الليبية، 1971، ص 130.

الازدواج الضريبي الدولي من خلال الآتي (1):-

- 1- تعيين حقوق فرض الضريبة لدخول محددة تختص بها دولة المصدر فقط، مثل معاشات محددة ومكافآت حكومية، مع تعيين فرض الضريبة لدخول محددة تختص بها دولة إقامة المستلم مثل أرباح المشروعات التي لا يوجد لها منشأة دائمة في دولة المصدر.
  - 2- توزيع حقوق الاختصاص بفرض الضريبة بين الدولتين المتعاقبتين مع تحديد مبلغ الضريبة المستحق لدولة المصدر، وذلك بالنسبة للفوائد وأرباح الأسهم و الأتاوات، وليس لهذه القواعد أهميتها في تحديد الدولة صاحبة الاختصاص بفرض الضريبة بل تحديد السعر الضريبي المحدد والواجب التطبيق.
  - 3- النص على منح دولة الإقامة تخفيفاً للضريبة على الدخل التي تدفع في دولة المصدر عندما يخضع هذا الدخل للضريبة في كل من دولتي المصدر والإقامة.
  - 4- تعمد هذه الاتفاقيات على التغلب على الآثار العكسية أو السالبة للاستثمارات الدولية، بسبب اختلاف النظم الضريبية.
- ويمكن ذكر أهم الجهود الدولية التي بذلت في هذا الخصوص حيث اهتمت بهذا الأمر الجمعية العامة للأمم المتحدة، وأعربت في قراراتها عن رغبتها في

(3) د. صلاح جودة، الاتفاقيات الدولية بشأن تجنب الازدواج الضريبي، ط الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 101.

زيادة تدفق الاستثمارات الأجنبية على الدول النامية بشرط أن تكون مقبولة سياسياً، وأن تعود بالفوائد الاقتصادية والاجتماعية على هذه الدول، وأهتم بها أيضاً المجلس الاقتصادي والاجتماعي، ومؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، وقد اعترفت الدول المشتركة في مؤتمر باريس للتعاون الاقتصادي الدولي بالدور المهم الذي يؤديه تدفق رأس المال الأجنبي الخاص في عملية التنمية الاقتصادية خصوصاً من خلال تحويل الأموال ونقل الخبرة الإدارية والتكنولوجية للدول النامية، والتوسع في الطاقة الإنتاجية وقد استطاعت هذه الاتفاقيات أن تحل كثيراً من المشاكل الضريبية، وذلك بالتوفيق بين اختلاف وجهات النظر عن المصدر الجغرافي للأنواع المختلفة للدخول، والاتفاق على تحديد الاختصاص المطلق لإحدى الدولتين، فيما يتعلق بفرض الضريبة على الدخل أو تقسيم الضريبة بين الدولتين، وعلى الرغم من أهمية الاتفاقيات إلا أنه لا يزال عدد اتفاقيات تجنب الازدواج المبرمة بين الدول المتقدمة والدول النامية قليلاً نسبياً، لذلك عمدت المنظمات الدولية إلى بذل المزيد من الجهود في محاولة لإبرام المزيد من الاتفاقيات الثنائية الخاصة بتجنب الازدواج الضريبي بين الدول فيما بينها، فأنشأت مجموعات عمل تتكون من خبراء ومديري ضرائب تعيينهم حكومات بلادهم ويمثلون مختلف مناطق العالم والنظم الضريبية بقصد اكتشاف الطرق والوسائل لتسهيل إبرام الاتفاقيات النموذجية، عليه سوف نعرض أهم الجهود الدولية المبذولة لتجنب الضريبي.

\*المجهدات والإجراءات الدولية لمعالجة مشكلة الازدواج الضريبي<sup>(1)</sup>:

ترجع الجهود الدولية إلى 1897م عندما عقد معهد القانون الدولي دورته في كوينهاجن وقدم تقريراً بالدراسات التي أجريت لبحث الازدواج الضريبي بالنسبة لضريبة الشركات والتي أثارت الكثير من المنازعات كما أبدت الغرفة التجارية الدولية مند نشأتها في عام 1920م اهتماماً كبيراً بالازدواج الضريبي الدولي.

ولعل من أبرز الجهود التي بذلت في هذا المجال، تلك الدراسات التي بدأت فيها عصبة الأمم المتحدة عندما شكلت لجننتين لبحث مشكلات الازدواج الضريبي في الدول الأولى في عام 1921م من خبراء الدول المصدرة لرؤوس الأموال سميت بلجنة الخبراء الاقتصاديين وقدمت تقريرها في عام 1923م، متضمناً ترجيح مبدأى التبعية السياسية في مجال تحديد الاختصاص الضريبي، وقد أشار التقرير إلى أربع طرق لذلك:-

- 1- إعفاء الدخل الواردة من الخارج ، بأن تخصم دولة الموطن أو الجنسية من قيمة الضرائب المستحقة التي سبق وأن دفعت لدولة مصدر الدخل.
- 2- إعفاء الدخل التي يتم تحويلها إلى الخارج من الضرائب.
- 3- الاتفاق على تقسيم الضرائب على الدخل بين الدول صاحبة العلاقة

(1) يونس، أحمد البطريق، اقتصاديات المالية العامة، مرجع سبق ذكره، ص 218 وما بعدها.

كأن يتفق على أن يدفع نصف هذه الضرائب لدولة موطن المستثمر والنصف الآخر لدولة تحقق الاستثمار.

4- الاتفاق على تقسيم مصادر الدخل بين الدول التي تتنازع في مجال الاختصاص الضريبي، فيكون هذا الاختصاص لدولة الموطن بالنسبة للمنفولات، ويكون لدولة الموقع بالنسبة للعقار، وقد أوصى تقرير الخبراء الاقتصاديين باتباع الطريقة الثانية التي تقصر الاختصاص الضريبي على دولة موطن المستثمر (المصدرة لرؤوس الأموال) دون الدولة التي يتحقق فيها الدخل (الدولة المستوردة لرؤوس الأموال)، وذلك بحجة سهولتها في مجال التطبيق.

كما قدمت لجنة الخبراء الفنيين تقريرها عام 1925م وكان أكثر موضوعية في تحديد الاختصاص الضريبي، وقدمت تقريراً إلى اللجنة المالية التابعة لعصبة الأمم متضمناً أربعة نماذج للاتفاقيات اثنين منها لمنع الازدواج الضريبي، وقد دعت عصبة الأمم لمؤتمر دولي عقد في جنيف أكتوبر 1928م لدراسة هذه النماذج وقد كتب لهذا المؤتمر النجاح وانتهى إلى وضع أربع مشروعات للاتفاقيات ثنائية لمنع الازدواج الضريبي بالنسبة للضرائب على الدخل ورأس المال والضرائب على الشركات، كما واصلت عصبة الأمم جهودها لمنع الازدواج وأنشأت لجنة ضرائب في عام 1929م وكان من أهم إنجازاتها مجموعتان من نماذج الاتفاقيات الثنائية الأولى مجموعة المكسيك 1943م، ومجموعة لندن 1943م وكل منهما يتكون من

ثلاثة نماذج، الأولى تتناول معالجة الازدواج بالنسبة للضرائب على الدخل (وعلى رأس المال بالنسبة لمجموعة لندن) ، ويتناول الثاني معالجة الازدواج في ضرائب الشركات ، أما الثالث فيختص بالتهرب الضريبي وما جعلني اهتم بهذه الجهود التي بذلتها عصابة الأمم لأنها تعد حتى يومنا هذا حجر الأساس في جميع الدراسات التي تناولت هذا الموضوع ، وليس أدل على مثابة عصابة الأمم في هذا المجال، استمرار لجنة الضرائب التابعة لها في مواصلة جهودها وعقد الاجتماعات طوال سنوات الحرب العالمية الثانية إلى أن ظهرت هيئة الأمم المتحدة إلى حيز الوجود الاقتصادي والاجتماعي التابع لها في عام 1946م، وقدمت قراراً بإنشاء لجنة مالية، أهم أنشطتها في مجال منع الازدواج الضريبي الدولي ما يأتي:-

- 1- تقديم المساعدة الفنية الضريبية للدول الأعضاء.
  - 2- جمع الاتفاقيات الضريبية التي عقدتها الدول ونشرها في عدة أجزاء بعنوان (الاتفاقيات الضريبية الدولية).
  - 3- التعاون مع الهيئات الدولية المهمة بمعالجة الازدواج الضريبي الدولي، كالغرفة التجارية الدولية، وهيئة الطيران المدني الدولي والمنظمة الأوروبية للتعاون الاقتصادي.
- ولعل الجهود المبذولة في مجال التنسيق الضريبي الدولي في إطار التكتلات الاقتصادية التي انتشرت أخيراً كالسوق العربية المشتركة تسير جنباً إلى جنب مع الجهود الدولية لمعالجة الازدواج الضريبي الدولي.

## الخاتمة

نظراً للأهمية القصوى المرجوة من الضرائب سواء على الصعيد الداخلي، أو على الصعيد الدولي فإننا قد توصلنا إلى النتائج والتوصيات التالية:  
أولاً: النتائج:

- 1- ضرورة توضيح مفهوم ضريبة الدخل ، ومدى أهميتها كأداة ضريبية آمنة وسريعة وسهلة التحصيل ، فهي العمود الفقري لأي تشريع ضريبي إلا أن الضريبة لا تفرض على الدخل بمفهومه الاقتصادي ، وإنما تحديد الدخل بمفهومه القانوني الضريبي والذي قد يجمع بين المفهوم الاقتصادي والقانوني كما فعل المشرع الليبي.
- 2- مشكلة الازدواج الضريبي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالضريبة على الدخل حيث بتكرر دفعها ينتج الازدواج الضريبي ، وهذا يتطلب تحديد الازدواج من حيث أنواعه وأسبابه بالتفصيل إلى علاجه.
- 3- الازدواج سواء كان داخلياً أو دولياً يعد عائقاً للاستثمارات التي تخضع للإيرادات المحققة عنها لأكثر من ضريبة، كما أنه يعرقل حركة التجارة وحرية الانتقال لرؤوس الأموال.
- 4- معالجة الازدواج الضريبي الداخلي تكون عن طريق التشريع الداخلي، أما الازدواج الدولي فيتطلب اتفاقيات دولية لتجنبه.
- 5- نجاح الجهود الدولية في مواجهة مشكلة الازدواج الضريبي وذلك من

خلال الاتفاقيات الخاصة بتجنب ظاهرة الازدواج والاهتمام البالغ تلك التي اختصت بها الهيئات الدولية وخاصة عصبة الأمم وهيئة الأمم المتحدة في مجال الدراسات التي أجرتها كل من الهيئتين في سبيل إيجاد أفضل الوسائل لتجنب الازدواج والعدد الهائل منها ما يدل على نجاحها في معالجة المشكلة وخاصة الثنائية مع قلة الاتفاقيات الجماعية ، حيث لا يوجد إلا واحدة تضم دول المغرب العربي في 1993م أيضاً النجاح من خلال وضع هذه الاتفاقيات في مرتبة أسمى من التشريعات الداخلية وأن تتغلب عليها في حالة التفاوض.

ثانياً: التوصيات:

- 1- تطوير التشريعات الضريبية كخطوة مهمة لا بد منها ولا سيما أن التشريعات النافذة قديمة لا تتناسب مع المستجدات الاقتصادية الدولية ، وبما يساعد على تحسين مناخ الاستثمار.
- 2- تحديد مفهوم الدخل تحديداً نافياً للجهالة من الناحية الضريبية، لتلافي التداخل بين العديد من المكاسب الرأسمالية والدخل ، لأن تداخلها يؤدي إلى الازدواج الضريبي.
- 3- العمل على التنسيق الضريبي بطريقة علمية مدروسة وذلك لتلافي الازدواج الضريبي، وذلك بتوعية الممول والإدارة الضريبية بأسبابه ، وكذلك التأكيد على ضرورة وجود إرادة سياسية حقيقية تدعم الجهود العربية التي تقوم بها المؤسسات والمنظمات العربية المتخصصة،

والتعامل معها بجدية لضمان حسن التنفيذ. وخاصةً تفعيل دور الاتفاقية الجماعية لتجنب الازدواج الضريبي التي أقرها مجلس الوحدة الاقتصادية التابع لجامعة الدول العربية والتي لم تصادق عليها كثير من الدول العربية حتى الآن، لتحل محل الاتفاقية الثنائية بين الدول العربية، وقد يكون من الملائم أن يعاد النظر في صياغة نصوص هذه الاتفاقية بما يتمشى مع التطورات الضريبية.

4- العمل على توسيع قاعدة إبرام الاتفاقيات الثنائية والجماعية الخاصة بمعالجة تجنب الازدواج الضريبي بالنسبة لضرائب الدخل وما يتطلبه من تنسيق للإدارات الضريبية التابعة للدول المتعاقدة.

5- أن يكون للدولة الليبية اتفاقيات ثنائية على الصعيد العربي أو الأجنبي وخصوصاً في ظل عصر العولمة في الدخول.

## قائمة بأهم المراجع

أولاً: الكتب

- 1- أبو بكر متولي، الاقتصاد الخارجي نظرة تحليلية، ط الأولى، مكتبة عين شمس، 1980م.
- 2- أحمد عصام الدين السيد عيسوي، دراسة تحليلية للازدواج الضريبي الداخل في التشريع الضريبي المصري، بحث منشور في المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، كلية التجارة، جامعة عين شمس، العدد الأول 1999م.
- 3- أسعد أحمد طاهر، الإعفاءات الضريبية على الاستثمارات في النظم الضريبية الحديثة، دراسة مقارنة، ب. د. ب. ن، 2001.
- 4- أمين السيد أحمد لطفي، فلسفة المحاسبة عن الضريبة على الدخل، ط الأولى، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- 5- باهر، محمد عثمان، المالية العامة ومبادئ الاقتصاد المالي، القاهرة، مكتب الآداب، 1998.
- 6- جهاد، سعيد خصاونه، الضريبة على الدخل في التشريع الضريبي الأردني، دراسة تحليلية، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 1994.
- 7- خالد شحاتة الخطيب ود. أحمد زهير شامية، أسس المالية العامة، ط 2، دار وائل للنشر، الأردن، 2005.
- 8- رفاعي الهزيمة، الإعفاءات من الضريبة على الدخل في الأردن ودورها في السياسة الضريبية للدولة، عمان، 1983م.
- 9- رفعت المحجوب، المالية العامة، ط الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982م.
- 10- رفعت محجوب، المالية العامة، مكتبة دار النهضة العربية، 1983.

- 11- سالم محمد الشوابكة، المالية العامة والتشريعات الضريبية، ط الأولى، دار رائد للنشر، الأردن، 2000م
- 12- سيد إمام أحمد، الإعفاءات من الضريبة يقصد تشجيع الاستثمارات والإنتاج، بحث منشور بمجلة مصر المعاصرة، العدد 345، السنة 62، مطابع شركة الإعلانات الشرقية، القاهرة، 1971.
- 13- السيد عبد المولى، الوجيز في المالية العامة، ط الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م.
- 14- صلاح جودة، الاتفاقيات الدولية بشأن تجنب الازدواج الضريبي، ط الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- 15- عاطف صدقي، مبادئ المالية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.
- 16- عبد الباسط علي جاسم الجحيشي، الإعفاءات من ضريبة الدخل، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر، عمان، الأردن، 2008.
- 17- عبد الباسط علي جاسم الزبيدي، وعاء ضريبة الدخل في التشريع الضريبي، التباين في الأنظمة الضريبية، ط الأولى، الحامد للنشر، عمان، 2007.
- 18- غازي عبد الرزاق النقاش، تحليل أسس الاقتصاديات المالية، ط الثالثة، دار وائل، عمان، الأردن، 2003.
- 19- غازي عناية، المالية العامة والتشريع الضريبي، الطبعة الأولى، دار البيارق، عمان، الأردن، 1998.
- 20- فهدود، محمد سعيد، علم المالية العامة، معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، 1982م.

- 21- محسن إبراهيم، مكافحة الازدواج الضريبي في القانون المصري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، (غير منشورة)، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 2000.
- 22- مختار أبو زيد، المحاسبة الضريبية (وفقاً للتشريع الضريبي الليبي)، ط الرابعة، دار الكتب الوطنية، بنغازي 2007.
- 23- مصطفى رشدي شيحة، التشريع الضريبي والمالي، ط 2، دار المعرفة الجامعية.
- 24- نجمة علي محمد الأطرش، الازدواج الضريبي في الضريبة على الدخل وطرق تجنبه، "رسالة ماجستير غير منشورة"، كلية القانون، طرابلس، 2012 - 2013.
- 25- نوح محمد عبد الرحيم، المحاسب الضريبي، دراسة نظرية تطبيقية مقارنة مع التشريع الضريبي الليبي، ط الأولى، منشورات الجامعة الليبية، 1971.
- ثانياً: القوانين:
- 1- القانون رقم 7 لسنة 2010م بشأن الضريبة على الدخل الليبي.
- 2- القانون رقم 91 لسنة 2005م بشأن الضرائب على الدخل.
- ثالثاً: الدوريات:
- جامعة الدول العربية، ميثاقها ونبذة تاريخية عنها، القاهرة، الجامعة، 1947.
- جامعة الدول العربية، التقرير العام، الجامعة، 1957.

## آليات تأويل النصوص

### ونماذجها الوظيفية عند المالكية

إبراهيم علي عيبلو

عضو هيئة التدريس بكلية التربية - جامعة مصراتة

E-mail: [salef4a@gmail.com](mailto:salef4a@gmail.com)

### تمهيد

من المسلم به عند الأصوليين أن أحكام الشرع شرعت في أصلها لتحقيق جملة من المقاصد ، حاصلها جلب ما يصلح للناس ويصلحهم في كل زمان ومكان أو دفع ما يفسد الناس في كل زمان ومكان ، فالشارع وهو بصدد إنشاء الأحكام يتغني غايات ويروم تحقيق مقاصد ، والفقيه المحقق المتأول لنصوص الشارع يسعى في تعقب هذه الغايات والمقاصد التي بنيت عليها هذه الأحكام ، حيث إن المجتهد العالم المدقق ينظر إلى هذه الأخيرة باعتبارها وسائل توظف لجلب المصالح ودرء المفاسد ، وقد اعتبر المذهب المالكي انبناء الأحكام على الأساس المصلحي مسلمة في هذا الموضوع (1) ، وقرر أن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معاً ، والمعتمد في إثبات هذه الدعوى هو الاستقراء لجزئيات أحكام الشريعة في النصوص الثابت بطرق متعددة وأساليب متنوعة ، والنظر في أدلتها الكلية والجزئية ، وما انطوت عليه الشريعة من هذه الأمور العامة ، على حد الاستقراء المعنوي الذي لا يثبت بدليل خاص بل بأدلة منضاف بعضها إلى بعض ، مختلفة الأغراض بحيث ينتظم من مجموعها أمر واحد تجتمع عليه تلك الأدلة (2) .

وبناء على ذلك يتعين تحديد دلالات النصوص الشرعية وفق الاعتبار الحكمي أو المقصدي والقواعد الوظيفية هي الكفيلة بالإبانة عن علل الأحكام ومقاصدها الشرعية ، وحتى نتبين الأساس الوظيفي الذي يقوم عليه النظر التأويلي

(1) ينظر نيل السول على مرتقى الوصول إلى علم الأصول للعلامة محمد يحيى الولاتي، ص 72 .

(2) ينظر شرح العضد على مختصر ابن الحاجب 2 / 238 .

الأصولي لاسيما في المذهب المالكي (3) ، ونقف على نماذج من القواعد الضابطة ارتأيت تناول البحث في المسائل الثلاثة الآتية :  
مقصدية النص الشرعي - مسالك تقصيد النص الشرعي - قواعد تعليل النص الشرعي

---

(3) ينظر القول الأصولي المالكي ومناهج الحجاج للدكتور إدريس غازي ص 131 .

## المبحث الأول

### مقصدية الخطاب الشرعي

الحديث عن آليات التأويل الوظيفية في إطار المذهب المالكي معناه استحضار الدرس المقاصدي كما تبلور عند فقهاء وأصوليي المذهب ، وعلى رأسهم الأئمة الأعلام القرافي و الشاطبي وابن عاصم (4) .

وأصول المذهب المالكي ذات صلة قوية برعاية مقاصد الشريعة ، فمن تلك الأصول : المصلحة المرسله ، والاستصلاح ، فمن ذا الذي ينكر توسع المالكية في الأخذ به ، وهو أصل وثيق الصلة برعاية مقاصد الشرع ، تميزت أصول المذهب به ، وجاء اسم الأصل بالمصلحة المرسله جرياً على ما هو شائع ومعروف من تميز الأصول المالكية به وإلا فإن المصلحة عند علمائنا أبعد أثراً من هذا ، والأمر كذلك في جميع المذاهب السنية غير أن المذهب كان أصرح في مراعاته للمصالح باعتبارها المقصد العام للشريعة ، والمقصد الخاص لكل حكم من أحكامها وخاصة في أبواب المعاملات والعادات ، بينما مراعاة المصلحة في المذاهب الأخرى يشوبها نوع من التردد والغموض (5) .

ومن الشواهد على ذلك (6) : نجد القاضي عياض (7) يعتبر النظر المصلحي من المعايير المرجحة لمذهب مالك - رحمه الله تعالى - قال رحمه

(4) ينظر القول الأصولي المالكي ومناهج الحجاج ص 132 .

(5) ينظر نظرية المقاصد للدكتور الريسوني ص 56 .

(6) ينظر القول الأصولي المالكي ومناهج الحجاج ص 131 .

(7) هو : أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي السبتي ، أندلسي الأصل ، كان عالماً بالحديث ، وفقهياً أصولياً ، ولغوياً أدبياً ، حافظاً للمذهب المالكي ، من كتبه : إكمال المعلم في شرح صحيح مسلم ، والشفاء ، وترتيب المدارك ، توفي سنة 544 هـ . ينظر الديباج 2 / 46 ، وشجرة النور الزكية ص 104 .

الله تعالى : (( الاعتبار الثالث يحتاج إلى تأمل شديد وقلب سليم من التعصب شديد ، وهو الالتفات إلى قواعد الشريعة ومجامعها ، وفهم الحكمة المقصودة بها من شارعها ، ، فنقول : إن أحكام الشريعة وأوامر ونواهي تقتضي حثاً على قرب ومحاسن ، وزجراً عن مناكر وفواحش ، وإباحة لما به صلاح هذا العالم ، وعمارة هذه الدار بيني آدم ، وأبواب الفقه وتراجم كتبه ، كلها دائرة على هذه الكلمات ، وسنشير إلى رموز في كليات هذه القواعد ، ليتبين للناظر من اتبع فيها معنى الشرع المراد ، أو خالف فيها فنكب عن السداد ، وحاد عن سبيل الرشاد ، وأن إمام المذهب مالكا في ذلك كله أهدى سبيلاً ، وأقوم قبلاً ، وأصح تفريعاً وتأصيلاً )) (8) .

كما نجد الشاطبي (9) الخبير بفتاوى إمام المذهب وأبعادها المقاصدية يصف منهج الإمام مالك في هذه الفتاوى خاصة ما تعلق منها بالمعاملات والعادات (10) قائلاً : (( فإنه استرسل فيه استرسال المدل العريق في فهم المعاني المصلحية ، نعم مع مراعاة مقصود الشارع أن لا يخرج عنه ولا يناقض أصلاً من أصوله )) (11) .

كما يعتبر الأخذ بمبدأ سد الذرائع أصل من أصول المالكية ، ووجه آخر من وجوه رعاية مقصود الشارع في حفظ المصالح ودرء المفاسد ، ومجلى آخر للبعد المقاصدي للمذهب حيث كانت أكثر أبواب الفقه مجالاً تطبيقياً حثياً لهذه

(8) ترتيب المدارك 1 / 92 .

(9) هو : إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي ، الفقيه الأصولي ، الأديب المالكي ، من مؤلفاته : الموافقات في أصول الفقه ، وهو على غاية من التحقيق ، ولا نظير له في باب ، توفي سنة 790 هـ . ينظر الأعلام 25 / 1 ، ونيل الابتهاج ص 46 .

(10) ينظر القول الأصولي المالكي ومناهج الحجاج ص 132 .

(11) الاعتصام 2 / 133 .

القاعدة التي عدها علماؤنا فرعاً لأصل مقصدي عتيد هو النظر في المآلات والنتائج الذي لولا مراعاته لوجب قتل المنافقين ، وإعادة بناء البيت على قواعد إبراهيم - عليه الصلاة والسلام - ، ومنع الأعرابي من إتمام عمله المنكر ، ولكن الأول : كان سيفضي إلى نفور الناس من الإسلام ؛ خوفاً أن يقتلوا بتهمة النفاق ، والثاني : يؤدي إلى اعتقاد العرب أن النبي - ﷺ - يهدم المقدسات ، ويغير معالمها ، والثالث : ليس فيه إلا أن ينجس البائل جسمه وثوبه ، وربما نجس مواضع أخرى من المسجد ، وربما لحقه ضرر صحي (12).

وعلى هذا الأساس والأصل - سد الذرائع - سار الفقه المالكي فبالغ في سدها الفساد وتضييق مسالك الانحراف وفي قمع المقاصد الفاسدة رعاية للمقاصد الشرعية والمصالح المشروعة ، حتى عده بعض الفقهاء من خصوصيات مذهب إمام دار الهجرة ، ولعل أكثر الأبواب الفقهية التي حكم فيها المالكية سد الذرائع هي أبواب البيوع ، والعقوبات (13) .

أما عن مراعاة مقاصد المكلفين فإن أهل المذهب توسعوا في تحكيم هذا المبدأ المقصدي الراسخ ، وكانت مناهجهم الإفتائية مبنية على أساسه ، منزلة على مقتضاه ، فلا تعتبر عقود المكلفين وسائر تصرفاتهم الفعلية إلا بمقاصدهم ونياتهم ، ولا يترتب على اللفظ حكم بصحة أو بطلان وترتيب الآثار عليه حتى تتعين جهته المقصدية ، وتنحسم جهة الاحتمال فيه ، وهذا لأن كلام الناس يرتبط بالأغراض والمقاصد (14) ، والألفاظ ما كانت لها قوة إنشاء العقود إلا لأنها إخبارات عن النفس وما يجول بها من معان ورغبات ، وما يختفي في

(12) ينظر نظرية المقاصد ص 345 ، ومقاصد المكلفين عند الأصوليين ص 852 .

(13) ينظر نظرية المقاصد للدكتور الريسوني ص 66 .

(14) ينظر القول الأصولي المالكي ص 132 .

ثناياها من نيات ؛ فلا بد لصحتها من مطابقة خبرها للحقيقة ، فإذا لم تكن الأخبار مطابقة للنيات والأغراض كانت أخباراً كاذبة (15) .

فالمقاصد كانت دوماً وجهة المالكية في التعيد والتأصيل مثلما كانت إمامهم في التوقيع والتنزيل ، فقد ساهموا - رحمهم الله تعالى - في بناء جملة من المبادئ والقواعد الوظيفية تختص باستقصاء وتتبع الأبعاد الحكمية للنص الشرعي ، وهذه المبادئ والقواعد تعد نموذجاً ناطقاً وحيّاً لآليات التأويل الوظيفية للدرس الأصولي المالكي .

---

(15) ينظر الفكر المقاصدي عند الإمام مالك ص 100 .

## المطلب الأول

### مبادئ مقاصدية

من المبادئ الموجهة للنظر المقاصدي ما يلي :

1 - كل ما في الشرع معلل : ومقتضى هذه القاعدة أن كل ما جاء في الشريعة من أحكام بحسب تعليلها فهو منوط بالحكم والمقاصد ، معللة كانت أو تعبدية (16) ، وعليه فالفقيه في عمله الاجتهادي يتعين عليه النظر في موارد الأحكام وهي موصولة بأبعادها المقصدية أو أسسها الوظيفية بناء على أنه لا خلاف بين العقلاء أن الأحكام الشرعية قصد بها مصالح الخلق الدينية والدنيوية ، قال ابن الحاجب (17) - رحمه الله تعالى - : (( إن الأحكام شرعت لمصالح العباد بدليل إجماع الأمة )) (18) ، والشاطبي يعتبر كون وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معاً ، قضية مسلمة في هذا الموضوع بدليل استقراء أدلة الكتاب والسنة الدال دلالة قاطعة على أن الشارع راعى المصالح في أوامره ونواهيه ، وأن هذا مطرد في جميع قواعد الشريعة وتفصيلها .

(16) هذه الأحكام وأمثالها وإن كان التعبد فيها هو الغالب إلا أن هذا لا يعني أن يكون باب التعليل فيها مغلق ، بل يدخلها التعليل ولكن على الجملة .

(17) هو : عثمان بن عمر بن أبي بكر الكردي المصري المالكي ، المعروف بابن الحاجب ، مقريء وأصولي وفقه ونحوي ، من مؤلفاته : مختصر في الأصول ، ومختصر في الفقه ، توفي سنة 646 هـ . ينظر سير أعلام النبلاء 23 / 264 .

(18) مختصر ابن الحاجب الأصولي ص 184 .

وقال ابن الحاجب : (( ودليل العمل بالسبر وتخريج المناط وغيرهما أنه لا بد من علة لإجماع الفقهاء على ذلك .... )) (19) .  
 وخلاصة القول إن انبناء الأحكام على العلل أو الحكم أو المقاصد مسلم عند ذوي النظر الاعتباري والحكمي من العلماء ، وهو قاعدة مطردة ، ويظهر ذلك من ثلاثة وجوه (20):

الأول : أن الله تعالى حكيم ثبتت له صفات الكمال إجماعاً ، والحكيم لا يصدر عنه إلا ما فيه خير ومصالحة ، وإلا كان ما يصدر عنه عبثاً ولعباً منافياً للحكمة ، وهذا مخالف لإجماع المسلمين في ذلك ، فثبت أن كل حكم من أحكامه - سبحانه وتعالى - لفائدة العباد ومصالحهم .

الثاني : أن العقل لا يمنع من جواز تعليل أحكام الله تعالى بالحكم والمصالح ، وكل ما كان كذلك فهو جائز عقلاً .

الثالث : أن الشارع الحكيم راعي مصالح الناس عموماً وخصوصاً ، أما على وجه العموم فمن جهتين : المبدأ والمعاش ، وأما على وجه الخصوص ففي حق السعداء .

2 - التقصيد مبناه على التدليل : وتقصيد الأحكام معناه بالذات تعليلها وتعيين مقاصد لها وإظهار ما تتطوي عليه من الحكم والمعاني والمصالح ، وتفسيرها تفسيراً مصلحياً في العمل بمدلولاتها ، أو بعبارة أخرى إن التقصيد هو تفسير النص الشرعي من الكتاب والسنة والآثار المروية عن الصحابة والتابعين على جهة الكشف عن مقاصده وحكمه وقيمه ومصالحه ، وهو ما يكون له أثره في فهم النص وتوجيهه والاستنباط منه .

(19) المصدر السابق .

(20) ينظر مقاصد المكلفين ص 359 .

ولا شك أن التقصيد ليس أمراً مرسلأً مبناه على التشهي والتخمين ، وإنما يقوم أساساً على الدليل والبرهان ، وللعقل هنا دور واضح في تقدير المصلحة التي يستهدف النص تحقيقها ، ثم تفسير النص بما يحققها ، مع عدم الغفلة عن مختلف المصالح والمفاسد التي لها صلة بموضوع ذلك النص ، فالمجتهد حينما ينسب مقصداً ما إلى الشارع ويقول بأن هذا قصده من تشريع الحكم ، لا تقبل دعواه في هذه النسبة حتى يقيم الدليل على صحتها .

وفي هذا الإطار نجد الإمام مالكاً يورد تفسيرات لبعض النصوص من الكتاب والسنة والآثار بما يراه مناسباً (21) .

(( وهكذا نجد الشاطبي في سياق التحذير من تفسير القرآن بالرأي المرسل ، يرى أن تفسير المفسر للقرآن هو (( تقصيد منه للمتكلم والقرآن كلام الله ، فهو يقول بلسان بيانه هذا مراد الله من هذا الكلام ، فليتثبت أن يسأله الله تعالى من أين قلت عني هذا ؟ فلا يصح له ذلك إلا ببيان الشواهد وإلا فمجرد الاحتمال يكفي بأن يقول : يحتمل أن يكون المعنى كذا وكذا ، بناء أيضاً على صحة تلك الاحتمالات في صلب العلم ، وإلا فالاحتمالات التي لا ترجع إلى أصل غير معتبرة ، فعلى كل تقدير لا بد في كل قول يجزم به أو يحمل من شاهد يشهد لأصله ، وإلا كان باطلاً ودخل صاحبه تحت أهل الرأي المذموم )) (22) .

وهكذا يظهر أن التقصيد بوصفه آلية وظيفية ، ضرب من التأويل إن لم يكن جوهره وغايته ، والتأويل كما هو معلوم ذو طابع استدلالي ، والاستدلال إيراد الدليل أو الأدلة لقضية ما ، فكل تقصيد إذن يستلزم تدليلاً ، والأدلة المفيدة في

(21) ينظر الفكر المقاصدي عند الإمام مالك ص 171 .

(22) الموافقات 3 / 318 .

إثبات مقاصد الشريعة ليست منحصرة في صنف معين دون آخر ، بل تتسع لكافة الطرق والحجج والأمارات مما له قوة استدلالية وإثباتية معتبرة )) (23) .

3 - حكم الوسائل مقيد بمقاصدها : مقتضى هذه القاعدة أن ما يشمل الشرع من الأمر أو النهي ، منه ما يكون مقصوداً لذاته لما يتضمنه من المصالح أو المفاسد ، ومنه ما يكون وسيلة إلى تحصيل المقصود باعتباره سبباً موصلاً إلى تحقيق المقصود .

وقد نص القرافي ( 24 ) على التمييز بين الأحكام الويسلية والأحكام المقصدية في النص الشرعي ، وتبعية الأولى للثانية في الحكم والاعتبار وذلك بقوله: (( وموارد الأحكام على قسمين : مقاصد وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها ، ووسائل وهي الطرق المفضية إليه ، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم وتحليل ، غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها ، والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل ، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل ، وإلى ما يتوسط متوسطة )) (25) .

وتأتي الوسائل بحسب المقاصد ملازمة لها في الأحكام التكليفية الخمسة ، فالوجوب كالسعي إلى الجمعة فإنه وسيلة لها ، فيأخذ السعي حكم الوجوب تبعاً لحكم المقصد وهو صلاة الجمعة ، والاستحباب كالسعي إلى المسجد لقراءة القرآن ، فإنه سعي مستحب تبعاً للمقصد المستحب ، والإباحة كالخروج من المنزل لطلب الرزق الحلال ، والكراهة كأكل الثوم والبصل لمن سيخاطب

(23) القول الأصولي المالكي ومناهج الحجاج ص 135 .

(24) هو : شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، من أعلام المذهب المالكي ، برع في التأليف والتصنيف ، من مؤلفاته : الفروق والذخيرة ، توفي سنة 682 هـ . ينظر الديباج المذهب ( ص 62 ) ، وشجرة النور ( ص 188 ) .

(25) الفروق 2 / 33 .

الناس ، فإنه وسيلة إلى ما هو مكروه فيكره ، والتحریم كشرء السلاح لمن أراد القتل المحرم (26) .

قال ابن عاصم (27) :

وكل فعل للعباد يوجد إما وسيلة وإما مقصد

وهي له في الخمسة الأحكام تأتي به بحكم الالتزام

والأصوليون يتحدثون عن هذه القاعدة بشكل أخص تحت مسألة : ما لا يتم المأمور به ، أو ما لا يتم الواجب إلا به هل هو مأمور به أو لا ... ؟ ، ويتحدثون - أيضاً - عنها في مسألة سد الذرائع وفتحها (28).

(26) ينظر شرح مرتقى الوصول لابن عاصم ، للدكتور فخر الدين المحسي ، ص 386 و 387 .

(27) ينظر مرتقى الوصول ص 387 مع شرح المحسي . وابن عاصم هو : الإمام الفقيه الأصولي أبو بكر

محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي المالكي ، من مؤلفاته : تحفة الحكام في نكت العقود

والأحكام ، ومهيع الأصول في علم الأصول ، ومرتقى الوصول في علم الأصول ، توفي سنة 829 هـ .

ينظر شجرة النور ص 237 ، ونيل الابتهاج ص 128 .

(28) ينظر مرتقى الوصول ص 541 .

## المطلب الثاني

### قواعد مقاصدية

يأتي هذا المطلب بعد جمل أصولية و مقاصدية سبقت من البحث ، فيكون بمثابة التلخيص لما ورد فيها من قواعد وضوابط وكلمات جامعة في الأصول والمقاصد ، وقد قسمت هذه القواعد إلى قسمين : عامة وخاصة .

ويعتبر المالكية خير من أصل وفصل في موضوع المقاصد ، وعليه ستكون خير دليل لنا في الوقوف على أهم القواعد المؤسسة للنظر المقاصدي ، وهذه القواعد وما تشتمل عليه من ضوابط ومعايير وآليات تشكل بمجموعها جماع نظرية المقاصد ، كما أن المتتبع لمدونات المالكية يستشف أن هذا الجهاز النظري المتين والمحكم لم يكن بالأمر الهين أو السهل ، وإنما جاء ثمرة معاناة كابدها كثير من المالكية سواء في مجال التنظير الأصولي أو في ميدان التفرع الفقهي ، كما جاء عنواناً للإصلاح المنشود والتجديد المفقود ، والسؤال الخفي الذي كان يوجه المالكية في كتاباتهم ومدوناتهم وتنظيراتهم وأبحاثهم يتمثل في السبيل الأقوم الذي كان يحقق الصلة بين الفقه والأخلاق باعتبار هذه الأخيرة أم القيم والمقاصد والمعاني أو قل كيف السبيل إلى تخليق الدرس الفقهي والأصولي ، فكان المالكية موفقين كل التوفيق حينما اهتموا إلى المقاصد باعتبارها جملة القيم والمعاني والأخلاق التي استهدف الشارع تحقيقها ، فكانت نظرية المقاصد بقواعدها ومبادئها مظهراً من مظاهر عبقرية علماء المالكية ، ومن خلالهم عبقرية المذهب الذي ينتمون إليه : المذهب المالكي .

وفي هذا الصدد لن نخوض بحار نظرية المقاصد وتداعياتها وإشكالاتها بقدر ما نروم الوقوف عند أهم المقاصد المقاصدية في كتب المالكية كالموافقات ،

باعتبارها نموذجاً حياً وأصيلاً للآليات الوظيفية في مجال الدرس التأويلي المالكي (29) .

**المسألة الأولى : في بعض القواعد العامة :**

1 - القاعدة المقررة أن الشرائع إنما جيء بها لمصالح العباد ، فالأمر والنهي والتخيير بينهما راجعة إلى حفظ المكلف ومصالحه ، وأن الشارع وضع الشريعة على اعتبار المصالح باتفاق ، وتكاليف الشارع ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق ، وهذه المقاصد ثلاثة : أحدها أن تكون ضرورية ، والثاني : أن تكون حاجية ، والثالث : أن تكون تحسينية (30).

2 - الشرع يحيط بجزئيات من المصالح لا يحيط بها العقل (31) .

**المسألة الثانية : في بعض القواعد الخاصة :**

1 - قواعد متعلقة بمعرفة مقاصد الشريعة ، ومنها قاعدة : مقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والإجماع ، وقاعدة : إذا تعارض شران أو ضرران فقصد الشارع دفع أشد الضررين أو أعظم الشرين (32) ، وقاعدة : الجهة المرجوحة غير مقصودة الاعتبار شرعاً (33) .

2 - قواعد متعلقة بالمكملات ، ومنها قاعدة : كل مكمل عاد على أصله بالنقض فباطل ، وقاعدة : إبطال الأصل إبطال للتكملة ، وقاعدة : المكمل

(29) ينظر القول الأصولي المالكي ومناهج الحجاج ص 137 .

(30) تنتظر هذه القواعد في الموافقات 1 / 148 ، و2 / 8 ، و3 / 105 .

(31) ينظر نفائس الأصول في شرح المحصول 1 / 402 .

(32) ينظر قواعد الوئشريسسي ص 370 .

(33) ينظر قواعد المقرري 2 / 423 .

للمكتمل مكتمل ، وقاعدة : المقاصد الضرورية في الشريعة أصل للحاجية والتحسينية (34) .

3 - قواعد متعلقة بوسائل المقاصد ، ومنها : قاعدة : كلما سقط اعتبار المقصد سقط اعتبار الوسيلة (35) ، وقاعدة : قد تكون وسيلة المحرم غير محرمة إذا أفضت إلى مصلحة راجحة (36) .

---

(34) ينظر الموافقات 1 / 182 .

(35) ينظر الفروق 2 / 33 ، والقواعد للمقري 1 / 329 ، والموافقات 2 / 19 .

(36) ينظر شرح تنقيح الفصول ص 449 ، و المراقي مع نشر البنود ص 2 / 266 .

## المبحث الثاني

## مسالك التقصيد

عموماً يمكن إجمال هذه المسالك في مطلبين :

## المطلب الأول

وفيه مسلكان :

## المسلك الأول : اللسان العربي :

والمقصود بالمسلك أن الشريعة المباركة عربية ، أي نزلت وفق اللسان العربي لا مدخل فيها للسان العجمي ، وهذا يقضي بأن فهم القرآن وتفهمه لا يتأتى إلا من جهة لسان العرب ، ولا سبيل إلى تطلب فهمه وتفهمه من غير هذا المسلك ، وعليه فلسان العرب هو المترجم عن التقصيد الشرعي (37) ، وإذا كان الأمر كذلك فينبغي أن تكون مقاصد الشريعة في ضوء اللغة العربية وفي ضوء المعهود من أساليب العرب (38) ، مع مراعاة الظواهر الخطابية للغة العربية. والحاصل في المسلك أنه لا بد للناظر في مقاصد الشريعة من مراعاة الأسلوب البياني للغة العربية.

## المسلك الثاني : مجرد الأمر والنهي الابتدائي التصريحي :

من المعلوم أن الأمر والنهي أسلوبان لغويان موضوعان في الأصل اللغوي لتقرير الطلب وإفادته ، كطلب الفعل في الأمر وطلب الترك في النهي ، فوقع الفعل عند وجود الأمر به مقصود للشارع ، وكذلك النهي معلوم أنه مقتض لنفي القعل أو الكف عنه ، فعدم وقوعه مقصود له وإيقاعه مخالف لمقصوده ، كما أن عدم إيقاع المأمور به مخالف لمقصوده .

(37) ينظر القول الأصولي المالكي ومناهج الحجاج ص 145 .

(38) ينظر نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي للريسوني ص 235 .

وقد قيد الشاطبي - رحمه الله تعالى - الأمر والنهي بقيدتين :

**القيد الأول :** يشترط كون كل منهما ابتدائياً بأن ما أمر به أو نهى عنه ابتداء أصالة لا لكونه وسيلة إلى غيره أو جيء به تبعاً تأكيداً للأمر الأول ، وذلك كقوله تعالى : ﴿ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ﴾ (39) .

فإن النهي عن البيع ليس نهياً مبتدأ ، بل هو تأكيد للأمر بالسعي ؛ لأن السعي لا يتم إلا بترك البيع لما في البيع من الانشغال عنه .

فالبيع ليس منهياً عنه بالقصد الأول ، بل بالقصد الثاني .

**القيد الثاني :** يشترط كون كل منهما تصريحياً ، لا ضمنياً ، كالنهي عن أضرار الأمور به الذي تضمنه الأمر ، والأمر الذي تضمنه النهي عن الشيء ، فإن النهي والأمر ليسا مقصودين بالقصد الأول إن قيل بهما ، بل بالقصد الثاني ، وكذلك الأمر بما لا يتم الواجب إلا به ، أو ما لا يتم الأمور إلا به (40) .

وعموماً لا يخلو هذا المسلك من فائدة حيث يدل المجتهد على المقاصد الأول أو الأولية وهي التي جاءت الأوامر والنواهي التصريحية لتحقيقها ، والمقاصد ذات الاعتبار التبعية أي ما كان في اعتباره تابعاً للمقاصد الأولية ، وهي التي جاءت الأوامر والنواهي الضمنية أو غير المباشرة لتحقيقها ، وذلك لا يخرج عن تأكيد وتعزيد المقاصد الأولية (41) .

(39) من الآية ( 9 ) من سورة الجمعة .

(40) ينظر مقاصد الشريعة لليوبي ص 160 .

(41) القول الأصولي المالكي ومناهج الحجاج ص 146 .

## المطلب الثاني

### وفيه ثلاثة مسالك :

المسلك الأول : التمييز بين المقاصد الأصلية والمقاصد التبعية :  
من خلال مراجعة مظان المسلك يدرك التمييز والفرق بين المقاصد الأصلية والتبعية - التابعة - ومنها :

1 - أن المقاصد الأصلية هي الأصل ، والمقاصد التابعة خادمة ، ومكملة لها ومقوية لحكمتها ، وداعية إليها ، وسبب في حصول الرغبة فيها ، وهذا يظهر مدى أهمية المقاصد التابعة ، وحاجة الأصلية إليها ، وتوضيح ذلك بأن الله سبحانه وتعالى وهو أحكم الحاكمين جعل قيام الدين والدنيا إنما يصلح ويستمر بدواع من قبل الإنسان ، تحمله على اكتساب ما يحتاج إليه هو وغيره .  
فجعل له شهوة الطعام والشراب والنساء لتحركه تلك البواعث إلى اكتساب الأسباب الموصلة إليها ، فيتحقق ضمن ذلك حفظ الضروريات ، والقيام بالمصالح العامة والخاصة .

2 - أن الأصلية حكمها الإيجاب ، وأنها راجعة إلى حفظ الضروريات وهي واجبة أو القيام بالمصالح العامة وهي واجبة على الكفاية .

وأما التابعة فالأصل أن فيها الإباحة ؛ لأن حصول حظوظ النفس ليس بواجب التحصيل إلا إذا كان وسيلة إلى غيره فله حكم مقصده من الإيجاب أو غيره .

3 - أن الأصلية تختلف عن التابعة من حيث تأكيد الطلب ، فالتابعة لم يتأكد فيها الطلب كما تأكد في الأصلية ، والناس مجبولون على نيل حظوظهم ، فحصل الاكتفاء الشرعي في ذلك بالدافع الطبيعي عن الأمر الشرعي .

ولم يتأكد الطلب في هذا إلا في حالة تعلق غيره به ؛ لأن ذلك مظنة إهمال الإنسان له وعدم اعتناؤه به ، فالداعي ليس قوياً ، فاحتاج إلى التأكيد .

وأما في الأصلية فالطلب مؤكد ؛ لأنه لو لم يتأكد لتساهل الناس بها ، ولأدى ذلك إلى ضياع المصالح العامة ، وخراب العالم (42) .

**المسلك الثاني : سكوت الشارع :**

**وهو ضربان : حيث إن الشارع قد يسكت عن الحكم :**

1 - لعدم وجود ما يقتضيه ؛ وذلك كالنوازل التي حدثت بعد الرسول - صلى الله عليه وسلم - فإنها لم تكن موجودة ثم سكت عنها مع وجودها وإنما حدثت بعد ذلك ، فاحتاج أهل الشريعة إلى النظر فيها وإجرائها على ما تقرر في كلياتها .

وما أحدثه وأنشأه سلفنا الصالح يرجع إلى هذا الفرع كجمع المصحف وكتابة العلم وتدوينه ، وغيرهما مما لم يجر له ذكر في عهد النبي - صلى الله عليه وسلم - ولم تكن من نوازل زمانه ، ولا عرض للعمل بها سبب يقتضيها ، فهذا الفرع جار على أصوله المقررة شرعا بلا خلاف .

ب - وجود ما يقتضيه مع السكوت عنه ، فهذا الفرع السكوت فيه كالنص على أن قصد الشارع ألا يزيد فيه ولا ينقص ؛ لأنه لما كان هذا المعنى الموجب لشرع الحكم العملي موجوداً ثم لم يشرع الحكم دلالة عليه ؛ كان ذلك صريحاً في أن الزائد على ما كان هنالك بدعة زائدة ومخالفة لقصد الشارع ، إذ فهم من قصده الوقوف عند ما حد هنالك بدون زيادة ولا نقصان (43) .

(42) ينظر مقاصد الشريعة لليوبي ص 367 ، و 368 .

(43) ينظر مقاصد الشريعة لليوبي ص 168 .

ويتضح من خلال هذا البيان التفصيلي أن هذا المسلك يتعلق بمسألة الابتداع في الدين ، وكيفية تضييق نطاقه مع استبعاد المصالح المرسله وغيرها من دائرته (44) .

#### المسلك الثالث : الاستقراء (45):

يعتبر الاستقراء أهم الآليات التي وظفها المالكية في إثبات القضايا ، باعتباره السبيل الأقوم الذي يفيد المجتهد في اقتناص القطع من الظنيات ، يقول الشاطبي في هذا الشأن : (( وإنما الأدلة المعتبرة هنا ، المستقرأة من جملة أدلة ظنية ، تضافرت على معنى واحد ، حتى أفادت فيه القطع )) (46) .

أما عن الاستقراء باعتباره آلية استدلالية في الكشف عن المقاصد ، فإن المالكية ما فتؤوا يلجؤون إليه في إثبات الكليات المقصدية وتقرير القواعد الضابطة لها ، وأهم قضية يظهر فيها توظيفه لهذا المسلك الاستدلالي مع التأكيد على أفضليته وقوته ، مسألة المراتب المقصدية الثلاث (47)، ذلك أن المذهب نظر في الدليل الذي من جهته يحصل المدعى ويتقرر الإثبات .

وحاصل القول في هذا المسلك أن الاستقراء يعتبر أقوى الدلائل الكاشفة عن المقاصد الشرعية عند المالكية ، رغم عدم إدراج أحد من المالكية له ضمن الجهات التي تعرف منها هذه المقاصد ، ويزداد هذا الطريق الاستدلالي قوة وأهمية إذا علمنا كونه السبيل الأقرب إلى تحصيل الكليات المقصدية المفيدة للقطع ، ولا يخفى على المتتبع مدى عناية علماء المذهب بالكليات وسبل

(44) ينظر الموافقات 1 / 70 .

(45) ينظر القول الأصولي المالكي ومناهج الحجاج ص 148 .

(46) ينظر الموافقات 1 / 24 .

(47) الضرورية والحاجية والتحسينية .

اقتناص القطع من آحاد الأدلة ، حيث كانوا أحرص على الاهتمام بالمقاصد العامة من المقاصد الجزئية ، ومن هنا نفهم مركزية الاستقراء في النسق المقاصدي عند الأئمة المالكية الأعلام - رحمهم الله تعالى - (48) .

---

(48) ينظر القول الأصولي المالكي ص 149 ، ونظرية المقاصد للريسوني ص 288 .

### المبحث الثالث

#### قواعد التعليل

لقد كان النظر الأصولي إلى النص الشرعي محكوماً بالنظر المصلحي أو الحكمي كما هو معلوم في مظانه ، فاستتبط الأصوليون الحكم والعلل والمصالح التفصيلية المختصة بالنصوص الشرعية الجزئية ، فضلاً عن المصالح الإجمالية التي لا تختص باب دون باب . والغرض من هذا كله التأكيد على الطابع الشمولي للتشريع ، فالنصوص الشرعية تسند القيم الشرعية لا لمنطوقها وحده ، بل تتسع وتعم كل ما يفضي إلى تحقيق المصلحة المراد جلبها أو درء المفسدة المراد دفعها ، ومن هذه الزاوية استأثر مبحث العلة باهتمام الأصوليين ، ومن أهم ما بحثوه فيها جملة القواعد الهادية إلى علل الأحكام ، وهي قواعد مترتبة من حيث القوة والضعف . (49) .

ومسالك العلة في الجملة هي : (( الأدلة الدالة على أن الوصف علة في الحكم )) (50) ، ولقد حصرها التلمساني (51) في خمسة مسالك هي: النص بقسميه الصريح والإيماء ، والإجماع والمناسبة والدوران والشبه (52) ، بينما

(49) ينظر القول الأصولي المالكي ص 151 .

(50) مفتاح الوصول ص 689 .

(51) هو : أبو العباس أحمد بن محمد بن زكري التلمساني المالكي ، فقيه أصولي ، تنوعت تأليفه في أصول الدين وأصول الفقه والحديث والفقه ، من مؤلفاته : غاية المرام في شرح مقدمة الإمام ، توفي سنة 900 هـ . ينظر نيل الابتهاج ص ( 129 ) ، وشجرة النور الزكية ( ص 267 ) .

(52) ينظر مفتاح الوصول 690 .

حصرتها القرافي (53) في ثمانية مسالك (54) ، قال محمد الأمين الشنقيطي :  
 (( اعلم أن إثبات العلة له طريقان : النقل والاستنباط ، فالنقل ثلاثة أضرب ،  
 والاستنباط ثلاثة أضرب كذلك )) (55) .

### المطلب الأول

#### المسالك النقلية

#### النوع الأول : النص (56) :

وهو أن يكون اللفظ موضوعاً للتعليل ، أو مشهوراً فيه في عرف اللغة .  
 فالأول كقوله تعالى : ﴿ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا  
 بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ (57) ، وقوله تعالى  
 : ﴿ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ ﴾ (58) ، وقوله - ﷺ - : (( إِنَّمَا  
 جعل الاستئذان من أجل البصر )) (59) .  
 فقوله : ﴿ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ ﴾ ، وقوله : ﴿ كَيْ لَا يَكُونَ ﴾ لفظ لا يحتمل غير  
 التعليل ، فدلالته عليه قطعية .

(53) هو : شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، من أعلام المذهب المالكي ، برع في التأليف والتصنيف ،  
 من مؤلفاته : الفروق والذخيرة ، توفي سنة 682 هـ . ينظر الديباج المذهب ( ص 62 ) ، وشجرة النور  
 ( ص 188 ) .

(54) ينظر شرح تنقيح الفصول ص 389 .

(55) مذكرة أصول الفقه ص 301 .

(56) ينظر تحفة المسؤول شرح مختصر منتهى السؤل 4 / 80 .

(57) من الآية ( 32 ) من سورة المائدة .

(58) من الآية ( 7 ) من سورة الحشر .

(59) أخرجه البخاري في كتاب الاستئذان ، باب الاستئذان من أجل البصر ، رقم ( 14 ) 8 / 97 ، ومسلم  
 في كتاب الأدب ، باب تحريم النظر في بيت غيره ، 3 / 1698 .

والثاني كقوله تعالى : ﴿ ذَلِكْ بِأَنَّهُمْ كَفَرُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ ﴾ (60) ، وقوله تعالى : ﴿ لَتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ ﴾ (61) ، وقوله تعالى : ﴿ وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ ﴾ (62) ، فإن (( الباء )) و (( اللام )) و (( حتى )) وإن أفادت التعليل في هذه النصوص إفادة راجحة ، فإن ذلك ليس دائماً ؛ لأن لها معاني أخرى ، فدلالاتها عليه ظاهرة .

### النوع الثاني : التنبيه والإيماء (63) :

وهو أن يُفَرَّنَ الحكم بوصف على وجه لو لم يكن علة لكان الكلام بعيداً عن فصاحة الشارع (64) ، فالإيماء إلى العلة يحصل بما يُفهمُ العلة من غير أن يوجد في الكلام لفظة موضوعة للتعليل .

والفرق بينه وبين النص : أن النص يدل على العلة بوضعه لها ، والإيماء يدل عليها بطريق الاستدلال ؛ لأنه يُفهمها من المعنى لا من اللفظ ، وإلا لكان صريحاً .

فالأول : كدلالة نقص الرطب على التفاضل ، فقد سئل النَّبِيُّ - ﷺ - عن بيع الرطب بالتمر فقال : (( أينقص الرطب إذا يبس ؟ )) فقالوا : نعم ، فقال : (( فلا إذن )) (65) .

(60) من الآية ( 80 ) من سورة التوبة .

(61) من الآية ( 143 ) من سورة البقرة .

(62) من الآية ( 193 ) من سورة البقرة .

(63) ينظر تحفة المسؤول شرح مختصر منتهى السؤل 4 / 82 .

(64) ينظر مختصر ابن الحاجب مع شرح العضد عليه 2 / 234 .

(65) هذا جزء من حديث أخرجه أبو داود عن عبد الله بن يزيد أن زيدا أبا عياش أخبره : أنه سأل سعد بن

أبي وقاص عن البيضاء بالسلت ، فقال له سعد : أيهما أفضل ...؟ قال : البيضاء ، فنهاه عن ذلك ، وقال :

سمعت رسول الله - ﷺ - يسأل عن شراء التمر بالرطب ، فقال رسول الله ﷺ : أينقص الرطب إذا يبس

...؟ قالوا : نعم ، فنهاه رسول الله ﷺ عن ذلك كتاب البيوع ، باب التمر ، رقم الحديث 3359 ، 3 / 251

فيفهم منه أن العلة في التحريم النقض بالئبس ؛ إذ لو لم يكن هو علة الربا لكان السؤال عنه لغواً ، لأنه معلوم ، فيقاس عليه تحريم بيع الرطْب من أي مادة ربوية باليابس منها إن كان يُنْقَضُ اليبس .

وأما الثاني وهي طريق الاستدلال ، فهي أنواع ، ومنها (66) :

1 - أن يذكر الحكم عقب وصف مقرونٍ بالفاء ، فيدل على أن ذلك الوصف علة لذلك الحكم ، كقوله تعالى ﴿ وَالسَّارِقِ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا ﴾ (67) ، فالفاء في هذه الآية داخلة على الحكم ، والعلة متقدمة ، فيفيد قطع السارق عقيب السرقة .

2 - ترتيب الحكم على واقعة ، كخبر الرجل الذي قال : واقعت أهلي في نهار رمضان ، فقال له الرسول - ﷺ - : (( أعتق رقبة )) (68) .

3 - أن يذكر مع الحكم شيئاً لو لم يقدر التعليل به لم يكن له فائدة ، كقوله - ﷺ - : (( إنها ليست بنجس ، إنها من الطوافين عليكم والطوافات )) (69) .

4 - نفي حكم بعد ثبوته لحدوث وصف كما ورد في حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله - ﷺ - قال : (( القاتل لا يرث )) (70) ،

. وأخرجه النسائي في كتاب البيوع ، اشتراء التمر بالرطب ، 269/7 . وأخرجه الترمذي في كتاب البيوع ، باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة ، رقم الحديث 1243 ، 2 / 348 . وأخرجه ابن ماجه في كتاب التجارات ، باب بيع الرطب بالتمر ، رقم الحديث 2264 ، 2 / 761 .

(66) ينظر مفتاح الوصول ص 695 ، وإيصال السالك في أصول الإمام مالك ص 16 ، ومذكرة في أصول الفقه ص 303 .

(67) من الآية ( 38 ) من سورة المائدة .

(68) أخرجه البخاري في كتاب الصوم ، باب إذا جامع في رمضان 2 / 235 .

(69) أخرجه أبو داود في كتاب الطهارة ، باب سؤر الهرة ، ( 75 ) 1 / 18 ، والترمذي في كتاب الطهارة ،

باب ما جاء في سؤر الهرة ، ( 92 ) 1 / 48 .

فهذا الحديث ينفي حكماً وهو الإرث ، بعد ثبوته للوارث كالولد . مثلاً . بسبب حدوث وصف وهو القتل ، فهذه الصفة وهي : القتل ، هي علة الفرق بين كونه يرث أو لا يرث ، والإرث ثابت لغيره من الأولاد ، فدل على أن القتل علة مَنع الإرث .

النوع الثالث : الإجماع : ومثاله : أن الإخوة من الأبوين يقدمون في الميراث على الإخوة من الأب ، وقد أجمع الفقهاء على أن العلة في ذلك هي : تقوي الأخت بكونها من أبوين ، فيقاس على الميراث في ذلك ولاية النكاح ، فيقال : الأخ الشقيق أولى بتزويج المرأة من الأخ لأب ، قياساً على أوليته في الميراث ، بجامع العلة المذكورة (71) .

(70) سنن الترمذي ، كتاب الفرائض ، باب ما جاء في إبطال ميراث القاتل ، رقم الحديث 2109 ، 425/4 ، وسنن ابن ماجه 2 / 883 ، كتاب النيات ، باب القاتل لا يرث ، رقم الحديث 2645 . وأخرجه النسائي في السنن الكبرى 4 / 79 ، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ ( ليس للقاتل من الميراث شيء ) . وأخرجه ابن ماجه من طريق آخر عن عمرو بن شعيب : أن أبا قتادة - رجل من بني مدلج - قتل ابنه ، فأخذ منه عمر مائة من الإبل ، ثلاثين حقة ، وثلاثين جذعة ، وأربعين حقة ، فقال : أين أخو المقتول ...؟ سمعت رسول الله - ﷺ - يقول : ( ليس لقاتل ميراث ) . ينظر : سنن ابن ماجه ، حديث رقم 2646 ، 2 / 884 ، وأخرجه الإمام مالك من حديث عمرو بن شعيب عن عمرو : سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول : ( ليس لقاتل شيء ) ، 2 / 190 . وأخرجه الدار قطني عن ابن عباس ، رقم 87 ، 88 ، وعن عبد الله بن عمرو ، الحديث رقم 84 ، 89 ، 4 / 95 . (71) ينظر مرتقى الوصول لابن عاصم ص 683 .

## المطلب الثاني

### المسالك الاجتهادية

وتسمى بمسالك الاستنباط ، وهي : استخراج علة حكم الأصل بالاجتهاد في الكتاب أو السنة ، ويندرج تحت هذا المسلك أربع طرق ، وهي : المناسبة ، والسبر والتقسيم ، وقياس الشبه .

المسلك الأول : المناسبة ، ويعبر عنها : بالمصلحة ، أو الاستدلال ، أو رعاية المقاصد ، واستخراج العلة في هذا المسلك نوع من أنواع : (( تخريج المناط )) ؛ لأنه إبداء مناط الحكم وإثبات العلة بالمناسبة هو عمدة كتاب القياس ، ومحل غموضه ووضوحه ؛ وإنما صح التعليل بالمناسبة التي اعتبرها الشارع ؛ لأنه ثبت بالاستقراء والتتبع لأحكام الشارع أن كل حكم لا يخلو عن مصلحة ترجع إلى العباد من جلب نفع أو دفع ضرر (72) .

وهي - أي المناسبة - حصول المصلحة في إثبات الحكم من الوصف، والمراد بحصول المصلحة : كون الوصف يتضمن ترتب الحكم عليه مصلحة، كالإسكار، فإن ترتب المنع عليه وتحريم الخمر فيه مصلحة حفظ العقل من الاختلال، فالإسكار وصف مناسب لترتيب الحكم ، وهو تحريم الخمر، والمقصود أن يكون هناك مناسبة بين الوصف والحكم وهذه المناسبة هي حصول المصلحة ، ويستدل على ذلك بالنظر في مقاصد الشريعة وأهداف مشروعيتها أحكامها ، وذلك دائر بين أمرين : جلب المصالح ، ودفع المفاسد. فكل حكم لم تثبت علته بنص ولا إجماع ولكنه متعلق بوصف هو في ذاته دليل

(72) ينظر شرح تنقيح الفصول ص 391 ، ومفتاح الوصول ص 149 ، ومرتقى الوصول ص 680 .

على أحد هذين المقصدين ، فإنه يثبت كونه علة بمجرد ظهور هذه العلاقة بين الوصف والحكم .

والمناسب من حيث التأثير والملاءمة ينقسم إلى ثلاثة أقسام : المناسب المطلق ، والملائم ، والغريب (73) .

فالمطلق هو الوصف الذي لم يرتب الشارع حكماً على وفقه ، ولم يدل دليل شرعي معيّن على اعتباره ولا على إلغائه ، فهو مناسب يحقق مصلحة ، مطلق من دليل اعتبار أو إلغاء

والملائم هو الوصف المناسب الذي رتب الشارع حكماً على وفقه ، ولم يثبت بالنص أو الإجماع اعتباره بعينه علة لنفس الحكم الذي رتب على وفقه ، وعلى هذا فهو مقابل للمؤثر (74) ، وهو ثلاثة أنواع :

أ . الوصف المناسب الذي اعتبره الشارع بعينه علة لحكم من جنس الحكم الذي رتب على وفقه ، ومثاله : أن يقال : تثبت للأب ولاية النكاح على الصغيرة، كما يثبت له عليها ولاية المال ، بجامع الصغر ، فالوصف: الصغر، وهو أمر واحد ، والحكم : الولاية ، وهي جنس ، يجمع ولاية النكاح وولاية المال، وهما نوعان من التصرف ، وعين الصغر معتبر في جنس الولاية بالإجماع؛ لأن الإجماع على اعتباره في ولاية المال ، إجماع على اعتباره في جنس الولاية ، بخلاف اعتباره في عين النكاح ، فإنه إنما ثبت بمجرد ترتب الحكم على وفقه حيث تثبت الولاية معه في الجملة ، وإن وقع الاختلاف في أنه للصغر أو للبكاراة أو لهما جميعاً (75) .

(73) ينظر مرتقى الوصول ص 680 مع شرح المحصي .

(74) ينظر شرح تنقيح الفصول ص 393 ، ونشر البنود 2 / 189 .

(75) ينظر مرتقى الوصول لابن عاصم ص 682 .

ب . الوصف المناسب الذي اعتبر الشارع وصفاً من جنسه علة للحكم الذي رتب على وفقه، ومثاله أن يقال : الجمع جائز في الحضر مع المطر قياساً على السفر بجامع الحرج، فالحكم : رخصة الجمع ، وهو واحد . والوصف: الحرج، وهو جنس يجمع الحرج الحاصل بالسفر ، وهو خوف الضلال والانقطاع ، وبالمطر وهو التأذي به ، والسفر والمطر نوعان من جنس واحد ، فكأن الشارع لما اعتبر السفر علة لإباحة الجمع بين الصلاتين اعتبر كل ما هو جنسه علة لهذه الإباحة ، فعلة إباحة الجمع بين الصلاتين حال المطر: المطر ، ويقاس عليه الثلج ، والبرد الشديد .

ج . الوصف المناسب الذي اعتبر الشارع وصفاً من جنسه علة لحكم من جنس الحكم الذي رتب على وفقه .

ومثاله : الحيض في إسقاط الصلاة عن الحائض ، فإن المجتهد بحث عن علة هذا ، فرأى أن الوصف المناسب هو الحيض ، لاشتماله على المشقة في قضاء الصلوات الكثيرة أيام العادة الشهرية . ثم أخذ يبحث عن شاهد يسانده ، فوجد أن الشرع جعل السفر علة للقصر والجمع للمشقة ، فالحيض والسفر داخلان تحت جنس واحد وهو المشقة ، وإسقاط الصلاة في الحيض وقصر الصلاة وجمعها في السفر داخلان في جنس واحد ، وهو التيسير ورفع الحرج (76) .

والغريب هو : الوصف الذي لم يرتب الشارع حكماً على وفقه ، ولم يثبت اعتباره بأي نوع من أنواع الاعتبار (77) .

(76) ينظر تحفة المسؤول شرح مختصر منتهى السؤل 4 / 82 .

(77) ينظر مرتقى الوصول ص 682 مع شرح المحسي .

المسلك الثاني : السبر أو التقسيم : والمراد حصر الأوصاف التي تحتل العلة في الأصل ، ثم إبطال بعضها واختيار الباقي ، وهو مبني على أمرين : الأول : أن المجتهد يحصر أوصاف الأصل المقيس عليه ، وهذا هو المعبر عنه بالتقسيم .

الثاني : إبطال ما ليس صالحاً للتعليل ؛ لعدم تحقق شروط العلة فيه ، كالأوصاف الطردية . مثلاً . ، أو الأوصاف التي لا تؤثر في الحكم ، وهي التي لا يزول الحكم برفعها ، فيتعين الوصف الباقي ، وهذا هو المعبر عنه بالسبر ، فَيَصِلُ المجتهد بعد هذا الإبطال والإبقاء إلى أن هذا الوصف دون غيره هو العلة ، لكون الشروط المتقدمة قد تحققت فيه .

ولا شك أن أنظار المجتهدين تختلف في عملية السبر والتقسيم ، فقد يرى مجتهد أن هذا الوصف هو المناسب ، بينما لا يراه غيره مناسباً ، ومن أمثلة ذلك : أنه ورد النص بتزويج الأب بنته البكر الصغيرة ، ولم يرد نص ولا إجماع على علة ثبوت هذه الولاية ، فالمجتهد يردد العلية بين كونها بكرةً ، وكونها صغيرة ، فيستبعد البكارة ؛ لأن الشارع لم يعتبرها للتعليل بنوع من أنواع الاعتبار ، ويبقي الصغر ، لأن الشارع اعتبره علة للولاية على المال وهي الولاية على التزويج من جنس واحد ، فيحكم بأن العلة الصغر ، ويقيس على البكر الصغيرة ، الثيب الصغيرة ؛ لهذا الجامع (78) .

### المسلك الثالث : قياس الشبه :

وهو ما جُمع فيه بين الأصل والفرع بوصف يوهم اشتماله على حكمة الحكم ، مع الاعتراف بأن ذلك الوصف ليس علة للحكم ، كقياس مسح الرأس على

(78) ينظر شرح تنقيح الفصول ص 397 .

مسح الخف في عدم تكرار المسح ، بجامع المسح في كل منهما ، وقياس إزالة النجاسة على طهارة الحدث في تعيّن الماء ، بجامع الطهارة (79) .  
وسمي بقياس الشبه ، لكونه يشبه الوصف المناسب من وجه ، ويشبه الوصف الطردي من وجه آخر .

---

(79) ينظر مرتقى الوصول 681 .

### الخاتمة

بعد هذه الرحلة الممتعة التي عشتها مع هذا البحث ، ألقى عصا الترحال منتهياً حيث انتهت بي مطالب هذا البحث ، مسجلاً أهم النتائج التي توصلت إليها، وهي كثيرة ومتعددة ، ومنها :

1 - تحديد دلالات النصوص الشرعية وفق الاعتبار الحكمي أو المقصدي والقواعد الوظيفية هو الكفيل بالإبانة عن علل الأحكام وحكمها ومقاصدها الشرعية .

2 - الاستقراء يعتبر أقوى الدلائل الكاشفة عن المقاصد والعلل الشرعية في المذهب ، رغم عدم إدراج أحد من علماء المذهب له ضمن الجهات التي تعرف منها هذه المقاصد والعلل ، ويزداد هذا الطريق الآلي قوة وأهمية إذا علمنا كونه السبيل الأقرب إلى تحصيل الكليات المقصدية المفيدة للقطع .

3 - الغرض من النظر الأصولي المصلحي والحكمي هو التأكيد على الطابع الشمولي للتشريع ، فالنصوص الشرعية تسند القيم الشرعية لا لمنطوقها وحده ، بل تتسع وتعم كل ما يفضي إلى تحقيق المصلحة المراد جلبها أو درء المفسدة المراد دفعها ، ومن هذه الزاوية استأثر مبحث العلة باهتمام علماء الأصول، ومن أهم ما بحثوه جملة القواعد الهادية إلى علل الأحكام ، وهي قواعد مترتبة من حيث القوة والضعف.

4 - من الآليات : المقاصد الأول أو الأولية وهي التي جاءت الأوامر والنواهي التصريحية لتحقيقها ، والمقاصد ذات الاعتبار التبعية أي ما كان في اعتباره تابعاً للمقاصد الأولية ، وهي التي جاءت الأوامر والنواهي الضمنية أو غير المباشرة لتحقيقها ، وذلك لا يخرج عن تأكيد وتعزيد المقاصد الأولية .

5 - المقاصد بوصفها آلية وظيفية ، نوع من التأويل إن لم يكن جوهره وأساسه، والتأويل كما هو معلوم ذو طابع استدلالي ، والاستدلال إيراد الدليل الشرعي لقضية ما ، فكل مقصد يستلزم تدليلاً ، والأدلة المفيدة في إثبات مقاصد الشريعة ليست منحصرة في صنف معين دون آخر ، بل تتسع لكافة الطرق والحجج والأمارات مما له قوة استدلالية وإثباتية معتبرة عقلية كانت أو عقلية.

6 - يعتبر المذهب المالكي خير من أسس للقواعد المؤسسة للنظر المقاصدي ، وما يشمل من ضوابط ومعايير وآليات تشكل مجموعها جماع نظرية المقاصد، والمتتبع لكتب المالكية يظهر له أن هذا الجهاز النظري المتين والمحكم لم يكن بالأمر الهين أو السهل ، وإنما جاء ثمرة معاناة كابدتها كثير من علماء المذهب سواء في مجال التنظير الأصولي أو في ميدان التفريع الفقهي كما جاء عنواناً للإصلاح المنشود والتجديد المفقود.

### فهرس المصادر والمراجع

- 1 - القرآن الكريم : برواية حفص عن عاصم .
- 2 - الإحكام في أصول الأحكام : سيف الدين لآمدي ، ط / د . الفكر بيروت 1418 هـ
- 3 - أحكام القرآن : أبوبكر ابن العربي ، تح محمد بكر إسماعيل ، ط / د . المنار 1422 هـ
- 4 - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول : محمد بن علي الشوكاني ، تح أحمد عزو عناية ط / د . الكتاب العربي ببيروت 1419 هـ .
- 5 - الاعتصام : أبو إسحاق الشاطبي ، ط . 1403 هـ ، د . المعرفة ، بيروت .
- 6 - الأعلام : خير الدين الزركلي ، ط . العاشرة 1992 م ، د . العلم للملايين ، بيروت
- 7 - إعلام الموقعين : شمس الدين بن أبي بكر ، المعروف : بابن القيم الجوزية ، د . الجيل بيروت .
- 8 - إيصال السالك في أصول الإمام مالك : محمد يحيي بن المختار الولاتي ، د . التونسية ط . 1346 هـ .
- 9 - البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع : محمد بن علي الشوكاني ، ط . الأولى 1348 هـ ، د . السعادة بالقاهرة .

- 10 - تحفة المسؤول في شرح مختصر منتهى السؤل : أبو زكريا الرهوني ،  
تح عبد الهادي شبيلي ، د . البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث ، دبي  
1422 هـ .
- 11 - تجديد المنهج في تقويم التراث ، للدكتور طه عبد الرحمن ، ط الأولى ،  
1994 م ، المركز الثقافي العربي ، الدار البيضاء .
- 12 - ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك : القاضي  
عياض بن موسى اليحصبي السبتي ، تح أحمد بكير محمود ، د . مكتبة  
الحياة ، بيروت .
- 13 - تيسير التحرير : محمد أمين ، المعروف بأمير باداشاه الحنفي ، ط . الحلبي  
بمصر 1350 هـ .
- 14 - جمع الجوامع المطبوع مع حاشية البناني : تاج الدين بن السبكي ط .  
الحلبي بمصر 1356 هـ .
- 15 - الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب : برهان الدين بن علي بن  
فرحون ، ط . شقرون بالقاهرة 1351 هـ .
- 16 - سنن الترمذي : محمد بن عيسى الترمذي ، تح عزت الدعاس ، ط .  
الأندلس 1386 هـ .
- 17 - شجرة النور الزكية في طبقات المالكية : محمد بن محمد مخلوف ، ط .  
المطبعة السلفية بالقاهرة 1349 هـ .
- 18 - شذرات الذهب في أخبار من ذهب : ابن العماد الحنبلي ، ط . دار  
السيرة بيروت 1399 هـ .
- 19 - شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول : شهاب الدين  
لقرافي ، تح طه عبدالرؤوف ، ط . الأولى ، د . الفكر بيروت 1424 هـ .

- 20 - شرح العضد على مختصر ابن الحاجب : عضد الدين الإيجي ، د .  
الكتب العلمية ، بيروت .
- 21 - شرح نظم مرتقى الوصول إلى علم الأصول لابن عاصم الغرناطي  
المالكي ، شرحه د فخر الدين المحسي ، دار الأثرية ، الأردن ، 2007 .
- 22 - صحيح البخاري مع فتح الباري: محمد بن إسماعيل البخاري ، ط. دار  
المدني .
- 23 - صحيح مسلم: أبو الحسين مسلم القشيري ، تح محمد فؤاد عبد الباقي ، ط  
دار إحياء التراث العربي بيروت .
- 24 - طبقات الشافعية الكبرى :تاج الدين السبكي ،تح عبد الفتاح الحلو  
ومحمود الطناحي، د . المعرفة بيروت .
- 25 - الفروق : شهاب الدين القرافي ، تح على جمعة ومحمد سراج ، ط. دار  
السلام بالقاهرة 1421 هـ .
- 26 - الفكر المقاصدي عند الإمام مالك ، تأليف د . محمد العسري ، دار  
الحديث بالقاهرة 2008 م .
- 27 - قواعد الأحكام في مصالح الأنام : عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام  
، د . الكتب العلمية ، بيروت .
- 28 - قواعد الوثنريسي ( إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ) ، أحمد بن  
يحيي الوثنريسي ، مطبعة فضالة ، 1980 م .
- 29 - القول الأصولي المالكي ومناهج الحجاج ، تأليف د . إدريس غازي بن  
محمد ، ط . 2012 ، مركز دراس بن إسماعيل ، المغرب .
- 30 - مذكرة في أصول الفقه ، محمد الأمين الشنقيطي ، ط الأولى ، 1989 م ،  
مكتبة ابن تيمية ، القاهرة .

- 31 - مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية ، د . محمد اليوبي ، دار ابن الجوزي ، ط . الأولى 1429 هـ .
- 32 - مقاصد المكلفين عند الأصوليين ، فيصل الحليبي ، ط الأولى 2009م ، مكتبة الرشد .
- 33 - مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول : أبو عبدالله التلمساني ، تح محمد علي فركوس ، د . الريان ، ط . 1419 هـ .
- 34 -
- 35 - الموافقات في أصول الشريعة : الشاطبي ، تح عبد المنعم إبراهيم ، د الباز ، ط . 1418 هـ .
- 36 - نشر البنود على مراقي السعود ، عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي ، مطبعة فضالة المحمدية .
- 37 - نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي ، للدكتور أحمد الريسوني ، ط الأولى ، 1991 م ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، دار الأمان ، الرباط .
- 38 - نفائس الأصول في شرح المحصول للقرافي ، ت د . عياض السلمي ، د . النملة .
- 39 - نيل السؤل على مرتقى الوصول ، محمد يحيى الولاتي ، دار عالم الكتاب 1992 م

صلاحيات قاضي التحقيق في قانون الإجراءات الجنائية الليبي

علي محمد عنيبه

عضو هيئة التدريس بكلية القانون-جامعة مصراتة

E-mail: [ali\\_aneba@law.misuratau.edu.ly](mailto:ali_aneba@law.misuratau.edu.ly)

## مقدمة

إن الهدف الأساسي لإجراءات التحقيق الابتدائي هو البحث عن الأدلة التي تقيد في كشف الحقيقة، في حياد وموضوعية يضيفان عليها الصفة القضائية. وعلى هذا فإن القائم بالتحقيق يؤدي رسالة كبرى فيها الكثير من المشقة والجهد، إذ يقوم وفقاً لهذا الهدف بالموازنة بين الأدلة وتحديد احتمالات البراءة والإدانة، أو بالأحرى يوازى بين حق الدولة في العقاب وقرينة البراءة المفترضة للمتهم وفقاً لمبدأ الشرعية الإجرائية، وهو ما يقتضي التوفيق بين فاعلية الإجراء، وبين ضمان الحرية الشخصية للمتهم<sup>1</sup>، وهذا ما يدعو إلى توفير قدر من الضمانات للمتهم، يضمن معها أن إجراءات التحقيق تتخذ في حييدة تامة، وأن حرته في كافة نواحيها لا تمتد لها يد المساس إلا في حدود القانون<sup>2</sup>.

أول هذه الضمانات وأهمها على الإطلاق هي التي تتعلق بالقائم بوظيفة التحقيق الابتدائي، حيث يجب أن يكون له من الكفاية، والاستقلال، وحسن التقدير، ما يطمئن معه إلى حسن مباشرته بما يكفل للمتهم دفاعه،

---

1 أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995م، ص 42.

2 حسن صادق المرصفاوي، في المحقق الجنائي، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1990م، ص 6 وما بعدها.

فالثابت في التشريع الليبي أن سلطة التحقيق الابتدائي يعهد بها إلى النيابة العامة بالإضافة إلى سلطتها الأصلية وهي الاتهام.

### أهمية البحث:

تتجلى أهمية هذا البحث بمن يقوم بمباشرة إجراءات التحقيق الابتدائي؛ نظراً لأهمية الأخير من جانب، ولما ينطوي عليه من مساس بحقوق وحريات المتهم من جانب آخر، إذ يجب أن يكون متمتعاً بحياض واستقلال كاملين، فضلاً عن خضوعه لرقابة قضائية أعلى، على ما يباشره من إجراءات التحقيق. وهذا ما يحققه الأخذ بنظام قاضي التحقيق؛ لأنه حين يمارس هذا الأخير مهامه وينظر في الطلبات المرفوعة إليه من أطراف الدعوى وحين يقوم بأي إجراء يراه ضرورياً لكشف الحقيقة، فهو لا يتصرف في أي حال من الأحوال كمندوب عن المحكمة الابتدائية التابع لها، وإنما يكون تصرفه نابعاً من السلطات والصلاحيات الخاصة به التي استمدها مباشرة من القانون، وقاضي التحقيق كواقع قانوني، وكقاضي غير عادي، ووظيفة غير عادية.

**إشكالية البحث:-** حين نتعامل مع قاضٍ فرد له دور مزدوج في مباشرة صلاحياته، أي أن المشرع بيّن دوره كقاضي محقق، وبيّن دوره كقاضي حكم له حق التقرير، فهذا في حد ذاته مشكلة، ويثير عدة تساؤلات متمثلة في ماهي صلاحيات وسلطات هذا القاضي؟ وماهي الأعمال الإجرائية التي بإمكانه إجراؤها؟ وماهي التدابير التي بإمكانه الأمر بها؟ وماهي الحدود التي بإمكانه

ممارسة مهامه فيها؟ وهل يمكن لنفس القاضي في آن واحد أن يكلف بالتحقيق والفصل في نتائجه؟ وماهي المهام الحقيقية لهذا القاضي؟

**منهج البحث:** - على ضوء ما تقدم سيتناول الباحث في هذا البحث، موضوع صلاحيات قاضي التحقيق في قانون الإجراءات الجنائية الليبي، والغاية من ذلك تكمن في استخلاص نظرية تبيّن حدود وصلاحيات قاضي التحقيق، ودوره أثناء مرحلة التحقيقات الابتدائية، لذلك وتحقيقاً لمتطلبات البحث اتبع الباحث المنهج التحليلي، وفقاً لمنهجية علمية واضحة محاولين قدر الإمكان تأصيل كل جزئية من جزئيات البحث، وتقصي آراء الفقهاء وموقف القضاء منها، معتمدين قدر الإمكان على أحكام القضاء الليبي في هذا الشأن مستأنسين بأحكام القضاء المصري.

### خطة البحث: -

في سبيل تحقيق أهداف البحث فقد قسمنا هذه الدراسة إلى مبحثين: -

#### **المبحث الأول: القواعد العامة التي تحكم نظام قاضي التحقيق**

المطلب الأول: تحديد مفهوم قاضي التحقيق وكيفية اتصاله بالدعوى الجنائية

المطلب الثاني: القواعد التي تبيح لقاضي التحقيق ندب غيره للقيام ببعض الإجراءات

#### **المبحث الثاني: الإجراءات التي يملكها قاضي التحقيق في التحقيق الابتدائي**

المطلب الأول: إجراءات التحقيق الابتدائي

المطلب الثاني: أوامر التصرف في التحقيق الابتدائي والتصرف فيه

## المبحث الأول

### القواعد العامة التي تحكم نظام قضاة التحقيق

أطلق قانون الإجراءات الجنائية الليبي تسمية التحقيق الابتدائي على التحقيق الذي تقوم به جهات التحقيق تكميلاً للبحث والتحري وجمع الاستدلالات، أو ما يعرف بالتحقيق الأولي أو التمهيدي، وإن كانت إجراءات التحقيق تهدف إلى إظهار الحقيقة، فإن أول ما ينبغي الاهتمام به هو القائم بوظيفة التحقيق؛ لأن قانون الإجراءات الجنائية الليبي حرص على أن يجعل التحقيق من اختصاص النيابة العامة بصفة أصلية، غير أن المشرع أباح لها أن تطلب إلى رئيس المحكمة الابتدائية ندب قاضٍ للتحقيق في مواد الجنايات والجنح.

فمن يكون هذا القاضي القائم بوظيفة التحقيق؟ ومتى يمارس وظيفته؟ وماهي المبادئ المهيمنة على وظيفته؟ إن الإجابة على هذه الأسئلة ستكون محور هذا المبحث الذي سنقسمه إلى مطلبين.

سننتظر في الأول منه لتحديد مفهوم قاضي التحقيق وضماناته، وكيفية اتصاله بالدعوى، والثاني نبين فيه القواعد التي تبيح لقاضي التحقيق ندب غيره للقيام ببعض الإجراءات.

## المطلب الأول

تحديد مفهوم قاضي التحقيق وكيفية اتصاله بالدعوى

سنتناول في الفرع الأول من هذا المطلب تحديد مفهوم قاضي التحقيق وما يتمتع به من خصائص، وفي الفرع الثاني نبين كيفية اتصاله بالدعوى الجنائية وذلك على النحو التالي: -الفرع الأول: تحديد مفهوم قاضي التحقيق وخصائصه

**أولاً: مفهوم قاضي التحقيق:** قاضي التحقيق هو أحد أعضاء الهيئات القضائية، أي هو أحد قضاة الحكم أصلاً، يندبه رئيس المحكمة الابتدائية لمباشرة التحقيق في جريمة معينة، وهو بذلك يجمع بين صفتين متلازمتين: - فهو من ناحية يقوم بأعمال موظفي النيابة العامة، من تحقيق وتحريّ باحثاً عن الحقيقة.

- ومن جهة ثانية، فهو قاضٍ يصدر خلال التحقيق قرارات وأوامر متنوعة لها صفة قضائية في القضايا التي يحقق فيها.

ووفقاً لمقتضيات المصلحة العامة تبنيّ المشرع الليبي نظام قضاة

التحقيق، لكنّه معطل من الناحية العملية، الذي يجد أساسه في نص المادة 51

من قانون الإجراءات الجنائية الليبي، وحدد في الباب الثالث من قانون الإجراءات الجنائية الليبي ما يجب اتخاذه من إجراءات بهذا الخصوص<sup>1</sup>.

### ثانياً: خصائص قاضي التحقيق:

1 /استقلال وحياد قاضي التحقيق: إن استقلال قاضي التحقيق هو مبدأ عام وقديم، ويعني تحرر سلطته من أيّ تدخل من جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية، وعدم الخضوع لغير القانون، وإن كان قانون الإجراءات الجنائية الليبي قد أوجد بعض المظاهر في شكل قيود، من شأنها إعطاء النيابة العامة والأطراف الأخرى في الدعوى حق ممارسة الرقابة على أعمال قاضي التحقيق، عن طريق الاطلاع، والاستئناف، والإخطار المباشر، إلا أنه يجب أن يتوفر لقاضي التحقيق الاستقلال التام عند مباشرته لمهمته، ولا يعني هذا الاستقلال التحكم والاستبداد في الرأي والحكم، وإنما يعني أن يقوم بأداء عمله بحرية تامة، ووفق اقتناعه الحر السليم، دون تأثر بوعده أو وعيد، وذلك عدم التدخل في شئونه<sup>2</sup>.

ولكن هذا الاستقلال لا يضمن وحده عدالة التحقيق مالم يكن عمل المحقق غير خاضع لعوامل التحكم، وهذا ما يسمى بالحياد، فحياد قاضي

1فائزة يونس باشا، شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبي، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة 2004/2003م، ص 62.

2أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 270.

التحقيق يعتبر عنصراً مكملاً لاستقلاله، إذ يعني حرية الذهن من كل تعصب، وتهيئته لكل حل يرتضيه القانون وتوحي به العدالة<sup>1</sup>.

وإذا كان قاضي التحقيق يملك أخطر السلطات التي تمس الحقوق الأساسية للفرد وحرية، أو مسكنه، أو تنقلاته، أو أسراره الخاصة، فإن الحيادة المطلقة أمر ضروري حتى يكون استخدام هذه السلطات في خدمة العدالة لا عبئاً عليه، وقد أجمع الفقه على أن القاضي يحكم بناء على ضميره وعلى القانون، لذلك ذهبت أغلب الأنظمة الإجرائية المختلفة إلى تخويل وظيفة التحقيق إلى القضاء، نظراً لما يتمتع به من حياد واستقلال، فاختيار القضاء لكي يكون حارساً للحريات يعتمد على صفة الحياد التي تمثل عماد كيانه ووجوده وحقيقته<sup>2</sup>.

2/ عدم الجمع بين سلطتي التحقيق والحكم: مقتضى مبدأ الفصل بين سلطتي التحقيق والحكم، أنه لا يجوز لنفس القاضي في نفس الدعوى مباشرة وظائف التحقيق والحكم، وذلك يعني أنه لا يجوز للمحقق الذي باشر وظيفة التحقيق في دعوى معروضة، أن يكون ضمن تشكيل المحكمة المختصة بالفصل فيها، كما أنه لا يجوز لنفس القاضي أن يباشر أكثر من وظيفة في آن واحد.

1 أشرف رمضان عبد الحميد، قاضي التحقيق في القانون الجنائي المقارن، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2004م، ص 69.

2 أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 617.

وقد ذهب الفقه إلى أن سبب منع قاضي التحقيق من الجلوس للحكم في الدعوى التي باشر فيها التحقيق، أنه يكون متأثراً بالتحقيقات التي أجزاها وبالمعلومات التي استمدها منها، والقانون يريد أن يكون القاضي الذي يحكم في الدعوى خالي الذهن في كل ما يتعلق بها، وليس لديه معلومات سابقة عنها، حتى لا يعتمد في تكوين رأيه إلا على التحقيقات، والمرافعات الشفهية التي تجري في الجلسة؛ لذلك كان من الضروري أن يكون قضاء التحقيق مستقلاً عن قضاء الحكم، لتحديد تأثير التحقيق على مرحلة الحكم، ويكون الأخير مستقلاً عن قضاء التحقيق في تقدير التكليف القانوني للوقائع<sup>1</sup>.

3/ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق: يقصد بمبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق، أن يتولى الاتهام جهة غير الجهة التي تتولى التحقيق الابتدائي؛ لأن الجمع بين وظيفتي الاتهام والتحقيق في يد سلطة واحدة، إنما ينطوي على مساس خطير بالحرية الفردية للمتهم<sup>2</sup>، ويرجع ذلك إلى أن الجهة القائمة بدور الاتهام المتمثلة في تحريك الدعوى الجنائية، هي ذاتها التي ستقوم بعملية جمع الأدلة المساندة لهذا الاتهام، وهي تعتبر خصماً في الدعوى الجنائية، والخصم لا يمكن أن يكون محققاً عادلاً<sup>3</sup>، فنفسية القائم بالاتهام لا

1 أشرف رمضان عبد الحميد، مرجع سابق، ص 78.

2 رياض شمس رزق الله، الحرية الشخصية في التشريع الجنائي المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1934م، ص 10.

3 محمود مصطفى، تطور قانون الإجراءات الجنائية في مصر وغيرها من الدول العربية، الطبعة الأولى، بدون مكان نشر، 1969م، ص 86.

تصلح للتحقيق؛ لأنها نفسية الخصم في الدعوى، مما يجعل مركز المتهم أمام النيابة العامة، وهو خصمها، مهدداً ويضعف من الضمانات القانونية للحريات الفردية<sup>1</sup>، وبناء على ذلك لا يمكن التسليم بأن جمع النيابة لسلطتي الاتهام والتحقيق يساعد على تبسيط الإجراءات وسرعة مباشرتها، وبالتالي يكفل الحماية للحرية الشخصية؛ وذلك بالعمل على سرعة إنجاز القضايا، وعدم حبس المتهم احتياطياً مدة طويلة، لأن هذا لا يستقيم مع كون النيابة خصماً، وبهذه الصفة تختص بإقامة الدعوى، وبنفس الصفة ستباشر التحقيق، فلا ريب أنها في مثل هذه الحالة ستكون ضد العدالة<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني

#### كيفية اتصال قاضي التحقيق بالدعوى الجنائية

نصت المادة 51 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي على أنه "للنيابة العامة في مواد الجنايات والجرح قبل بدء التحقيق أو بعده أن تطلب إلى رئيس المحكمة الابتدائية ندب قاضي التحقيق أو أن تباشره بنفسها.

ولرئيس النيابة المختص أن يطلب من محكمة الاستئناف ندب مستشار لتحقيق جريمة معينة أو جرائم من نوع معين، ويكون الندب بقرار من الجمعية العامة،

1 محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، بدون تاريخ نشر، ص 570.

2 رياض شمس رزق الله، مرجع سابق، ص 10.

وفي هذه الحالة يكون المستشار المندوب هو المختص دون غيره بإجراء التحقيق من وقت مباشرته العمل.

ويجوز للمتهم في مواد الجنايات أن يطلب نذب قاضٍ للتحقيق ويصدر رئيس المحكمة في هذه الحالة قراره بعد سماع أقوال النيابة، ويكون قراره غير قابل للطعن، وتستمر النيابة في التحقيق حتى يباشر القاضي المندوب".

ومن خلال استقرائنا لنص المادة المشار إليه أعلاه تبين لنا أن السلطة المختصة بنذب قاضي التحقيق هو رئيس المحكمة الابتدائية، ويقرر النذب إما بناءً على طلب النيابة العامة أو المتهم بجناية. فإذا صدر طلب النذب من النيابة العامة التزم رئيس المحكمة الابتدائية بإجابتها إلى طلبها، أما إذا صدر طلب النذب من المتهم بجناية، فلرئيس المحكمة الابتدائية السلطة التقديرية في أن يجيبه إلى طلبه أو أن يرفضه، وذلك وفقاً للاعتبارات الملائمة التي يراها<sup>1</sup>، ويرى الفقهاء أن اعتبارات الملائمة تكون بالنظر إلى ظروف الجريمة والمتهم، وأن يكون التحقيق الذي يجري بمعرفة قاضٍ للتحقيق هو أدى إلى كشف الحقيقة.

وإذا كان للنيابة العامة طلب نذب قاضٍ للتحقيق في جميع الجرائم التي ينطبق عليها وصف الجناية أو الجنحة، فإن المشرع قيّد حق المتهم في طلب

---

<sup>1</sup>أمّون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات المكتبة الجامعة، 2000م، ص 85.

هذا النذب، في الجرائم التي انطبقت عليها وصف الجنائية دون غيرها من الجرائم الأخرى، ويلاحظ أن هذا القيد يؤدي إلى التضيق من حالات نذب القاضي للتحقيق، الأمر الذي يفقد نظام النذب جزءاً كبيراً من قيمته وفعاليتها.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن من شأن تخويل المتهم أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية نذب قاضٍ للتحقيق أمر يكفل التوازن في الإجراءات، غير أنه في تقديرنا فإن هذا التوازن غير متحقق، ذلك أنه من الناحية الواقعية ينذر أن تطلب النيابة العامة نذب قاضٍ للتحقيق، كما أنه من النادر أيضاً أن يستجيب رئيس المحكمة الابتدائية لطلب المتهم بجنائية لهذا النذب، مما يعني أن نظام قاضي التحقيق في القانون الليبي ليس إلا نظاماً صورياً، وليس له أي قيمة تذكر<sup>1</sup>، ويتبين لنا مما سبق أنه لا يوجد في قانون الإجراءات الجنائية الليبي الحالي، وظيفة قاضي التحقيق الذي يمارس عمله على نحو مستمر ودائم؛ وإنما يتم نذب قاضي التحقيق على وجه عارض ومؤقت للتحقيق في دعوى معينة بالذات، فإذا انتهى التحقيق زال اختصاصه وعاد إلى عمله القضائي الأصلي.

وقد نصت المادة 52 إجراءات جنائية صراحة على أنه " لا يجوز لقاضي التحقيق مباشرة التحقيق في جريمة معينة إلا بناءً على إحالتها إليه وفقاً للقانون"، بمعنى أنه لا يجوز له مباشرة كافة الإجراءات الخاصة بالجريمة، ولا

<sup>1</sup> أشرف توفيق شمس الدين، قانون الإجراءات الجنائية (مرحلة ما قبل المحاكمة) الجزء الأول، دار النهضة، القاهرة، مصر، بدون تاريخ نشر، ص 220.

يتناول وقائع أخرى خلاف تلك التي أحييت إليه من النيابة العامة، وإذا كان قاضي التحقيق مقيداً بمبدأ عينية الدعوى، فبالمقابل فإنه ليس مقيداً بمبدأ شخصية الدعوى، فالمشرع أعطى لقاضي التحقيق إمكانية التصدي لكل شخص ساهم بصفته فاعلاً أو شريكاً في الوقائع المحالة إليه لتحقيقها، وذلك بدون حاجة لموافقة مسبقة من النيابة العامة مع هؤلاء الأشخاص الذين لم يُشر إليهم في طلب النذب.

ومع ذلك فإن السؤال الذي يطرح في هذا المقام في حالة ورود أسماء لأشخاص في طلب النذب لفتح التحقيق، هل قاضي التحقيق يلتزم فقط بالتحقيق مع هؤلاء دون غيرهم؟

التحقيق ينصب على الفعل وليس على فاعله أو المساهم فيه، إذ يشمل كل ما من يتبين أنهم ارتكبوا جريمة معاقب عليها قانوناً، سواء كان طلب النذب للتحقيق موجهاً ضد مجهول أو شخص مسمى بعينه، وفي جميع الأحوال ومتى أحييت الدعوى إلى قاضي التحقيق كان مختصاً دون غيره بتحقيقها<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني

ندب قاضي التحقيق غيره للقيام ببعض إجراءات التحقيق

1 انظر المادة 53 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي.

القاعدة العامة تقول إن جميع إجراءات التحقيق يباشرها قاضي التحقيق بنفسه، ومع ذلك أجاز المشرع لقاضي التحقيق ندب أحد مأموري الضبط القضائي، أو أي عضو من أعضاء النيابة العامة للقيام ببعض إجراءات التحقيق.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتناول في الفرع الأول ماهية الندب للتحقيق وشروطه، أما الفرع الثاني نبيّن فيه الآثار القانونية المترتبة على الندب.

### الفرع الأول

#### ماهية الندب للتحقيق وشروطه

الندب للتحقيق كما عرفه الدكتور محمد نيازي حتاتة بأنه هو إجراء يصدر من قضاة التحقيق، يُفوض بمقتضاه أحد أعضاء النيابة العامة، أو أحد مأموري الضبط القضائي للتحقيق الابتدائي، يعني تكليفه بالتحقيق بعمل محدد، واعتبار هذا العمل وكأنه صادر من سلطة التحقيق نفسها، كما أنه يساويه من حيث القيمة القانونية<sup>1</sup>.

---

1 محمد نيازي حتاتة، شرح الإجراءات الجنائية في القانون الليبي، الطبعة الأولى، بدون ناشر، بدون مكان نشر، 1980م، ص 192.

كما عرفه الدكتور العلمي عبدالجواد بأنه مؤسسة الإنابة، وهي "رخصة أريد بها مواجهة الحالات التي يحتاج فيها قاضي التحقيق لم يد العون أثناء قيامه بالتحقيق الإعدادي"<sup>1</sup>.

وعلة النذب هو رغبة المشرّع في إضفاء المرونة والسرعة في الإجراءات، وهي اعتبارات عملية تستهدف السرعة والفاعلية؛ حيث إن بعض إجراءات التحقيق تتطلب سرعة في الحركة ولياقة خاصة، وإمكانيات مادية وبشرية وفنية قد لا تتوفر لقاضي التحقيق، وبعض هذه الإجراءات قد تكون في مكان بعيد عن المحقق، واتخاذها يتطلب منه الانتقال لأماكن بعيدة، وهو بذلك قد يضيّع وقته وجهده، فيكون من الأنسب له أن يندب أحد أعضاء النيابة العامة، أو أحد مأموري الضبط القضائي للقيام بهذه الأعمال<sup>2</sup>؛ وبذلك يكون المشرّع قد وضع كافة إمكانيات أجهزة الضبط تحت تصرف سلطة التحقيق،

1العلمي عبد الواحد، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، بدون ناشر، الدار البيضاء، 1998م، ص 257.

ويجد النذب أساسه القانوني في نص المادة 54 من قانون الإجراءات الجنائية حيث تنص على أنه "لقاضي التحقيق أن يكلف أحد أعضاء النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي للقيام بعمل معين أو أكثر من أعمال التحقيق، عدا استجواب المتهم، ويكون للمندوب في حدود نذبه كل السلطة التي لقاضي التحقيق، ولقاضي التحقيق إذا دعت الحال لاتخاذ إجراء من الإجراءات خارج دائرة اختصاصه أن يكلف به قاضي محكمة الجهة، أو أحد أعضاء النيابة العامة، أو أحد مأموري الضبط القضائي بها. وللقاضي المندوب أن يكلف بذلك عند الضرورة أحد أعضاء النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي، طبقاً للفقرة الأولى.

ويجب على قاضي التحقيق أن ينقل بنفسه للقيام بهذا الإجراء كلما اقتضت مصلحة التحقيق ذلك".

2محمد سالم الحلبي، اختصاص رجال الضبط القضائي في التحري والاستدلال والتحقيق، الطبعة الأولى، ذات السلاسل، جامعة الكويت، 1982م، ص 291.

ويلاحظ كذلك أن بعض أعمال التحقيق لا يتوفر لها الخطورة والأهمية التي تجعل قاضي التحقيق يقوم بها.

### شروط صحة قرار الندب

لكي يحدث الندب آثاره القانونية لابد من أن تتوفر شروط معينة لصحته، وهذا ما نصت عليه المادة 55 من قانون الإجراءات الجنائية<sup>1</sup>.

يسري الندب على كافة إجراءات التحقيق وينتج أثره القانوني باعتباره صادراً من سلطة التحقيق ذاتها، بشرط أن يصدر صريحاً ممن يملكه، وأن يكون الندب قد صدر لشخص يتمتع بالضبطية القضائية، وأن ينصب على عمل معين أو أكثر من أعمال التحقيق - غير استجواب المتهم - دون أن يمتد إلى تحقيق قضية برمتها، وأن يكون ثابتاً بالكتابة إلى أحد مأموري الضبط القضائي المختصين مكانياً ونوعياً، ولم يشترط القانون شكلاً معيناً، أو اعتبارات خاصة للأمر الصادر من قاضي التحقيق بتكليف أيّ من مأموري الضبط القضائي، أو أحد أعضاء النيابة العامة بتنفيذ الأمر، وفيما يلي نبيّن هذه الشروط:-

1. نصت المادة 55 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي على أنه "يجب على قاضي التحقيق في جميع الأحوال التي يندب فيها غيره لإجراء بعض التحقيقات أن يبيّن المسائل المطلوب تحقيقها والإجراءات المطلوب اتخاذها. وللمندوب أن يجري أيّ عمل آخر من أعمال التحقيق، أو أن يستجوب المتهم في الأحوال التي يخشى فيها فوات الوقت متى كان متصلاً بالعمل المندوب له ولازماً في كشف الحقيقة".

أولاً: صدور الندب ممن يملكه: يتعين على ندب مأمور الضبط القضائي لكي يكون صحيحاً منتجاً أثره، أن يصدر عن صاحب الحق في إصداره، وسلطة الندب يقررها القانون للمحقق دون سواه، وهو قاضي التحقيق حسب ما نصت عليه المادة 55 من قانون الإجراءات الجنائية، فإذا كان هذا الندب صادراً من شخص ليس له الحق في إجرائه، كان الندب باطلاً، ويترتب عليه بطلان جميع الإجراءات المترتبة عليه<sup>1</sup>، ولا يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يندب غيره، إلا إذا أجاز له قرار الندب الصادر من قاضي التحقيق، ويقتضي ذلك بالرجوع إلى قرار الندب، لمعرفة ما إذا كان النادب قد حوّل لمأمور الضبط القضائي المنتدب سلطة ندب غيره أم لا<sup>2</sup>.

ثانياً: يجب أن يكون الندب قد صدر لشخص يتمتع بصفة الضبطية القضائية<sup>3</sup>: لا يجوز أن يندب للقيام بعمل من أعمال التحقيق إلا لمأمور الضبط القضائي، ولذلك يُعدُّ الندب الذي يصدر لأحد رجال السلطة العامة الذي لا تتوفر فيه صفة الضبط القضائي باطلاً.

والأصل أنه إذا ندب مأمور الضبط القضائي للقيام بعمل من أعمال التحقيق، فإنه يجب عليه أن يقوم بنفسه بمباشرة الإجراء الذي ندب لتنفيذه؛ إلاّ

1. نقض مصري /5/ فبراير/ 1968م، مجموعة الأحكام، س 19، رقم 23.

2. نقض مصري /30/ ديسمبر/ 1963م، مجموعة الأحكام، س 19، رقم 234.

3. ولا يلزم أن يكون الإذن قد صدر لمن قام بالتحريات. ولذلك قضي بأن القانون لم يفيد سلطة التحقيق في وجوب إصدار الإذن لمن قام بالتحريات بل ترك الأمر في ذلك لمطلق تقديرها. نقض مصري /5/ فبراير/ 1968م، سابق الإشارة إليه

أنه يجوز له أن يستعين بشخص لا يحمل صفة الضبط القضائي، كما لو أنه استعان بمساعديه للقيام بالعمل الذي ندب له، غير أن ذلك مشروط بأن يعمل هذا الشخص تحت الإشراف المباشر لمأمور الضبط المنسوب<sup>1</sup>.

ثالثاً: يجب أن يكون موضوع النذب هو القيام بإجراء معين أو أكثر من إجراءات التحقيق - غير استجواب المتهم - ودون أن يمتد إلى تحقيق قضية برمتها: الأصل في ذلك هو أنه يجوز أن يكون أي عمل من أعمال التحقيق موضوعاً للنذب، فنص القانون في شأن النذب نص عام ومطلق، وليس في القانون ما يخصصه أو يقيد، فيجوز النذب للقبض، والتفتيش، أو سماع شاهد<sup>2</sup>، إلا أن هذا النص يرد عليه قيد وهو<sup>3</sup>.

1 - لا يجوز النذب لاستجواب المتهم: - من القواعد المستقرة في القانون الإجرائي حظر استجواب المتهم إلا من قبل السلطة المفوضة بالتحقيق<sup>4</sup>.

واستجواب المتهم هو سؤاله تفصيلاً ومجاهته بالأدلة، وقد يفضي هذا الاستجواب إلى اعتراف المتهم، وخطورة هذا الإجراء فقد عهد به المشرع لسلطة التحقيق، ولم يجر أن يكون ندب مأمور الضبط القضائي متضمناً

1نقض مصري 5/ مارس/ 1963م، مجموعة الأحكام، س 14، رقم 34.

2نقض مصري 25/ مارس/ 1973م، مجموعة الأحكام، س 24، ص 1053.

3فرج علواني هليل، التحقيق الجنائي والتصرف فيه والأدلة الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006م، ص 416

4فائزة يونس باشا، مرجع سابق، ص 335.

استجواب المتهم، فندب قاضي التحقيق لمأمور الضبط القضائي لسؤال المتهم لا يُعدُّ ندباً لاستجوابه؛ وإنما يُعدُّ عملاً من أعمال الاستدلال<sup>1</sup>، وهو ما يملكه مأمور الضبط القضائي بغير حاجة للندب وهذا بحكم القانون.

2 - في حالة الضرورة الإجرائية يجوز لمأمور الضبط القضائي القيام بهذا الإجراء خشية فوات الوقت على سبيل الاستثناء، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 2/55 من قانون الإجراءات الجنائية<sup>2</sup>.

وكذلك لا يجوز أن يكون موضوع الندب تحقيق قضية بأكملها، والقاعدة في ذلك هي أنه لا يجوز ندب مأمور الضبط القضائي لتحقيق قضية بأكملها.

لأن ذلك يعد تنازلاً عن سلطة التحقيق، وهو ما لا يملكه قاضي التحقيق ولا النيابة العامة أصلاً، وهو بذلك يعد غير جائز؛ لاتصاله بأصول التحقيق.

رابعاً: يجب أن يكون الندب قد صدر مكتوباً وصريحاً: يشترط في الندب أن يكون قد صدر كتابة وقبل القيام بالإجراء موضوع الندب، وعلّة ذلك هو الوقوف على حدود الندب، وتحديد العمل المنتدب لمأمور الضبط القضائي،

1 " لمأمور الضبط القضائي أن يسأل المتهم عن التهمة المسندة إليه دون أن يستجوبه تفصيلاً وأن يثبت في محضره ما يجيب به المتهم مادامت قد اطمأنت إليه".

نقض مصري 13/ ديسمبر/ 1995م، طعن 1252، س 6 ق.

2 نصت المادة 2/55 إجراءات جنائية على أنه " وللمندوب أن يجري أي عمل آخر من أعمال التحقيق، أو أن يستجوب المتهم في الأحوال التي يخشى فيها فوات الوقت متى كان متصلاً بالعمل المندوب له ولازماً في كشف الحقيقة".

كما أن الانتداب الشفهي للتحقيق يعدُّ باطلاً إذا لم يكن له أصل ثابت في الأوراق؛ ويتصل بكتابة أمر الندب أن يكون موضحاً به تاريخ صدوره، وهو إجراء مهم في معرفة ما إذا تم تنفيذ موضوع الندب في المدة التي حددها النادب، أم أن التنفيذ قد خرج عن هذه الحدود، ويجب أيضاً أن يكون أمر الندب موقعاً عليه من الشخص الذي أصدره<sup>1</sup>.

كما يجب لصحة الندب أيضاً أن يكون قد صدر صريحاً، فالمشرع لا يعتد بالندب الضمني، فالانتداب الضمني المستفاد من تصرف قاضي التحقيق لا يعتبر في الواقع انتداباً للتحقيق.

### الفرع الثاني

#### الأثار القانونية المترتبة على الندب

يترتب على أمر الندب أن يصبح مأمور الضبط القضائي - خلافاً للقواعد العامة مختصاً بالتحقيق الابتدائي، فالأصل أن اختصاصه بالتحقيق

1لقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "حيث قررت فإن التفتيش لا يكفي فيه الترخيص الشفوي بل يجب أن يكون له أصل مكتوب موقع عليه ممن أصدره إقراراً بما حصل منه وإلا فإنه لا يعتبر موجوداً ويضحي عارياً مما يفصح عن شخص مصدره. وذلك أن ورقة الإذن هي ورقة رسمية يجب أن تحمل بذاتها دليل صحتها ومقومات وجودها بأن يكون موقعاً عليها. ولا يجوز تكلمة هذا البيان الجوهري بدليل غير مستمد من ورقة الإذن أو بأي طريق من طرق الإثبات ومن ثم فإنه لا يغني عن التوقيع على إذن التفتيش أن تكون ورقة الإذن محررة بخط الإذن أو معنونه باسمه أو أن يشهد أو يقر بصورها منه دون توقيع عليها ما دام أن الأمر لا يتعلق بواقعة صدور الإذن باسم مصدره بالشكل الذي أفرغ فيه وبالتوقيع عليه بخط مصدره"، نقض مصري، 13/ نوفمبر/ 1967م، مجموعة الأحكام، س 18، رقم 239.

الابتدائي يقتصر على الاستدلال، ولكن النذب يؤدي إلى اتساع نطاق اختصاصه ليشمل- فضلاً على ذلك- التحقيق الابتدائي، وللمأمور بالنذب- في حدود نذبه- جميع السلطات التي يخولها القانون للنادب، فإنه يعتبر كالنادب سواءً بسواء، ويجب عليه أن يتقيد بجميع القواعد التي يتقيد بها النادب فيما لو قام بالعمل بنفسه.

ومن هنا يتضح أن لقرار النذب للتحقيق آثاراً قانونية تتعلق بالطبيعة القانونية لقرار النذب، وآثاراً تتعلق بالسلطة المخولة لمأمور الضبط المنتدب، وذلك على النحو التالي<sup>1</sup>.

أولاً: الطبيعة القانونية لقرار النذب والآثار القانونية المترتبة عليه: قرار النذب الصادر من قاضي التحقيق هو في حد ذاته إجراء من إجراءات التحقيق، بغض النظر عن تنفيذ القرار من عدم تنفيذه<sup>2</sup>، ويترتب على ذلك أنه ينتج جميع الآثار القانونية التي نص عليها القانون بالنسبة لإجراءات التحقيق، فمن شأنه أن يقطع مدة تقادم الدعوى حتى ولو لم ينفذ من قبل مأمور الضبط القضائي، كما تثبت به صفة المتهم إذا كان هو أول إجراء بأشرفته سلطة التحقيق حياله<sup>3</sup>.

1 السيد خلف الله عبد العال أحمد الحامدي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبي، الجزء الأول، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، 2006م، ص 467.

2 نقض مصري 17/ يونيو/ 1968م، مجموعة الأحكام، س 19، رقم 144.

وانظر أيضاً نقض مصري 13/ نوفمبر/ 1967م، س 18، رقم 239.

3 مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص 544.

وانظر أيضاً، السيد خلف الله عبد العال أحمد الحامدي، مرجع سابق، ص 468.

ثانياً: سلطة مأمور الضبط القضائي في تنفيذ قرار الندب والقيود التي ترد عليه (1) يترتب على قرار الندب الصحيح أن يكون للمندوب في نطاق ما نُدب له سلطة من ندبه، وبذلك يعد محضره محضر تحقيق لا محضر جمع استدلالات، بشرط إجرائه طبقاً للقانون، فإذا ندب مأمور الضبط لسماع أقوال شاهد، كان عليه أن يُحلفه اليمين، وأن يتم تحرير المحضر بمعرفة كاتب التحقيق، وإذا كان قرار الندب صادراً لتفتيش المتهم، فلا يجوز له أن يمتد ذلك إلى منزله والعكس صحيح<sup>1</sup>، وإذا كان قرار الندب صادراً لسؤال شاهد معين، فلا يجوز له أن يمتد ذلك إلى شهود آخرين لم يرد ذكرهم في قرار الندب، ومما سبق يتضح أنه يجب على مأمور الضبط القضائي المنتدب التقيد بالإجراءات التي وردت في أمر الندب، ولا يجوز له أن يتجاوز هذه الإجراءات بقيامه بأعمال أخرى لم ترد صراحة في أمر الندب، وإلا وقعت باطلة.

(2) لقد أعطى القانون لمأمور الضبط القضائي المندوب، أن يجري استثناء أي عمل آخر من أعمال التحقيق، ولو لم يرد له ذكر في قرار الندب، أو أن يستجوب المتهم في الأحوال التي يخشى فيها فوات الأوان، متى كان ذلك

<sup>1</sup>ولذلك قضي بأن صدور أمر من النيابة العامة بتفتيش متهم معين ومسكنه لا يبيح لرجل الضبط القضائي المندوب لإجرائه تفتيش متهم آخر يقيم في مسكن مستقل عنه إلا طبقاً للمادتين 30 -34 من قانون الإجراءات مصري ((المقابلتين للمادتين 20 /24 ليبي)).  
نقض مصري 14/ أكتوبر/ 1968م، س 19، رقم 163.

متصلاً بالعمل المنتدب له ولازماً في كشف الحقيقة<sup>1</sup>، وقد رُوِيَ في هذا الاستثناء أن يكون وجه الاستعجال واضحاً، فينبغي أن يسفر في أضيق نطاق ممكن، وعلى ذلك في حالات الاستعجال يصح للمندوب أن يتجاوز حدود الإجراء الوارد في قرار الندب، ويباشر إجراء آخر من إجراءات التحقيق<sup>2</sup>، على أن تتوفر للإجراء جميع الشروط التي يتطلبها النص.

الشرط الأول - أن يكون الإجراء الخارج عن قرار الندب متصلاً بالإجراء المنتدب للقيام به، ومن ذلك أن يندب مأمور الضبط القضائي لتفتيش منزل متهم، فيتبين له أن الأشياء المراد ضبطها قد نُقلت إلى منزل آخر يجاوره، أو أن نقلها إليه جارٍ بالفعل، وأن التأخير قد يسمح بإعدامها، أو بتهريبها، أو أن يندب لسماع شاهد معين، فتقتضي الظروف سماع شاهد آخر مشرف على الموت، أو على وشك مغادرة البلاد، فإن لم يكن متصلاً بموضوع الإجراء

1 انظر المادة 2/55 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي.

2 وفي غير تلك الأحوال يقع إجراء مأمور الضبط باطلاً كإجراء تحقيق، وإن كان هذا لا يمنع أن يتحول إلى إجراء آخر صحيح إذا كان يملك مقوماته. ومثال ذلك أن يتحول إلى إجراء استدلال إذا كان مأمور الضبط يملك القيام به بهذه الصفة. أما إذا كان لا يملك مقومات إجراء آخر صحيح فالتجاوز يبطل الإجراء ذاته دون الإجراءات الأخرى التي وقعت صحيحة، ولم تتأثر بالإجراء الباطل. وبناء عليه قضي " بأن تجاوز حدود إذن النيابة بتفتيش مسكن شخص آخر دون أن يسفر هذا التفتيش الباطل عما يؤخذ به المتهم، يترتب عليه بطلان التفتيش واستبعاد الدليل المستمد منه دون إجراءات التحقيق الأخرى التي شملها المحضر كسؤال الشهود والمتهمين طالما كانت هذه الإجراءات منقطعة الصلة بالتفتيش الباطل".

نقض جنائي مصري، تاريخ الطعن 23/ أبريل/ 1962م، س 13، رقم 102، والمشار إليه بمرجع مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، هامش 25، ص 546.

المنتدب له، كان قيامه به مخالفاً لقرار الندب يجعله إجراء من إجراءات الاستدلال وليس من إجراءات التحقيق<sup>1</sup>.

الشرط الثاني - أن يكون الإجراء الذي قام به مأمور الضبط متجاوزاً لقرار الندب لازماً في كشف الحقيقة، ومما لا شك فيه أن تقدير ظروف الاستعجال يخضع لتقدير محكمة الموضوع.

الشرط الثالث - أن يكون الإجراء الذي قام به مأمور الضبط خارج حدود الندب يدخل أصلاً في اختصاص من أصدر قرار الندب؛ فإذا لم يكن الإجراء ضمن اختصاصات قاضي التحقيق، فلا يجوز لمأمور الضبط القيام به حتى ولو توافرت ظروف الاستعجال.

1) سلطة مأمور الضبط القضائي عند الندب تكون مقيدة بالفترة التي حددت له لمباشرة الإجراء إذا حددت له فترة معينة، ولذلك فإنه لا يحتسب في المدة يوم صدور الندب، بل تبدأ من اليوم التالي<sup>2</sup>، وإذا لم يتضمن أمر

1رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، الطبعة السابعة عشر، دار الجيل الجديد للطباعة، بدون مكان نشر، 1989م، ص 390.

2نقض مصري 31/ مايو/ 1943م، القواعد القانونية الجزء السادس، رقم 208، ص 278. وانظر أيضاً " وعند احتساب المدة يستبعد اليوم الأول الذي صدر فيه الإذن. وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية باعتبار أن القاعدة في احتساب المدة هي ألا يدخل فيه اليوم الأول، نقض 16/ يونيو/ 1941م، المحاماة س 22، رقم 17، ومشار إليه بمجموعة المرصفاوي ص 58، غير أن هذه القاعدة في احتساب المدة تراعي فقط إذا كان الأجل المحدد هو بالأيام أما إذا كان بالساعات ((ومثال ذلك الإذن في خلال 24 ساعة أو ثمان وأربعين ساعة إذا كان بالساعات)) (ومثال ذلك الإذن بالتفتيش خلال 24 ساعة أو ثمان وأربعين ساعة=

الندب ميعاداً لإتمام الإجراء، فلا يشترط أن يتم التنفيذ عقب صدوره مباشرة، بل يكفي أن يكون ذلك خلال فترة معقولة لها ما يسوغها، طالما كانت الظروف التي اقتضته لم تتغير، وإذا انقضى الأجل المحدد لتنفيذ الندب بغير تنفيذه، فيجوز تجديد الندب بناءً على ذات الأسباب التي بُني عليها الندب السابق مالم يؤثر فيه انقضاء الأجل<sup>1</sup>.

(2) الندب لا يبيح للمندوب أن ينفذ الإجراء المنتدب له سوى مرة واحدة فقط، إذ أن قرار الندب ينتهي مفعوله بتنفيذ الإجراء المطلوب، فإذا طرأ ما يسوغ إعادة الإجراء، وجب إصدار أمر جديد<sup>2</sup>.

(3) أباح القانون لمأمور الضبط القضائي المنتدب في حالة قيامه بواجبه في جميع الأحوال دون استثناء، أن يستعين بالقوة العسكرية مباشرة<sup>1</sup>.

وهكذا)) فلا تحتسب ساعة صدور الإذن وإنما يبدأ الحساب من الساعة التالية لذلك، مشار إليه بمرجع مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، هامش 28، ص 549.

1 ويلاحظ أن انقضاء الأجل المحدد للإذن لا يترتب عليه بطلان الإذن، وإنما يصح تنفيذ مقتضاه بعد ذلك إلى أن يجدد مفعوله. ويمكن لسلطة التحقيق عند التجديد أن تحيل على الإذن السابق أو على التحريات التي بني عليها مادامت لم تتأثر بانقضاء الأجل. ولذلك قضي بأنه إذا كانت النيابة قد أصدرت إنذاراً بالتجديد بناء على استقرار التحريات الصادر بناء على الإذن الأول، والتي لم يؤثر فيها انقضاء الأجل المذكور، وكان الحكم قد أثبت فضلاً من ذلك أن الإذن اللاحق قد صدر من النيابة العامة بناء على ما أثبتته ضابط المباحث من أن المجني عليه قد عاود الاتصال برجال المباحث مبلغاً عن اتفاقه مع الطاعن على تسليمه مبلغ الرشوة في موعد معين. وكان هذا الاتصال لاحقاً على استصدار الإذن الأول الذي تحققت النيابة من التحريات السابقة عليه. فإن ما يثيره الطاعن حول بطلان التفتيش - لصدوره بعد انتهاء أجل السابق. لا يكون له محل.

نقض مصري 9/ يناير/ 1967م، مجموعة الأحكام س 18، رقم 7، والمشار إليه بمرجع مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، هامش 30، ص 550.

2. قضي بأنه إذا كان التفتيش قد استنفذ الغرض منه فإن التفتيش اللاحق لذلك يكون مخالفاً للقانون.

نقض مصري 19/ يونيو/ 1961م، س 12، رقم 126.

4) يجب على مأمور الضبط القضائي المنتدب، أن يحزر محضراً بالإجراء الذي انتدب للقيام به، ويثبت فيه كل ما باشره من إجراءات، وما تم ضبطه<sup>2</sup>.

---

11. نظر المادة 48 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي.  
2. حيث قضت محكمة النقض المصرية بأنه " لا يترتب على مخالفة هذا الواجب البطلان، ويكفي أن تقتنع المحكمة من الأدلة المقدمة إليها في الدعوى بأن التفتيش أجري، وأنه أسفر عما قيل إنه تحصل منه ".  
انظر نقض 21/ يونيو/ 1943م، 19/ مايو/ 1941، مجموعة المبادئ الجزء الأول، ص 409، رقم 141، 142.  
انظر ما سبق بخصوص تحرير المحضر بمعرفة مأمور الضبط، مشار إليه بمرجع مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، هامش 33، ص 551.

## المبحث الثاني

### الإجراءات التي يملكها قاضي التحقيق في التحقيق الابتدائي

عند ندب قاضي التحقيق بشكل قانوني، وبعد تأكده من اختصاصه تعود له إدارة التحقيق إذ تناط به إجراءات البحث والتحري<sup>1</sup>.

وحتى يتمكن هذا القاضي من أداء مهمته كمحقق على الوجه الصحيح، وإنجاز عمله بسرعة، لا بد له أن يمارس من الإجراءات ما يُسهل عمله، ففي هذه المرحلة يتمتع باستقلالية تكاد تكون مطلقة، فهو غير ملزم بطلب رأي أو موافقة النيابة العامة في الدعوى، إلا في حالات معينة سنتعرض لها في حينها.

وإذا ما باشر قاضي التحقيق تحقيقه، يُسمح له في إطار القانون بإتخاذ ما يراه ضرورياً من إجراءات التحقيق للكشف عن الحقيقة.

وبهذا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين: حيث نتناول في المطلب الأول إجراءات التحقيق الابتدائي، وفي المطلب الثاني نبين فيه أوامر التصرف في التحقيق الابتدائي والطعن فيها.

---

<sup>1</sup>حيث نصت المادة 53 من قانون الإجراءات الجنائية على أنه "متى أحيلت الدعوى إلى قاضي التحقيق كان مختصاً دون غيره بتحقيقها.

## المطلب الأول

### إجراءات التحقيق الابتدائي

إجراءات التحقيق الابتدائي نوعان: نوع يهدف أو يرمي إلى التتقيب عن الأدلة، وآخر يستهدف الاحتياط من فرار المتهم أو إفساده الأدلة، ويستهدف النوع الأول فحص الأدلة القائمة على وقوع الجريمة ومدى نسبتها إلى المتهم، ومن ثم فهي تمثل مصدر المعلومات ووسيلة الحصول على الأدلة، وتوفير شروط صحتها وتدعيم قوتها في الاقتناع، ومثال هذا النوع: الانتقال للمعاينة، وندب الخبراء، واستجواب المتهم، وسماع الشهود. أما النوع الثاني فيستهدف مجرد المحافظة على الأدلة التي توفرت، ويتخذ هذا النوع من الإجراءات صورة المساس بحرية المتهم، كالقبض عليه أو حبسه احتياطياً، وفي هذا المطلب سوف نتناول في الفرع الأول منه إجراءات جمع الأدلة، وفي الفرع الذي يليه نتناول الإجراءات الاحتياطية.

### الفرع الأول

#### إجراءات جمع الأدلة

يقصد بجمع الأدلة: هو التتقيب عن الحقيقة ومعرفة ملايسات وظروف الواقعة الإجرامية، وكشف الغموض الذي يحيط بها، وترجيح ووزن أدلتها

وتقدير قيمتها في الاقتناع<sup>1</sup>؛ كما يقصد بجمع الأدلة أيضاً الأعمال التي يباشرها قاضي التحقيق لتجميع الأدلة القانونية.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو هل حصر المشرّع إجراءات جمع الأدلة؟ نص المشرّع في المواد 69 إلى 109 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي على إجراءات جمع الأدلة، فنص على الانتقال للمعاينة وندب الخبراء، وسماع الشهود والتفتيش وضبط الأشياء والاستجواب، ومن المستقر عليه أن المشرّع قد نص على هذه الإجراءات على سبيل المثال، وأنه لم يحصرها فيما نص عليه فحسب، فيجوز لقاضي التحقيق أن يتخذ أي إجراء آخر متى توفرت له صفة المشروعية، وكان مستهدفاً للكشف عن الحقيقة، حتى ولم يكن ضمن الإجراءات التي نص المشرّع عليها، ومثال ذلك: مثل عمليات العرض القانوني للتعرف على المتهمين، وعمليات التعرف على المتهمين، وذلك بواسطة الكلاب البوليسية وغيرها.

ترتيب الإجراءات في التحقيق لم يلزم المشرّع الليبي قاضي التحقيق باتباع ترتيب معين في اتخاذ هذه الإجراءات، وإنما ترك ذلك لفتنة قاضي التحقيق وما يراه ملائماً لظروف الجريمة، وما يضعه من خطة التحقيق فيها، ولذلك كان من المتصور أن يختلف ترتيب هذه الإجراءات بحسب الخطة التي يضعها قاضي التحقيق، والتي تختلف عن الخطة التي رسمها للتحقيق في جريمة

<sup>1</sup> السيد خلف الله عبد العال أحمد الحامدي، مرجع سابق، ص 508.

أخرى، فقد يرى قاضي التحقيق أن يبدأ بالتفتيش إذا خشي سرعة إخفاء أدلة الجريمة أو إتلافها، وقد يرى البدء بسماع الشاهد في حالة مرضية خطيرة ويخشى على وفاته قبل سؤاله ومثال ذلك أن يبادر إلى سماع شهادة المجني عليه في الشروع في القتل خشية موته، أو أن يبدأ بالمعاينة إذا خشي على نتيجتها من فوات الأوان، وقد يرى البدء باستجواب المتهم إذا كان معترفاً، خشية أن تساوره فكرة العدول عن هذا الاعتراف<sup>1</sup>، وعلى ذلك سنتناول هذه الإجراءات على النحو التالي.

أولاً: الانتقال للمعاينة: يقصد بالانتقال ذهاب قاضي التحقيق إلى مكان ارتكاب الجريمة حيث توجد آثارها وأدلتها. أما المعاينة فتعني مشاهدة مكان الجريمة والآثار المادية التي خلفتها وحالة الأشخاص الذين لهم صلة بها<sup>2</sup>.

وتقتضي المعاينة إثبات ما يشاهده قاضي التحقيق من آثار، وقد نص المشرع في المادة 74 من قانون الإجراءات الجنائية على أنه "ينتقل المحقق إلى أي مكان كلما رأى ذلك ليثبت حالة الأمكنة والأشياء والأشخاص ووجود الجريمة مادياً وكل ما يلزم إثبات حالته" وللانتقال للمعاينة أهمية كبرى في التحقيق الابتدائي، إذ يتيح لقاضي التحقيق الاطلاع على أدلة الجريمة وإثباتها، قبل أن

1 أحمد أبو الروس، التحقيق الجنائي والتصرف فيه والأدلة الجنائية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2003م، ص 18.

2 عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، بدون تاريخ نشر، ص 372.

تمتد إليها يد العبث أو التشويه، كما أنه يكون بمقدور قاضي التحقيق اتخاذ إجراءات فورية مالم يكن يتاح له اتخاذها إذا لم ينتقل إلى مكان الجريمة، ومثال ذلك سماع الشهود دفعة واحدة عقب وقوع الجريمة، ومواجهتهم ببعضهم البعض، وذلك حتى لا يتسع الوقت للمتهم أو ذويه للتأثير فيهم، كما أن الانتقال يتيح لقاضي التحقيق أيضاً القبض على المتهم الحاضر<sup>1</sup>.

والأصل أن تُجرى المعاينة في حضور أطراف الدعوى، ويقتضي ذلك إخطار النيابة العامة إذا كان قاضي التحقيق هو الذي يتولى التحقيق بنفسه<sup>2</sup>؛ غير أن إغفال ذلك لا يترتب عليه البطلان<sup>3</sup>، ويجب على قاضي التحقيق أن يحزر محضراً بالانتقال للمعاينة يثبت فيه ما قام به من إجراءات، ويجب أن يحزر هذا المحضر بمعرفة كاتب التحقيق.

مدى وجوب الانتقال إلى مكان الواقعة: لم يجعل المشرع الانتقال والمعاينة إجراءً وجوبياً يجب على قاضي التحقيق القيام به، كما أن من الأشياء ما يمكن معاينتها دون انتقال؛ والمثال على ذلك المخدرات إذ يتم إحضارها إلى المحقق

1رءوف عبيد، مرجع سابق، ص 214.

2نصت المادة 77 من قانون الإجراءات الجنائية على أنه "على قاضي التحقيق كلما رأى ضرورة للانتقال للأمكنة أو للتفتيش أن يخطر بذلك النيابة العامة".

3حيث قضت المحكمة العليا الليبية على أنه "إن المعاينة إجراء من إجراءات التحقيق يجوز القيام بها في غيبة المتهم وكل ما يكون له أن يتمسك لدى المحكمة بما قد يكون في المعاينة من نقص أو عيب فيقع تقدير ذلك في سلطة المحكمة بوصف المعاينة دليلاً من أدلة الدعوى الذي تستقل المحكمة بتقديره ومجرد غياب المتهم عند إجراء المعاينة ليس من شأنه أن يبطلها".

رقم الطعن 24ق/ 275، تاريخ الطعن 28/ يونيو/ 1977م، سنة وعدد المجلة- 14/ 2، ص 255.

دون انتقال، غير أنه على الرغم من ذلك فإنه لا يجب وضع قاعدة مطلقة، ذلك إن من الجرائم التي لا تقتضي طبيعتها الانتقال؛ ولكن في بعض الأحوال يكون وضع القيام بهذا الإجراء من الأهمية بمكان، ومن ذلك على سبيل المثال إذا دفع المتهم بعد حصول الواقعة على النحو الذي أورده مأمور الضبط في محضره، كما لو نازع في وصف مكان العثور على المخدرات حسبما سطره مأمور الضبط، وقد أورد المشرع استثناء نصت عليه المادة 21 إجراءات جنائية، وهو أن يكون الجريمة متلبساً بها، إذ يجب على قاضي التحقيق في هذه الحالة الانتقال فوراً إلى مكان الجريمة، وفي غير هذه الحالة فإن الانتقال يظل متروكاً لسلطته التقديرية، وطلب المعاينة الموجه إلى المحقق أو إلى المحكمة من الدفاع، يجب أن يتجه إلى نفي الفعل المكون للجريمة أو إثبات استحالة حصول الواقعة كما رواها الشهود<sup>1</sup>.

## ثانياً: التفتيش وضبط الأشياء والتصرف فيها

### (1) التفتيش

التفتيش أحد أهم إجراءات التحقيق، ذلك أنه قد يسفر عن ضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة، سواء أكانت هذه الأشياء موضوع الجريمة أو استخدمت في

<sup>1</sup>لقد قضت المحكمة العليا الليبية أنه "من المقرر أن طلب المعاينة من إجراءات التحقيق التي لا تلتزم محكمة الموضوع بإجابتها طالما أنه لا يتجه إلى نفي الفعل المكون للجريمة أو إثبات استحالة حصول الواقعة كما رواها الشهود".

رقم الطعن 22ق/12، 28/ديسمبر/1976م، سنة وعدد المجلة -1/14، ص 195.

ارتكابها أو تحصلت منها أو دلت على ارتكاب المتهم للجريمة أو اشتراكه فيها، وهو ما يؤدي إلى اعتبار ما يسفر عنه هذا التفتيش دليلاً مهماً للإثبات في الدعوى الجنائية. والتفتيش نوعان: الأول هو تفتيش المساكن، والثاني هو تفتيش الأشخاص، وفيما يلي نبين اختصاصات سلطة التحقيق عند إجراء التحقيق.

الأمر بالتفتيش هو إجراء من إجراءات التحقيق لا يصح إصداره إلا بصدد جريمة معينة- جناية كانت أو جنحة- وقعت بالفعل وترجحت نسبتها إلى متهم معين، وكان هناك من الأدلة ما يكفي للتصدي لحرمة مسكنه، أو لحرمة حياته الخاصة، أو لحرمة الشخصية، أو ما يتصل بها، ويجب أن يكون الأمر كتابياً.

### تفتيش المساكن

بحسب القاعد العامة فإن تفتيش المساكن إجراء تحقيقي، لا يجوز لغير سلطة التحقيق القيام به إلا على سبيل الاستثناء وفي أضيق الحدود<sup>1</sup>، والتي قرر عدد من الشروط لصحة التفتيش منها ما يتعلق بالجانب الشكلي، وأخرى بالجانب الموضوعي.

1. نصت المادة 75 من قانون الإجراءات الجنائية على أنه "تفتيش المنازل عمل من أعمال التحقيق، ولا يجوز الالتجاء إليه إلا في تحقيق مفتوح وبناء على تهمة موجهة إلى شخص مقيم في المنزل المراد تفتيشه، بارتكاب جنابة أو جنحة أو اشتراكه في ارتكابها أو وجدت قرائن على أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة".

## الشروط الشكلية لصحة التفتيش

(1) يجب أن يتم التفتيش في حضور المتهم أو من ينوب عنه أو الغير أو من ينوب عنهم

نصت المادة 76 من قانون الإجراءات الجنائية، على أن يحصل التفتيش بحضور المتهم أو من ينوب عنه إن أمكن ذلك، والإمكان مسألة خاضعة لتقدير قاضي الموضوع، إذا اعترض المتهم على عدم إعلامه بالتفتيش، وأبدى اعتراضه أمام سلطة التحقيق، أو قاضي الموضوع لاحقاً<sup>1</sup>، بالإضافة إلى ذلك فإن القانون لم يستلزم حضور شاهدين أثناء التفتيش الذي يُجرى بمعرفة سلطة التحقيق، كما فعل بالنسبة

للتفتيش الذي يُجرى بمعرفة مأمور الضبط القضائي<sup>2</sup>.

هناك مغايرة بين سلطة قاضي التحقيق في تفتيش شخص غير المتهم، وسلطة النيابة العامة في ذلك: فبينما أجاز المشرع لقاضي التحقيق أن يفتش

1 . فائزة يونس باشا، مرجع سابق، ص 368.

2 السيد خلف الله عبد العال أحمد الحامدي، مرجع سابق، ص 528.

حيث قضت المحكمة العليا الليبية على أنه " إن استلزام المادة 40 من قانون الإجراءات الجنائية حضور شاهدين أثناء تفتيش منزل المتهم إنما هو خاص بالتفتيش الذي يجريه مأمور الضبط القضائي طبقاً لسلطاته المقررة في المادة 36 من القانون المذكور حيث خولته المادة المشار إليها تفتيش منزل المتهم في حالة التلبس بجناية أو جنحة. أما التفتيش الذي تجريه النيابة العامة في منزل المتهم أو يجريه مأمور الضبط القضائي بناء على ندب النيابة له فإن القانون لم يستلزم حضور أحد الشهود وإن استلزم حضور صاحب المنزل أو من ينوبه إن أمكن ذلك. كما تقضي بذلك المادة 76 من قانون الإجراءات الجنائية.

شخص ومسكن المتهم وغير المتهم، إذا اتضح من إمارات قوية أنه يُخفي أشياء تفيد في كشف الحقيقة، ويحد من سلطته القيود التي نص عليها القانون بالنسبة لبعض الأماكن ذات الطبيعة الخاصة، مثل السفارات ومنازل السفراء وأعضاء البعثات الدبلوماسية، أما النيابة العامة فليس لها تفتيش منزل المتهم وغير المتهم، إلا إذا اتضح من إمارات قوية أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة، وفوق ذلك عليها استصدار إذن من القاضي الجزئي<sup>1</sup>.

### الشروط الموضوعية

نصت المادة 75 إجراءات جنائية على جملة من الشروط والتي يجب توفرها عند تفتيش الأماكن، وهذه الشروط هي: -

**1) أن تكون هناك جناية أو جنحة وقعت فعلاً:** يكفي لصحة التفتيش أن تكون الجريمة جناية أو جنحة، فلا أهمية لنوع عقوبتها، ولهذا يصح التفتيش ولو كانت جنحة معاقباً عليها بالغرامة فقط، كما يشترط في الجناية والجنحة أن تكون وقعت فعلاً، ولا يعني ذلك وجوب إتمامها، إذ يصح التفتيش ولو وقعت عند حد الشروع؛ لأن الشروع لا يغير وصف الجريمة، وإنما يخفف عقوبتها فحسب، فإذا كانت الجريمة لم تقع بعد، لم يجز التفتيش ولو كانت على وشك الوقوع؛ لأن الواجب في هذه

<sup>1</sup>فائزة يونس باشا، مرجع سابق، ص 386.

الحالة هو منع وقوعها، لا الأمر بالتفتيش سلفاً قبل وقوعها<sup>1</sup>، أما المخالفات فلا يجوز فيها التفتيش بحثاً عن أدلتها وذلك لتفاهتها.

## (2) أن يكون هناك تحقيق مفتوح

ويقصد بذلك ضرورة أن يسبق التفتيش وقوع حادث يشكل جريمة، وينسب ارتكابها إلى شخص، سواء أكان المنزل الذي هو موضوع التفتيش، مسكنه الخاص أو كان مقيماً فيه على أي وجه من الوجوه، وأن تكون الدعوى الجنائية قد حركت فعلاً أمام سلطة التحقيق بأول إجراء من إجراءات التحقيق<sup>2</sup>، غير أن المشرع لم يكتفِ باعتبار أن التفتيش يُعدُّ من أعمال التحقيق، بل نص كذلك على عدم جواز الالتجاء إليه ((إلا في تحقيق مفتوح)). والمعنى اللغوي ((للتحقيق المفتوح)) أنه التحقيق الذي فتح، أي الذي بدئ فيه قبل التفتيش، ومؤدي ذلك أنه لا يجوز للمحقق أن يستهل التحقيق بالتفتيش، بل عليه أن يقطع شوطاً حتى دعت الحاجة وأمكنه اللجوء إلى هذا الإجراء الخطير، غير أن جمهور الفقهاء يرى غير ذلك، فالسائد عندهم أنه لا يشترط لصحة التفتيش أن يكون مسبقاً بأي إجراء من إجراءات التحقيق، بل يصح التفتيش ولو كان أول إجراء يتخذه قاضي التحقيق في الدعوى<sup>3</sup>، وكل ما يشترطونه لصحة

1نقض مصري 1/يناير/1962م، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 12، رقم 5، ص 20.

2مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص 609.

3عوض محمد عوض، مرجع سابق، ص 330.

التفتيش أن يكون مبنياً على تحريات جدية، يطمئن معها المحقق إلى وقوع الجريمة وإلى جدوى التفتيش<sup>1</sup>.

### 3) أن تكون الغاية من التفتيش ضبط أشياء تتعلق بالجريمة

يجب أن يستهدف قاضي التحقيق من الأمر بالتفتيش تحقيق فائدة ترجى من ورائه للتحقيق، وهذه الفائدة هي ضبط أشياء تتعلق بالجريمة، أو تقييد في كشفها أو نسبتها إلى مرتكبها، ولذلك يقع باطلاً التفتيش الذي يُجرى بغاية أخرى خلاف ما حدده المشرع؛ إذ أنه في هذه الحالة يكون غير لازم للتحقيق ويكون بالتالي تعسفياً، وتقدير الفائدة المرجوة من التفتيش هو أمر يقدره قاضي التحقيق تحت رقابة محكمة الموضوع<sup>2</sup>.

### 4) توفر الدلائل الكافية على الاتهام

يجب أن تتوفر دلائل كافية تسوغ إصدار الإذن، ولا يشترط أن تصل هذه الدلائل إلى مستوى الأدلة، بل يكفي فيها أن تكون شبهات وأمارات قوية على أن الشخص ساهم في ارتكاب جريمة، وأن من شأن الأمر بالتفتيش أن يفيد في

1لقد قضت المحكمة العليا الليبية بأنه " كل ما يشترطه القانون لصحة التفتيش الذي تجرّبه النيابة العامة أو تأذن في إجراءاتهم، أو ما يتصل بشخصه، هو أن تكون هناك جريمة معينة تكون جنائية أو جنحة، وأن يقوم من القرائن ما يسمح بتوجيه الاتهام إلى الشخص المراد تفتيشه على أن تقدير الظروف المبررة للتفتيش منوط بالنيابة العامة وللمحاكم حق مراقبتها في ذلك بالالتفات عن الدليل المستمد من التفتيش، كما يتبين لها أنه جاء مخالفاً للأصول والأوضاع التي أوجبها القانون".

رقم الطعن 30ق/ 248 جنائي، 21/ يونيو/ 1984م، سنة وعدد المجلة -1/ 22، ص 201.

2نقض مصري 16/ يونيو/ 1954م، مجموعة الأحكام، س 5، رقم 255.

جمع أدلة اتهام هذا الشخص بها، وحرصاً على حقوق الإنسان، يؤكد بعض الفقهاء ضرورة تسبب الأمر بالتفتيش<sup>1</sup>.

**ضبط الأشياء والتصرف فيها:** يقصد بالضبط بوجه عام، هو وضع اليد على شيء يتصل بجريمة وقعت ويفيد في كشف الحقيقة عنها وعن مرتكبها<sup>2</sup>، ولقد نظمت المواد من 79 إلى 92 إجراءات جنائية، الأحكام الخاصة بضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة وكيفية التصرف فيها.

### محل الضبط

الضبط بطبيعته وبحسب تنظيمه القانوني لا يرد إلا على شيء مادي، سواء أكان هذا الشيء مملوكاً للمتهم أو غيره، وسواء أكان في حيازته أو في حيازة غيره، والقانون لم يورد الأشياء التي تفيد في كشف الحقيقة على سبيل الحصر، بل على سبيل المثال، فيمكن أن تكون الأشياء التي يتم ضبطها خلافاً لما ورد بنص المادة 2/75 إجراءات جنائية، لقد نظم القانون الكيفية والسلطة المختصة بضبط الخطابات والرسائل<sup>3</sup>؛ الأمر الذي لا يجوز لغير

1 محمد محي الدين عوض، حقوق الإنسان والإجراءات الجنائية، الطبعة الأولى، بدون مكان نشر، 1989م، ص 159.

2 عوض محمد عوض، قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008م، ص 343.

3 نصت المادة 79 إجراءات جنائية على أنه "لقاضي التحقيق أن يضبط لدى مكاتب البريد كافة الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود ولدى مكاتب التلغرافات كافة البرقيات، كما يجوز له مراقبة المحادثات التليفونية متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة".

صاحبها الاطلاع عليها أو مصادرتها لتعلقها بحياته الخاصة<sup>1</sup>، وتخويل سلطات واسعة لقاضي التحقيق دون قيد، ويضيق نطاق اختصاص قاضي التحقيق في ضبط المراسلات والخطابات إذا كان محل الضبط أوراقاً، حيث كفل لها المشرّع حماية خاصة بموجب أحكام المادة 80 من قانون الإجراءات الجنائية<sup>2</sup> تقديراً من المشرّع ولمسألتين جوهريتين: المسألة الأولى: حق المتهم في الدفاع، ومن أبرز صوره سرية اتصالاته بمحاميه أو مستشاره، والمسألة الثانية: إن على المحامي أو المستشار الالتزام بسرية المهنة التي تفرضه عليه قواعد مهنته لما لها من خصوصية.

### أحكام خاصة بالضبط

نظم المشرّع الليبي أحكاماً خاصة بالضبط نوردها على النحو التالي.

**(1) الاطلاع على المضبوطات:** أوجب المشرّع الليبي في المادة 81 إجراءات جنائية، أن يطلع قاضي التحقيق وحده على الخطابات والرسائل والأوراق الأخرى المضبوطة، وعلى أن يتم هذا إن أمكن بحضور المتهم والحائز لها أو المرسله إليه. ويدون ملاحظاتهم عليها، وعلة ذلك أن هذه الأوراق قد تحتوي أسراراً خاصة بالشخص لا علاقة لها بالتحقيق، وقد يلحق إفشاؤها

1ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1976م، ص 422.

2نصت المادة 80 إجراءات جنائية على أنه "لا يجوز لقاضي التحقيق أن يضبط لدى المدافع عن المتهم أو الخبير الاستشاري الأوراق، والمستندات التي سلمها المتهم لهما لأداء المهمة التي عهد إليهما بها ولا المراسلات المتبادلة بينهما في القضية".

الضرر به أو بالغير، كما أنه عند نذب قاضي التحقيق غيره من أعضاء النيابة للقيام بالضبط، يجب ألا يتجاوز التحفظ على الأشياء وتحريرها.

### الأمر بتسليم الشيء أو رد الأشياء المضبوطة

نصت المادة 84 من قانون الإجراءات الجنائية، على أنه "لكل شخص يدّعي حقاً في الأشياء المضبوطة أن يطلب إلى قاضي التحقيق تسليمها إليه، وله في حالة الرفض أن يتظلم إلى رئيس المحكمة الابتدائي" وهذا الحق خوله القانون لمن كان مالكا للشيء المضبوط أو حائزاً له، كما يجوز أن يؤمر برد الأشياء التي ضبطت أثناء التحقيق، ولو كان ذلك قبل الحكم، مالم تكن لازمة للسير في الدعوى، أو محلاً للمصادرة<sup>1</sup>، وكقاعدة عامة يكون تسليم المضبوطات إلى من كانت حيازته وقت ضبطها، حتى ولو لم يكن مالكةا، ويستثنى من ذلك الأشياء المضبوطة التي وقعت عليها الجريمة أو كانت متحصلة منها، وأمر الرد يمكن أن يصدر من قاضي التحقيق أو النيابة العامة أو غرفة الاتهام، كما يجوز للمحكمة أن تأمر بالرد أثناء نظر الدعوى<sup>2</sup>، والأمر بالرد يمكن أن يكون من تلقاء نفس المحقق ولو من غير طلب<sup>3</sup>، وهو ليس له حجية، فلا يمنع ذوي الشأن من المطالبة به أمام المحاكم المدنية بما لهم من حقوق، وإنما لا يجوز ذلك للمتهم أو المدعي بالحقوق المدنية، إذا كان الأمر

1 انظر المادة 85 إجراءات ليبي

2 انظر المادة 87 إجراءات ليبي

3 انظر المادة 89 إجراءات ليبي

بالرد قد صدر من المحكمة بناءً على طلب أيهما في مواجهة الآخر<sup>1</sup>، وإذا مضى على الأشياء المضبوطة التي لا يطلبها أصحابها ثلاث سنوات من تاريخ انتهاء الدعوى، فإنها تصبح ملكاً للدولة بغير حاجة إلى حكم يصدر بذلك<sup>2</sup>، ويلاحظ أن مدة هذه المصادرة تبدأ من تاريخ انتهاء الدعوى، سواءً بحكم بات فيها، أو بالأمر بالحفظ، أو بالأمر بالألا وجه لإقامتها، وإذا كان الشيء المضبوط مما يُتلف بمرور الزمن، أو يستلزم حفظه نفقات تستغرق قيمته، جاز أن يُؤمر ببيعه بطرق المزاد العلني، متى سمحت بذلك مقتضيات التحقيق، وفي هذه الحالة يكون لصاحبه الحق أن يطالب في الميعاد المبيّن في المادة السابقة بالثمن الذي بيع به<sup>3</sup>.

### ثالثاً: - استجواب المتهم وسماع الشهود

#### 1) استجواب المتهم

الاستجواب يعني مجابهة المتهم بالأدلة القائمة ضده ومناقشته فيها مناقشة تفصيلية، فإما أن يعترف بالتهمة اعترافاً تفصيلياً؛ وإما أن ينكرها ويفتقد ما جاء بأدلة الاتهام<sup>4</sup>، وقد فرق المشرّع بين الاستجواب وبين سؤال المتهم، حيث

1 انظر المادة 88 إجراءات ليبي

2 انظر المادة 91 إجراءات ليبي

3 انظر المادة 92، من قانون الإجراءات الجنائية الليبي.

وانظر كذلك، عدلي أمير خالد، أحكام قانون الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، بدون مكان نشر، 2000م، ص 106.

4 محمد سامي النبراوي، استجواب المتهم، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1968م، ص 66 وما بعدها.

يقتصر سؤال المتهم على إحاطته علماً بالواقعة المنسوبة إليه، وسماع أقواله بشأنها دون الخوض معه في مناقشات تفصيلية حول هذه الواقعة وأدلتها، وقد أجاز القانون لمأمور الضبط القضائي سؤال المتهم ولم يجز له استجوابه، ويعني ذلك أن الاستجواب إجراء من إجراءات التحقيق، بينما السؤال في حقيقته قد يكون عملاً من أعمال الاستدلال، وخطورة الاستجواب أنه ينطوي على مواجهة تفصيلية في عناصر التهمة ودون تفصيل أو مجابهة تفصيلية بالأدلة<sup>1</sup>.

### الاستجواب والمواجهة

الاستجواب يعني مناقشة المتهم تفصيلاً في كل ما يتصل بالجريمة موضوع التهمة؛ أما المواجهة فهي تعني مجابهة المتهم بأقوال غيره من المتهمين أو الشهود، وواضح أن الاستجواب أعم من المواجهة؛ لأنه يمتد إلى كافة الأدلة على الوقائع في الدعوى، بخلاف المواجهة التي تقتصر على دليل أو أكثر بالنسبة لواقعة معينة، والمواجهة قد تقضي إلى تضيق الخناق على المتهم واعترافه بالتهمة، ولذلك فإن المشرع قد ساوى بينها وبين الاستجواب وأحاطها بذات الضمانات<sup>2</sup>.

1مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص 642.

2عدلي أمير خالد، مرجع سابق، ص 115.

## وقت إجراء الاستجواب

لم يلزم المشرع قاضي التحقيق بوقت أو مكان معين لإجرائه، فيصح أن يتم في أي وقت وفي أي مكان، غير أن المتهم إذا كان مقبوضاً عليه، فيجب أن يستجوبه قاضي التحقيق فوراً؛ وإذا تعذر ذلك وجب إيداع المتهم في السجن لحين استجوابه، على ألا تزيد مدة إيداعه عن أربعة وعشرين ساعة<sup>1</sup>.

## ضمانات الاستجواب والمواجهة

نظراً لأهمية الاستجواب سواءً بالنسبة لسلطة التحقيق أو بالنسبة للمتهم، نجد أن المشرع أحاطه بعدد من الضمانات منعاً للتعسف، وكفالة لحقوق المتهم في الدفاع عن نفسه، وهذه الضمانات تتمثل في الآتي:-

### أ- صفة القائم بالاستجواب

فرض القانون على قاضي التحقيق أن يتولى بنفسه استجواب المتهم، وحظر عليه أن يعهد بذلك إلى غيره، ولو كان هذا الغير من رجال النيابة العامة، وقد لاحظ بعض الفقهاء أن المشرع أضعف هذا الضمان حين أجاز للمندوب أن يستجوب المتهم في الأحوال التي يخشى فيها فوات الأوان، المادة 55/2 من قانون الإجراءات الجنائية<sup>2</sup>.

1 انظر المادة 112، من قانون الإجراءات الجنائية الليبي.

2 عوض محمد عوض، مرجع سابق، ص 354.

## ب- عدم جواز التأثير على إرادة المتهم

يجب أن يتم الاستجواب بعيداً عن التأثير على إرادة المتهم، سواء تحقق ذلك لإكراهه مادياً بالتعدي عليه بالضرب أو التعذيب؛ وقد يكون الإكراه معنوياً وهو إما ينال من كرامة المتهم وشرفه واعتباره، كإهانته وسبه، وإما أن يكون بتهديده بإنزال شر مستطير به، أو تخديره أو استخدام جهاز كشف الكذب في استجوابه، وتؤدي إطالة مدة الاستجواب عمداً وتعمد إرهاق المتهم إلى بطلان الاعتراف الناتج عن هذا الاستجواب، وبطلان كل ما تمخض عنه من أدلة<sup>1</sup>.

## ج- يجب دعوة محامي المتهم لحضور الاستجواب

وفقاً للمادة 106 من قانون الإجراءات الجنائية، فإنه لا يجوز للمحقق في الجنايات أن يستجوب المتهم، أو يواجهه بغيره من المتهمين أو الشهود؛ إلا بعد دعوة محاميه للحضور إن وجد، مالم يضبط في حالة التلبس، أو تقتضي ظروف الواقعة سرعة الإجراءات خشية ضياع الأدلة، وعلى المتهم أن يعلق اسم محاميه بتقرير لدى قلم كتاب المحكمة، أو إلى مأمور السجن، أو يخطر به المحقق، وإذا لم يحضر محاميه بعد دعوته، وجب على قاضي التحقيق من

<sup>1</sup>لقد ذهب القضاء الإيطالي إلى اعتبار الاستجواب هو دائماً سبباً من سبل الدفاع، وليس دليلاً من أدلة الإثبات، وبالتالي أبطل الاستجواب في جميع الحالات التي تبدو فيها إرادة المتهم متأثرة بأي نوع من أنواع التأثير.

انظر نقض 22/ مايو/ 1959م، الدائرة الأولى، المجلة الجنائية 960م، الجزء الأول، ص 118، والمشار إليه بهامش مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص 648.

تلقاء نفسه أن يندب له محامياً، وقد استثنى المشرع من قاعدة دعوى المحامي لحضور الاستجواب، أن تكون الجريمة التي هي موضوع التحقيق متلبساً بها، أو أن تتوفر حالة السرعة بسبب خوف من ضياع الأدلة، وتقدير هذه السرعة متروكاً لقاضي التحقيق تحت رقابة محكمة الموضوع، وفي غير حال التلبس والسرعة فإن إجراء الاستجواب دون دعوة محامٍ يجعله باطلاً؛ وبالتالي يبطل كل ما يترتب عليه من آثار<sup>1</sup>.

### بطلان الاستجواب

إذا لم تراخ الضمانات والقواعد الخاصة بالاستجواب، كان هذا الاستجواب باطلاً، وقد اختلف الرأي فيما إذا كان هذا البطلان نسبياً أو مطلقاً، فيرى البعض أنه بطلان نسبي لأنه يتعلق بمصلحة الخصوم فلا تجوز إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا<sup>2</sup>، ويرى البعض الآخر أنه بطلان مطلق مما تجوز إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا<sup>3</sup>، وإذا كان الاستجواب باطلاً ترتب عليه بطلان كل الإجراءات والأدلة القائمة بناءً عليه، فيقع باطلاً الحبس الاحتياطي اللاحق للاستجواب، ويقع باطلاً الاعتراف الذي تمخض عنه الاستجواب<sup>4</sup>.

1. أحمد أبو الروس، مرجع سابق، ص 38.

2. رءوف عبيد، مرجع سابق، ص 440.

3. محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دون ناشر، القاهرة، 1964م، ص 263.

4. محمد نيازي حتاتة، مرجع سابق، ص 239.

## (2) شهادة الشهود

مدلول الشهادة وسلطة قاضي التحقيق في سماع الشهود: الشهادة هي أن يدلي الشاهد أمام سلطة التحقيق بمعلومات يعرفها عن الجريمة، وهي تقرير المرء لما يعلم شخصياً إما لأنه رآه، أو لأنه سمعه، أو أدركه بأي حاسة من حواسه<sup>1</sup>.

والشهادة من أهم الأدلة التي يعنى المحقق بها، ولقاضي التحقيق أن يسمع شهادة من يرى لزوم سماعه من الشهود، عن الوقائع التي تثبت أو تؤدي إلى ثبوت الجريمة وظروفها، وإسنادها إلى المتهم أو براءته منها، ويستوي في سماع شهادة الشهود أن يكون ذلك بطلب أحد الخصوم، أو أن يكون من تلقاء نفس قاضي التحقيق، وإذا كان طلب سماع الشهود من الخصم فيجب أن يكون هناك فائدة من سماعهم؛ وإلا جاز لقاضي التحقيق رفض الاستجابة لهذا الطلب<sup>2</sup>، ويعلن الشهود الذين يقرر قاضي التحقيق سماعهم، ويكون تكليفهم بالحضور بواسطة المحضرين، أو بواسطة رجال السلطة العامة؛ كما يجوز

1. علي زكي العربي، المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية، مطبعة نخبة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، مصر، 1951م.

2 نصت المادة 93 إجراءات جنائية على أنه "يسمع قاضي التحقيق شهادة الشهود الذين يطلب الخصوم سماعهم مالم ير عدم الفائدة من سماعهم.

وله أن يسمع شهادة من يرى لزوم سماعه من الشهود عن الوقائع التي تثبت أو تؤدي إلى ثبوت الجريمة وظروفها وإسنادها إلى المتهم أو براءته منها".

لقاضي التحقيق أن يسمع شهادة أي شاهد يحضر من تلقاء نفسه، وفي هذه الحال يثبت ذلك في محضره<sup>1</sup>.

#### رابعاً: - الاستعانة بالخبراء

**تعريف الخبرة:** بأنها إبداء لرأي فني من شخص مختص فنياً في شأن واقعة لها أهمية في الدعوى الجنائية<sup>2</sup>.

**أما الخبير فهو:** كل شخص له إلمام بأي علم أو فن سواءً أكان اسمه مقيداً في جدول الخبراء أم لا<sup>3</sup>.

فإذا عرضت أثناء التحقيق الابتدائي مسألة فنية، يجب حسمها وصولاً لكشف الحقيقة أو تدعيم الأدلة، فإنه يجب على قاضي التحقيق أن يندب خبيراً ليحسم هذه المسألة، ولا يجوز لقاضي التحقيق أن يفصل بنفسه في مسائل فنية تقتضي إماماً بعلم أو فن معين، ومن أمثلة الاستعانة بخبير: ندب الطبيب الشرعي لتشريح جثة المجني، عليه لتحديد ظروف وسبب القتل والأداة المستخدمة فيه، ووقت وسبب الوفاة.

1 نصت المادة 2/94 إجراءات جنائية على أنه "لقاضي التحقيق أن يسمع شهادة أي شاهد يحضر من تلقاء نفسه، وفي هذه الحالة يثبت ذلك في المحضر".

2 السيد خلف الله عبد الله أحمد الحامدي، مرجع سابق، ص 513.

3 أحمد بيسوني أبو الروس، مرجع سابق، ص 20.

ندب خبير المعمل الجنائي لرفع البصمات الموجودة في مسرح الجريمة ومضاهاتها مع بصمات المتهم.

ندب خبير أبحاث التزييف والتزوير، للوقوف على أوجه التزوير بالمستند المزور، وبيان درجة إتقانه وتشابهه مع المستند الأصلي، وما إذا كانت البيانات المزورة بخط يد المتهم.

وإذا كان من المقرر أن قاضي التحقيق لا يجوز له أن يفصل بنفسه المسائل الفنية البحتة؛ فإنه على العكس من ذلك تماماً، يجوز له أن يحسم بنفسه المسائل التي تتجرد الطابع الفني، أو التي يعلمها عموم الناس، والأصل في ذلك أن يجري الخبير عمله تحت إشراف قاضي التحقيق وملاحظته، وعلّة ذلك أنّ ما يقوم به الخبير مازال يدخل في أعمال التحقيق، والتي تنسب في النهاية إلى قاضي التحقيق؛ غير أن المشرّع أجاز أن يجري الخبير أعماله بدون حضور قاضي التحقيق، وفي هذه الحالة يجب صدور قرار من قاضي التحقيق، يُوضّح فيه الأعمال التي يطلب من الخبير أدائها، ويحدد له المسائل الفنية التي يراد حسمها<sup>1</sup>.

**رد الخبير:** يجوز للخصوم رد الخبير إذا وجدت أسباب قوية تدعو لذلك، ويقدم طلب الرد إلى قاضي التحقيق للفصل فيه، ويجب أن تبيّن فيه الأسباب، وعلى قاضي التحقيق الفصل فيه في مدة أقصاها ثلاثة أيام من تقديمه، ويترتب على

1 انظر المادة 2/69 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي.

هذا الطلب عدم استمرار الخبير في عمله، إلا في حالة الاستعجال بأمر من قاضي التحقيق<sup>1</sup>، ويتضح لنا من نص هذه المادة أن القانون أجاز للخصوم رد الخبراء، ولكنه لم يحدد للرد أسباباً معينة؛ وكل ما اشترطه أن تكون أسباباً قوية، وتدور أسباب الرد عموماً حول فكرة واحدة، وهي عدم صلاحية الخبير لمباشرة مهمته، لاعتبارات خاصة يرجح أو يحتمل معها تحيزه، ويقدم طلب الرد لقاضي التحقيق مبيناً فيه أسبابه للفصل فيه، وليس هناك وقت محدد لتقديم الطلب، فيصح تقديمه في أية لحظة مادام الخبير لم يقدم تقريره.<sup>2</sup>

## الفرع الثاني

### الإجراءات الاحتياطية

سوف نقسم هذا الفرع إلى ثلاثة أقسام: فنتناول في القسم الأول أمر الحضور والقبض، وفي القسم الثاني نتناول الحبس الاحتياطي وبدائله.  
أولاً: أمر الحضور والقبض.

لقد فرق المشرع الليبي بين أمر الحضور، وبين أمر القبض والاحضار، حيث أجاز المشرع لسلطة التحقيق أن تصدر أمراً للمتهم بالمتول أمامها<sup>3</sup>.

1 انظر المادة 73، من قانون الإجراءات الجنائية الليبي.

2 السيد خلف الله عبد العال أحمد الحامدي، مرجع سابق، ص 516.

3 انظر المادة، 107 إجراءات ليبي

وقد عرفه الفقهاء بأنه (( دعوة المتهم للحضور أمام المحقق في الموعد الذي يحدده))<sup>1</sup>. وهذا الطلب يتجرد من الإلزام، فهو لا يتضمن استعمال القوة لتنفيذه، ولا يجوز لحامله أن يستعمل القوة لتنفيذه ويكون للمتهم أن يستجيب لهذا الأمر أو لا يستجيب له، وإذا لم يحضر المتهم بعد تكليفه بالحضور دون عذر مقبول، جاز لقاضي التحقيق أن يصدر أمراً بالقبض عليه وإحضاره ولو كانت الواقعة مما لا يجوز فيها حبس المتهم احتياطياً<sup>2</sup>. ويعلن أمر الحضور إلى المتهم بمعرفة أحد المحضرين أو أحد رجال السلطة العامة، وتسلم له صورة منه<sup>3</sup>. وتكون الأوامر التي يصدرها قاضي التحقيق نافذة في جميع الأراضي الليبية<sup>4</sup>. ويجب أن يشتمل الأمر على اسم المتهم، ولقبه، وصناعته، ومحل إقامته، والتهمة المنسوبة إليه، وتاريخ الأمر، وإمضاء القاضي والختم الرسمي<sup>5</sup>.

فأمر القبض والإحضار هو أمر صادر من سلطة التحقيق إلى رجال السلطة العامة، يكلفهم فيه بأن يضبط شخصاً معيناً، وأن يحضره قهراً عنه للمثول أمام قاضي التحقيق، والصفة المميزة لهذا الأمر هي أنه ينطوي على عنصر القهر والجبر، وينفذ على الرغم من مشيئة المتهم، وهذه الصفة هي

1 فائزة يونس باشا، مرجع سابق، ص 388.

2 انظر المادة 111 إجراءات ليبي.

3 انظر المادة 109 إجراءات ليبي

4 انظر المادة 110 إجراءات ليبي

5 انظر المادة 2/108 إجراءات ليبي

التي تميزه عن أمر الحضور، والذي سبق وأن ذكرنا أنه يتجرد من القهر في تنفيذه، ويترتب على هذا الاختلاف أنه بينما كان أمر الحضور جائزاً في جميع الجرائم، فإن أمر القبض والإحضار لا يجوز إلا في جرائم معينة؛ وذلك نظراً لخطورته ومساسه بالحرية الشخصية<sup>1</sup>.

### حالات القبض على المتهم وإحضاره

حددت المادة 111 من قانون الإجراءات الجنائية أربع حالات، إذا توافر أيّ منها جاز للمحقق أن يأمر بالقبض على المتهم، وهذه الحالات هي: امتناع المتهم بغير عذر مقبول عن الحضور رغم تكليفه بذلك، والخوف من هربه، وافتقاره إلى محل إقامة معروف، وضبط الجريمة في حالة تلبس، جاز لقاضي التحقيق أن يصدر أمراً بالقبض على المتهم وإحضاره، ولو كانت الواقعة مما لا يجوز فيها حبس المتهم احتياطياً.

ويتبين من هذا النص أن حالات القبض والإحضار السالف ذكرها تعطي لقاضي التحقيق إصدار أمر بالقبض على المتهم وإحضاره، حتى ولو كانت الواقعة مما لا يجوز فيها الحبس احتياطياً، وليس هناك تلازم بين حالات القبض وحالات الحبس الاحتياطي؛ فقد يصح القبض في حالات يمتنع فيها الحبس الاحتياطي، وقد حرص المشرع على تأكيد هذا المعنى فنص عليه صراحة في المادة 111 نفسها، وعلّة استقلال القبض بحالته لم يقصد به

1 عوض محمد عوض، مرجع سابق، ص428.

المشروع التوطئة للحبس الاحتياطي، وإنما قصد به تمكين المحقق من استكمال التحقيق باستجواب المتهم، فالقبض إذن وسيلة للاستجواب، وليس تمهيداً للحبس الاحتياطي؛ لذلك فإن حالته أوسع مدى من حالات الحبس الاحتياطي<sup>1</sup>.

### وجوب استجواب المتهم

يجب على قاضي التحقيق استجواب المتهم المقبوض عليه فوراً، وإذا تعذر ذلك يودع في السجن لحين استجوابه، ويجب ألا تزيد مدة الإيداع على أربع وعشرين ساعة<sup>2</sup>، ومؤدي ذلك أنه لا يجوز أن يستمر المتهم مقبوضاً عليه دون حبسه احتياطياً لمدة تزيد على أربع وعشرين ساعة إذا ما تم القبض عليه بمعرفة سلطة التحقيق، وثمانٍ وأربعين ساعة إذا تم القبض بمعرفة سلطة جمع الاستدلالات<sup>3</sup>.

### بطلان أمر القبض

تعتبر القواعد الخاصة بالقبض على المتهم وإحضاره قواعد جوهرية، مقررة لصالح المتهم وليس للصالح العام، ولذا فهي لا تتعلق بالنظام العام، ولا يترتب على مخالفتها غير البطلان النسبي، الذي ينبغي على المتهم أن يتمسك

1 محمد نيازي ختاتة، مرجع سابق، ص 241.

2 انظر المادة 112، من قانون الإجراءات الجنائية الليبي.

3 السيد خلف الله عبد العال أحمد الحامدي، مرجع سابق، ص 568.

به أمام محكمة الموضوع، ولا يجوز إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا<sup>1</sup>، وإذا وقع القبض باطلاً ترتب على بطلانه بطلان كافة الإجراءات اللاحقة به، والتي استندت إليه وبطلان الأدلة المستمدة منها<sup>2</sup>.

**ثانياً: - الحبس الاحتياطي:** عُرِّفَ الحبس الاحتياطي بأنه -سلب حرية المتهم مدة من الزمن تحددها مقتضيات التحقيق ومصالحته وفق ضوابط قررها القانون<sup>3</sup>. والحبس الاحتياطي هو إجراء يتسم بالخطورة والجسامة، وهو ليس عقوبة، إذ لا عقوبة بغير حكم قضائي، إلا إنه قد يتساوى معها في الأثر، غير أنه يكون في هذه الحالة حبساً بلا محاكمة ويغير يقين قضائي. ويترتب على الحبس الاحتياطي آثار خطيرة على الشخص وأسرته وعمله وأقاربه والمحيطين به، وقد يلحق الضرر به من الناحيتين المادية والنفسية، وقد يستغل الحبس الاحتياطي كوسيلة ضغط في يد قاضي التحقيق لإجبار المتهم على الاعتراف،

1 لقد قضت المحكمة العليا الليبية "أن الدفع ببطلان القبض لا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض اعتباراً بأنه من قبيل الدفوع التي يجب التمسك بها أمام محكمة الموضوع لكي تحققها وتبحث الوقائع، والظروف الواقعة التي بنيت عليها الاجراءات المعول ببطلانها وذلك مالم يكن الحكم المطعون قد تضمن بذاته ما يفيد صحة الدفع"، رقم الطعن/6/47، 1961/01/21، سنة وعدد المجلة 2/ج/ج، ص 420.

2 حيث قضت المحكمة العليا الليبية "أن الدفع ببطلان القبض على المتهم وما يكون قد أسفر عنه هو دفع جوهري إذ يترتب على قبوله إبطال إجراء القبض وانهايار الدليل المستمد منه، والقاعدة هي أنه إذا أسفر القبض الباطل عن دليل من الأدلة ودفع صاحب الشأن ببطلان هذا الإجراء كان الدفع جوهرياً طالما استمدت المحكمة من هذا الدليل عنصراً من العناصر التي عولت عليها في قضائها...".

طعن جنائي مصري، رقم الطعن/29/507، تاريخ الطعن 18/12/1984، سنة وعدد المجلة-2/22، ص 175.

3 فائزة يونس باشا، مرجع سابق، ص 391.

كما أنه ينال من الأصل الثابت لكل إنسان من أنه بريّ إلى أن تتقرر إدانته بحكم قضائي وبمحاكمة عادلة، ولذلك الاعتبارات فقد أحاط المشرع الأمر به بضمانات تكفل الحد الأدنى من الرقابة على اتخاذ<sup>1</sup>.

### السلطة الآمرة بالحبس الاحتياطي

إذا كانت سلطة التحقيق هي قاضي التحقيق فإنه يجوز أن يأمر بالحبس الاحتياطي. ومدة الحبس الاحتياطي التي يملكها قاضي التحقيق هي خمسة عشر يوماً. غير أنه يملك تجديد مدة الحبس الاحتياطي لمرة أو عدة مرات بشرط ألا يزيد مجموع مدة الحبس الاحتياطي الذي أمر به عن ثلاثين يوماً<sup>2</sup>. كما أنه يجب على قاضي التحقيق قبل أن يصدر أمره بالحبس أن يسمع أقوال النيابة العامة<sup>3</sup>.

### الجرائم التي يجوز فيه الحبس الاحتياطي

يجوز الحبس الاحتياطي كقاعدة عامة في الجنايات عموماً أيّ كان نوعها، أما الجرح فالحبس الاحتياطي جائز في البعض منها دون الآخر، والجرح التي يجوز الحبس الاحتياطي هي التي يعاقب عليها القانون بالحبس وجوباً أو جوازاً، وبشرط أن تزيد مدته عن ثلاثة أشهر. ويجوز مع ذلك حبس

1 مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص 656.

2 انظر المادة 122 إجراءات ليبي

3 انظر المادة 116 إجراءات ليبي

المتهم احتياطياً، ولو قلت مدة العقوبة عن ذلك إذا لم يكن له محل إقامة ثابت ومعروف في ليبيا، أما المخالفات فلا يجوز فيه الحبس الاحتياطي إطلاقاً ولو كانت عقوبتها الحبس<sup>1</sup>.

كما أنه يشترط لصدور أمر الحبس من سلطة التحقيق أن يكون قد سبق استجواب المتهم<sup>2</sup>، فإذا وقع الحبس الاحتياطي بدون استجواب كان باطلاً، ولم يستثن المشرع من شرط الاستجواب السابق للحبس الاحتياطي إلا حالة واحدة وهي إذا كان المتهم هارباً<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني

#### أوامر التصرف في التحقيق والطعن فيها

التصرف في أوراق التحقيق إما أن يكون بعدم إحالتها إلى المحكمة، وإما أن يكون بإحالتها، وتنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع: نتناول في الأول القرار بعدم إحالة أوراق التحقيق إلى المحكمة، وفي الثاني إحالة الدعوى الجنائية إلى المحكمة، وفي الثالث الطعن في أوامر التحقيق الصادرة من قاضي التحقيق.

1 فرج علواني هليل، مرجع سابق، ص 707.

2 انظر المادة 115 إجراءات ليبي

3 محمد محمود الشركسي، الحبس الاحتياطي في قانون الإجراءات الجنائية الليبي والقانون المقارن، دار الفضيل، ط1، 2008، ص 54.

## الفرع الأول

### الأمر بالألا وجه لإقامة الدعوى

الأمر بالألا وجه لإقامة الدعوى هو أمر قضائي من أوامر التصرف في التحقيق تصدره سلطة التحقيق الابتدائي لتصرف به النظر مؤقتاً عن إقامة الدعوى أمام محكمة الموضوع.

استناداً لأحد الأسباب التي بينها القانون، وهو يحوز حجية من نوع خاص<sup>1</sup>.

ويصدر الأمر بالألا وجه لإقامة الدعوى بناءً على توفر أسباب قانونية تحول دون السير فيها أو بناءً على أسباب تتعلق بالوقائع وتقدير ثبوتها من عدمها.

**1) الأسباب القانونية:** هذه الأسباب قد ترجع إلى توفر عقبة إجرائية تمنع من تحريك الدعوى الجنائية، مثل عدم تقديم الشكوى أو الإذن أو الطلب في الجرائم التي يتطلب القانون تقديمها فيها أو التنازل عنها. كما قد يكون السبب هو توفر أحد أسباب انقضاء الدعوى الجنائية، مثل التقادم أو وفاة المتهم أو صدور حكم بات في موضوعها أو سبق صدور أمر بالألا وجه لإقامة الدعوى فيها، لم يزل قائماً ولم يبلغ بعد، ومن الأسباب الإجرائية أن تكون الأدلة على المتهم غير كافية على وقوع الفعل ونسبته إلى المتهم، ومن الأسباب أيضاً عدم صحة

1 عبد الفتاح بيومي حجازي، سلطة النيابة العامة في حفظ الأوراق والأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى علماً وعملاً، دار أبو حمد القانونية، القاهرة، ط1، 1993، ص66.

الجريمة، كأن يكون المجني عليه أو الشهود قد شهدوا زوراً ضد المتهم، ثم ثبت عدم صحة ذلك<sup>1</sup>.

(2) **الأسباب الموضوعية:** تتنوع هذه الأسباب، فقد يرى قاضي التحقيق أن الفعل المسند إلى المتهم لا يدخل تحت نص تجريم ولا يشكل جريمة، كأن يكون المجني عليه قد مات قبل ارتكاب الجاني لفعل القتل، وقد يكون السبب هو توفر سبب من أسباب الإباحة، كما لو توفرت حالة الدفاع الشرعي، وقد يكون سبب الأمر أنّ ركناً أو عنصراً من عناصر الجريمة منتفي مثل انتفاء عدم الرضا في جرائم الاعتداد على العرض، وقد يبنى الأمر على توفر مانع من موانع المسؤولية، كصغر السن أو توفر مانع من موانع العقاب<sup>2</sup>.

### السلطة المختصة بإصدار الأمر بالألا وجه لإقامة الدعوى:

الأصل أن يصدر هذا الأمر من سلطة التحقيق لا من جهة القضاء، لأنه إذا رُفِعَت الدعوى إلى محكمة تعين عليها أن تفصل فيها بحكم لا بأمر، ومع ذلك فقد أجاز القانون للمحكمة في بعض الحالات أن تأمر على سبيل الاستثناء بالألا وجه لإقامة الدعوى بدلاً من الحكم فيها<sup>3</sup> وتثبت سلطة الأمر بالألا

1 عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية دار النهضة العربية، ط2007، ص617.

2 عبد الرؤوف مهدي، مرجع سابق، ص 617.

3 انظر المادتين 278 و376 إجراءات ليبي.

وجه لإقامة الدعوى لقاضي التحقيق في جميع التحقيقات التي يجريها، وبناء على توفر سبب قانوني أو موضوعي لعدم السير في الدعوى<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### الأمر بالإحالة

الإحالة قرار قضائي تنتقل بموجبه الدعوى من مرحلة التحقيق الابتدائي إلى مرحلة ثانية من مراحل التحقيق الابتدائي إذا أضفى على الواقعة وصف الجنائية، أو إلى مرحلة التحقيق النهائي.

يملك قاضي التحقيق في مجال الإحالة ما تملكه النيابة العامة، ويخوله القانون فضلاً عن ذلك سلطة التجنيح فالمادة 135 إجراءات تنص على أنه إذا رأى قاضي التحقيق أن الواقعة جنحة أو مخالفة يحيل المتهم إلى المحكمة الجزئية، والمادة 136 إجراءات تنص على أنه إذا رأى أن الواقعة جنائية يحيلها إلى غرفة الاتهام، ويسري على قاضي التحقيق في حالات الشك في الوصف والارتباط بالنسبة للأحداث ما يسري على النيابة العامة، أما سلطة التجنيح فقد قررتها الفقرة الثانية من المادة 137 إجراءات، إذ خولت قاضي التحقيق بدلاً من تقديم الجنائية إلى غرفة الاتهام أن يحيلها إلى المحكمة الجزئية إذا رأى أنها قد اقترنت بأحد الأعذار القانونية أو الظروف المخففة التي من شأنها تخفيض العقوبة إلى حدود عقوبة الجرح، كما أنه يشترط لصحة التجنيح شرطان:

1 انظر المادة 143 إجراءات ليبي.

**الأول:** أن تكون الجناية مقترنة بعذر قانوني أو بظرف قضائي مخفف يتعين على القاضي بسببه، أو يجوز له أن ينزل العقوبة إلى الحدود المقررة للجرح.

**والثاني:** أن يرى قاضي التحقيق كفاية الحكم في الجناية بعقوبة الجنحة، والأمر بالتجنيد حتى توفر شرطيه جوازي لقاضي التحقيق، فهو غير ملزم حتى في توفر العذر الموجب للتخفيف بإحالة الدعوى إلى المحكمة الجزئية، وإنما يصح له أن يحيلها إلى غرفة الاتهام<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث

#### الطعن في أوامر قاضي التحقيق

إن الأوامر التي يصدرها قاضي التحقيق أثناء التحقيق وتلك التي يصدرها بعد انتهاء التحقيق بالتصرف لا تخضع كلها لإمكان الطعن فيها كما حدد أيضاً الخصوم الذين يحق لهم الطعن وذلك في المواد 139 وما بعدها.

#### الأوامر التي تصدر أثناء التحقيق:

يصدر القاضي أثناء التحقيق كثيراً من الأوامر، منها ما يتعلق بجمع الأدلة كإنتداب الخبراء وسماع الشهود والتفتيش وضبط الأشياء، ومنها ما يتصل بشخص المتهم كالقبض عليه وحبسه احتياطياً والإفراج عنه، وهناك طائفة أخرى من الأوامر يصدرها قاضي التحقيق للفصل في الطلبات والدفع

1 . عبد الرؤوف مهدي، مرجع سابق، ص 650.

التي يقدمها إليه الخصوم أو غيرهم من ذوي الشأن، فأبي القرارات هذه يمكن الطعن فيها أو أيهما يمتنع فيها الطعن؟

القاعدة العامة في التشريع الليبي أنه يجوز للخصوم أن يطعنوا في هذه الأوامر ولو كانت لهم مصلحة في التمسك ببطلانها، وكل ما يسعهم عمله هو إثارة مسألة البطلان أمام قاضي التحقيق، غير أن المشرع خرج عن هذه القاعدة في حالتين نصت عليهما المادتان 139 و140 من قانون الإجراءات الجنائية، الأولى متعلقة بالإفراج عن المتهم، والأخرى متعلقة بمسائل الاختصاص.

### الطعن في أوامر الإفراج:

للنيابة العامة وحدها حق الطعن في الأمر الصادر بالإفراج عن المتهم، أما المجنى عليه والمدعي بالحقوق المدنية فلا يملك هذا الحق ولو كانت لهما مصلحة في استمرار حبسه، ويقتصر الطعن على أمر الإفراج وحده دون أمر الحبس ولو كان باطلاً.<sup>1</sup>

الطعن في الأوامر المتعلقة بالاختصاص: لكل من النيابة العامة والمتهم والمجنى عليه والمدعي بالحقوق المدنية والمسئول عنها أن يطعن بالاستئناف في الأوامر المتعلقة بمسائل الاختصاص.<sup>2</sup>

1 . جلال ثروت، نظم الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، بدون مكان نشر، 1997م، ص492.

2 . انظر المادة 140 إجراءات ليبي.

## أوامر التصرف في التحقيق:

أوامر قاضي التحقيق بالإحالة إلى المحكمة الجزئية أو غرفة الاتهام غير قابلة للطعن، أما أوامر قاضي التحقيق بالألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية فيجوز الطعن فيها من النيابة العامة والمجني عليه والمدعي المدني<sup>1</sup>.

## طرق الطعن:

يتم الطعن في أوامر قاضي التحقيق، سواءً تلك الصادرة أثناء التحقيق أو الصادرة بعد الانتهاء من التحقيق بطريق الاستئناف فقط، ويرفع الاستئناف إلى المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها قاضي التحقيق وذلك بهيئة استئنافية<sup>2</sup>.

1 . انظر المادة 139 إجراءات ليبي.

2 . حيث قضت المحكمة العليا الليبية " إن المحكمة الابتدائية هي الجهة الاستئنافية لأوامر التحقيق، فأحكامها التي تصدرها إنما هي قرارات استئنافية لأوامر التحقيق ليس لها خاصية الأحكام وان جاءت على منوالها، ويؤدي ذلك ما عبرت عنه المادة 184 من قانون الإجراءات الجنائية من قولها إذا صدر من المحكمة الابتدائية برفض الاستئناف المرفوع لها عن هذا الأمر، ومتى كان ذلك فإنها لا تكون أحكاماً، ويكون بالتالي الطعن فيه بالنقض غير جائز إلا بموجب نص خاص.

ولما كان هذا النص غير متوافر بشأن القرار الصادر برفض استئناف أمر النيابة بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى فإنه لا يجوز الطعن فيه بطريق النقض، والذي يؤكد هذا أن قانون الإجراءات الجنائية كان في السابق قد حول غرفة الاتهام النظر في الطعن في أمر النيابة بالألا وجه لإقامة الدعوى، وقد نصت المادة 185 من هذا القانون على أن قرار غرفة الاتهام الصادر برفض استئناف هذا الأمر يجوز الطعن فيه أمام المحكمة العليا ثم عدل القانون المذكور وحذفت هذه المادة أصلاً، بما يدل على أن إرادة المشرع كانت عدم جواز الطعن بالنقض فيه والا لعدلت المادة المذكور واكتفى باستبدال المحكمة بالغرفة، وهذا من شأنه أن يجعل القرار المذكور كشأن القرارات الصادرة من محكمة الاستئناف عن أمري قاضي التحقيق وغرفة الاتهام لا يجوز الطعن فيها بالنقض بأي وجه من الوجوه، ذلك أن كل هذه الجهات الثلاث ماهي الا سلطات تحقيق يربطها التشابه في مهمتها واختصاصها والمقارنة بينها تكون غير مقبولة ولا مفهومة".

وتفصل المحكمة الاستئنافية على وجه السرعة، ويكون الحكم الصادر منها غير قابل للطعن<sup>1</sup>، وإذا رُفِض الاستئناف المرفوع من المجني عليه أو المدعي المدني جاز للمحكمة أن تحكم للمتهم بالتعويضات عن الأضرار الناشئة من رفع الاستئناف<sup>2</sup>

---

رقم الطعن 21/ق/90، 1975/02/25، سنة وعدد المجلة-11/4، ص135.

1 انظر المادة 142 إجراءات ليبي.

2 انظر المادة 144 إجراءات ليبي.

## الخلاصة

بعد الانتهاء بتوفيق من الله سبحانه وتعالى وعونه من إعداد هذه الدراسة، نود أن نشير في البداية إلى أننا لن نقوم في هذا المقام بتلخيص لما سبق عرضه، ذلك أن مثل هذا الجهد لا يعدو أن يكون تكرار لما سبق أن تناولناه عند بحث كل مسألة من المسائل التي تطرقنا إليها من قبل، هذا وقد توصلنا على طول البحث إلى عدد من النتائج والمقترحات، ولعل من المفيد إبراز أهمها، على النحو التالي.

### أولاً: النتائج:

1: تكشف الدراسة لنا أن المشرع الليبي لم يتح لنظام قاضي التحقيق الفترة الكافية للحكم عليه، إذ حكم عليه وهو مازال في المهد، فلو كان المشرع قد ترك لنظام قاضي التحقيق الفترة اللازمة لإرساء قواعده ما كانت هذه نهايته.

2: بينت الدراسة لنا عن أهمية الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق؛ نظراً لتعارض وظائف النيابة العامة مع سلطة التحقيق، هذا التعارض الذي ينتج من طبيعة هذه الوظائف، ومبدأ العدالة الذي يسمح بأن يكون القاضي خصماً وحكماً في نفس الدعوى، ذلك أن وظيفة الاتهام تخلق لديه فكراً مسبقاً غير ملائم، فليس لديه حرية الفكر، ولا يملك استقلاله.

3: وضحت الدراسة لنا أنه يجوز لقاضي التحقيق أن يندب غيره من أعضاء النيابة العامة أو مأموري الضبط القضائي للقيام ببعض إجراءات التحقيق، وعلّة

المشرع في ذلك هو إضفاء المرونة والسرعة في الإجراءات، وهي اعتبارات عملية تستهدف السرعة والفاعلية، وبذلك يكون المشرع قد وضع كافة إمكانيات أجهزة الضبط تحت تصرف سلطة التحقيق.

### ثانياً: التوصيات:-

**1:** يناشد الباحث المشرع الليبي بأن يأخذ بنظام الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق؛ لأنه يمثل ضرورة ملحة إذا أردنا ضماناً حقيقياً لحقوق وحرّيات الأفراد.

**2:** يوصي الباحث المشرع الليبي بتفعيل تلك الضمانة الوهمية الواردة في المادة 51 من قانون الإجراءات الجنائية المتعلقة بحق المتهم في مواد الجنايات في طلب نذب قاضٍ للتحقيق.

**3:** أناشد النائب العام بصفته رئيساً للنيابة العامة أن يعطي الضوء الأخضر بموجب التعليمات التي يصدرها إلى أعضاء النيابة العامة للتوسع في استعمال الحق المقرر لهم بمقتضى المادة 1/51 من قانون الإجراءات الجنائية والخاصة بطلب نذب قاضٍ للتحقيق، لعلها تكون أولى الخطى في طريق العودة التدريجية لنظام قاضي التحقيق، الذي يعد بلا شك أهم ضمانات التحقيق الابتدائي.

انتهى بفضل الله وعونه،،

## المراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الكتب القانونية

- أحمد أبو الروس، التحقيق الجنائي والتصرف فيه ودالألة الجنائية، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، مصر، 1989م.
- أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1995م.
- أشرف توفيق شمس الدين، قانون الإجراءات الجنائية مرحلة ما قبل المحاكمة، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون تاريخ نشر.
- أشرف رمضان عبد الحميد، قاضي التحقيق في القانون الجنائي المقارن، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2004م.
- السيد خلف الله عبد العال أحمد الحامدي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبي، الجزء الأول، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، 2006م.
- العلمي عبد الواحد، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول، بدون ناشر، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1998م.

- ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1976م.
- جلال ثروت، نظم الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 1997م.
- حسن صادق المرصفاوي، في المحقق الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1990م.
- رءوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الجيل للطباعة، بدون مكان نشر، الطبعة السابعة عشر، 1989م.
- عبد الرءوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2007م.
- عبد الفتاح بيومي حجازي، سلطة النيابة العامة في حفظ الأوراق والأمر بالألا وجه لإقامة الدعوى علما وعملاً، دار أبو حمد القانونية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1993م.
- عدلي أمير خالد، أحكام قانون الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2000م.
- علي جررة، الموسوعة في الإجراءات الجزائية في التحقيق القضائي، المجلد الثاني، بدون ناشر، بدون مكان نشر، الطبعة الأولى، 2006م.

- علي زكي العربي، المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية، مطبعة نخبة التأليف والترجمة والنشر، بدون مكان نشر، 1951م.
- عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، بدون تاريخ نشر.
- عوض محمد عوض، قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 2008م.
- فائزة يونس باشا، شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبي، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004/2003م.
- فرج علواني هليل، التحقيق الجنائي والتصرف فيه والأدلة الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006م.
- محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، بدون تاريخ نشر.
- محمد سالم الحلبي، اختصاص رجال الضبط القضائي في التحري والاستدلال، جامعة الكويت، ذات السلاسل، الطبعة الأولى، 1982م.
- محمد محمود الشركسي، الحبس الاحتياطي في قانون الإجراءات الجنائية الليبي والقانون المقارن، دار الفضيل، بنغازي، ليبيا، الطبعة الأولى، 2008م.

- محمد محي الدين عوض، حقوق الإنسان والإجراءات الجنائية، بدون ناشر، بدون مكان نشر، الطبعة الأولى، 1989م.
- محمد نيازي حتاتة، شرح الإجراءات الجنائية في القانون الليبي، بدون ناشر، بدون مكان نشر، 1980م.
- محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، بدون ناشر، القاهرة، 1964م.
- محمود مصطفى، تطور قانون الإجراءات في مصر وغيرها من الدول العربية، بدون ناشر، بدون مكان نشر، الطبعة الأولى 1969م.
- نبيل مدحت سالم، قانون الإجراءات الجنائية المصرية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، مصر، 1993م.

### ثالثاً: الرسائل العلمية

- رياض شمس رزق الله، الحرية الشخصية في التشريع الجنائي المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1934.
- عبد الجواد عبد الغفار أحمد هشيمة، ضمانات الحرية الشخصية في مرحلة التحقيق الابتدائي في قانون الإجراءات الجنائية المصري مقارناً بالشرعية الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة فرع بني سويف، 1995.

- محمد سامي النبراوي، استجواب المتهم، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، 1968م.

#### رابعاً: القوانين

- مراد محمد العروبي، عبد السلام علي المزوغي، قانون الإجراءات الجنائية الليبي والتشريعات ذات العلاقة، لسنة 2004م، دون مكان ناشر، منشورات المركز القومي للدراسات القانونية.

#### خامساً: أحكام المحاكم

منظومة الباحث، مبادئ المحكمة العليا في ليبيا، الإصدار الأول.

## الفهرس

| رقم الصفحة | الموضوع  |
|------------|--|
| 1 .....    | المقدمة.....   |
| 4 .....    | المبحث الأول: القواعد العامة التي تحكم نظام قاضي التحقيق.....              |
| 5 .....    | المطلب الأول: مفهوم قاضي التحقيق ضماناته وكيفية اتصاله بالدعوى..           |
| 5.....     | الفرع الأول: تحديد مفهوم قاضي التحقيق و ضماناته.....                       |
| 7 .....    | الفرع الثاني: كيفية اتصال قاضي التحقيق بالدعوى الجنائية.....               |
| 9 .....    | المطلب الثاني: ندب قاضي التحقيق غيره للقيام ببعض الإجراءات.....            |
| 10 .....   | الفرع الأول: ماهية الندب للتحقيق وشروطه.....                               |
| 13 .....   | الفرع الثاني: الآثار القانونية المترتبة على الندب.....                     |
| 18 .....   | المبحث الثاني: الإجراءات التي يملكها قاضي التحقيق في التحقيق الابتدائي.... |
| 19 .....   | المطلب الأول: إجراءات التحقيق الابتدائي.....                               |
| 19 .....   | الفرع الأول: إجراءات جمع الأدلة.....                                       |
| 34 .....   | الفرع الثاني: الإجراءات الاحتياطية.....                                    |
| 39 .....   | الطلب الثاني: أوامر التصرف في التحقيق والطعن فيها.....                     |

|    |  |
|----|--|
| 39 | الفرع الأول: الأمر بالألا وجه لإقامة الدعوى..... |
| 41 | الفرع الثاني: الأمر بالإحالة.....                |
| 43 | الفرع الثالث: الطعن في أوامر قاضي التحقيق.....   |
| 44 | الخاتمة.....                                     |
| 46 | المراجع.....                                     |
| 49 | فهرس المحتويات.....                              |